

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
«ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»

ФАКУЛЬТЕТ ПРАВА

КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО
РИДЕР

DISCLAIMER

Данное собрание статей и извлечений из книг должно использоваться исключительно для образовательных целей в рамках преподаваемого в НИУ ВШЭ курса «Конкурентное право».

ОТ СОСТАВИТЕЛЯ

Структура данного сборника основана на группировке изучаемых в курсе «Конкурентное право» тем на три раздела согласно близости их содержания. Первым трем темам соответствует раздел «нормативные проблемы», темам 4-7 — раздел «теоретические проблемы», а темам 8-11 — раздел «институциональные проблемы». Наряду с этим в сборник включен материал для предварительного чтения, а также заключительный материал.

Вадим Новиков,

ст.н.с. РАНХиГС при Президенте РФ

(vadim.v.novikov@gmail.com)

ХРЕСТОМАТИЯ ПО КУРСУ «КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО»

Disclaimer	2
От составителя.....	2
Материал для предварительного чтения	5
Мэтт Зволински. Этика взвинчивания цен	5
Размышление над прочитанным	26
Раздел 1. Нормативные проблемы	28
Давид Юм. Трактат о человеческой природе (извлечение).....	28
Размышление над прочитанным	28
Роберт Нозик. Анархия, государство и утопия (извлечение)	29
Размышление над прочитанным	41
Оливер Блэк. Понятийные основания антитраста (извлечение).....	43
Размышление над прочитанным	47
Джеральд Маккаллум. Конкуренция и моральная философия.....	48
Приложение к статье. Людвиг Мизес. Человеческая деятельность (извлечение).....	62
Размышление над прочитанным	63
Гарольд Демсец. Большой ли праздник столетие антимонопольного законодательства?	65
Размышление над прочитанным	77
Олег Хархордин. Что такое республиканская традиция?.....	78
Размышление над прочитанным	79
Раздел 2. Теоретические проблемы	82
Экономисты-политики и экономисты-детективы	82
Рональд Коуз. Экономика организации отрасли: программа исследований (извлечение)	82
Размышление над прочитанным	84
Уильям Брейт. Кеннет Элзинга. Экономика как детектив	85
Размышление над прочитанным	94
Экономические загадки и разгадки	96
Джошуа Райт. Экономика маркетинговых контрактов.....	96
Размышление над прочитанным	128
Лестер Телсер. За что производители любят справедливые цены?	131
Бенджамин Клейн. Рыночная власть на рынках вторичных товаров	140
Джон Макги. Хищническое сбивание цен: дело «Standard Oil (N. J.)».....	172
Фрэнк Истербрук. Хищнические стратегии и контрстратегии	202
Экономический анализ в антитрасте: итоги и перспективы.....	260

Лоренс Уайт. Растущее влияние экономики и экономистов на антимонопольную практику: подробное обсуждение.....	260
Размышление над прочитанным	290
Раздел 3. Институциональные проблемы	291
Стивен Сэлоп. Оценка неточного свидетельского показания по методу Сэра Томаса Байеса: преподавателю на заметку	291
Размышление над прочитанным	295
Фрэнк Истербрук. Пределы антимонопольного правоприменения.....	298
Джеффри Манн. Джошуа Райт. Инновации и пределы антимонопольного правоприменения.....	331
Размышление над прочитанным	375
Майкл Бейи. Джошуа Райт. Не слишком ли сложны антимонопольные вопросы для судей-генералистов? Зависимость процента апелляций от экономической сложности и подготовки судей.....	380
Генри Батлер. Чжао Сю. От Истебрука к Доберту: минимизация судебных ошибок в антимонопольном праве	409
Светлана Авдашева. Экономический анализ для целей применения антимонопольного законодательства: что, где, когда?	446
Размышление над прочитанным	455
Итоги и перспективы	458
Светлана Авдашева. Наталья Дзагурова. Полина Крючкова. Гюзель Юсупова. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений (извлечение)	458

МАТЕРИАЛ ДЛЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ЧТЕНИЯ

МЭТТ ЗВОЛИНСКИ. ЭТИКА ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН¹

1. ВВЕДЕНИЕ

В 1996 г. на Северную Каролину обрушился ураган Эран, оставивший более миллиона жителей района Роли—Дарем без света. Не имея возможности охладить продукты, детское питание и инсулин и не представляя, когда энергоснабжение будет восстановлено, люди бросились за льдом, но его запасы быстро были раскуплены. Четверо юношей из Голдсборо, которого шторм почти не задел, наняли авторефрижераторы, купили 500 мешков льда по 1,70 долл. за мешок и отвезли в Роли. За мешок льда они брали 12 долл., что более чем в 7 раз превысило уплаченную ими за него цену.

Поведение такого рода часто называется «взвинчиванием цен» (price gouging). Многие штаты, включая Северную Каролину, ставят его вне закона. И даже когда оно не подпадает под законодательный запрет, его обычно считают эксплуататорским и аморальным. Задачей настоящей статьи является исследование философских вопросов, связанных со взвинчиванием цен, и аргументация в пользу того, что распространенное его моральное осуждение в основном ошибочно. Я проведу эту аргументацию через три шага, опровергая три широко распространенных представления, касающихся этики взвинчивания цен: о том, 1) что законы против взвинчивания цен морально оправданы, 2) что взвинчивание цен морально недопустимо, и 3) что взвинчивание цен негативно сказывается на моральных качествах тех, кто в нем участвует, даже если сами эти действия не являются морально недопустимыми. Основой моего рассуждения станет то, что обычные случаи взвинчивания цен приносят огромную пользу отчаянно нуждающимся, что при них отсутствуют морально осуждаемые и часто приписываемые им характеристики (такие, как принуждение и эксплуатация), и что попытки запрещения такого поведения повредят тем, кто и так уязвим и в наименьшей степени могут себе позволить нести дальнейший ущерб.

Аргументация настоящей статьи демонстрирует теорию неидеального положения дел². Во многом, наше беспокойство о взвинчивании цен, как я подозреваю, связано с тем, что оно имеет место в общественной ситуации неполной справедливости имеющихся политических и экономических институтов. Многие недовольны несправедливостью, царящей в распределении богатства и общественных благ в Соединенных Штатах, и думают, что взвинчивание цен как-то эксплуатирует или усиливает данное неравенство. Подлинной проблемой, — могли бы сказать такие люди, — является не взвинчивание цен как таковое, а более фундаментальная проблема несправедливости стоящей за ним структуры. Я не намерен отрицать важности вопросов, касающихся такой структуры. Но они не могут быть *единственными* важными проблемами. Если структура, в которой имеет место взвинчивание цен, несправедлива, то и в этом случае нам все еще требуется решить, как должны действовать индивиды и как должны формулироваться те или иные правила в ситуации нашего несправедливого общества. Часть того, что нам, без сомнений, следует предпринимать — это пытаться сделать основополагающую структуру более справедливой. Но признав, что такая цель не будет достигнута немедленно, мы все еще должны решить, что делать со взвинчиванием цен здесь и теперь.

¹ Zwolinski M. The Ethics of Price Gouging // Business Ethics Quarterly. 2008. Vol. 18. № 3. (Доступна по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1099567). Рус. пер. Зволински М. Этика взвинчивания цен // Экономическая политика. 2004. № 4.

В настоящей хрестоматии статья приведена с незначительными сокращениями.

² О различии между идеальной и неидеальной теориями см. Rawls J. A theory of justice, 1st ed.

Cambridge: Belknap Press, 1971. [рус. пер. Полз Дж. Теория справедливости. М.: Изд-во ЛКИ. 2010. С. 219-221]

Однако до того, как мы перейдем к нормативным аргументам, касающимся взвинчивания цен, нам нужно добиться более ясного понимания самого понятия, чем следует из обыденного словоупотребления. А именно, нам требуется проанализировать, чем случаи взвинчивания цен отличаются от примеров обычных скачков в ценообразовании, не вызывающих моральных возражений даже *prima facie*. Такой анализ мы проведем во втором разделе. В третьем разделе начинается нормативная аргументация с попытки показать, что законы против взвинчивания цен морально неоправданны и подлежат отмене. В четвертом разделе эта аргументация продолжается, и утверждается, что в большинстве случаев, если не во всех, взвинчивание цен является по крайней мере морально допустимым, если не морально похвальным. Следствием этого утверждения является то, что у индивидов есть основания отвергать призывы к добровольному воздержанию от взвинчивания цен в случаях, когда оно не запрещено законом. И наконец, в пятом разделе утверждается, что взвинчивание цен *не обязательно* отражает дурные моральные качества тех, кто в нем участвует. Некоторыми из тех, кто взвинчивает цены, несомненно движут дурные мотивы или недостойные моральные качества, но одного факта взвинчивания цен еще недостаточно для такого вывода.

2. ПОНЯТИЕ ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН

Анализ понятия взвинчивания цен полезно начать с выражений, употребляемых в направленном против него законодательстве. В настоящее время не существует федеральных законов, запрещающих взвинчивание цен, хотя один законопроект, касающийся бензина, одобрен Палатой представителей и ожидает слушаний в Сенате. Тем не менее, около тридцати четырех штатов приняли против взвинчивания цен законы, обзор которых показывает, что таковое обычно определяется в терминах, включающих три составляющих.

1) *Чрезвычайные обстоятельства*. Почти во всех законах против взвинчивания цен указано, что они применяются только по отношению к деяниям, совершенным во время бедствия или чрезвычайной ситуации.

2) *Товары первой необходимости*. В большинстве законов говорится также, что накладываемые ими ограничения касаются только определенных классов благ, обычно необходимых для выживания или преодоления серьезных проблем, порожденных бедствием. Например, типичным является ограничение сферы действия калифорнийского закона благами, являющимися «продуктами питания или потребительскими товарами; товарами и услугами, необходимыми для преодоления чрезвычайных ситуаций; аварийными источниками электропитания; медицинскими товарами; отопительными нефтепродуктами; строительными материалами; услугами по размещению людей, транспортировке людей и грузов; складскими услугами; а также бензином и другими видами автомобильного топлива».

3) *Предельные цены*. Определяющей чертой законов против взвинчивания цен является установление максимальных цен, которые могут взиматься за указанные товары. Их порог устанавливается либо запретом на «неразумное», «чрезмерное» или «недобросовестное» повышение цен, либо конкретными пределами повышения цен в процентах, допустимого в случае чрезвычайной ситуации.

Такой предварительный анализ оставляет неразрешенным ряд важных вопросов, например, о том, что считать чрезвычайной ситуацией, какие виды товаров являются «необходимыми», и какие из имеющихся методов определения неприемлемости роста цен следует применять. Эти осложняющие проблему вопросы в разной степени исследуются далее в статье. По большей части, однако, нижеследующее рассуждение будет достаточно общим, чтобы отвлечься от различий, привносимых различными концепциями

взвинчивания цен. Критике того рода, какую я привожу ниже, подлежит *любая* концепция взвинчивания цен, укладываемая в общую схему, приведенную выше.

Стоит отметить нагнетание в тексте многих законов против взвинчивания цен морализирующей лексики: законы большинства штатов определяют акт взвинчивания цен в терминах нормативных понятий, таких как «неразумное» или «недобросовестное». Причем в преамбулах арканзасского и калифорнийского законов утверждается, что вводимые ими ограничения необходимы для предотвращения эксплуатации торговцами «несправедливых преимуществ» над потребителями. Эти факты, наряду с самим наименованием этого поступка ([английское слово] «gouging» [одно из букв. значений — «выбивать»] обычно сочетается с дополнением «глаз»), предполагает, что взвинчивание цен морально предосудительно, и говоря, что некто взвинчивает цены, мы отчасти уже *имеем в виду*, что он поступает дурно. Я же предлагаю, чтобы избежать преждевременного решения вопроса о моральности взвинчивания цен за счет определения, мы будем понимать предосудительность взвинчивания цен только в смысле *prima facie*. Таким образом, я предлагаю понимать под взвинчиванием цен образ действий, при котором цены на определенные виды товаров первой необходимости поднимаются вследствие чрезвычайной ситуации до уровня, который кажется нечестным или эксплуататорским.

Сколько бы ущербным ни было оно в части точности, такое определение должно помочь точнее сфокусировать наше нормативное исследование. Ведь, обратите внимание, что *исключено* из нашего определения. Оно ничего не говорит о том, что взвинчивание цен включает обман, введение в заблуждение или применение против покупателей силы, каковые утверждения и не играют никакой роли при обычных возражениях против взвинчивания цен. В последующем обсуждении мы, таким образом, сосредоточимся на примерах, в которых эти факторы не действуют. Мы поступим так, чтобы ответить на вопрос, имеется ли что-либо предосудительное во взвинчивании цен *как таковом*, а не в его сочетании с привходящими факторами или поступками, которые могут сопровождать, а могут и не сопровождать его.

3. МОРАЛЬНЫЙ СТАТУС ЗАКОНОВ ПРОТИВ ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН

Рассуждение в настоящем разделе задумано, чтобы показать моральную неоправданность законов против взвинчивания цен. То есть, в ней делается попытка показать, что при всестороннем рассмотрении у нас *не оказывается* достаточных моральных оснований принимать, сохранять или поддерживать такое законодательство, и что при всестороннем рассмотрении у нас *есть* достаточные причины для его отмены. Более того, оно задумано, чтобы показать неоправданность таких законов *вне зависимости* от нашей оценки морального статуса взвинчивания цен как такового. Даже если взвинчивание цен морально предосудительно, имеется достаточно причин не запрещать его законодательно.

Одной из сложностей законов против взвинчивания цен является отсутствие беспроblemного способа дать юридическое определение взвинчивания цен как поведения. Законы, запрещающие «недобросовестные» или «неразумные» сделки, например, представляют серьезную проблему для их толкования и предсказуемости, учитывая сложность определения ясного и общепризнанного значения этих терминов. Даже те, для кого толкование, применение законов и работа над ними является постоянным занятием, испытывают серьезные сложности с пониманием точного значения данных терминов. Поэтому трудно надеяться на то, что сформировать ясное понимание требования закона сможет обычный торговец или индивид, впервые начинающий продавать товары в чрезвычайной ситуации. А без такого понимания эти индивиды не смогут предсказать реакцию закона на свое поведение и соответствующим образом спланировать свои действия. Это вызывает возражения как с точки зрения эффективности [efficiency], так и с точки зрения справедливости [fairness].

Законы, запрещающие повышение цен сверх указанного предела (включая нулевой), имеют преимущество в части ясности, но они сталкиваются с другой сложностью, проистекающей из-за негибкости устанавливаемых ими пределов. Многие из таких законов, например, не учитывают роста издержек, с которым продавец может столкнуться в результате тех же самых бедствий, которые осложнили жизнь его покупателям. Это поднимает проблемы, как с точки зрения справедливости, так и в консеквенциалистской логике [т.е. с точки зрения оценки последствий — прим. сост.]. С точки зрения справедливости, неясно, почему на торговцев следует возлагать весь рост издержек к выгоде покупателей, в особенности, если мы полагаем, что эти торговцы проявили дальновидность и ответственность, запасаясь товарами, которые будут востребованы в случае бедствия. Справедливо, что мы можем основательно полагать общество в целом в какой-то мере ответственным за защиту своих членов во времена кризиса, но возлагать полноту этой ответственности на один лишь класс лиц выглядит как оскорбление понятий о справедливости. Кроме того, если не давать торговцам компенсировать возросшие издержки, *последствия* такого недопущения скорее всего будут дурными: разумеется, для торговцев, но и для покупателей тоже. Ведь закон, наказывая тех, кто продает дороже установленных пределов, не наказывает тех, кто не продает вообще. Тогда, вместо того, чтобы продавать необходимые товары (например, генераторы), продавцы могут среагировать на законодательство против взвинчивания цен полным прекращением торговли. Такой закон повлечет потерю торговцами потенциальной прибыли и лишит покупателей свободы выбора между покупкой или отказом от покупки таких товаров, в зависимости от того, считают ли они, что те стоят повышенной цены.

В некоторых законах пытаются избежать таких сложностей, допуская повышение цены выше указанного предела, если ее повышение напрямую вызвано ростом издержек продавца. Но проблема сохраняется даже в этом случае: ведь большинство штатов, допускающих такого рода оговорки, ограничивают виды издержек, которые могут быть учтены, либо возросшими издержками, возлагаемыми на продавца поставщиком товара, либо возросшей ценой рабочей силы и сырья, требуемого для продажи продавцом данных товаров. А такое ограничение вычитаемых издержек произвольно. Почему, к примеру, не учитывается возрастание *риска*, который несет торговец, продолжающий работу в условиях бедствия? Разумеется, одним из факторов, которые торговец обязан учитывать при принятии решения о выгодности продолжения работы после бедствия, являются возросшие риски порчи или кражи товара, и этот фактор является разумным доводом в пользу поднятия цен. Но риски — не единственный вид издержек, не принимаемых во внимание законами против взвинчивания цен. Эти законы также не учитывают возможных выгод, упускаемых торговцем при продолжении работы в данном районе и отказе от перемещения капитала на другие, менее опасные и более прибыльные рынки. С экономической точки зрения, стоимость утраченной выгоды и связанные с рисками издержки столь же обременительны для продавца, как и обычные издержки в денежной форме, так что очевидных причин для привилегий одной особой категории издержек над другими нет¹. Но законодательство часто бывает неуклюжим в достижении четко обозначенного морального результата, и здесь, также как и везде, как я подозреваю, предпочитает видеть только те элементы ситуации, которые легко измерить: стоимость продукции, рабочей силы и сырья. Законодатель оказывается перед дилеммой. Узкое сосредоточение на легко измеримых издержках может быть необходимо для формулирования применимого и понятного закона, но эта ясность достигается лишь ценой игнорирования разнообразия относящихся к делу издержек, которые несет торговец, ограничиваемый законом.

¹ Buchanan J. Cost and choice: An inquiry in economic theory. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. [рус пер. Бьюкенен Дж. Издержки и выбор: исследование экономической теории // Экономическая политика. 2008. №№ 1-3]

Однако, даже если такие практические сложности были бы преодолимы, оставалось бы решающее моральное соображение против законов, преследующих обдирал. Основная причина, по которой такие законы морально необоснованны, заключается в том, что они запрещают взаимовыгодный обмен, причем запрещают его способом, который ставит тех, кто и так уязвим, в еще худшее положение.

Что бы еще ни думать о взвинчивании цен, обычные его случаи — не связанные с обманом, введением в заблуждение или другими внешними факторами — с очевидностью выгодны для обеих участвующих в сделке сторон. Даже если взимаемая цена исключительно высока и превышает ту, что покупатели предпочли бы заплатить в идеальном случае, тот факт, что они готовы ее заплатить, показывает, что они все же ценят приобретаемое благо выше, чем деньги, которые за него отдают. И — в предположении, что они не введены в заблуждение, не обмануты и не ведут себя нерационально, — нет причин полагать, что покупатели *ошибаются*, давая им сравнительную оценку именно таким образом. Не только такая сделка отвечает их внутренним предпочтениям, но имеются все причины полагать, что они выгадают от нее и с объективной точки зрения. Приобретаемые ими блага, в конце концов, подлинно *важны*. И хотя цена генератора может серьезно возрасти после бедствия, оставившего без света ту или иную территорию, возрастает и *потребность* людей в генераторах. Их готовность платить возросшую цену отражает этот рост потребности, а не является следствием ошибки или нерациональности.

Разумеется, кто-то может настаивать, что покупатели *недостаточно* выигрывают от такой сделки. Возможно, у торговцев есть моральная обязанность благотворительности по отношению к нуждающимся путем продажи им товаров дешевле рыночно складывающейся цены. Или может быть, существует некое моральное понятие «справедливой» цены, которое торговцы-обдиралы нарушают. Кто-то может, приняв все вышесказанное, все же оставаться уверенным, что торговцы, которые взимают сложившуюся на рынке цену на товары первой необходимости после бедствия, *эксплуатируют* своих покупателей¹.

Я не убежден в тех представлениях об эксплуатации, на которых основывалось бы подобное возражение, и должен дополнительно остановиться на этом в следующем разделе. Для целей же настоящего шага рассуждений мы можем допустить, что эксплуатация такого типа дурна. Но простое указание на то, что взвинчивание цен дурно не есть еще достаточное основание для законодательного его запрета². Ведь многие из наших опасений, стоящих за возражениями против эксплуатации, относятся и к любой попытке запретить взаимовыгодные, но эксплуататорские сделки.

Если, к примеру, мы возражаем против эксплуатации, поскольку она ущемляет интересы эксплуатируемых, мы можем заметить, что запрет на взвинчивание цен ущемляет их интересы еще сильнее. Чтобы это увидеть, нам нужно просто задуматься о том, как

¹ Этот сорт действующей эксплуатации подпадает под описание Аланом Вертхаймером «взаимовыгодной эксплуатации» (Wertheimer A. Exploitation. Princeton: Princeton University Press. 1999. P. 207. Ch. 1). Большинство дошедших до нас описаний эксплуатации совместимы с возможностью существования взаимовыгодной эксплуатации, но и с тем, что таковое может быть дурным с моральной точки зрения. См. напр.: Meyers C. Wrongful beneficence: Exploitation and third world sweatshops // Journal of Social Philosophy. 35. 2004. P. 319—333, в которой эксплуатация описывается как несправедливое извлечение преимуществ из индивида, получение выгоды от его несчастья и извлечение выгоды непропорционально вкладу. Подобным образом, Роберт Мейер утверждает, что сущность эксплуатации — отказ в предоставлении жертве преимуществ, требуемых справедливостью, и поэтому даже взаимовыгодное взаимодействие может оказаться эксплуататорским и дурным. См.: Mayer R. What's wrong with exploitation? // Journal of Applied Philosophy. 24. 2007. P. 137—150.

² Алан Вертхаймер и Роберт Мейер приходят к тому же выводу, хотя и несколькими другим путем (Wertheimer. Op. cit. Глава 9; Mayer. Op. cit. P. 147).

работают законы против взвинчивания цен. Если такие законы хоть как-то действуют, так это потому, что они требуют от торговцев продавать товары по ценам ниже сложившихся на рынке. Рыночная цена — это цена, при которой объем предложения равняется объему спроса. Если цена установлена выше рыночной, спроса будет недостаточно для продажи торговцами всего товара, и образуются [товарные] излишки. Если, наоборот, цена устанавливается ниже рыночной, как того требуют законодательные акты против взвинчивания цен, для наличного предложения окажется *слишком много* спроса. Возникнет, другими словами, дефицит соответствующих товаров. Это положение твердо установлено как широко признанными экономическими теориями, так и экспериментами с предельными ценами, например, устанавливавшимися во время нефтяного кризиса конца 1970-х гг. Наличие дефицита в свою очередь приводит к тому, что многие покупатели, готовые купить товары даже по нелегальным рыночным ценам, не смогут этого сделать¹. Поскольку им не дают участвовать в сделках, в которых они хотят участвовать, они оказываются в худшем положении. А поскольку товары, в отношении которых вводятся законы против взвинчивания цен, являются товарами *первой необходимости*, особенно важными для здоровья и благосостояния, они оказываются, скорее всего, в *значительно* худшем положении.

Если же, с другой стороны, основания для возражений против эксплуатации имеют деонтологическую, а не консеквенциальную природу, с учетом соответствующих деонтологических соображений можно выдвинуть независимое возражение. Против эксплуатации можно с основанием возражать в связи с тем, что она демонстрирует неуважение к личности его жертвы. Но сами законы против взвинчивания цен демонстрируют и даже поощряют подобное неуважение. Они демонстрируют неуважение как к торговцам, так и к покупателям, не позволяя им принимать самостоятельные решения о вступлении в сделку по рыночной цене. Они, в сущности, дают сигнал о том, что *ваше* решение о том, что данная сделка в ваших интересах, не значимо, и что решать, в какие отношения вам позволено вступать, будет закон. Кроме того, они поощряют неуважение к покупателям, повышая вероятность того, что их потребности будут *игнорироваться* теми, кто в состоянии их удовлетворить. Так происходит потому, что законы против взвинчивания цен приводят к дефициту не только в буквальном смысле, когда предложение полностью потребляется и остается неудовлетворенный спрос, но и в более широком — когда те, кто мог бы поставить недостающие товары, решают этого не делать. В мире никогда из-за того, что наступило бедствие, генераторы, лед или мешки с песком не кончаются в буквальном смысле. Эти товары существуют, и их можно доставить нуждающимся в них людям, если их владельцы окажутся достаточно мотивированы. И, как бы мы не относились к этому факту с моральной точки зрения, он все же остается фактом: возможность извлечения высокой прибыли выступает одним из действеннейших способов мотивации индивидов. Законы, запрещающие извлечение такой высокой прибыли, приводят к тому, что многие из индивидов, которые могли бы помочь, остаются в бездействии. В результате, жертв бедствия не эксплуатируют, но им и не помогают. На них просто не обращают внимания. Это менее наглядный способ отказать в уважении к человеческой личности таких людей, но это все же неуважение, и я уверен, что такого рода неуважение большинство променяло бы на отсутствие уважения при взаимовыгодной эксплуатации, дай им такой выбор.

До того, как перейти к моральной оценке взвинчивания цен как такового, нужно рассмотреть еще одну сложность, касающуюся консеквенциалистских возражений против

¹Или же они будут вынуждены обращаться на черный рынок, на котором цены, скорее всего, будут выше ввиду возросших транзакционных издержек, связанных с обходом закона, и на котором вероятность мошенничества и откровенного насилия выше ввиду отсутствия у покупателя возможности прибегнуть к защите закона при возникновении спора, связанного со сделкой.

законов о взвинчивании цен. Эти возражения подразумевают, что законы против взвинчивания цен запрещают взаимовыгодные сделки, что кажется истиной *a priori*. Но данное возражение также подразумевает, что запрет взаимовыгодных сделок оставляет покупателей в худшем положении, что более точно рассматривать как эмпирическую гипотезу, а не вопрос чистой экономической логики. Предположим, обдирала S обладает монополией на благо G на данной территории. Предположим далее, что самая низкая цена G, на которую согласен S, составляет X, в то время как наивысшая цена, которую покупатель B согласен уплатить, равняется Z (причем, $Z > X$). При отсутствии законодательства против взвинчивания цен рыночная цена будет весьма близка к Z. Хорошо продуманное законодательство против взвинчивания цен, тем не менее, способно установить максимальную законно взимаемую цену ближе к X. Закону просто необходимо знать значение X и установить максимальную цену на G в X. Поскольку S все еще согласен продавать G по X, и B, разумеется, согласен покупать G по X, такого рода закон значительно снизит цену, которую B будет вынужден платить за G, не устраняя стимула A поставлять B свои G. Законодательство против взвинчивания цен может, таким образом, по крайней мере в принципе, выступать стратегическим механизмом для снижения неравенства в распределении кооперативного излишка. Но хотя такой результат достижим в теории, на практике эпистемические препятствия в установлении значения X для каждого товара G и продавца S выглядят в конечном итоге непреодолимыми.

Итак, в настоящем разделе утверждалось, что законодательство против взвинчивания цен уязвимо для нескольких серьезных возражений. Во-первых, такое законодательство встает перед дилеммой при выборе способа определения [содержания] правонарушения. Законы, определяющие взвинчивание цен в терминах «недобросовестных» или «эксплуататорских» цен, хорошо отражают природу моральных возражений против взвинчивания цен, но их расплывчатость оставляет мало надежды на то, что участники рынка смогут предсказать, какие цены будут признаны незаконными, а какие нет. Это несправедливо и неэффективно. С другой стороны, законы, стремящиеся устранить такую расплывчатость, устанавливая четкие пределы допустимого повышения цен, оказываются чрезмерно жесткими и запрещают не только такой рост, который вызывает моральные возражения (например, вызванный жадностью в чистом виде), но и не вызывающий таких возражений (вызванный стремлением продавца компенсировать возросшие издержки, связанные с риском или ценой упущенной возможности). Наконец, даже если законы против взвинчивания цен удастся сформулировать так, чтобы избежать данной дилеммы, они все еще наталкиваются на решающее возражение, связанное с запретом на взаимовыгодные сделки между продавцами и покупателями, причем запрещают их покупателям, оказавшимся в отчаянной зависимости именно от такого типа выгодных сделок. Законы против взвинчивания цен, таким образом, наносят огромный вред именно тем людям, которые в наименьшей степени способны его выдержать. По всем названным причинам я заключаю, что даже если взвинчивание цен является в каком-то смысле аморальным, законы против взвинчивания цен следует отменить.

4. МОРАЛЬНЫЙ СТАТУС ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН

В предыдущем разделе в целях обсуждения принималось допущение, что действия по взвинчиванию цен являются аморальными. В настоящей главе предпринимается попытка оспорить данное утверждение за счет демонстрации того, что взвинчивание цен, по крайней мере, в большинстве случаев, морально допустимо. Чтобы провести это утверждение, я рассмотрю и опровергну два довода против моральной допустимости взвинчивания цен, а затем приведу два позитивных довода в пользу его моральной допустимости. Моя стратегия в целом заключается в том, чтобы продемонстрировать как то, что во взвинчивании цен содержится больше морально похвального, чем мы могли предположить, так и то, что большинство из считающегося в этом занятии морально сомнительным либо менее

заслуживает возражений, либо менее уникально для взвинчивания цен, чем ранее предполагалось. Таким образом, утверждение, которое я берусь защищать в настоящем разделе, заключается не в том, что *любой* акт взвинчивания цен морально допустим, а в том, что во многих случаях взвинчивание цен не содержит в себе морально порицаемых черт и содержит многие морально похвальные, и что при соблюдении данных условий мы должны оценивать взвинчивание цен как морально допустимое.

4.1 ПРОТИВ ДОПУСТИМОСТИ ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН: [АРГУМЕНТ ОТ] ПРИНУЖДЕНИЯ

Первое возражение, касающееся взвинчивания цен, заключается в том, что оно связано с предосудительным принуждением. Философские представления о принуждении различаются, так что представить пригодное для всех случаев опровержение данного утверждения затруднительно. Тем не менее, до того как углубиться в суть данного обвинения, мы можем отметить, что в большинстве случаев взвинчивания цен присутствуют три черты, которые, вместе взятые, кажется, подрывают возражения, связанные с принуждением практически при любом понимании такового. Во-первых, в большинстве случаев взвинчивания цен покупатели дают согласие на сделку. Во-вторых, в большинстве случаев взвинчивания цен отсутствует недобросовестность, недостаточная осведомленность и иррациональное поведение со стороны покупателя. Вместе взятые, эти два факта поддерживают, хотя не устанавливают со всей определенностью, утверждение о том, что покупатели заключают такие сделки *добровольно*. И наконец, в отличие от обычных случаев принуждения, вред, угрожающий обрушиться на жертву, проистекает не от предполагаемого правонарушителя (обдиралы), а от бедствия или чрезвычайной ситуации, спастись от которых пытается такой покупатель. По сравнению с отказом от сделки как эталоном, предложение обдиралы способно *облегчить* участь покупателя, а не отяготить ее.

Тем не менее, даже с учетом вышесказанного остаются два способа составить утверждение о том, что взвинчивание цен связано с принуждением, причем оба связаны с различными способами определения того «эталона», с которым ситуация покупателя должна сравниваться, чтобы определить, была ли ему сделана непринуждающая *оферта*, или он подвергся принуждающей *угрозе*. Первый предполагает, что у продавца есть моральная обязанность продать данный товар покупателю по цене ниже рыночной, и определяет принуждение по контрасту с морально задаваемым эталоном. Если мы примем эти допущения, тогда предложение в стиле «бери или уходи» от рыночной цены больше походит на угрозу, чем на оферту, поскольку продавец, в сущности, угрожает нарушить моральную обязанность, которой он связан: обязанность продать нуждающемуся лицу товар по *разумной* (ниже сложившейся на рынке) цене. Похоже, именно такая линия рассуждений стоит за утверждением о том, что предложения принуждают в случае, если альтернативы их принятия совершенно неприемлемы или несовместимы с «минимальными условиями достойной жизни». Поскольку, если такие доводы призваны продемонстрировать, что *тот, кто делает такое предложение* прибегает к принуждению, а не только то, что принуждению (к примеру, со стороны бури или со стороны нужды) подвергается тот, кому делается такое предложение, основанием, наверное, должно быть утверждение, что у лица, делающего такое предложение, есть обязанность не извлекать преимущества из уязвимого положения жертвы путем предложений на столь неблагоприятных условиях, т. е. то, что такое предложение больше похоже на угрозу, а не на оферту.

Проблема с этой линией аргументации в том, что она, похоже, маскирует возражение, связанное с эксплуатацией, под возражение, связанное с принуждением. Интуитивно понимаемое различие между угрозами и офертами в том, что угрозы уменьшают выбор, в то время как оферты расширяют его. Не менее интуитивно понятно то, что действия обдирал — особенно того их сорта, что описывается во вступлении к настоящей статье, — кажется,

расширяют, а не сужают пространство выбора жертв бедствия. Таким образом, я полагаю, что мы должны заключить: предложения, которые выдвигают обдиралы покупателям, являются настоящими офертами, но при этом остается возможность, что они являются *предосудительно эксплуататорскими* офертами. Я рассмотрю эту возможность в следующем разделе.

Другой способ аргументации в пользу принуждающей природы предложений обдирал сводится к определению принуждения по отношению к не-моральному эталону статистической нормальности¹. При таком понимании предложение со стороны А будет считаться принуждающим тогда и только тогда, когда оно ухудшает последствия отказа В от действия Х по сравнению с обычным ходом дел. Слегка изменив пример, приводимый Аланом Вертхаймером, предположим, что В просит А (врача) вылечить его болезнь. А является великодушным врачом, который обычно лечит всех пациентов бесплатно. Но в этом случае А, видя отчаянное положение В, заявляет, что возьмется излечить его болезнь в том и только в том случае, если В даст ему 100 долл. При статистической проверке действия А являются принуждением, поскольку оставляют В в ситуации хуже, чем это было бы обычно. Подобным образом, мы могли бы заключить, что если В обычно покупает лед по 1,70 долл. за мешок, а А предлагает последний оставшийся лед по 12 долл. за мешок, предложение А принуждает, поскольку значительно ухудшает последствия для В, если В не заплатит, по сравнению с обычными. Я думаю, против такой аргументации есть несколько возражений. Разумеется, многое зависит от того, как мы определим условия «нормальности» для данного анализа. Мы могли бы прийти к заключению, к примеру, что обвинение во взвинчивании цен применимо к давно торгующему продавцу, поднявшему цены после бедствия, но не к «предпринимателям», подобным описанным в начале статьи, поскольку изначально купить лед по 1,70 долл. покупатели могли только у первого. Или же мы вообще могли бы отрицать пригодность цены, которую обычно берут в ситуации, не связанной с бедствием, на роль эталона для сравнения с ценой в условиях чрезвычайной ситуации, при которой наличествует дефицит, — пригодность нормального в ситуации Х на роль эталона для определения того, что является принуждением в ситуации Y.

Вероятно, своя правда есть в каждом из этих возражений, но наиболее основателен тот ответ, что статистическая проверка просто не является проверкой, подходящей для определения случаев принуждения. Контрпример Нозика к данной теории выглядит сокрушительным: если А бьет В, своего раба, каждое утро на регулярной основе, а однажды предлагает прекратить его бить в том и только в том случае, если В сделает Х, — А предосудительно принуждает В². Но при статистической проверке оказывается, что А не принуждает В, поскольку его предложение не влечет для В в случае отказа от Х, последствий, худших, чем обычно. Таким образом, подобные примеры показывают, что наша интуиция во многом проистекает из морализирующего понимания эталона, по отношению к которому определяется принуждение. А это, как я уже сказал, возвращает нас обратно к возражению, связанному с эксплуатацией, а не с принуждением.

4.2 ПРОТИВ ДОПУСТИМОСТИ ВЗВИНЧИВАНИЯ ЦЕН: АРГУМЕНТ ОТ ЭКСПЛУАТАЦИИ

Второе и наиболее распространенное возражение против взвинчивания цен заключается в том, что оно является предосудительной эксплуатацией. Мы уже исследовали это представление и возможность того, что взаимовыгодная эксплуатация морально дурна, во втором разделе настоящей статьи. В ядре этого возражения — то, что нечестно со стороны продавца извлекать преимущества из уязвимости покупателей, чтобы получить

¹ См.: *Nozick R. Coercion // Philosophy, science and method / Morgenbesser S., ed. New York: St. Martin's Press, 1969. P. 447—50; Feinberg J. Harm to self. New York: Oxford University Press, 1986. P. 219; Wertheimer. Op. cit. P. 206-07*

² См. *Nozick. Op. cit. P. 450*

непропорциональное вознаграждение, даже если покупатели также выгадывают от данной сделки.

Однако с дурностью взаимовыгодной эксплуатации все не так просто, по крайней мере тогда, когда она ведет нас к предположению о том, что во взвинчивании цен есть что-то в *особенности* дурное по сравнению с поведением большинства тех, кто обдиралами не является.

Сложности связаны с непоследовательностью нашего мышления о требованиях, которые мораль накладывает в плане помощи несчастным на нас. С одной стороны, в той мере, в которой мы согласны, что обдиралы виновны во взаимовыгодной эксплуатации, мы согласны с тем, что они поступают дурно даже несмотря на то, что их поведение принесло *некоторую* пользу жертвам бедствия. С другой стороны, многие из нас не делают *ничего*, чтобы облегчить страдания большинства жертв бедствия, и мы обычно не считаем, что поступаем дурно, отказывая им в помощи — или, по крайней мере, мы не считаем, что поступаем *настолько же* дурно, как и обдиралы. Как оказывается возможным совмещать эти два подхода?

Эта сложность — один из путей обнаружить то, что Вертхаймер назвал «аргументом неухудшения». Это утверждение заключается в том, что когда А обладает правом не взаимодействовать с В, и когда взаимодействие с В не ухудшает положение последнего по сравнению с отсутствием взаимодействия, тогда со стороны А участие во взаимодействии не является существенно дурным, даже если условия такого взаимодействия оцениваются посредством какой-либо внешней нормы как несправедливые¹.

При консеквенциалистском подходе к морали истинность аргумента неухудшения очевидна. Но это утверждение задумано как справедливое также и для деонтологических теорий. Если нужда В возлагает на А обязанность помочь, трудно понять, почему со стороны А, по любым моральным нормам — нормам уважения к личности, отзывчивости к моральным побуждениям и т. п. — будет более дурно не помочь вообще, чем оказать хоть какую-то помощь. Ввиду этого, те, кто полностью игнорирует потребности пострадавших, относятся к ним с *меньшим* уважением, чем те, кто хоть *что-то* делает, чтобы им помочь.

Но это утверждение удовлетворяет не всех. Отвергающие его обычно делают это на том основании, что имеются особые моральные ограничения, применимые к нашим взаимодействиям с другими *в том случае, если мы решили с ними взаимодействовать*, но никак не относящиеся к тем, кто решил не взаимодействовать вовсе. Мы можем разобрать данную идею с большей точностью, разложив ее на следующие три утверждения: 1) в некоторых ситуациях А имеет особую моральную обязанность оказывать определенную помощь В, если А и В взаимодействуют взаимовыгодно и добровольно, 2) А не имел бы этой обязанности, не согласись А взаимодействовать с В, и 3) это истинно, даже если В оказывается в результате взаимодействия с А в лучшем положении вне зависимости от оказания такой дополнительной помощи. Алан Вертхаймер назвал эту идею «принципом взаимодействия», и какая-то ее форма кажется необходимой для возражения против аргумента неухудшения. Но какие доводы могут приводиться в пользу принципа взаимодействия?

Хотя Руфь Сэмпл не называет этот принцип таким именем, она приводит один довод в его поддержку. Согласно Сэмпл, суть того, почему эксплуатация дурна, заключается в том факте, что она является формой обращения с человеком, которая «принижает или проявляет неуважение к неотъемлемой ценности» личности того, с кем осуществляется взаимодействие. Неотъемлемая ценность других, по Сэмпл, «накладывает на нас

¹ Wertheimer A. Exploitation. P. 189

обязанность», и когда мы эксплуатируем их, мы отказываемся от соблюдения данной обязанности. Мы отказываемся от нее посредством «пренебрежения к тому, что является необходимым для благосостояния или процветания» данной личности, «получения преимуществ за счет причиняемой ей несправедливости» или «превращения в товар или обращения как с безликим объектом рыночного обмена с какой-то из сторон бытия данной личности, которая не должна превращаться в товар». Поскольку ее рассуждение не консеквенциалистское, — утверждает Сэмпл, — его нельзя опровергнуть, апеллируя к аргументу неухудшения. Поскольку, как она утверждает, есть различие между эксплуататорским взаимодействием и простым пренебрежением. Пренебрежение есть «лишь невзаимодействие с другой личностью, в то время как мы могли бы взаимодействовать». Возможно, пренебрежение дурно с моральной точки зрения, например, если мы игнорируем страдания личности от недоедания, но тем не менее существует основополагающее различие между взаимодействием отказом от взаимодействия, каковое различие «стоит за нашей идеей о том что эксплуатация *особенно* дурна» по сравнению с пренебрежением (курсив наш).

В другой работе я более подробно критиковал рассуждение Сэмпл. При его применении в случае взвинчивания цен возникают две основные проблемы. Во-первых, неясно, действительно ли взимание рыночной цены во время дефицита демонстрирует неуважение в указанном смысле. Можно допустить, что неотъемлемая ценность других человеческих существ накладывает на нас моральную обязанность, отрицая в то же время, что эта обязанность требует от нас продавать товары, имеющиеся в ограниченном количестве, по ценам ниже рыночных. Это в особенности справедливо, если мы расширим наше внимание от отдельного случая преднамеренной эксплуатации до более широкого рынка, от которого данная сделка составляет лишь малую часть. Продажа одной единицы товара индивиду ниже рыночной цены может быть способом уважить ценность *данного* индивида, но как быть с ценностью всех других индивидов на рынке? По условиям, товара недостаточно, чтобы удовлетворить спрос всех, так что кто-то останется без покупки. Отвержение консеквенциализма еще не повод уходить от проблемы редкости товаров и следующей из нее проблемы выбора. Ниже я еще вернусь к вопросу о совместимости взимания рыночной цены с уважением к личностям. Здесь же достаточно заметить, что обвинение в неуважительности такого взимания не было достаточно обосновано.

Вторая проблема с рассуждением Сэмпл заключается в ее противопоставлении эксплуатации и пренебрежения. Сэмпл утверждает, что первое неуважительно в таком смысле, который делает его особенно дурным по сравнению со вторым. Но неясно, почему дело должно обстоять таким образом. Как отмечает Сэмпл, уважение к другим требует от нас не благожелательности ко всем в сингеровском смысле. Скорее, оно требует «ограниченного, но позитивного участия в других». Из этого Сэмпл выводит, что те, кто пренебрегает другими, просто «[упускают из] виду ценность других обладающих ценностью существ», в то время как те, кто относится к другим по-эксплуататорски, сталкивается с ценностью других [личностей] лицом к лицу, но «попирает» требование уважения. Но ошибкой будет делать такие далеко идущие выводы о мотивах агентов исходя из их поведения. Пренебрежение может быть результатом лишь того, что ценность других не оказалась на переднем плане души, и в таких случаях пренебрежение может быть менее неуважительным, чем некоторые формы эксплуатации. Мы обычно менее строго упрекаем тех, кто поступает недолжным образом из-за рассеянности, чем тех, кто поступает так в полной ясности и по собственному произволу. Но пренебрежение может быть и сознательным выбором. Когда мы знаем о чужих страданиях, и у нас есть возможность их облегчить, но мы этого не делаем, мы совершаем выбор. Когда мы знаем о чужих страданиях и решаем не думать о них — переключаем канал в буквальном или метафорическом смысле — мы подобным же образом совершаем выбор. Иногда такой выбор может быть оправдан —

на самом деле, с учетом непрерывного потока страданий в мире, он *должен* хоть когда-то оправдываться, если мы хотим жить обычной жизнью. Но и оправданный выбор остается выбором, и ошибкой будет валить в одну кучу тех, кто его совершает, и тех, кто невиновен потому, что не знал или не имел возможности помочь.

Подобным образом, ошибкой будет предполагать, что все, кто занят взвинчиванием цен «попирают» ценность других личностей таким образом, который делает их поступки хуже, чем сознательное пренебрежение. Возможно, взвинчивание цен и не демонстрирует благожелательности к другим, как ее демонстрировал бы акт благотворительности, но это по меньшей мере *частичное* участие в ценности других, в отличие от пренебрежения, которое вообще не замечает такой ценности. Обдиралы относятся к своим ближним человеческим существам как торговцы, а не как братья и сестры в Царстве Целей. Но относиться к кому-либо как торговец все еще неизмеримо более уважительно, чем относиться к нему как к вещи. И более уважительно, чем относиться как к ничтожеству.

Даже если принять принцип взаимодействия в каком-либо варианте, тем не менее, его применение к случаю взвинчивания цен не лишено определенных сложностей. Поскольку вовсе не так уж ясно, как мы должны понимать природу «взаимодействия», которое-де порождает новые обязательства со стороны продавца. Влечет ли тот факт, что торговец А владеет магазином, продающим генераторы в городке, где живет В, «взаимодействие» А с В и, таким образом, особое моральное обязательство А облегчить страдания В в случае бедствия, продав ему генератор по цене ниже сложившейся на рынке? Имеет ли значение, был или не был В ранее его покупателем? Как быть с теми, кто — подобно людям из истории, с которой я начал статью — впервые занялись арбитражем, привозя необходимые товары из другого места и продавая их жертвам бедствия, с которыми до этого не имели деловых отношений? Достаточен ли для порождения особых моральных обязательств сам факт взаимодействия с продавцами во время совершения покупки, или взаимодействия должны предшествовать ему?

Вне зависимости от ответов на эти частные вопросы, апелляция к принципу взаимодействия в подобных случаях поднимает, с учетом бремени, возлагаемого на продавцов, сложную проблему справедливости. Этот момент можно прояснить, прибегнув к аналогии со случаями легкого спасения. Естественно полагать, что если А может спасти В с минимальными или нулевыми издержками, у А имеется моральная обязанность это сделать. Но справедливость такой интуиции встает под сомнение, если мы учтем более широкий контекст взаимодействия А с В. Предположим, что в данном случае 1) у А изначально не было обязанности взаимодействовать с В; 2) взаимодействие А с В улучшает положение В, даже если А не исполняет моральной обязанности спасти А; 3) А и В взаимодействуют добровольно; 4) взаимодействие А с В не нарушает никаких иных моральных ограничений; и 5) А не согласился бы взаимодействовать с В, если бы знал, что в случае согласия окажется морально обязанным спасти того. При этих условиях теории, согласно которым А морально обязан спасти В вследствие взаимодействия между ними, кажутся уязвимыми в связи как с их несправедливостью, так и с внутренним противоречием. Взаимодействие А с В является сверхдолжным, осуществляется с согласия В, не нарушает иных моральных ограничений и идет на пользу В. Почему же тогда сам факт взаимодействия должен возлагать дополнительную моральную обязанность на А в отношении В, сверх того, о чем А и В договорились между собой? Ввиду этого, кажется несправедливым обременять А дополнительными требованиями, учитывая, что он *и так* делает больше, чем от него требует мораль. Если, однако, кто-то захочет утверждать, что такое дополнительное моральное обременение А не является несправедливым (например, потому, что отчаянная нужда В значит так много в моральном плане), неясно, как ему согласиться с условием (1) из приведенных выше. Если спасение В столь важно, зачем утверждать, что А может без упрека избежать его спасения, с самого начала отказавшись с

ним взаимодействовать? Утверждение о том, что А никак не обязан взаимодействовать с В, кажется, по меньшей мере, противоречащим тому, что следует предположить о моральной важности спасения В, чтобы поддержать уверенность в моральной обязанности А спасти В в случае, если А и В решили взаимодействовать.

Рассуждение в этом разделе призвано подвергнуть сомнению утверждение о том, что взвинчивание цен является предосудительной эксплуатацией, но оно не содержит решающего доказательства того, что этот довод полностью несостоятелен. Мое возражение против того, что взаимовыгодная эксплуатация дурна, является возражением против непоследовательности: оно призвано продемонстрировать, что не вполне последовательно осуждать взаимовыгодную эксплуатацию в форме взвинчивания цен *сильнее*, чем мы осуждаем тех, кто ничего не делает, чтобы помочь жертвам бедствия. Одним из способов избежать такой непоследовательности могло бы стать меньшее осуждение обдирал, но мы также можем и усилить осуждение тех, кто ничего не делает. Мое рассуждение в настоящем разделе, таким образом, не доказывает, что взвинчивание цен не является дурным, оно лишь демонстрирует, что соображения, касающиеся эксплуатации, не придают ему статуса *особенно* дурного в том смысле, в котором большинство из нас его считает дурным до философского рассмотрения.

4.3 ЦЕННОСТЬ И АЛЛОКАТИВНАЯ ЭФФЕКТИВНОСТЬ

Мы переходим теперь от опровержения доводов против моральной допустимости взвинчивания цен к выдвижению доводов в пользу такового. Первый из них связан с распределяющей функцией цен в рыночном хозяйстве. При надлежащем функционировании рынки стремятся перераспределить ресурсы в сторону наиболее ценного их использования. Те, кто ценит товар выше, будут склонны платить за него бóльшую цену, чем те, кто ценит его ниже. Если каждый выразит готовность заплатить за единицу товара пропорционально тому, как его ценит, каждая единица достанется тому, кто ценит ее больше всех. Но так произойдет только в случае, если разрешено свободно менять цены в ответ на изменение спроса и предложения. Если цены не позволено повышать сверх уровня, заданного извне, не будет способа отличить тех, кто ценит товары выше этого уровня, не будет способа применить высокую цену для рациионирования недостаточно поставляемого товара, — и потребности, которые могли бы быть обеспечены, остаются неудовлетворенными. На самом деле, самые настоятельные нужды могут остаться неудовлетворенными, поскольку редкие ресурсы проданы по цене слишком низкой, чтобы отсеять покупателей, нужда которых была не столь настоятельна.

Разумеется, на менее чем совершенно конкурентных рынках аллокативная эффективность остается только тенденцией и не действует как абсолютный закон. Если у вас не хватает денег, или если вы не мыслите рационально, или если вас не окажется в нужное время в нужном месте, или если вы просто не знаете о возможности приобрести некоторые товары, рынок не доставит их вам, как бы вы высоко их не ценили.

Ниже я остановлюсь подробнее на последствиях того, что реальные рынки не удовлетворяют идеалу совершенной конкуренции. Здесь же достаточно отметить, что сама тенденция к аллокативной эффективности имеет и моральное значение. Редкость является универсальным фактом на рынках и при принятии решений, но в результате бедствия ее значение проявляется особенно сильно. При отсутствии электричества для питания холодильников, к примеру, люди найдут льду множество применений. Некоторые из них будут незначительными — кому-то лед понадобится просто чтобы охладить пиво. Другие применения будут более серьезными — диабетика лед потребуется для сохранения годности инсулина. Но для всех потенциальных применений льда не хватит. Для рациионирования доступных запасов нужен какой-то метод. Подлинный вопрос заключается

не в том, является ли ценовая система совершенным механизмом для распределения товаров по самым ценным применениям, но в том, лучше ли она имеющихся альтернатив.

Может показаться, что одна из альтернатив с очевидностью лучше: вынесение индивидуализированных суждений о потребностях и/или достоинствах потенциальных покупателей и продажа тем, кто получит высшие оценки по таким качествам, имеющим моральное значение. Поскольку аргумент в пользу того, чтобы положиться на цены, заключается лишь в корреляции платежеспособности с тем, что мы считаем морально значимым качеством — той степенью, в которой индивид ценит данный товар, — мы лучше бы справились, оценивая морально значимые качества напрямую и осуществляя распределение на этой основе.

В таком доводе содержится более одной крупницы истины, и я подозреваю, что именно этой истиной в значительной мере подкрепляется наша настороженность по отношению ко взвинчиванию цен и, обобщая, к использованию ценового механизма распределения ограниченных ресурсов. Родители не захотят распределять еду между детьми — даже в чрезвычайной ситуации — на основе платежеспособности. Я сомневаюсь, что большинство людей поступило бы так даже с соседями. Почему же тогда мы должны считать такую систему распределения приемлемой в общем случае?

Ответ имеет отношение к нескольким важным различиям между отношениями данного типа и типом отношений, имеющих обычно место в случае взвинчивания цен. Прежде всего, наиболее правдоподобные моральные системы предполагают, что мы несем особые обязанности по отношению к родственникам, друзьям и соседям. Мы несем безусловный или условный долг заботиться о них, который, например, противоречит нашей свободе извлекать выгоду от продажи им редких ресурсов и пересиливает ее. Более того — и это имеет большее значение для данного довода — мы имеем больше возможностей *узнать* морально значимые качества тех, с кем находимся в близких отношениях. При философском рассмотрении легко упустить такого рода соображения. В конце концов, в философском споре и мысленном экспериментировании мы можем постулировать качества, имеющие моральное значение, и принять их как данность. На практике, однако, определить, какие из качеств имеют моральное значение, а какие нет, значительно более сложно. И что важно, наше неведение морального значения само по себе имеет моральное значение, поскольку предполагает, что одним из критериев, по которым должны оцениваться наши реальные поступки — это насколько хорошо они срабатывают в мире, где не всё знание вещей, имеющих моральное значение, находится в нашем распоряжении. В некоторых ситуациях наше незнание сыграет меньшую роль, чем в других. Для меня сравнительно легко узнать потребности, привычки и т. п. своих соседей. Но даже в отношении соседей мои эпистемические возможности значительно ниже тех, которыми характеризуются мои семейные отношения. А четверо мужчин из Голдсборо, с которых началась статья, не имели практически *никакого* шанса узнать что-то о людях, среди которых распределяли свой лед. Более того, если серьезно относиться к новейшим результатам моральной психологии, оказывается, что люди не столь умелы в оценке имеющих моральное значение качеств других людей, как можно подумать. Мы часто отвлекаемся на то, что при более объективном рассмотрении сочли бы качествами, не имеющими морального значения, например, на расу, пол или эмоциональные проявления¹, у нас достаточно резонов считать взвинчивание цен морально допустимым.

¹ Так, знаменитый труд Канемана и Тверски (*Kahneman D., Tversky A. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Cambridge: Cambridge University Press, 1982*) содержит много примеров того, как моральное рассуждение сбивается с пути из-за используемой лексики или порядка изложения сведений. Позднее Джонатан Хайдт показал, что значительная часть наших моральных рассуждений вызывается эмоциональными реакциями, такими как отвращение, или строится

Более того, в тех случаях, когда взвинчивание цен приводит к чему-то далекому от морально идеального распределения, наилучшим ответом могут стать попытки не запретить или осудить взвинчивание цен, а изменить институциональные правила, в рамках которых оно имеет место. Если, например, кто-то озабочен в связи с взвинчиванием цен тем, что из-за уже имеющегося неравенства богатств товары достанутся богачам, а бедняки останутся ни с чем, на это можно ответить, уменьшая неравенство напрямую посредством политики социального обеспечения или, что может оказаться более уместным, поручая государственным службам закупать редкие и необходимые товары по рыночным ценам и поставляя их нуждающимся по субсидируемой цене или бесплатно. Последний подход был применен в Бостоне во время дефицита вакцины против гриппа в 1994 г. с видимым успехом. Определяя ясные «правила игры» и позволяя рыночным агентам свободно действовать в рамках таких правил, эти подходы позволяют воспользоваться эффективностью рынков, не возбуждая опасений, касающихся неравенства в распределении.

4.4 СИГНАЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ ЦЕН

Заключительный аргумент в поддержку допустимости взвинчивания цен опирается на работу Хайека, посвященную информационной функции ценовой системы¹. Для Хайека, как и для других представителей австрийской школы экономики, *несовершенная* природа рыночной конкуренции является критически важным фактором понимания природы рынков. Цены и рыночная конкуренция важны именно потому, что мы *не* живем в мире конкурентного равновесия, где предложение в точности равняется спросу. В реальном мире, в отличие от мира, описываемого равновесными моделями, фактическое положение непрерывно меняется. Изменяются желания людей, изменяются количество и качество наличных ресурсов и т. д. Когда это происходит, естественным ответом цен является соответствующее изменение. Благодаря этому цены несут рыночным акторам информацию о новом соотношении предложения товаров и спроса на них, представляя в то же время для акторов стимул изменять свое поведение в свете вновь полученных сведений.

В случае взвинчивания цен повышение цен, взимаемых за обычные товары, служит сигналом как для потребителей, так и для поставщиков этих товаров. Как мы уже увидели в предшествовавшем разделе, цены могут служить сигналом для потребителей. Однако, чтобы проиллюстрировать теоретический тезис примером из реальной жизни, мы можем взглянуть на пример гостиниц во Флориде, обвиненных во взвинчивании цен после урагана

таким образом, чтобы соответствовать им (*Haidt J., Koller S. H., Dias M. G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog? Journal of Personality and Social Psychology. 65. 1993. P. 613—28; Haidt J. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment // Psychological Review. 108. 2001. P. 814—34*). Выбирать, таким образом, приходится не между несовершенным распределением на основе цен и совершенным распределением на основе моральных качеств. Любой из доступных нам вариантов распределения несовершенен. Иногда несовершенство рыночных цен окажется более значимым, чем несовершенство индивидуализированных суждений, а иногда наоборот. Тезис настоящего раздела не в том, что взвинчивание цен допустимо всегда, а скорее в том, что во многих случаях взвинчивания цен взимание рыночной цены будет подталкивать к такому распределению товаров, которое отражает (хотя и несовершенен) то, что мы считаем имеющими моральное значение качествами, такими, как настоятельность нужды. Если это происходит, и если у нас нет другой доступной альтернативы, которая лучше соответствует нашим моральным обязательствам. Обратите внимание, что это существенно более слабое условие, чем сказать, что не должно быть доступных альтернатив, приводящих к морально более благим результатам. Даже морально неоптимальное действие, конечно же, должно быть морально позвольительным.

¹ Классическое изложение этой позиции можно найти в: *Hayek F. A. The use of knowledge in society // Individualism and economic order / F. Hayek, ed. Chicago: University of Chicago Press. 1980. P. 77—91* [рус. Пер. Хайек Ф.А. Использование знания в обществе. // Индивидуализм и экономический порядок / Хайек Ф.А. (ред). М.: Изограф. 2000. Доступна по адресу: <http://libertarium.ru/10062>]

Чарли. Согласно обвинению, выдвинутому генеральным прокурором, одна из гостиниц в Уэст-Палм-Бич взяла с троих постояльцев более чем по 100 долл. за ночь, что более чем в два раза превысило объявленную цену, не достигавшую 50 долл. за ночь. «Семьи, пытающиеся вновь вернуться к нормальной жизни», — сказал прокурор, — «не должны страдать из-за взвинчивания цен».

Но возросшие цены не только повысили прибыли владельцев гостиниц. Они также послали потребителям сигнал о том, что нужно экономить, и посредством этого *помогли* многим семьям. Чем ниже цена гостиничного номера, тем выше величина спроса на номера. С ростом цен люди задумались о других путях удовлетворения своей потребности. Как отметил один из комментаторов, семья, которая сняла бы отдельные номера для родителей и детей по 50 долл. за ночь, скорее снимет лишь один номер при более высокой цене, а семья, чей дом был поврежден, но все же пригоден для жизни, может решить обойтись им, если цена номера не 50, а 100 долл. Таким образом, хотя рост цен и не увеличил предложения гостиничных номеров в буквальном смысле, он увеличил *доступное* предложение — в результате более экономного поведения потребителей больше гостиничных номеров оказались доступны для индивидов и семей, которые нуждались в них наиболее остро.

Цены также посылают сигналы об увеличении предложения и более непосредственным образом. Если лед можно купить в Голдсборо по 1,70 долл., а продать в Роли по 12 долл. за мешок, люди поймут, что в Роли нужен лед из Голдсборо, и что можно получить существенную прибыль, доставляя его туда. Цены несут информацию о том, где наличествует высокий спрос на товары, и дают индивидам встроенный стимул удовлетворять этот спрос. Четверку мужчин, обсуждаемую в начале настоящей статьи, возможно, привели в Роли не альтруистические побуждения. Но своими действиями они отчасти помогли смягчить дефицит льда, с которым столкнулись в Роли. И если бы их не арестовали за взвинчивание цен, другие, прослышав о получаемой ими прибыли, могли бы последовать их примеру. По мере того, как больше людей везло необходимыми запасами в Роли, конкуренция заставила бы цены снизиться и приблизиться к новому равновесию на более низком уровне.

Урок, который мы можем извлечь из результатов, полученных Хайеком, заключается в том, что рынки динамичны, и наша моральная интуиция может упускать эту динамичность из виду. Когда мы думаем о взвинчивании цен, мы часто представляем себе небольшое, фиксированное предложение товара, распределяемого между группой людей. Если взимается высокая цена, товар достанется богачам, а остальным — нет. Дело выглядит так, те, кто покупали лед у четырех мужчин из Голдсборо, находились в ситуации игры с нулевой суммой — один мог бы выиграть только при проигрыше остальных — и обдирали извлекали преимущество из их уязвимости. Это кажется нарушением наиболее основополагающей из моральных норм: если бы *мы* отчаянно нуждались во льде, мы бы не захотели, чтобы кто-то наживался на нашем несчастье. В статичном мире взвинчивание цен выглядит как очевидное нарушение Золотого правила.

Но здесь, как и во многих других примерах, касающихся рынков, наша интуитивная моральная реакция слишком сильно зависит от живости нашего воображения, и слишком слабо — от того, что наглядно представить сложнее¹. Нам проще представить себе игровые отношения с нулевой суммой между индивидами, борющимися за небольшой запас льда.

¹ Это было одной из ключевых догадок французского политэконома XIX в. Фредерика Бастиа; наиболее известно ее изложение в: *Bastiat F. What is seen and what is not seen // Selected essays on political economy / de Huszar G. B., ed. Irvington-on-Hudson, NY: Foundation for Economic Education, 1995.* [рус. пер. Бастиа Ф. Что видно и что не видно. М.: Социум. 2006. Доступно по адресу: <http://www.inliberty.ru/library/classic/576/>]

Сложнее увидеть тот путь, которым рыночные силы, вовлеченные в этот сценарий, действуют в пользу увеличения предложения и стимуляции поиска и изобретения субституттов, так что то, что являлось нулевой суммой в микрокосме, становится положительной суммой в макрокосме. Количество доступных на рынке ресурсов может сокращаться или расти, и важнейшим фактором, ведущим к таким изменениям, выступает цена данного ресурса. На самом деле, тот факт, что ресурс получает высокую рыночную цену, является *сущностно важным шагом* для обеспечения дополнительных поставок на данный рынок. Удержание цен на низком уровне, добровольное или законодательное, казалось бы, восстанавливает справедливость в микрокосме, но делает это ценой сохранения статичности данного микрокосма и предотвращения увеличения поставок, которое снижает опасения относительно несправедливо высоких цен на рынке в целом. Рыночная конкуренция — это процесс, и кратковременно взимаемые обдирами высокие цены являются лишь одним шагом такого процесса — шагом, который незаменим для актов поиска и предпринимательства, движущих рынок ближе к состоянию, при котором нужды людей удовлетворяются более полно.

4.5 ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЕ СИТУАЦИИ И ПРОВАЛЫ РЫНКА

До того как перейти к рассмотрению путей, которыми взвинчивание цен отражается на моральных качествах агента, имеет смысл остановиться, чтобы рассмотреть очевидную линию возражений против приведенных в предыдущих двух подразделах доводов. Только что представленная мною защита взвинчивания цен основывается на определенных эмпирических и теоретических утверждениях, касающихся эффективного функционирования рынков. Даже если эти утверждения и справедливы для обычного, повседневного функционирования рынка, не так очевидно, что они остаются справедливыми в чрезвычайных ситуациях. А поскольку проблемой взвинчивания цен становится лишь в таких, чрезвычайных ситуациях, какие основания у нас имеются полагать, что рыночные механизмы окажутся действенны в ситуациях, когда индивиды действуют в самой короткой возможной временной перспективе, в условиях неполной информированности, высоких транзакционных издержек и предельно ограниченного количества продавцов?

Согласно неоклассическим представлениям о совершенной конкуренции, в чрезвычайных ситуациях рынки часто терпят провал. Но такая модель с совершенной конкуренцией — не единственный способ думать о пользе рынков и, вероятно, не самый плодотворный способ размышлять об их функционировании в чрезвычайных ситуациях. В таких ситуациях скорее всего будет более полезна какая-либо модель, сосредоточенная на рынке как *процессе*. Изложение Израэлем Кирцнером австрийской теории рыночного процесса, к примеру, определяет конкуренцию как «состязательную деятельность участников рынка, стремящихся получить прибыль, предлагая рынку большие возможности, чем ныне имеющиеся». Обратите внимание, что конкуренция такого вида, в отличие от конкуренции из неоклассической модели, имеет место не *вопреки* тому факту, что равновесие не достигнуто, но именно *благодаря* тому, что равновесие не достигнуто. Именно в процессе конкуренции мы переходим от более неравновесных состояний к менее неравновесным. Другими словами, никакое движение в сторону равновесия не может совершаться, пока текущее распределение ресурсов не изменится каким-либо образом. Конкуренция для Кирцнера и других представителей австрийской школы — это процесс поиска, при котором изыскиваются новые возможности, и при котором возможность чисто

предпринимательской прибыли стимулирует индивидов и фирмы к поиску ошибок в имеющихся способах распределения ограниченных ресурсов¹.

Поясним: хотя справедливо, что рыночным акторам в чрезвычайной ситуации не будет доступна совершенная информация, *самое* большее, что это доказывает, так это то, что результат рыночных процессов не достигнет теоретического идеала совершенной конкуренции. Но это не означает, что рыночные силы не проделывают важной работы. Как экспериментально показали Вернон Смит и другие, рынки могут достигать равновесных или близких к равновесным состояний, даже если ни один из акторов на этих рынках не обладает совершенной информацией и не действует совершенно рационально². Даже в отсутствие совершенной информации сохраняется рыночное давление, вознаграждающее за обнаружение новых и лучших способов использования ограниченных ресурсов для удовлетворения спроса. Покупатели все еще будут стремиться покупать больше при более низкой цене, а продавцы — продавать больше при более высокой. Нехватка информации выльется при этом в большие затраты или меньшие прибыли, а информационное преимущество повлечет предпринимательскую прибыль. Даже в случае далекого от равновесия состояния и несовершенства рынка, рыночное давление, таким образом, будет действовать в сторону равновесия. Вот, видимо, почему четверо мужчин, описанных в начале статьи, взимали *всего лишь* 12 долл. за мешок. От того, чтобы запросить 40 долл., их удерживал скорее всего не альтруизм, а понимание того, что рынок такой цены не допустит. Чем выше цена, тем сильнее будет стимул для индивидов обойтись имеющимися субститутами или изыскать новые субституты, и тем больше будет стимул для других индивидов поставлять тот же товар дешевле. Тенденции рынка к равновесию проявляются не сразу, но они и не полностью отменяются перед лицом чрезвычайной ситуации.

Многое будет зависеть, однако, от природы сложившейся чрезвычайной ситуации. В случае естественного катаклизма, действие которого продолжается несколько дней или недель, успевают распространиться информация, чтобы индивиды из незатронутых им районов направили ресурсы, и успевают сложиться конкуренция. При чрезвычайных ситуациях другого рода, однако, понятие «рынка» просто полностью неприменимо. Возьмем простой мысленный эксперимент, часто используемый для иллюстрации природы дурной эксплуатации. А тонет в озере, а В проплывает мимо в единственной оказавшейся в виду лодке. В предлагает А вытащить его на берег, *если* А согласится подписать контракт (который В прихватил с собой на случай такого происшествия) с обязательством передать права на свой дом. В данном примере ясно, что выставляемая В цена мало что дает для осуществления ценности аллокативной эффективности. Никто другой не претендует на место в лодке В. Если А откажется, это место просто останется пустым. Более того, в данном случае в душе В нет места сомнениям, какого рода распределение ресурсов наилучшим образом послужит общему благосостоянию или моральному благу, как его не определяй. Потребность А в месте в лодке больше, чем потребность В оставить его пустым, и нет необходимости полагаться на информационную функцию цены, чтобы сообщить ему это. И, наконец, хотя логически возможно утверждать, что эксплуататорски дорогая спасательная операция В стимулирует других увеличить предложение спасательных услуг в долгосрочной перспективе (С, D и E, прослышав о модном новом доме В, вложат деньги в баржи и начнут патрулировать окрестные озера в поисках утопающих для их эксплуатации),

¹ Hayek F. A. Competition as a discovery procedure // New studies in philosophy, politics, economics, and the history of ideas / Hayek F. A., ed. Chicago: University of Chicago Press, 1968.

² См.: Smith V. Market as economizers of information: Experimental examination of the “Hayek hypothesis” // Economic Inquiry. 20 (2). 1982. P. 165—179; Gode D. K., Sunder S. Allocative efficiency of markets with zero-intelligence traders: Markets as a partial substitute for individual rationality // Journal of Political Economy. 101. 1993. P. 119—37.

апелляция к сигнальной функции цен в данном контексте выглядит скорее до смешного беспомощной рационализацией личной жадности, чем подлинным оправданием. В подобных чрезвычайных ситуациях, таким образом, не присутствует ни одного из обычных моральных оправданий рыночных процессов, и ничто не мешает расти беспокойству о морально неприемлемой эксплуатации. Взвинчивание цен в ситуациях такого рода, следовательно, должно рассматриваться как морально недопустимое — что с очевидностью требуется в этой ситуации с моральной точки зрения, это спасение по справедливой цене, хотя какая именно цена будет тут справедливой, само по себе не вполне ясно. Но не все чрезвычайные ситуации похожи на эту. В тех ситуациях, когда от обычных рыночных процессов еще можно ожидать морально желательных результатов, и когда альтернативные институциональные или индивидуальные способы достижения лучших результатов (как бы их не определить) отсутствуют, имеется сильный довод в пользу моральной допустимости взвинчивания цен.

5. ВЗВИНЧИВАНИЕ ЦЕН И МОРАЛЬНЫЕ КАЧЕСТВА

Даже те, кого вышеприведенные аргументы убедят, могут все же считать, что остается нечто морально порицаемое в тех, кто участвует во взвинчивании цен. Возможно, само это занятие и не должно запрещаться законодательно. И возможно, что акт взвинчивания цен *как таковой* не заслуживает морального порицания. Но сам тот факт, что в пользу моральной допустимости взвинчивания цен в определенных случаях существуют сильные доводы, не означает, что те, кто на самом деле участвует в таких занятиях, побуждаемы этими соображениями. Другими словами, может оставаться вполне справедливым всеобщее моральное осуждение обдирал за жадность, бессердечие и эгоизм.

Однако, несколько загадочно, каким образом можно думать, что участие в морально допустимой деятельности является свидетельством аморальных качеств. Если действие морально допустимо, что еще можно сказать о качествах его участника, кроме того, что он склонен к совершению морально допустимых действий? Однако, многим аргументы такого рода кажутся убедительными. Иммануил Кант, к примеру, полагал, что животные не имеют морального статуса, и поэтому в том, чтобы относиться к ним как к простому средству для достижения собственных целей, нет ничего дурного *как в таковом*. Но даже Кант считал, что в людях, напрасно причиняющих животным страдания, есть нечто дурное. Дурным в них оказывалось не *само по себе* причинение животным страдания, а то, что такое поведение выдавало некий дефект их характера. Те, кто причиняет напрасные страдания животным, — рассуждал Кант, — это обычно тот же сорт людей, который причиняет напрасные страдания человеческим существам. Поэтому, даже если нет ничего морально дурного в причинении страданий животным как таковом, поступающие так люди тем самым показывают, что они вероятно совершат и другие действия, которые *являются* морально дурными; например, заставят страдать человеческие существа.

Рассуждение Канта указывает нам направление одного из путей, которым осуществление морально допустимого поведения может выказывать морально порочные качества. Мы должны, однако, отметить, что рассуждение Канта справедливо лишь в предположении, что моральные качества проявляются разборчиво. В конце концов, казалось бы, существует весьма четкое и очевидное различие между причинением вреда животным и причинением вреда человеческим существам, так что даже если некто склонен осуществлять поведение первого вида, он может и не быть склонен к осуществлению поведения второго вида. Если, однако, наши склонности настолько грубы, что они не в состоянии уследить за относительно тонким различием между разными субъектами, к которым проявляется жестокость, тогда возможно то, что Нозик назвал «нежелательные моральными внешними эффектами» действий одного вида по отношению к действиям другого вида. При таком сценарии наши склонности имеют вид скорее не «склонности причинять боль животным»

или «склонности причинять боль человеческим существам», а наличия или отсутствия «склонности причинять боль живым существам». Тот, кто причиняет боль животным, выражает склонность такого «неразборчивого» вида, и это, по Канту, предрасполагает его к совершению некоторых морально допустимых поступков (причинение боли животным), но также и к совершению некоторых морально непозволительных вещей (причинение боли человеческим существам).

Так вышло, что Кант оказался в основном прав относительно людей, причиняющих бессмысленные страдания животным. Отметим, однако, что его аргументация с неизбежностью прибегает к эмпирическим посылкам. Тонки или грубы наши склонности, — вопрос к эмпирическим психологам, а не к кабинетным философам. И нет причин думать, что психологи дадут однозначный и неизменный ответ. Человеческие существа, возможно, плохо проводят различие между видами причинения боли, но очень хорошо — между различными способами выражения лжи (большинство людей, я полагаю, непохожи на Канта и видят весьма резкую разницу между тем, чтобы солгать в автобиографии о своем образовании, и тем, чтобы солгать убийце на пороге дома, спрашивающему о местонахождении своей предполагаемой жертвы).

Подобным образом, эмпирическим является вопрос о том, достаточно ли грубы мотивы, побуждающие людей участвовать во взвинчивании цен, чтобы побуждать их также к совершению морально *непозволительных* действий. Склонность взимать с нуждающихся рыночную цену за необходимые вещи может оказаться также и склонностью к совершению против незащищенных людей актов мошенничества или принуждения при возможности извлечь из них прибыль. Но, опять-таки, может и не оказаться.

Ничто из сказанного не призвано оспорить интуитивную догадку, с которой мы начали этот подраздел: о том, что некоторые люди, занимающиеся взвинчиванием цен, делают это из морально низких мотивов. Это реальная возможность, и возможно, что так и бывает в большинстве случаев. Против чего я здесь возражаю, это против того, что тот факт, что некое лицо занимается взвинчиванием цен, является *достаточным свидетельством* для заключения о его дурных моральных качествах. Если принять, что доводы из четвертого раздела, касающиеся моральной позволительности взвинчивания цен корректны (или даже просто предположить, что люди верят в их корректность), занятие взвинчиванием цен совместимо с различными моральными мотивами. Некоторые могут заниматься им, поскольку заботятся лишь о своей прибыли, и участвуют во взвинчивании цен лишь по этой причине. Другие, однако, могут заботиться как о своем богатстве, так и о страданиях других, и верить, что взимание рыночной цены служит обеим целям. Мы справедливо осудили бы первых, как проявляющих недостаточное внимание к благосостоянию других. Но что делать со вторыми? Обдирала этого типа не выступает в роли морального святого — он не делает всего возможного, чтобы помочь нуждающимся несмотря на свой собственный интерес. Но он не играет роль и морального негодяя. Он основывает свое решение отчасти на собственном интересе и интересах своей семьи, но также и на соображениях, касающихся потребности других, и которые, как он небезосновательно полагает, наилучшим образом послужат этим потребностям. Его моральные качества, возможно, не являющиеся выдающимися, тем не менее по крайней мере *достойны*.

Возможно, однако, что мы полагаем моральную *добродетель* требующей большего, чем просто совершение действий, которые *морально позволительны*. Аристотелевский *φρόνισος* [рассудительный человек] не просто выполняет лишь тот минимум, который требует мораль. Тот, кто полностью воплощает все добродетели, такие как справедливость, благожелательность и щедрость, склонны думать мы, был бы расположен запрашивать цену ниже рыночной, даже если взимание рыночной цены проходит проверку на моральную позволительность. Такой индивид все еще позволил бы себе получение *некоторой* прибыли,

поскольку ничто из традиционных понятий Аристотеля о добродетелях не требует полного отречения от собственных интересов или даже меньшей о них заботы, чем об интересах других. Но он мог бы, мы полагаем, ограничиться *разумной* ставкой прибыли, все еще запрашивая меньше, чем то позволяет рынок.

По большому счету, я уверен, что это точное представление о том, как действовала бы добродетельная личность. В конце концов, то оправдание, которое я привожу в настоящей статье, полезности рыночных цен, сводится во многом к тому, что они выступают полезной эвристикой при достижении морального блага. Если *φρόνισος* в силах достичь такого блага напрямую, раздавая ресурсы тем, кто в наибольшей степени в них нуждается, страдает от их отсутствия или их заслуживает, и если он может найти другие, нежели высокие цены, способы привлечь в район дополнительное предложение, у него есть все моральные основания так и поступить. Но должны ли мы, обычные смертные, пытаться действовать так, как действовал бы *φρόνισος*? При ответе на этот вопрос следует учитывать два соображения, хотя они ведут нас в разные стороны. Во-первых, мы не должны забывать о том, что процесс принятия решений, который был бы идеальным, будь мы вполне добродетельны, вполне осведомлены и вполне рациональны, совсем не обязательно является идеальным для нас, таких как мы есть. Зовите этот подход эпистемическим смирением. Вполне возможно, что принятие несовершенной эвристики рыночных цен принесет больше добра, чем попытки принятия решений, основываясь на учете всех фактов, имеющих моральное значение, по крайней мере до тех пор, пока большая часть этих фактов нам неизвестна. Во-вторых, точно так же, как мы не должны забывать, что наши решения могут искажаться из-за незнания имеющих значение фактов, мы не должны забывать и то, что они могут искажаться из-за нашей пристрастности. В особенности, нужно помнить о нашей склонности рационализировать те действия, которые служат нашим собственным интересам. Большинство из нас, когда мы говорим, что стремление к максимизации собственной прибыли принесет больше добра, чем взимание меньшей платы, к сожалению, недостаточное внимание уделяет поиску контраргументов. Таким образом, хотя есть аргументация в пользу взимания рыночной цены, мы не должны на этом успокаиваться, считая, что этот случай применим к нам в нашем положении. Большинство из нас попросту слишком охотно себя дурачит, веря, что так и обстоит дело, невзирая на факты.

6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящей статье я представил (с оговорками) защиту взвинчивания цен. Для этого я защищал три тезиса. Во-первых, я утверждал, что даже если взвинчивание цен аморально, его не следует запрещать законодательно. Существующие законы против взвинчивания цен либо неспособны дать ясное указание продавцам, либо не в состоянии учесть всех причин, имеющих моральное значение, которые могут стоять за повышением цены, и сложно сказать, как эти законы могли бы быть исправлены для того, чтобы избежать данной дилеммы. Кроме того, юридический запрет на взвинчивание цен порождает отрицательные стимулы для участия индивидов в хозяйственной деятельности, несущей помощь пострадавшим от бедствия. Поскольку законы, запрещающие взвинчивание цен, таким образом, вредны для уязвимых покупателей и несправедливы к продавцам или неясны им, они являются аморальными и подлежат отмене. Во-вторых, я утверждал, что взвинчивание цен — по крайней мере, часто — морально допустимо. Взвинчивание цен не связано неотъемлемо с насилием, и если вообще связано с эксплуатацией, то только таким образом, который делает трудным понимание, что в нем дурного (или, по крайней мере, *более* дурного, чем действия тех, кто не делает *ничего* для помощи жертвам чрезвычайной ситуации). Более того, взвинчивание цен может служить морально достойным целям, содействуя эффективному распределению редких и востребованных ресурсов и посылая экономические сигналы, которые приводят к увеличению предложения востребованных товаров пострадавшему населению. Когда оно работает таким образом, я утверждаю, что у

нас есть все резоны думать о взвинчивании цен как морально допустимом. Наконец, я утверждаю, что, несмотря на *возможность* того, что обдиралами движут в их поступках морально низкие мотивы или качества характера, мы не должны предполагать, что *все* обдиралы таковы, поскольку есть и морально достойные (или, по крайней мере, морально приемлемые) мотивы, которые могут побуждать индивидов к такому занятию.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

«Защита слабой стороны договора» и «борьба с несправедливыми условиями договоров» — одни из ведущих устремлений российского законодательства в целом и российское антимонопольное законодательство в существенной степени реализует именно это устремление.

Однако редко осознается, что эти два устремления могут противоречить друг другу и, более того, что это случается довольно часто. Как показывает Мэтт Зволински, запрещая сделки, которые мы считаем недостаточно выгодными и несправедливыми по отношению к слабой стороне, мы нередко исключаем для нее возможность заключить нужную для нее сделку в принципе, усугубляя тем самым ее положение.

Возьмем несколько ситуаций, где легко заподозрить несправедливость.

1) После теракта, который остановил одну из линий метрополитена в крупном городе, таксисты взимают с пассажиров плату, во много раз превышающую обычную.

2) Крупная международная компания открывает фабрику в отсталой стране и платит рабочим существенно меньше, чем платила бы в своей стране, не говоря уже о более длинной рабочей неделе и худших условиях труда.

3) Женщина, которой нужны деньги на операцию дочери, обращается к состоятельному человеку, и он дает ей деньги в обмен на согласие стать любовницей.

При всей проблематичности ситуаций сложно спорить с тем, что наряду с сильной стороной в этих ситуациях выигрывает и слабая. Более того, легко допустить, что выигрыш слабой стороны превышает выигрыш сильной. Скажем, владельцы «потогонной фабрики» в отсталой стране могут довольствоваться всего лишь обычно конкурентной прибылью, тогда как рабочие получают зарплату в разы превосходящую обычную для этой страны. Аналогично, спасение дочери для женщины может быть существенно большим благом, чем полученные богачом удовольствия.

Одновременно весьма вероятно, что запрет на подобные сделки (будь он эффективно проведен в жизнь) привел бы не к более благоприятным для слабой стороны сделкам, а к разрушению этих сделок. Так, при сохранении установившейся до теракта цены количество желающих заняться перевозками также осталось бы прежним, несмотря на возросший спрос, и многие не смогли бы добраться до работы. Международная же компания вместо открытия потогонной фабрики с большим количеством работников в отсталой стране может открыть в США высокомеханизированную фабрику с малым количеством сотрудников.

Конечно, даже и в такой ситуации могут существовать причины для запрета сделок: в конце концов, проституцию запрещают скорее не потому, что она противоречит интересам проститутток и их клиентов, а потому что ее существование оскорбляет (или так принято считать) общественную мораль. И то же самое можно сказать о несправедливых договорах: некоторые предпочли бы, чтобы они были запрещены, *даже если* от этого пострадает слабая сторона. Однако ответственное моральное суждение требует, по крайней мере,

осознания того, что подобный выбор сделан, что интересы слабой стороны были принесены в жертву другим соображениям.

Вот рассказанный моим родственником случай из жизни, где должная осмотрительность была проявлена. На общем собрании дачного кооператива один из дачников, известный «правдоискатель», возмущался тем, что в приезжающей два раза в неделю автолавке товары подорожали «в три раза» (это, конечно, было преувеличением), что у торговца нет кассового аппарата и что он продает водку, по всей видимости, не имея лицензии. Дачники моментально сообразили, что попытки навести порядок, скорее всего, приведут к исчезновению единственного на данный момент магазина в кооперативе. Правдоискателя заткнули, однако повод для беспокойства остался: не напишет ли он куда-нибудь жалобу?

Дачники оказались неплохими специалистами по инвестиционному климату. Всем же будет лучше, решили они, если некоторые законы на территории кооператива (подобно иннограду «Сколково») применяться не будут. Если торговец имеет полное право в кооператив не приезжать, то его решение наладить поставки продуктов — благо, которое нужно ценить. Конечно, было бы еще лучше, если бы он продавал дешевле, но лучшее — враг хорошего. Погнавшись за журавлем в небе, можно упустить синицу в руках.

Проблема в том, что принятие решений в масштабах страны не так дисциплинирует, как принятие решений в масштабах кооператива. Последствия не столь зримы — нам не приходится выбирать между наличием товаров и полным их отсутствием, а изменения в количестве товаров не всегда очевидны. Вдобавок к этому на нашу долю обычно приходится незначительная часть последствий решения — одна ста сорока миллионная — а иногда решения и вовсе напрямую не затрагивают наши личные интересы. В этой ситуации, когда последствия решений почти для нас неощутимы, риск в борьбе с несправедливостью забыть про интересы слабой стороны становится особенно существенным.

Парадоксально, но, пожалуй, учет интересов слабой стороны требует с большей осторожностью относиться к ограничению цен на т.н. «социально-значимые товары». Ведь очевидно, что для человека намного опаснее столкнуться с дефицитом молока и хлеба, чем с дефицитом икры и шампанского, а потому именно в первом случае необходимо прилагать особые усилия для тщательной оценки возможных последствий.

Мэтт Зволински поднимает и другую проблему: а справедливы ли мы сами в моральном осуждении обдирал? Люди, которые продают товар втридорога, или, наоборот, дешево покупают наш труд, имеют полное право ничего не продавать нам и не нанимать нас, и сделки с ними для нас, по крайней мере, не хуже, чем их отсутствие. Как мы в этой ситуации можем осуждать «нашего» продавца или работодателем больше, чем тех, кто ими для нас не стал? Если наши потребности в товарах, наш голод, наша нужда в работе налагает на других какие-то моральные обязанности, то все равно первые помогли нам хоть чем-то, пусть и не выполнили эти обязанности в совершенстве, тогда как вторые не помогли ничем. Будет ли справедливым осуждать тех, кто чем-то нам помог (пусть и небескорыстно), больше, чем тех, кто не помог ничем?

В.Н.

РАЗДЕЛ 1. НОРМАТИВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

ДАВИД ЮМ. ТРАКТАТ О ЧЕЛОВЕЧЕСКОЙ ПРИРОДЕ (ИЗВЛЕЧЕНИЕ)¹

Я заметил, что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным образом, устанавливает существование бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно «*есть*» («*is*») или «*не есть*», не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки «*должно*» («*ought*») или «*не должно*». Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это «*должно*» или «*не должно*» выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него...

Я уверен, что этот незначительный акт внимания опроверг бы все обычные этические системы и показал бы нам, что различие порока и добродетели не основано исключительно на отношениях между объектами и не познается разумом.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

В представленном отрывке сформулирована идея, которая впоследствии получила название «принципа» или «гильотины» Юма. В соответствии с этим принципом «должное не выводится из сущего», иными словами, мы не можем вывести нормы, опираясь только лишь на знание фактов. Угроза падения астероида на Землю *сама по себе* не объясняет, почему ее надо предотвратить. Радикальный участник движения зеленых вполне может считать, что было бы только лучше, если бы человечество перестало существовать, и с учетом этого ценностного суждения угроза падения астероида вовсе не является «угрозой» и, тем более, чем-то, что следует предотвратить.

Из принципа Юма, в частности, следует, что для обоснования антимонопольного законодательства (и любого другого) не достаточно опираться только лишь на экономическую теорию (или даже сумму всех наук). Необходимы также и нормативные суждения, обоснованность которых обсуждается в этике и философия права.

Среди специалистов по этике доминирует два подхода. Деонтологический подход предполагает, что моральная правильность поступка зависит от его внутренних качеств, что есть поступки, которые плохи сами по себе, вне зависимости от последствий. Консеквенциалистский подход напротив предполагает судить о поступках по их последствиям, например, способности принести рост благосостояния. Так как в любой практической дискуссии обычно сталкиваются аргументы обоих типов — деонтологические и консеквенциалистские — ее участник должен быть готов к обсуждению и тех, и других (примером этого является статья Мэтта Зволински).

В.Н.

¹ Юм Д. Трактат о человеческой природе. Книга 3 Часть 1. Глава 1 // Юм Д. Трактат о человеческой природе. Т. 2. М.: «Канон+». 2009. С. 229.

МОДЕЛЬ

Те условия, которые мы хотели бы предписать обществам, претендующим на звание утопии, в сумме не согласуются друг с другом. Невозможно совместить все общественные и политические блага и тем более поддерживать такую ситуацию; это достойное сожаления свойство человеческого состояния стоит того, чтобы его исследовать и о нем сокрушаться. Нашим предметом, однако, является лучший из всех возможных миров. Для кого? То, что будет для меня лучшим из всех возможных миров, не подойдет вам в этом качестве. Мир, лучший из всех, какие я могу вообразить, мир, в котором мне больше всего хотелось бы жить, это не совсем тот мир, который выбрали бы вы. Однако в некоем ограниченном смысле утопия должна быть самым лучшим выбором для всех нас — самым лучшим воображаемым миром для каждого из нас. В каком смысле это возможно?

Представьте себе мир, в котором вы хотели бы жить; не обязательно, чтобы он включал всех ныне живущих; кроме того, в нем могут находиться и существа, которых в действительности никогда не существовало. В этом придуманном вами мире каждое разумное существо будет иметь права на то, чтобы придумать для себя мир (в котором все остальные разумные существа будут иметь право придумать мир для себя и т.д.) так же, как это сделали вы. Остальные обитатели мира, который вы придумали, могут либо остаться в мире, созданном вами для них (для которого были созданы они), либо покинуть его и жить в мире, который они придумали сами. Если они предпочитают оставить ваш мир и жить в другом, в вашем мире их не будет. Вы можете решить покинуть ваш воображаемый мир, в котором уже не будет тех, кто из него мигрировал. Этот процесс продолжается: миры создаются, люди покидают их, создают новые миры и т.д.

Будет ли этот процесс продолжаться бесконечно? Все ли такие миры эфемерны или найдутся стабильные миры, в которых предпочтут остаться все, кем они были населены изначально? Если процесс приведет к возникновению стабильных миров, каким интересным общим условиям каждый из них будет удовлетворять?

Если стабильные миры существуют, то каждый из них соответствует одному (вполне ожидаемому, если учитывать способ, которым эти миры были созданы) условию, а именно: *ни один* из его обитателей не может *вообразить* другой мир, в котором он предпочел бы жить и который (по его мнению) продолжил бы существовать и в том случае, если все его разумные обитатели имеют право придумывать миры и эмигрировать туда. Это описание настолько привлекательно, что чрезвычайно интересно посмотреть, какими еще общими чертами будут обладать все стабильные миры. Чтобы нам не надо было каждый раз повторять длинное описание, будем называть мир, который все разумные обитатели имеют право покинуть ради любого другого мира, который они в состоянии вообразить (который все разумные обитатели могут покинуть ради любого другого мира, который они могут вообразить, в котором...), *ассоциацией*; а мир, некоторым разумным обитателям которого не разрешено эмигрировать в некие ассоциации, которые они в состоянии вообразить, *восточным берлином*. Таким образом, наше исходное привлекательное описание утверждает, что ни один член стабильной ассоциации не может придумать (так он полагает) другую ассоциацию, которая была бы стабильной и в которой он предпочел бы жить.

На что похожи такие стабильные ассоциации? Я могу предложить лишь несколько интуитивных и крайне упрощенных рассуждений. Вы не сможете учредить ассоциацию, в

¹ Нозик Р. Анархия, государство и утопия. М.: ИРИСЭН. 2008. Настоящее извлечение сделано из главы 10 данной книги.

которой вы будете абсолютным монархом, эксплуатирующим всех других разумных обитателей. Ведь тогда им было бы лучше без вас, и они, по меньшей мере, предпочли бы жить в такой ассоциации, где жили бы все они, кроме вас, а не оставаться в той, которая создана вами. Ассоциация, которую бы все ее обитатели (кроме одного) покинули ради своей собственной, не может быть стабильной; это противоречило бы предположению, что исходная ассоциация была стабильной. Это рассуждение применимо также к двум, трем или n индивидам, без которых каждому в ассоциации было бы лучше. Таким образом, мы имеем следующее условие стабильности ассоциации: если A — это множество индивидов в некоторой стабильной ассоциации, то не существует ни одного собственного подмножества S множества A , для которого было бы верно, что каждому из членов S лучше быть в ассоциации, состоящей только из членов S , чем быть в A . Дело в том, что, если бы такое подмножество S существовало, его члены вышли бы из A и создали бы собственную ассоциацию.

Предположим, что вы являетесь представителем всех разумных существ (кроме меня) в мире, который я придумал и создал. Принятие решения остаться в моей ассоциации A_1 или создать другую, A'_1 , включающую всех вас, но не меня, это *то же самое, что принятие решения* о том, допустить ли меня в качестве нового члена в ассоциацию A'_1 , к которой вы все уже принадлежите (предоставив мне в расширенной ассоциации A'_1 ту же роль, которая была у меня в A_1). В каждом случае решение определяет один и тот же ключевой факт: как вам будет лучше — со мной или без меня. Таким образом, чтобы определить, в каких из множества миров A_1, A_2, \dots , которые я могу вообразить, все разумные члены остались бы в ассоциации со мной вместо того, чтобы создать ассоциации A'_1, A'_2, \dots , в которые вошли бы (все) они, но не я, можно рассмотреть все ассоциации A'_1, A'_2, \dots как уже существующие и задаться вопросом, какие из них согласились бы принять меня в качестве нового члена и на каких условиях.

Ни одна ассоциация не примет меня, если я беру у нее больше, чем даю ей: они не захотят нести потери, приняв меня. То, что я беру у ассоциации, это не то же самое, что я получаю от нее; то, что я беру, — это насколько они ценят то, что дают мне в рамках соглашения, а то, что я получаю, — это насколько я ценю свое членство. Предположим на данном шаге, что группа едина и может быть представлена одной функцией полезности (где $U_Y(x)$ — полезность x для Y ; тогда ассоциация A'_1 примет меня только при условии, что

$U_{A'_1}(\text{принять меня}) \geq U_{A'_1}(\text{исключить меня}),$

т.е. $U_{A_1}(\text{быть членом } A_1) > U_{A'}(\text{быть членом } A)),$

т.е. (то, что входящие в A'_1 выигрывают от моего членства) \geq (то, что они отдают мне, чтобы привлечь меня в ассоциацию).

Ни от одной ассоциации я не смогу получить чего-то, что для нее ценнее, чем ценность моего вклада в нее.

Нужно ли мне принимать меньше, чем это, от какой-нибудь ассоциации? Если одна ассоциация предложит мне меньше, чем она выиграла бы от моего присутствия, другой ассоциации, для которой мое присутствие имеет ту же ценность, будет выгодно предложить мне больше (хотя и меньше, чем она выиграла бы), чтобы залучить меня к себе. Ситуация с третьей ассоциацией по отношению ко второй будет аналогичной и т.д. Ассоциации не могут сговориться между собой, чтобы снизить цену, потому что я могу вообразить любое количество других претендентов на меня на рынке, на котором торгуется мое участие, а потому ассоциации будут предлагать мне все больше.

Похоже, мы получили вариант экономической модели конкурентного рынка. Это замечательно, потому что дает нам немедленный доступ к мощным, тщательно разработанным и современным методам теоретического анализа. Множество ассоциаций, конкурирующих за мое членство, — в структурном плане то же самое, что фирмы, которые конкурируют за то, чтобы взять меня на работу. В каждом случае я получаю свой предельный вклад. Таким образом, как представляется, мы пришли к тому, что в каждой

стабильной ассоциации каждый индивид получает [эквивалент] своего предельного вклада; в каждом мире, разумные члены которого могут придумывать миры и переселяться в них, и в котором ни один разумный индивид не может придумать другого мира, где он предпочел бы жить (в котором каждый индивид имеет одни и те же права на то, чтобы придумывать и переселяться) и который, по его мнению, мог бы быть устойчивым, каждый индивид получает [эквивалент] своего предельного вклада в этот мир.

...

МОДЕЛЬ, СПРОЕЦИРОВАННАЯ НА НАШ МИР

В *нашем* реальном мире модели возможных миров соответствует многообразие сообществ, членами которых люди могут стать, если их примут; которые они могут покинуть, если захотят; которым они могут придать форму в соответствии со своими желаниями; общество, в котором можно воплощать утопические эксперименты, можно выбирать стиль жизни, а также можно в одиночку или совместно с кем-то реализовывать разные представления о благе. Детали и некоторые достоинства такого устройства, которое мы будем называть *рамкой* [framework], будут проясняться по мере нашего продвижения. Имеются важные отличия модели от проекции модели на реальный мир. Проблемы с функционированием рамки в реальном мире имеют источником расхождение между нашей приземленной реальной жизнью и рассмотренной выше моделью возможных миров. Возникает вопрос: действительно ли, даже если бы реализация модели было идеалом, *лучшее*, чего мы можем добиться на Земле, — это осуществление ее бледной проекции?

1. В отличие от модели мы не можем создать таких людей, каких пожелаем. Так что даже если бы существовала возможность создания ассоциации индивидов, максимально ценящих друг друга, включающей вас, другие ее члены могут не существовать в реальности; а другие люди, среди которых вы реально живете, не будут образовывать вашего лучшего фан-клуба. Кроме того, вы, возможно, хотели бы жить в сообществе определенного типа, но других людей (которых можно было бы уговорить), готовых присоединиться к вам, недостаточно для создания жизнеспособного сообщества. В отличие от этого в модели для любого из большого ряда неэксплуататорских сообществ всегда существует достаточно индивидов, которые желают в нем жить.
2. В отличие от модели в реальном мире сообщества *конфликтуют* между собой, что создает проблемы в сфере внешних сношений и самообороны и делает необходимым механизм судебного разбирательства и улаживания споров между сообществами. (В модели столкновение между сообществами может заключаться только в том, что одно уводит у другого часть его членов.)
3. В реальном мире имеют место информационные издержки на выяснение того, какие сообщества существуют и что они собой представляют, а также — в случае перехода из одного сообщества в другое — транспортные издержки и издержки по переселению.

4. Более того, в реальном мире некоторые сообщества, чтобы помешать оттоку членов в другие сообщества, могут попытаться скрыть от части своих членов информацию о природе тех сообществ, к которым они могли бы захотеть присоединиться. Это поднимает проблему институционального обеспечения свободы передвижения в условиях, когда некоторые пожелают ее ограничить.

С учетом гигантской разницы между реальным миром и моделью возможных миров, какое значение для реального мира может иметь эта фантазия? Не нужно пренебрегать такого рода фантазиями ни здесь, ни где-либо еще. Они объясняют многое в нашем реальном положении. Невозможно понять, будем ли мы удовлетворены нашими реальными достижениями в рамках имеющихся у нас альтернатив, если мы не знаем, насколько они отличаются от наших фантазий: только учитывая такие мечты и их силу, можно понять усилия людей, направленные на расширение границ доступных им на данный момент возможностей. Детали, в которые погружаются некоторые авторы утопий, показывают, что для них границы между фантазией и реальностью размыты, не говоря уже о сбывшихся предсказаниях; например, Фурье считал, что моря можно было бы превратить в лимонад, ожидал появления ручных антильвов и антитигров и т.п. Даже самые необузданные надежды и предсказания (вроде тех, что мы находим у Троцкого на последних страницах его книги «Литература и революция») отражают тоску и тоску, без которых портрет человечества превращается во всего лишь трехмерный. Я не смею над нашими желаниями, выходящими не только за пределы осуществимого в данный момент и того, что мы считаем осуществимым в будущем, но даже за пределы возможного; и я не хочу чернить фантазию или преуменьшать страдания от тоски по невозможному.

...

РАМКА

Мы были бы обескуражены, если бы нашелся лишь один аргумент или ряд взаимосвязанных доводов в пользу адекватности конкретного описания утопии. Утопия является фокусом столь многих и столь разных упований, что к ней должны вести многие теоретические подходы. Обрисуем некоторые из таких поддерживающих друг друга теоретических путей.

Первый путь начинается с утверждения о том, что люди разные. Они различаются по темпераменту, интересам, умственным способностям, стремлениям, природным склонностям, духовным поискам и по образу жизни, который они хотели бы вести. У них разные ценности, и они придают разный вес общим для них ценностям. (Они хотят жить в разных климатических условиях — в горах, на равнине, в пустыне, на берегу моря, в больших или маленьких городах.) Нет оснований считать, что существует *одно* сообщество, которое будет идеалом для всех людей, и есть много оснований считать, что такового не существует.

Можно провести различие между следующими тезисами:

I. Для каждого индивида есть такой образ жизни, который объективно является наилучшим для него.

1. Люди достаточно похожи, поэтому есть один образ жизни, который объективно является наилучшим для каждого.
2. Люди разные, поэтому не существует одного образа жизни, который был бы наилучшим для каждого.

а. Разные образы жизни достаточно похожи, так что *существует* один тип сообщества (отвечающего определенным ограничениям), который объективно является наилучшим для каждого.

б. Разные образы жизни настолько различны, что *не* существует одного типа сообщества (отвечающего определенным ограничениям), который объективно является наилучшим для каждого (независимо от того, какой образ жизни ему больше всего подходит).

II. Для каждого человека, насколько позволяют судить объективные критерии блага (в той мере, в какой они существуют), имеется большая группа очень разных образов жизни, которые подходят ему лучше всего; ни один другой образ жизни объективно не лучше для него, чем любой из этой группы, и ни один образ жизни из группы объективно не лучше любого другого. И не существует одного сообщества, которое объективно является наилучшим для жизни каждого множества из семейства множеств жизней, которые не являются низшими по объективным параметрам.

Для наших целей в данный момент подходят 162 или II.

Витгенштейн, Элизабет Тейлор, Бертран Рассел, Томас Мертон, Йоги Берра, Аллен Гинзбург, Гарри Вольфсон, Торо, Кейси Стенгел, любавичский ребе, Пикассо, Моисей, Эйнштейн, Хью Хеффнер, Сократ, Генри Форд, Ленни Брюс, Баба Рам Дасс, Ганди, сэр Эдмунд Хиллари, Реймонд Лубиц, Будда, Фрэнк Синатра, Колумб, Тэд Уильяме, Томас Эдисон, Фрейд, Норман Мейлер, Айн Рэнд, барон Ротшильд, Г. Д. Менкен, Томас Джефферсон, Ральф Эллисон, Бобби Фишер, Эмма Голдман, Петр Кропоткин, вы и ваши родители. Действительно ли существует *один* образ жизни, являющийся наилучшим для всех этих людей? Представьте себе, что все они живут в какой-либо утопии из числа тех, с детальным описанием которых вы знакомы. Попробуйте описать общество, в котором всем этим людям будет лучше всего жить. Это было бы сельское общество или городское? Как жили бы его члены: роскошно или аскетично, обращая внимание лишь на жизненно важные потребности? Какими были бы в нем отношения между полами? Существовало ли бы там что-то похожее на институт брака? Было ли бы это общество моногамным? Воспитывали ли бы родители своих детей сами? Была ли бы в нем частная собственность? Была ли бы в нем спокойная и безопасная жизнь или жизнь с приключениями, опасностями, угрозами и возможностью проявить героизм? Была ли бы в нем религия и сколько: одна или много? Насколько значимой она была бы для людей? Что было бы для людей важнее: их личные заботы или общественная деятельность и проблемы, волнующие все общество? Как они относились бы к труду: упорно совершенствовались каждый в своей узкой специальности или были бы мастерами на все руки и любителями повеселиться? Или вообще не работали бы и посвятили бы свою жизнь развлечениям? Как воспитывались бы дети: в строгости или снисходительно? Что было бы главным в их образовании? Будет ли спорт играть важную роль в их жизни (в качестве зрителей или участников)? А искусство? Что будет доминировать — чувственные удовольствия или интеллектуальная деятельность? Или что-то другое? Будет ли мода в одежде? Будут ли приноситься жертвы ради внешней красоты? Каким будет отношение к смерти? Будут ли техника и технология играть важную роль в обществе? И т.д., и т.п.

Мне кажется невероятной идея, что существует один наилучший суммарный ответ на все эти вопросы, одно - единственное общество, являющееся наилучшим для *каждою*. (И еще более невероятна идея о том, что, если такое общество существует, наших нынешних знаний достаточно, чтобы описать его.) Не следует браться за описание утопии тому, кто перед этим не перечитал, например, Шекспира, Толстого, Джейн Остин, Рабле и Достоевского, чтобы напомнить себе о том, насколько разными бывают люди. (Это напомнит ему и о том, насколько они сложны; см. ниже третий вариант пути.)

...

Вывод состоит в том, что в утопии не будет одного вида сообщества и одного для всех образа жизни. Утопия будет состоять из утопий, из множества различных неоднородных сообществ, в которых люди будут вести разный образ жизни в разных институциональных условиях. Некоторые виды сообществ будут более привлекательными для большинства по сравнению с другими; сообщества будут разрастаться и приходить в упадок. Люди будут менять сообщества или жить всю жизнь в одном и том же. Утопия — это рамка для утопий, место, где люди вольны добровольно объединяться, чтобы попытаться реализовать собственный идеал хорошей жизни в идеальном сообществе, где, однако, никто не может *навязать* другим собственные представления об утопии. Утопическое общество — это общество утопизма. (Некоторые, конечно, могут быть довольны тем, что у них есть. Не *каждый индивид* будет присоединяться к особым экспериментальным сообществам, и многие из тех, кто сначала воздержится, присоединятся к ним позднее, когда станет ясно, что на самом деле получилось из этих сообществ.) Половина той истины, которую я хочу сообщить, заключается в том, что утопия — это метаутопия: это среда, в которой можно проводить утопические эксперименты; среда, в которой люди вольны жить по своему разумению; это среда, которая должна быть в значительной степени создана заранее, чтобы появилась возможность для стабильной реализации более конкретных утопических проектов.

Если, как мы заметили в начале этой главы, не все блага можно создать одновременно, то нужно будет идти на уступки. *Второй теоретический путь* содержит указание на то, что нет особых оснований считать, что абсолютно всех устроит одна-единственная система компромиссов. Различные сообщества, каждое из которых будет слегка отличаться по составу от других, будут образовывать набор, из которого каждый индивид сможет выбрать то сообщество, которое в наибольшей степени соответствует *его* балансу конкурирующих ценностей. (Противники будут называть это утопическим шведским столом и сделают выбор в пользу ресторанов с одним фиксированным меню или, скорее, в пользу города с одним рестораном, меню которого состоит из одного блюда.)

ПРОЕКТИРОВАНИЕ И ФИЛЬТРАЦИЯ

Третий теоретический путь, который приводит к рамке для утопии, основан на том, что люди — существа сложные. И сети возможных отношений между ними — тоже. Предположим (что неверно), что предыдущие аргументы ошибочны и что *один* вид общества является наилучшим для всех. Как можно выяснить, на что похоже это общество? На ум сразу приходят два возможных типа методов, которые мы будем называть проектированием и фильтрацией.

Методы проектирования строят нечто (или создают его описание) с помощью какой-либо процедуры, которая по сути не предполагает построения описаний других объектов того же типа. Результатом процесса является один объект. В случае обществ результатом проектирования является описание одного общества, полученное людьми (или одним человеком), которые садятся и начинают придумывать самое лучшее общество. Приняв решение по этому вопросу, они приступают к уточнению всех деталей этой модели.

С учетом огромной сложности человека, разнообразия его желаний, надежд, импульсов, талантов, ошибок, влюбленностей, глупостей, с учетом *множества* взаимосвязанных и переплетенных уровней его сознания, граней личности, отношений с другими людьми (сравните, насколько более примитивное описание человека дают специалисты по общественным наукам по сравнению с писателями), а также с учетом сложности межличностных институтов и отношений и сложности координации действий большого

количества людей крайне маловероятно, что, даже если бы идеальная модель общества существовала, к ней можно было бы прийти с помощью этого априорного (относительно нынешнего уровня знаний) метода. И даже если предположить, что какой-нибудь великий гений действительно *разработает* чертеж такого общества, кто может быть уверен, что все хорошо получится на практике?¹

Придумывать описание совершенного общества в наши дни, имея за плечами долгую историю человечества, это, конечно, не то же самое, что начинать с нуля. Мы кое-что знаем о результатах применения не только проектирования, но и других методов, в том числе методов фильтрации, о которых речь пойдет ниже. Полезно представить себе, как пещерные люди совместно размышляют, каким во веки веков должно быть лучшее из возможных обществ, а потом приступают к его созданию. Вам не кажется, что за этим занятием смешны не только они, но и мы?

Методы фильтрации подразумевают процесс, который устраняет (отфильтровывает) многие варианты из большого набора. Двумя ключевыми факторами, определяющими конечный(ые) результат(ы), являются конкретная природа процесса фильтрации (и то, какие качества он отбрасывает) и конкретная природа множества вариантов, с которым он работает (и то, как это множество порождается). Процессы фильтрации особенно нужны конструкторам, которые не очень хорошо знают природу того конечного продукта, к которому они стремятся. Эти процессы помогают конструкторам использовать их знания о конкретных условиях, которые не должны нарушаться, путем продуманного создания фильтра для отсева случаев, нарушающих условия. Создание подходящего фильтра может оказаться невозможным, и тогда можно попытаться приспособить для решения задачи конструирования другой фильтрующий процесс. Но в общем случае, как представляется, для создания подходящего фильтра, даже такого, который приводит к получению продукта конкретного типа, потребуется меньше информации (в том числе информации о том, что должно получиться в итоге), чем в случае, когда нужно было бы сконструировать с нуля только продукты (продукт).

Более того, если процесс фильтрации включает адаптивный метод порождения новых кандидатов, так что их качество улучшается по мере того, как повышается качество членов, оставшихся после предыдущих стадий фильтрации, а также содержит переменный фильтр, избирательность которого растет с повышением качества вариантов (т.е. отфильтровываются некоторые из вариантов, которые ранее успешно прошли через фильтр), т.е. законные основания ожидать, что достоинства того, что прошло через долгий и повторяющийся процесс отбора, будут очень высоки. Мы не должны быть *слишком* высокомерны по отношению к результатам процессов фильтрации, потому что сами — результат такого процесса. С точки зрения соображений, побуждающих нас рекомендовать использование процесса фильтрации для конструирования обществ, эволюция — это процесс фильтрации для создания живых существ, по назначению

¹ Ни один известный мне (или вам) человек или группа не могли бы создать адекватный «чертеж» для общества существ, настолько же сложных на личном и межличностном уровне, как сам автор(ы) (не говоря о том, насколько ему или им можно было бы доверить такую задачу). [«На деле не было ни одного описания утопии, в которой здравый человек согласился бы на каких-либо условиях жить, имея он возможность этого избежать» (Alexander Gray, *The Socialist Tradition* [New York: Harper & Row, 1968], p. 63).] В свете этого группы, желающие тотально переустроить все общество в соответствии с единым замыслом, проявляют стратегическую дальновидность, скрывая от нас детали своего плана и отказываясь говорить о том, как все это будет работать на практике («Никаких чертежей»). Поведение их последователей понять труднее, но, возможно, чем туманней перспектива, тем легче индивиду предположить, что запланировано и будет реализовано *в точности* то, чего хочется ему.

использованный скромным божеством, которое не знало точно, на что похоже существо, которое оно хочет создать.

Процесс фильтрации, подходящий для конструирования общества, который приходит на ум, — это процесс, в ходе которого люди, составляющие план идеального общества, рассматривают много разных видов обществ, некоторые из которых подвергаются критике, некоторые отбрасываются, описание других изменяется — и так до тех пор, пока участники не придут к тому, который, по их мнению, окажется наилучшим. Нет сомнений, что именно так работает любая группа проектировщиков, поэтому не следует считать, что методы проектирования несовместимы с фильтрацией. (Фильтрация также не обязательно исключает проектирование, особенно в процессе генерирования.) Однако нельзя заранее определить, какие люди предложат самые лучшие идеи, и все идеи необходимо опробовать (а не ограничиваться компьютерным моделированием), чтобы посмотреть, как они будут работать¹. А некоторые идеи возникнут только тогда, когда мы (*post facto*) попытаемся описать, какие структуры возникли из спонтанной координации действий многих людей.

Если идеи действительно должны быть испытывать на практике, то должно существовать много сообществ, экспериментирующих с разными моделями. Процесс фильтрации, т.е. ликвидации сообществ, который заложен в нашей рамке, очень простой: люди пробуют жить в разных сообществах и покидают те, которые им не нравятся (которые они считают дефектными), или слегка меняют их. Одни сообщества будут покинуты, другие будут бороться за выживание, некоторые расколются, некоторые расцветут, станут многочисленными и у них найдутся подражатели. Каждое сообщество должно завоевать и удержать добровольную приверженность своих членов. Ни одна модель не будет никому навязываться, и одна модель будет конечным результатом если и только если только каждый добровольно решит жить в соответствии именно с этой моделью сообщества.

Проектирование оказывается полезным на стадии генерирования конкретных сообществ для жизни и экспериментирования. Любая группа людей может сконструировать какую-нибудь модель и попытаться убедить других принять участие в экспериментальном сообществе, построенном по этой модели. Визионеры и чокнутые, маньяки и святые, монахи и распутники, капиталисты, коммунисты и сторонники демократии участия, приверженцы фаланстеров (Фурье), дворцов труда (Флора Тристан), индустриальных деревень (Оуэн), автономных коммун (Прудон), Новой Гармонии (Джозайя Уоррен), гуттеритских поселений, кибуцев, ашрамов, кундалини йоги и т.п. — все они имеют право попытаться реализовать свое видение и создать привлекательный образец. Не следует думать, что каждая испытываемая модель должна будет обязательно создаваться *de novo*. Некоторые будут представлять собой продуманные модификации, отличающиеся только в мелочах от других, уже существующих сообществ (по итогам работы над ошибками), а многие конкретные элементы будут возникать спонтанно в сообществах, позволяющих себе отклонения от плана. По мере того как сообщества становятся более привлекательными для своих обитателей, модели, прежде принятые как наилучшие, будут отброшены. А по мере улучшения (в соответствии со взглядами их членов) сообществ, в которых живут люди, идеи для новых сообществ также будут нередко улучшаться.

¹ Некоторым авторам самые интересные мысли приходят в голову после того, как они решили, что они все тщательно продумали, и приступили непосредственно к работе над текстом. Иногда на этой стадии меняется точка зрения или приходит понимание того, что писать нужно о чем-то другом (о том, что до начала работы над текстом казалось ясным и не очень важным). Насколько же больше будут различия между планом (даже написанным) и практической детальной проработкой жизни в обществе!

Представленное нами функционирование рамки для утопии реализует, таким образом, преимущества процесса фильтрации, который включает взаимодействие между фильтром и прошедшими отбор продуктами генерирующего процесса, так что качество сгенерированных и не отвергнутых продуктов улучшается....

РАМКА КАК ОБЩАЯ ОСНОВА ДЛЯ УТОПИИ

Использование такого метода фильтрации, который зависит от индивидуальных решений людей, остаться ли им жить в том или ином сообществе или покинуть его, особенно подходит для нашей задачи. Ведь конечная цель утопического конструирования состоит в том, чтобы получить сообщества, в которых люди захотят жить и выберут их добровольно, чтобы там жить. Или, по крайней мере, таким должен быть побочный результат успешного утопического конструирования.

...

Мы доказали, что, даже если существует один вид сообщества, являющийся наилучшим для всех вместе и каждого в отдельности, предложенная нами рамка — это наилучший метод выявления природы этого сообщества. ... Однако я хочу подчеркнуть, что высказанные и упомянутые здесь аргументы в пользу рамки оказываются еще более убедительными, когда мы отбрасываем (ложное) предположение о том, что существует *один* вид сообщества, являющийся наилучшим для всех и каждого, и таким образом отказываемся от ложной интерпретации нашей проблемы как проблемы того, в каком именно единственном типе сообщества должен жить каждый отдельно взятый человек.

У рамки есть два преимущества перед любым другим описанием утопии: во-первых, она будет приемлемой почти для любого утописта, каковы бы ни были его взгляды, в какой-то определенный момент в будущем, и, во-вторых, она совместима с реализацией почти всех конкретных утопических замыслов, хотя и не гарантирует реализации или всемирного триумфа никакому конкретному утопическому замыслу¹. Любой утопист согласится, что наша рамка подходит для общества хороших людей. Хорошие люди, полагает он, добровольно предпочтут жить в той конкретной модели, которая нравится ему, если они так же разумны, как и он сам, и, таким образом, в состоянии оценить ее выдающиеся достоинства. И большинство утопистов согласится, что в *какой-то* момент времени наша рамка будет уместна, потому что в какой-то момент (после того как люди перевоспитаны в правильном духе и выросло неиспорченное поколение) люди добровольно предпочтут жить в их любимой модели. Таким образом, широкий круг утопистов и их оппонентов согласится с тем, что наша рамка, *раньше или позже*, будет подходящей в качестве общей основы для утопии. Ведь каждый из них думает, что она послужит реализации именно его представлений.

...

СООБЩЕСТВО И ГОСУДАРСТВО

Нашей рамке присущи многие достоинства, свойственные либертарианскому идеалу; в то же время в ней отсутствуют многие его недостатки. Ведь несмотря на то что имеется большая свобода выбора между сообществами, многие из конкретных сообществ могут иметь множество внутренних ограничений, которые нельзя оправдать с либертарианской точки зрения, таких ограничений, которые либертарианцы осудили бы, будь они принудительно установлены аппаратом централизованного государства. Примеры:

¹ Я говорю о *почти* каждом утописте и о *почти* всех конкретных утопических замыслах, потому что эта рамка несовместима с «утопиями» господства и насилия и неприемлема для их авторов.

патерналистское вмешательство в жизнь людей, ограничение того, какие книги разрешены в данном сообществе, ограничения в сфере сексуального поведения и т.п. Однако это лишь другой способ формулировки утверждения, что в свободном обществе люди могут добровольно согласиться на ограничения, которые государство не имеет права им навязывать. Хотя сама рамка является либертарианской и воплощающей *laissez faire*, сообществам внутри нее не обязательно быть такими же, и, возможно, ни одно сообщество внутри нее не захочет быть таким. Следовательно, характеристики самой рамки не обязательно относятся к отдельным сообществам. В этой системе *laissez faire* все может получиться так, что в ней не будет «капиталистических» институтов, несмотря на то что они разрешены, или что в некоторых сообществах они будут, а в других нет, или что в некоторых сообществах будут какие-то из них, в общем — все, что хотите.

В предыдущих главах мы говорили о праве индивида на отказ от выполнения конкретных условий определенного рода соглашений. Почему же мы теперь утверждаем, что в конкретном сообществе могут быть установлены разные ограничения? Разве сообщества не должны разрешать своим членам отказываться от соблюдения этих ограничений? Нет, основатели и члены маленького коммунистического сообщества могут, и это будет справедливо, отказать любому, кто не согласен делить все поровну, даже если это будет технически возможно. Нет такого общего принципа, в соответствии с которым каждое сообщество или группа должны позволять своим членам отказываться от соблюдения установленных в них ограничений в тех случаях, когда это технически возможно. Дело в том, что иногда такой отказ от соблюдения ограничений внутри группы мог бы изменить характер самой группы, сделав ее не такой, как было задумано. Здесь кроется интересная теоретическая проблема. Государство или охранное агентство не имеют права принудительно осуществлять перераспределение между сообществами, но такое сообщество, как, например, кибуц, имеет право осуществлять внутреннее перераспределение (а также делиться с другими сообществами или с посторонними людьми). Такое сообщество не обязано предоставлять своим членам возможность отказаться от соблюдения этих условий и остаться членом сообщества.

...

УТОПИЧЕСКИЕ СРЕДСТВА И ЦЕЛИ

...

Было высказано много критических замечаний в адрес конкретных *целей*, сформулированных авторами, принадлежащими к утопической традиции, и к тем конкретным обществам, которые они описывают. Однако два замечания, видимо, относятся ко всем авторам.

Во-первых, утописты хотят переустроить все общество в соответствии с заранее сформулированным подробным планом, к реализации которого никто никогда даже близко не подходил. Они считают своей целью совершенное общество, а потому они описывают статическое и неизменное общество, лишённое возможностей и надежд на изменение или прогресс, члены которого лишены возможностей обновления. (Ведь если изменение — это изменение к лучшему, значит, предшествующее состояние общества было несовершенным, иначе усовершенствование оказалось бы невозможным; а если изменение — это изменение к худшему, общество, допускающее ухудшения, было несовершенным. А к чему изменения, если они нейтральны?)

Во-вторых, все утописты предполагают, что в том конкретном обществе, которое они описывают, не будет возникать проблем, что общественные механизмы и институты будут действовать так, как они предсказывают, и что люди не будут руководствоваться

определенными мотивами и интересами. Они деликатно обходят некоторые очевидные проблемы, бросающиеся в глаза каждому обладающему минимальным жизненным опытом, или делают безумно оптимистичные предположения относительно того, как этих проблем можно будет избежать или как их можно будет преодолеть...

Мы не детализируем характер каждого отдельного сообщества внутри общества, предполагая, что природа и состав сообществ, составляющих общество, будут меняться. На самом деле ни один утопист не описывает свои сообщества во *всех* подробностях. Поскольку детали, относящиеся к рамке, должны быть зафиксированы, то чем наша процедура отличается от их процедур? Они хотят заранее зафиксировать все *важные* подробности общественного устройства, оставляя без внимания только мелочи, не имеющие принципиального значения или просто не занимающие их. Поскольку, с нашей точки зрения, природа различных сообществ очень важна, степень важности этих вопросов не допускает, чтобы кто-нибудь решал их за других. Хотим ли мы, однако, дать точное и детальное описание рамки, которое должно быть зафиксировано и не меняться? Предполагаем ли мы, что рамка будет функционировать без проблем? Я очень хочу описать *тип* рамки, а именно: она должна оставлять свободу для разного рода экспериментирования. Но не все детали рамки будут установлены заранее. (Сделать это будет намного легче, чем заранее спроектировать детали совершенного общества.)

Я не предполагаю также, что все проблемы, связанные с рамкой, решены. Упомянем некоторые из них. Возникнут проблемы с тем, какую роль будет играть (и будет ли) некая центральная власть (или защитная ассоциация); как будет выбираться эта власть и как будет гарантироваться, что власть будет делать то, и только то, для чего ее выбрали? Важной функцией власти, как я считаю, будет обеспечение санкцией функционирования рамки; например, предотвращение нападений некоторых сообществ на другие и захвата их, их членов или их имущества. Далее, она будет каким-то разумным образом разрешать те конфликты между сообществами, которые не удастся уладить мирными средствами. Я не хотел бы обсуждать здесь вопрос о наилучшей форме организации центральной власти. Представляется желательным не фиксировать ее жестко, а оставить место для улучшений. Я пренебрегаю здесь трудными и важными проблемами контроля над центральной властью, которая должна быть достаточно сильной, чтобы выполнять возложенные на нее функции, потому что мне нечего добавить к стандартной литературе о федерациях, конфедерациях, децентрализации власти, сдержках и противовесах и т.п.

Как мы уже упоминали, в утопической традиции постоянно присутствует мысль о том, что существует некий набор принципов, достаточно очевидных, чтобы их приняли все люди доброй воли, достаточно точных, чтобы служить недвусмысленным руководством в конкретных ситуациях, достаточно ясных, чтобы все им подчинились, и достаточно полных, чтобы предусмотреть все проблемы, которые возникнут на практике. Поскольку я не предполагаю, что такие принципы существуют, я не предполагаю и того, что политика постепенно сойдет на нет. Запутанность устройства политического аппарата и подробностей, связанных с тем, как *его* следует контролировать и ограничивать, плохо сочетается с надеждами на простую и изящную утопическую схему.

Центральному аппарату или агентству придется не только улаживать конфликты между сообществами, но и, например, обеспечивать санкцией право индивида покинуть сообщество. Однако, если есть основания считать, что человек что-то *должен* другим членам сообщества, которое он хочет покинуть, возникают проблемы: например, если он получил за счет сообщества образование, подписав договор о том, что полученные знания и навыки он использует в родном сообществе. Или, скажем, у него возникли семейные обязательства, которые он перестанет выполнять в случае ухода из сообщества. Или, допустим, у него нет никаких обязательств, и он желает покинуть сообщество. А что он может взять с собой? Или,

например, он желает покинуть сообщество после того, как совершил некое наказуемое деяние, за которое сообщество хочет его наказать. Понятно, что принципы будут достаточно сложными. Еще более сложные проблемы возникают с детьми. Следует каким-то образом гарантировать им, что они получают *информацию* о возможностях, которые открывает перед ними мир. Но их родное сообщество может считать важным, чтобы дети не сталкивались с информацией о том, что в сотне миль от них есть сообщество с высоким уровнем сексуальной свободы. И т.д., и т.п. Я упомянул об этих проблемах, чтобы дать представление о малой доле того, что должно быть продумано в отношении устройства рамки, и подчеркнуть, что я не думаю, что его природа может быть окончательно установленной сейчас.

...

КАК ВЫГЛЯДИТ УТОПИЯ

«Ну и как именно все это будет выглядеть? В каких направлениях будут развиваться люди? Насколько велики будут сообщества? Будут ли большие города? Каким образом преимущества крупномасштабного производства повлияют на размер сообществ? Все ли сообщества будут территориальными, или будет много важных дополнительных ассоциаций и т.п.? Будет ли большинство сообществ следовать определенным (пусть и разным) утопическим идеалам, или многие сообщества останутся открытыми, не имеющими конкретного идеала?»

Я не знаю этого, и вас не должны интересовать мои догадки по поводу того, что случится в описанной выше рамке в краткосрочном плане. А что касается отдаленного будущего, я и гадать не буду.

«Так что же, все сводится к лозунгу "Утопия — это свободное общество?"» Утопия — это *не* просто общество, в котором имеется такая рамка. Кто бы мог поверить, что через десять минут после того, как рамка была бы установлена, мы получили бы утопию? Все осталось бы таким же, как и сейчас. Повод для красноречия появится тогда, когда с течением времени нечто спонтанно вырастет в результате индивидуального выбора многих людей. (Ни один из конкретных отдельных этапов этого процесса не является тем конечным состоянием, на которое направлены все наши стремления. Место утопического конечного состояния статических теорий утопии занимает утопический процесс.) У разных сообществ будут развиваться разные особенности. Только глупец или пророк рискнул бы предсказать, какими будут состав, пределы и особенности сообществ, скажем, через 150 лет с момента начала функционирования рамки.

Не претендуя ни на одну из этих ролей, я хотел бы в заключение подчеркнуть двойственную природу представленной здесь концепции утопии. Есть рамка для утопии, и есть конкретные сообщества в пределах этой рамки. Согласно нашей концепции почти вся литература об утопии посвящена особенностям конкретных сообществ, существующих внутри рамки. То, что я не предложил для обсуждения описание какого-то конкретного сообщества, *не* означает, что (как я считаю) это неважно, не очень важно или неинтересно. Как такое было бы возможно? Мы *живем* в конкретных сообществах. Именно там должны выдвигаться на обсуждение и воплощаться чьи-либо неимпериалистические проекты идеального или хорошего общества. Рамка существует именно *для* того, чтобы позволить нам делать это. Если такие идеалы не будут вдохновлять и вселять надежду на создание конкретных сообществ со своими конкретными особенностями, рамка будет лишена жизни. В соединении с индивидуальными утопическими проектами многих людей рамка позволит нам получить наилучший из всех возможных миров.

Изложенная здесь позиция решительно отрицает детальное заблаговременное планирование одного сообщества, в котором должны жить все, но она сочувствует добровольным утопическим экспериментам и предоставляет для них основу, которая позволит им расцвести. К какому лагерю относится эта позиция, к утопическому или антиутопическому? Трудности, которые я испытываю в поисках ответа на этот вопрос, склоняют меня к мысли, что рамка обладает достоинствами и преимуществами обеих позиций. (Если же она, наоборот, представляет собой сочетание ошибок, недостатков и заблуждений обеих позиций, фильтрующий процесс свободной и открытой дискуссии прояснит это.)

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Может ли конкуренция быть вдохновляющим идеалом? Роберт Нозик, один из двух (наряду с Джоном Ролзом) наиболее крупных политических философов современности, очевидно, уверен в этом. То, что он описывает как модель возможных миров, чье совершенство недостижимо в реальности, по наблюдению самого этого автора является обобщенным «вариантом экономической модели конкурентного рынка». Ассоциации, которые конкурируют за наше членство, «в структурном плане то же самое, что фирмы, которые конкурируют за то, чтобы взять нас на работу». Пожалуй, это единственная в мире утопия, которая придает конкуренции (она скрывается за словом «фильтрация») основополагающее значение (не считая недавно вышедшей книги «Либеральный архипелаг» другого известного политического философа Чандрана Кукатаса, в которой он существенно развивает идею Нозика).

Роберт Нозик постарался сделать предлагаемую им рамку для утопии максимально привлекательной и ему это в значительной степени удалось (хотя не всегда легко принять необходимость воздерживаться от вмешательства в дела сообществ, чьи правила кажутся неразумными или аморальными).

Стоит, однако, обратить внимание на то, что конкуренция для Нозика является не самоценностью, а ответом на практический вызов — наилучший для всех образ жизни либо не существует, либо заранее не известно, какой именно образ жизни является наилучшим для всех.

Как объяснял эту мысль в классической статье «Конкуренция как процедура открытия» лауреат Нобелевской премии по экономике Фридрих Хайек, «...когда мы используем конкуренцию, это может быть оправдано только тем, что мы не знаем основных обстоятельств, которые определяют поведение конкурентов. В спортивных мероприятиях, экзаменах, распределении государственных контрактов, присуждении призов за поэмы, не говоря уже о науке, было бы очевидным абсурдом содействовать состязанию, если бы мы заранее знали, кто должен быть победителем». Поэтому конкуренция является «процедурой открытия фактов, которые, если бы процедуры не существовало, оставались бы неизвестными или, по меньшей мере, неиспользуемыми».

Рыночная конкуренция существует именно потому, что *неизвестно*, какие именно деловые решения являются наилучшими, или, точнее, неизвестно, кому именно это известно. Если бы неудачность деловых решений была известна заранее, кто бы сознательно пошел на убытки? Если бы выигравшие в конкуренции фирмы были известны заранее, кто бы соглашался создавать разорившиеся? При этом наличие на рынке множества прибыльных фирм и приносящих прибыль товаров с разной ценой и качеством свидетельствует о том, что нередко одновременно существует не одно, а несколько правильных («естественных») решений.

Практическое значение этого соображения для антимонопольного правоприменения велико: мы не можем без сомнения сказать, что результаты конкуренции (цены, объемы и методы производств, качество товаров и т.д.) «неоптимальны», т.к. если бы оптимальные параметры были надежно известны, то сама конкуренция была бы избыточна.

Роберт Нозик поднимает еще одну тему, которая важна для тех, кому привлекателен его подход. Он указывает на то, что «есть рамка для утопии», но также «есть конкретные сообщества в пределах этой рамки» и все «мы *живем* в конкретных сообществах». И если поддержание рамки для утопий требует того, чтобы мы не препятствовали соглашениям, которые нам кажутся неразумными или аморальными, то в конкретном сообществе это позволительно (с точки зрения Нозика), а иногда и желательно (с точки зрения интересов членов сообщества). Стоит подчеркнуть, что с точки зрения человека могут быть желательным не только правила, которые ограничивают других (скажем, из патерналистских соображений), но и те, которые ограничивают *себя самого*. Вспомним Одиссея, который приказал морякам привязать его к мачте, и тем самым смог услышать пение сирен, не поддавшись смертельно опасному искушению. Аналогично в торге с продавцом или работодателем мы *в принципе* могли бы выиграть, если бы сделали наименее выгодные для нас варианты невозможными (тем, кто интересуется подробностями, стоит прочитать «Стратегию конфликта» Томаса Шеллинга, а также «Ulysses and the Sirens» Юна Эльстера) и закон (в т.ч. антимонопольный или похожий на него) мог бы нам в этом помочь. Но здесь возникает вопрос: государство — это скорее «рамка» или «сообщество»? Нам препятствовать неразумным и аморальным (по нашему мнению) соглашениям или нет?

В.Н.

ОБЗОР

В антимонопольной деятельности скандально то, что ни практики ее, ни теоретики не могут прийти к согласию — если они вообще об этом задумываются — о том, что такое конкуренция. Оппортунистически, бездумно или в неведении, мы все еще блуждаем в пяти определениях, собранных Борком несколько десятилетий назад: процесса соперничества; отсутствия препятствий одной фирме в экономической деятельности со стороны другой фирмы; состояния рынка, при котором отдельный покупатель продавец или продавец не может, продавая или покупая, воздействовать на цены; наличия фрагментированных отраслей и рынков и — определение, предпочитаемое Борком — положения дел, при котором благосостояние потребителя не может увеличиться за счет перехода к другому состоянию дел посредством постановления суда. Одним из ответов выступает то, что множественность ответов не имеет значения, поскольку действия, содействующие одному виду конкуренции или защищающие его, содействуют и всем остальным или защищают их. Другой ответ — что разные определения нам нужны в различном контексте — например, в контексте картелей и в контексте слияний. Но это само по себе неудовлетворительно, поскольку не выявляет значимых связей между определениями. Остается надеяться, что такие связи имеются; иначе, антимонопольная деятельность будет столь же непоследовательна, как и корпус законов и подзаконных актов, регулирующий банки и относящийся одновременно к коммерческим банкам и стеклянным банкам.

Первое из определений Борка отличается от остальных тем, грубо говоря, что описывает форму поведения, в то время как другие описывают экономические структуры. В этом отношении первое определение схватывает один из предметов заботы антимонопольной деятельности: хотя, в результате работ Борка и других участников Чикагской школы, сегодня широко признано, что основной целью антимонопольной деятельности должно быть повышение благосостояния, также существует уверенность, что этой цели следует достигать, по крайней мере, отчасти, путем поощрения конкурентного поведения. Средства и цель, описанные таким образом, не связаны в определении тривиально: «конкурентное поведение» понимается не как означающее любое поведение, приносящее благосостояние, но как тип поведения, определяемым иным способом по сравнению с благосостоянием. Такой подход иллюстрирует введение в критерий «существенного снижения конкуренции», разработанный Бюро добросовестной торговли (OFT, Великобритания) в соответствии с Законом о предприятии 2002 г.:

«БДТ рассматривает конкуренцию как процесс соперничества между фирмами, стремящимися заключать сделки с клиентами, Этот процесс соперничества, там где он эффективен, побуждает фирмы нести клиентам блага в терминах цены, качества и <богатства> выбора».

Цель настоящей главы в том, чтобы выявить такое поведение. Я предлагаю модель конкуренции (в смысле конкурентного поведения), которая применима как к экономической конкуренции, так и к конкуренции других видов. Центральная идея заключается в том, что X и Y конкурируют, если X достигает своей цели только тогда, когда Y не достигает своей. Данная модель показывает, что различия затемняются, если отождествить конкуренцию с соперничеством, как это делают Борк и БДТ...

МОДЕЛЬ

¹ Black O. Conceptual Foundations of Antitrust. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. Настоящее извлечение сделано из главы 1 данной книги.

...

Для упрощения ограничим обсуждение конкуренцией двух сторон (его можно легко обобщить для случаев, где их больше двух), которые могут быть индивидами, фирмами или группами: X и Y конкурируют между собой лишь тогда и только тогда, когда существуют действия A_x и A_y , посредством которых, и цели G_x и G_y , в отношении которых они конкурируют друг с другом. Эта формулировка учитывает тот очевидный момент, что они могут конкурировать друг с другом в одном отношении, но не конкурировать в других. Действия и цели связаны тем, что обычно каждое лицо выполняет действия, стремясь достигнуть цели. «Действие» следует понимать широко, включая образ действия и другие формы жизненного потока *<durée>*, которые могут с легкостью делиться или не делиться на отдельные действия. «Цель» также следует понимать в широком смысле, при котором достижение цели действия не обязано отличаться от — и, в частности, не обязано быть следствием — самого действия. Например, я дарю вам подарок с целью продемонстрировать свое расположение к вам; в подобных случаях я достигаю цели в ходе выполнения действия; я достигаю ее посредством выполнения действия, где действие служит причиной достижения цели. Цели и намерения отличны от результатов и мотивов: по мотивам ненависти я выговариваю вам с намерением достигнуть цели унижить вас, которой мне не удастся достигнуть. В некоторых случаях неясно, каковы намерения и цели деятеля: очевидным способом узнать это является задать ему вопрос, но он может быть не в состоянии дать определенный ответ.

Я буду считать выражение «X и Y находятся в конкуренции друг с другом» другим способом сказать «X и Y конкурируют». ...

Ядро данной модели представляет собой следующее:

X конкурирует с Y, если существуют действия A_x и A_y , а также цели G_x и G_y , такие, что:

- 1) X осуществляет A_x с намерением достигнуть G_x ;
- 2) Y осуществляет A_y с намерением достигнуть G_y ;
- 3) X достигает G_x только если Y не достигает G_y .

...

Например, X делает Z предложение, чтобы Z стала его женой; Y посылает Z цветы с намерением, чтобы Z стала его возлюбленной; а поскольку Z по своей природе отличается верностью, она станет женой X только если она не станет возлюбленной Y. Экономический пример: X проводит рекламную кампанию с намерением получить 70% данного рынка; Y начинает исследовательскую программу с намерением получить 60% данного рынка; и X получит 70%, только если Y не получит 60%. ...

За (3) в различных случаях будут стоять разные связи между достижением X G_x и недостижением Y G_y . В первом примере связь каузальна: грубо говоря, то, что Z не является возлюбленной Y, является необходимым каузальным условием того, что Z является женой X. Во втором примере связь логическая: арифметически невозможно, чтобы сумма долей на рынке превышала 100%. «Только если» в (3) имеет смысл более жесткий, чем в элементарной логике, поскольку в последнем смысле (3) превращается в неинтересно слабое утверждение о том, что либо X не достигает G_x , либо Y не достигает G_y . Ниже я буду предполагать, что из «Q если P» и, эквивалентно, «P только если Q» следует, что «невозможно, чтобы были истинны P и не-Q»; кроме того, я буду полагаться на интуитивное понимание условности. Если (3) истинно, то истинно и его обращение: Y достигает G_y

только если X не достигает Gx. Конкуренция, таким образом, является симметричной¹. Вариант (З) заменяет «только если» на «если и только если»: тогда данная модель описывает форму конкуренции, в которой X или Y <обязательно> побеждают. Другой <вариант> ограничивает (З) так, что оно гласит, что X достигает Gx в процессе или посредством Ax только если Y не достигает Gy в процессе или посредством Ay: это включает возможность некоторых форм конкуренции, подчиняющейся правилам, причем Ax и Ay суть действия, которые дозволяются данными правилами. Эти варианты ограничивают модель подклассами конкурентных ситуаций. Вариант, который, ценой неоднозначности, расширяет предмет модели, заменяет «только если» на нечто более слабое: таким образом, (З) может быть изменено, чтобы гласить, что достижение Y Gy делает сложным или усложняет — возможно, <лишь> в указанных отношениях — достижение X Gx. В таком варианте конкуренция не симметрична, если не добавить, что достижение X Gx также делает сложным или усложняет достижение Y Gy.

Будет практичным предположить, что, по крайней мере, во многих случаях конкуренции стороны имеют одну и ту же цель: в первом примере, хотя X хочет, чтобы Z стала его женой, а Y хочет, чтобы она была его возлюбленной, каждый из них хочет, чтобы она была его половым партнером. Во втором, хотя X хочет 70% рынка, а Y — 60%, каждый из них хочет больше половины рынка. Эта мысль мотивирует добавление в модель следующего предложения:

4) $G_x = G_y$

Но зачастую неясно, одинаковы ли цели сторон. Кроме уже отмеченного факта того, что некоторые люди могут с трудом формулировать свои цели, критерии для выявления и отличия целей могут быть неясными. ... [Д]аже если каждая из сторон конкурирует лишь в отношении только одной цели, может оказаться сложным сказать, одинаковы ли эти цели. Предположим, что Z требуется 100 штуквин, что целью X является поставить Z 80% от его потребности, а цель Y — поставить Z 80 штуквин: 80% от требуемого количества составляет 80 штуквин, таким образом, цели X и Y одинаковые? Данный вопрос может быть важен для антимонопольной деятельности, поскольку органы власти скорее запретят соглашение о поставке оговоренной доли требуемого стороной количества, чем запретят кому-либо поставить оговоренное количество: причина — не слишком сильная — в том, что первый случай сразу опознается как исключаящий <конкурента с рынка>, а второй является таковым лишь при определенных условиях.

Ответ на этот вопрос отрицателен... [В]озможно, чтобы у X была цель поставить 80%, но не было цели поставить 80 штуквин. [Это] можно понять из следующего примера: целью Эдипа было убить оскорбившего его встречного, денотат у «оскорбившего его встречного» тот же, что и у <фразы> «отец Эдипа», но у Эдипа не было цели убивать собственного отца. ...

Предположим теперь, что и X, и Y ставят цель поставить Z 80% требуемого им количества: теперь кажется ясным, что цель у них одна. Но на это можно возразить, что данное впечатление создается из-за неточной формулировки их целей. Более точно цели формулируются сложноподчиненными предложениями: цель X заключается в том, чтобы он поставил Z 80% от требуемого количества, цель Y заключается в том, чтобы он поставил Z

¹ Сказать, что отношение симметрично, означает сказать, что если A относится некоторым образом к B, то B относится тем же образом к A. В экологии говорят, что один организм конкурирует с другим, если первый ограничивает ресурсы второго. Конкуренция в этом смысле несимметрична: может случиться так, что X ограничивает ресурсы Y, но Y не ограничивает ресурсов X. Этот смысл является расширенным и специальным, и на то, чтобы учесть его, моя модель не претендует: экологическая конкуренция может иметь место между неодушевленными существами и, таким образом, не требовать действий, намерений или целей...

80% от требуемого количества. Так сформулированные цели, можно сказать, различны, поскольку относятся к разным людям. При таком подходе кажется, что (4) ($G_x = G_y$) не имеет места, или почти не имеет места, в ситуациях, в которых истинны (1)—(3), что дает хороший резон не добавлять в нашу модель (4)....

[С]казанного достаточно, чтобы показать, что часто не очевидно, удовлетворяется ли (4). Наилучшим решением является не включать (4) в общее представление о конкуренции, но допустить в некоторых случаях идентичность целей, относительно которых стороны конкурируют.

Согласно утверждениям, <выраженным предложениями> (1)—(4), и X, и Y могут не знать о действиях — и даже о существовании — друг друга. Так обстоит дело с некоторыми случаями конкуренции, например, в некоторых случаях поставок X и Y на рынок, приближающейся к совершенной конкуренции в экономическом смысле, или когда они отправляют ответы на кроссворд, опубликованный в газете; но часто — и более часто в случае соперничества, описанном ниже — будет иметь место некоторая степень взаимной осведомленности: в приведенных выше примерах каждый из ухажеров может знать, к чему стремится другой, а две фирмы, стремящиеся к определенным долям на рынке, могут следить за поведением друг друга. В таких случаях нашу модель можно дополнить <предложением>:

(5) X и Y знают (1)—(3).

В некоторых вариантах (5) «знают» заменяется на «обоснованно полагают», где обоснование может пониматься либо от действий, либо от состояний (грубо говоря, это различие между случаем, в котором лицо выполняет проверку наличия обоснования, и случаем, в котором обоснование просто ему известно), либо же просто «полагают», либо включают итерации, например, «X знает, что Y знает», или общее знание, например, «X и Y обладают общим знанием (1)—(3)» (в соответствии с некоторыми представлениями об общем знании, оно является особым случаем итерации, когда итерация продолжается до бесконечности), или вводит асимметрию, так что, к примеру, X знает больше, чем Y, или ограничивает знание обеими сторонами подкласса (1)—(3), или расширяется посредством включения (4).

Предложения (1)—(5) не схватывают понятия соперничества. Некоторые — и, в частности, как отмечалось, Борк и БДТ — думают, что конкуренция это то же самое, что соперничество, другие их различают. Сущность соперничества в том, что X не просто стремится достигнуть G_x , но стремится также и предотвратить достижение Y G_y . Иногда между данными двумя целями X имеется инструментальная связь: он намерен достигнуть G_x , являющуюся средством воспрепятствовать Y достигнуть G_y . В примере с ухажерами, X может быть намерен не только сделать Z своей женой, но, в дополнение к этому или вследствие этого, не дать Y сделать Z своей возлюбленной. В третьем случае, у X нет промежуточной цели: его целью является лишь предотвращение достижения Y G_y . Например, при аукционе X может делать ставку не чтобы купить лот, а для того лишь, чтобы предотвратить его покупку Y (можно возразить, что третий случай — не случай конкуренции, а случай чистого вредительства). Эти ситуации, соответственно, отражаются следующими изменениями (1):

1а) X предпринимает A_x с намерением достигнуть G_x и с намерением предотвратить достижение Y G_y ;

1б) X предпринимает A_x с намерением достигнуть G_x и посредством этого или тем самым предотвратить достижение Y G_y ;

1в) X предпринимает A_x с намерением предотвратить достижение Y G_y ;

при которых (3) (X достигает Gx только в случае, если Y не достигает Gy) остается неизменным. В случаях (1a) и (1б), <предложение> (2) (Y предпринимает Ay с намерением достичь Gy) модифицируется соответственным образом, но в случае (1в) (2) должно остаться неизменным, чтобы избавиться от циркулярной неопределенности: целью X является предотвращение достижения Y цели, которой является предотвращение X достижения цели X.

Тот, кто отождествляет конкуренцию с соперничеством, может заявить, что (1a) следует из (1) и (3): если X предпринимает Ax с намерением достичь Gx, а X достигает Gx только если Y не достигает Gy, тогда X предпринимает Ax с намерением, чтобы Y не достиг Gy — что есть лишь иной способ сказать, что X предпринимает Ax с намерением воспрепятствовать достижению Y Gy. Но это утверждение ложно, поскольку намерение условием не связано, т. е. дело не обстоит так, что если 1) X намеревается P и 2) из P следует Q, то X намеревается Q: Эдип намерен убить оскорбившего его встречного; если он это осуществляет, он убивает своего отца, но он не намерен убивать своего отца. Также, если только «воспрепятствовать» употребляется не в необычно слабом смысле, намерение, чтобы Y не достиг Gy, отличается от намерения воспрепятствовать достижению Y Gy: я могу сказать вам, что на вечеринке будет Джек с намерением, чтобы вы не ходили на эту вечеринку, но я не обязательно намереваюсь воспрепятствовать вам туда пойти...

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

В приведенном ранее извлечении из книги Роберта Нозика желательность и привлекательность конкуренции обосновывалась практическими соображениями: отсутствием наилучшего для всех образа жизни или, как вариант, неизвестности того, какой образ жизни является наилучшим для всех. В конечном счете, тем, что она ведет к благоприятным результатам, которые в противном случае были бы недостижимы.

Однако можно задать и вопрос, является ли конкуренция желательной и привлекательной *сама по себе*? Скажем, наличие в стране тюрем является желательным, имея в виду необходимость сдерживать преступность. Сдерживание преступности здесь является целью, а наличие тюрем — одним из ведущих к нему средств, и оно желательно именно в этом качестве. В то же время сложно считать, что наличие тюрем желательно *само по себе*: если бы без них было можно обойтись, мир был бы лучше.

Ответить на поставленный вопрос о желательности конкуренции *самой по себе* невозможно, не установив, чем является конкуренция *сама по себе*. Оливер Блэк дает на этот счет ясный ответ: конкуренция это ситуация взаимозависимости, когда один достигает своей цели только тогда, когда другой не достигает своей. Большая часть того, что можно сказать о конкуренции в связи с этим ответом, представлена в следующей за извлечением из книги Блэка статье Джеральда Маккалума «Конкуренция и моральная философия».

В.Н.

Цель данной работы – подкрепить утверждение о том, что в моральной философии недостаточно серьезно рассматривались вопросы конкуренции и конкурентные ситуации и что этот факт в значительной степени помогает объяснить кажущуюся бесполезность моральной философии при анализе некоторых более глубоких и актуальных социальных и моральных проблем. Полномасштабное исследование и доказательство этого утверждения потребовало бы *гораздо* более объемного изложения, чем возможно здесь, так что моя задача скромнее. Статья ограничивается изложением некоторых соображений, которые, надеюсь, приведут читателя к мысли о том, что в этом утверждении что-то есть и оно заслуживает дальнейшего изучения.

Предлагаемые соображения двумя разными способами подтверждают следующие более конкретно сформулированные идеи, а именно: (а) что в моральной философии недостаточно разработан концептуальный аппарат, необходимый для точного и подробного описания и обсуждения моральных взаимоотношений людей, чья конкуренция друг с другом одобряется или считается допустимой (например, когда конкуренция возникает либо вследствие ее неизбежности, либо, при имеющихся альтернативах, желательности ее как способа устроить или определить что-либо, или же как способ развлечения), и (б) что вследствие этого моральная философия даже близко не подошла к важным проблемам, которые возникают при внимательном изучении конкуренции такого рода. Развивая эти идеи, я вначале (1) укажу на некоторые недостатки в современном подходе к конкуренции с точки зрения моральной философии и (2) и *начну* предпринимать шаги по исправлению этих недостатков. Многие остаются сделать, но надеюсь, что эти первые шаги будут стимулировать интерес к вопросу.

I

Несовершенство существующего подхода к конкуренции проявляется главным образом в пренебрежении некоторыми моральными проблемами, которые считались бы критически важными, если бы конкуренция рассматривалась всерьез. Эти проблемы возникают вследствие необходимости иметь дело с ситуациями, в которых стремление достичь чего-либо считается желательным или уместным, но успех *per se может не являться таковым*. Именно, в случаях, где на конкуренцию полагаются или где она допустима, считается желательным или уместным для людей конкурировать, т.е. *стремиться* к успеху в конкурентной борьбе. Но также желательным или совершенно уместным будет считаться то, что успеха добиваются не все конкурирующие стороны, и возможно, что успеха не добьется ни один.

Наличие конкуренции влечет за собой возникновение конкурентной ситуации. В настоящее время невозможно в точности охарактеризовать конкурентные ситуации без рассмотрения напрашивающихся вопросов, поднимаемых (и не всегда разрешенных) ниже. Однако можно предложить временную и грубую характеристику. Конкурентными называются ситуации, в которых

- (i) два или более двух индивидов или групп индивидов стремятся получить что-то или добиться чего-либо, чего добиться могут не все (или, по мнению участников, не все), кто к этому стремится; объект стремлений имеется в количестве меньше необходимого или считается, что это количество меньше необходимого для того, чтобы каждый из участников получил искомое – будь

¹ MacCallum G.C., Jr. Competition and Moral Philosophy // MacCallum G.C. Legislative intent and Other Essays on Law, Politics and Morality. Wisconsin: The University of Wisconsin Press. 1993. Приводится с незначительными сокращениями.

то в силу случая (например, так называемый «естественный» недостаток пищи или пахотных земель), замысла (например, распределение призов в соревновании) или неизбежности (например, звание «самого быстрого бегуна»);

- (ii) вопрос о том, кто получит искомое, еще не решен, т.е.
 - a. никто из участников еще не получил этого неоспоримым образом (неоспоримым как с точки зрения права на это или с точки зрения продолжения использования, владения или обладания правом); и
 - b. не существует общего согласия (в смысле наличия решения, хотя возможно существует согласие в области предсказания его существования) среди конкурирующих сторон относительно того, кому из них достанется искомое;
- (iii) существует способ выяснить, кто из участников в конечном счете получит искомое, а именно:
 - a. существует способ определить, кто из участников получает неоспоримое право пользования или владения; или
 - b. существует способ определить, кто из участников имеет больше прав в разные моменты времени; или
 - c. существует способ определить, чье владение или использование желательнее (хотя и не бесспорно) на определенных стадиях

Отсутствие связи между желательностью или уместностью стремления и желательностью или уместностью успеха в этом стремлении – главная загадка конкуренции с точки зрения обычной моральной теории. Конечно, достаточно распространено убеждение, что значимый с моральной точки зрения выигрыш может являться результатом безуспешных стремлений (например, выигрыш в виде выработки определенных навыков или характера), а также убеждение, что объект стремления (т.е. частное благо) может не отражать главных причин его желательности (например, что он способствует общественному благу – ср. у Бентама). Менее распространено убеждение или четко сформулированное мнение, что с моральной точки зрения является нормальной или желательной ситуация, когда все *устроено* так, что успеха добиваются не все, кто к нему стремится, или что хотя все устроено иначе, но считается желательным или полезным, чтобы было так. Последнее убеждение, по-видимому, затрагивает моральную рациональность или моральную автономию стремящихся, поскольку применительно к отдельно взятому участнику они предполагают не только наличие морального интереса в стремлении, но неким образом и отсутствие морального интереса в успехе этого стремления. Наличие у участника цели добиться успеха поощряется или поддерживается, но сама цель не рассматривается всерьез, потому что отсутствует интерес в том, чтобы данный конкретный участник достиг этой цели.

Это грубое объяснение. Можно выразиться яснее, если говорить более конкретно. Одной из главных особенностей соответствующих конкурентных ситуаций является то, что в них уместной и желательной считается попытка сделать нечто, что для кого-либо другого будет уместным и желательным не допустить¹. Что можно сказать об индивидах, находящихся в

¹ Для экономистов может быть неочевидным, что это главная особенность конкурентных ситуаций. Они могут рассматривать конкурентов как индивидов или организации, которые связаны таким образом, что никакое действие *одного* из конкурентов либо (i) не нарушает способности остальных продавать все, что они производят, либо (ii) не влияет на издержки продажи всего, что произведено. (Этим соображением я обязан Ингрид Роте.) В той мере, в какой конкуренты связаны друг с другом именно так, они, конечно же, не являются обычными участниками того, что я называю конкурентной ситуацией. Очевидно, однако, что называть *конкурентами* индивидов или организации, находящихся в таких взаимоотношениях, означает отклониться от того, что обычные люди понимают под

таком положении? Каковы моральные отношения между индивидами, которые с моральной точки зрения не защищены друг от друга?

Выражение «не защищены» (exposed) использовано здесь намеренно. Отчасти вкладываемый в него смысл аналогичен использованию этого термина экономистом Джоном Коммонсом, который заменил термином “незащищенность” (exposure) хохфельдианское понятие «отсутствия права» (no-right)¹. В заданной системе правил или принципов у индивида «нет прав» по отношению к другому индивиду, когда последний занимается некоторой деятельностью, а первый не может предъявлять к нему требований не заниматься ею. ...

[Н]езащищенность конкурентов от легитимной конкурентной деятельности друг друга имеет место в условиях, которые отличаются от условий дискуссии о моральной автономии (из чего вытекает отсутствие обязательств), занимающей моральную философию, в которых свобода действий сопровождается и обуславливается тем, что третьи лица обязаны, по крайней мере, не вмешиваться. Подобные обязанности в случаях, когда конкуренция считается приемлемой, весьма ограничены, по крайней мере, на словах, и именно недостаточная широта этих обязанностей позволяет идентифицировать такие случаи как случаи приемлемой конкуренции. Тем самым, «незащищенность» характеризует конкуренцию следующим образом: люди находятся в ситуации, в которой с моральной точки зрения против них не совершено никакого проступка при совершении какого-либо действия другим индивидом, при этом считается, что они заинтересованы в недопущении этого действия, и этот интерес достаточно силен, чтобы, чтобы оправдать по крайней мере некоторые попытки прямо или косвенно вмешаться или прекратить совершаемое действие.

Моральные взаимоотношения индивидов в такой конкуренции требуют дополнительных комментариев. Однако было сказано достаточно, чтобы увидеть, что моральная философия попросту не рассматривает ключевой факт во взаимоотношениях таких конкурентов – а именно то, что мы имеем людей, которые могут по праву вмешиваться в какие-то действия друг друга и пытаться их остановить, даже если эти действия никоим образом не ущемляют права людей, пытающихся их заблокировать, или чьих-либо еще.

Если задуматься о различных сферах, в которых присутствует или может присутствовать взаимная незащищенность в конкурентных ситуациях, то можно осознать диапазон моральных проблем, которые хоть и затрагивались моральной философией, но очень поверхностно, поскольку игнорируемое отношение незащищенности находится в самой их сердцевине. Никого, я думаю, не удивит, что они включают:

(а) различные вопросы войны и мира, а также вопрос о допустимых пределах войны и пацифизма;

«конкуренцией», и отклонение это предопределено знанием ярко выраженных сходных черт между индивидами/организациями, связанными таким образом, и индивидами/организациями, являющимися обычными участниками того, что я называю конкурентной ситуацией. Чтобы убедиться в этом, посмотрите внимательно на аргументы за и против утверждения о том, что конкретный производитель шнурков для ботинок и конкретный производитель сыра являются конкурентами.

¹ John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism* (Madison: University of Wisconsin Press, 1956, first published New York: Macmillan, 1924), pp. 970, 6. [Рус. пер. Коммонс Дж. Правовые основания капитализма. М: Изд. дом Высшей школы экономики. 2011. С. 111] И Коммонс, и Хохфельд говорили о правовых отношениях. Их схемы, однако, годятся и для более широкого применения при условии достаточной осторожности.

(б) различные проблемы, порождаемые в политической сфере конкуренцией за голоса, особенно обществах, ориентированных на массы, а также технологически ориентированных и оснащенных;

(в) непрекращающиеся проблемы, порождаемые конкурентными действиями в экономической, общественной и даже, конкретнее, в интеллектуальной жизни.

Грубо говоря, когда участие в таких ситуациях является или считается их участниками либо неизбежным, либо желательным (и участникам это известно), то имеет место описанное отношение незащищенности.

В моральной философии этому не придавалось особого значения – без сомнения, во многом из-за сделанного в ней упора на понятия ответственности и долга (а также распространенного, но не универсального поверхностного допущения, что претензии на права можно всегда преобразовать в претензии на обязанности – но это почва, ступать на которую нужно крайне осторожно). Взаимная незащищенность, хотя и может быть *окружена* обязанностями, имеет место именно там, где отсутствуют обязанности, и именно в этом отношении; там, где отсутствует долг, ответственность, как правило, хотя и не всегда, также считается отсутствующей. Таким образом, внимание моральной философии было направлено на подобные отношения разве что по касательной – и касалось по умолчанию граничных случаев. Отношение обычно считается до-моральным, как видно, например, по частоте ситуаций, когда оно в усугубленном виде уподобляется гоббсовскому естественному состоянию, которое, в свою очередь, хотя, быть может, и ошибочно, рассматривается как до-моральное состояние человечества. Его до-моральный статус, даже когда оно менее выражено, также предполагается, например, в проведенном У.Д.Ламонтом анализе подобных «чистых сфер моральной автономии» как предвестников понятия права, которое он считает фундаментальным для морали.

В качестве альтернативы и, возможно, дополнения, незащищенность в конкурентных ситуациях иногда рассматривается как имеющая по сути контрактную природу. Это означает рассматривать ее по аналогии с играми или спортивными состязаниями. Незащищенность будет частью статуса, добровольно принимаемого индивидом, и она будет легитимизирована его согласием. Ее не потребуется дополнительно обсуждать, если не считать обсуждения проблем, которые обычно возникают в связи с природой и пределами согласия.

Другой причиной отсутствия внимания к незащищенности в моральной философии, причиной, которая, возможно, тесно связана с вышеизложенной, является склонность моральных философов не рассматривать всерьез важность отношений индивидов, когда, как говорил Аристотель, условия не так благоприятны, как могли бы. Некоторые замечания Абрахама Эделя покажут, что я имею в виду:

Если относительная редкость проявляется среди изобилия... то все будут стремиться восстановить изобилие путем увеличения производительности. В этом смысле этика изобилия толкает людей к кооперации ради увеличения общего блага вместо того, чтобы в качестве главной моральной задачи ставить развитие принципов, с помощью которых можно было бы разделить ограниченное благо. Таких хищнических поведенческих моделей удастся избежать, если целью ставится изобилие даже во времена недостатка... Трагические ситуации не устраняются, но этика, в которой изобилию отдается главная роль, стремится сделать их исключением, *а не правилом, в рамках которого должны формулироваться моральные принципы*¹.

¹ "Scarcity and Abundance in Ethical Theory", in S.W. Baron, Ernest Nagel and K.S. Pinson, eds., *Freedom and Reason* (Glencoe, Illinois: The Free Press, 1951), p. 116 (курсив добавлен).

А также:

Этика изобилия относится к этике редкости точно так же, как устранение причин войны – к урегулированию военных конфликтов в Гааге.

Эти замечания свидетельствуют о склонности моделировать моральные отношения людей на основе многообещающей этики изобилия, в которой редкость рассматривается либо как временная aberrация, либо как нечто, что можно устранить или смягчить, но ни в коем случае не как непоколебимый, определяющий факт моральной жизни. (Маркус Зингер высказал мне предположение, что эта склонность может основываться на идее о том, что в отношении *моральных* благ редкости не бывает.) Естественно, люди с такими наклонностями содрогаются при мысли о том, что взаимная незащищенность может быть фундаментальной и определяющей чертой любой части моральной жизни.

...

II

Вот и все, что может возбудить интерес в моральных отношениях конкурентов. При аккуратном подходе к этим вопросам, хотя бы до того момента, когда начинает обсуждаться неизбежность конкуренции или ее желательность при имеющихся альтернативах (это тот момент, в котором важность этого занятия будет оспариваться сторонниками этики изобилия), необходимо располагать подробной характеристикой конкуренции или ситуаций, которые являются конкурентными. А вот такую характеристику получить на удивление трудно, если адекватность требует хотя бы в основном придерживаться того, что обычно говорят или подразумевают при описании конкуренции или конкурентных ситуаций.

Рассмотрим, где вероятнее всего найти серьезные обсуждения, в которых предлагаются или подразумеваются описания конкуренции или конкурентных ситуаций.

Экономисты, как правило, противопоставляют конкуренцию и контроль или регулирование. В свете этого противопоставления они обсуждают (i) является ли конкуренция полезным способом, и при каких условиях она является желательным способом организации экономической жизни сообщества (с использованием понятий «оптимальная цена», «справедливая цена» и «оптимальное производство», которые считаются тавтологически связанными с определением конкуренции или чистой конкуренции) или (ii) степень конкурентности или неконкурентности экономической жизни в данном сообществе.

Антропологи и социологи противопоставляют конкуренцию не контролю или регулированию, а кооперации. В свете этого противопоставления они обсуждают преобладание или взаимодействие этих «противостоящих» форм взаимодействия в различных сферах социальной жизни сообществ. Идентифицируют ли они конкуренцию с конфликтом, а конфликт, в свою очередь, с дисфункциональностью? По обоим вопросам единства среди них нет.

Представители других общественных наук демонстрируют, насколько я могу видеть, еще меньшую склонность к единой точке зрения. Но они могут обсуждать ситуации, считающиеся конкурентными в связи с их интересом к таким вопросам, как общественный договор и другие индивидуалистические теории государства, политическое или военное противостояние и споры за власть, международные и национальные политические функции войны, различные методы достижения справедливости в распределении, ограничения на эффективность права и политической власти, а также природу противостояний, таких как

судебные процессы. Специалисты в области теории игр, а также теоретики игр и спортивных состязаний обсуждают ситуации, считающиеся ими конкурентными, и достаточно часто отваживаются предложить собственные описания конкуренции.

Таким образом, хотя моральная философия не занималась конкуренцией достаточно серьезно, чтобы пытаться предложить ее подробную характеристику, различные характеристики предлагались или явно подразумевались экономистами, социологами, антропологами и прочими, кому конкуренция давно казалась очень важным явлением.

К сожалению, эти характеристики разошлись по совсем разным направлениям. Например, утверждалось, что конкуренция это форма конфликта (Билс и Сигел), но ее также называли чем-то, формой чего является конфликт (Боулдинг); она противопоставлялась соперничеству (Фолсом, Мид, Найт), но также рассматривалась и как форма соперничества (Хэмилтон) или даже как *безусловное* соперничество (O.E.D., Лион, Уоткинс, Абрамсон); она противопоставлялась кооперации (Мартино, Китинг, Рассел), но кооперацию также называли существенным элементом ее (Кули) или некоторых ее форм (Раппопорт, Орвант, Каллуа); аналогично, ее противопоставляли регулированию, но регулирование также называли необходимым условием для нее (Коммонс, Адамс, Мюллер). Аналогичные расхождения встречаются в анализе соотношения конкуренции и осведомленности (awareness) (Кули с одной стороны и Билс и Сигел с другой), борьбы или соперничества (Симмел – Колнаи), случайности (Каллуа – Каллуа), неприязни (Кули – Ширк).

Можно предположить, что некоторые из этих расхождений кажущиеся и что, например, они возникают вследствие различий в понимании конфликта, соперничества и т.д. Но дело не только в этом. То, что здесь утверждается – это в большой степени различие между тем, что я назову (условно) двумя подходами к конкуренции – с точки зрения «титула» и с точки зрения «обладания».

Эти подходы связаны с проявлениями того, что социолог Макс Вебер называл «идеальными типами». Следующая цепочка цитат из его эссе объясняет его понятие «идеального типа» в достаточной для наших целей степени:

[Идеальный тип] не *описание* реальности, но он нацелен на то, чтобы дать недвусмысленные средства выражения для такого описания. (90)

[Его функция заключается в сравнении с эмпирической реальностью для выявления отличий или сходства, в описании его в максимально однозначно понимаемых терминах и в их понимании и объяснении...] (43)

[Он] образован односторонним *акцентированием* одной или более точек зрения и синтезом огромного множества рассеянных, разъединенных, более или менее встречающихся или случайно отсутствующих... феноменов, которые упорядочены в соответствии с этими односторонне акцентированными точками зрения в единый *аналитический* конструкт (*Gedankenbild*). В своей концептуальной чистоте этот... конструкт невозможно найти нигде в реальном мире...

Он имеет значение как идеальное *ограничивающее* понятие, в котором реальная ситуация или действие *сопоставляется* или обследуется для разъяснения некоторых ее существенных компонентов.

Ввиду этого можно полагать, что идеальные типы будут отличаться искусственной простотой. Они ничего общего не имеют с усредненными ситуациями, и ничего – с теми, которые считаются желательными. Оценивать их необходимо с точки зрения пользы или бесполезности, а не с позиций адекватности или неадекватности. В данном случае польза от них будет определяться тем, насколько они обеспечивают нас двумя вещами: (а) точками отсчета для однозначного описания огромного множества ситуаций, которые обычно

считаются конкурентными, и (b) основой для достоверного описания различий в характеристиках конкуренции и существенных особенностях конкурентных ситуаций (Ср. «Это вопрос... построения отношений, которые принимаются нашим воображением как достаточно мотивированные, а значит как “объективно возможные” ...»)

Этот последний пункт здесь особенно важен. На колебания оценки конкуренции и морального статуса конкурентов большое влияние оказывает принятие чего-то очень похожего на один или другой из двух идеальных типов, которые я ниже опишу, в качестве (частей) *модели*, выделяющей существенные особенности всех конкурентных ситуаций и показывающей, как следует корректно рассматривать такие ситуации. Очевидно, такое их использование - это не то, что задумывал Вебер в приведенных выше цитатах, но хотя и опрометчиво, но неудивительно. На протяжении нескольких следующих страниц мы будем проследивать все их ответвления, а затем вернемся к более «веберовскому» пониманию вопроса.

Титульная модель привязывает к конкуренции понятия заслуги или права на что-либо, и награды. В ней подчеркиваются связи между конкуренцией и правилами, и она подталкивает нас к тому, чтобы рассматривать конкурентные ситуации как проверки или испытания на превосходство в том или ином отношении. Вероятно, предполагая это, Эли утверждает, что не всякая борьба конфликтующих интересов или борьба за богатство является конкурентной; что конкуренция является борьбой, «имеющей свою границу и предел». А Коммонс говорит, что «Конкуренция не есть имеющая место в природе “борьба за существование”, но представляет собой искусственный механизм, который поддерживается моральными, экономическими и физическими санкциями коллективного действия». А Каллуа заявляет, что в отсутствие правил не бывает и конкуренции.

Последствия такого подхода имеют огромное значение. Предположим, например, что есть нечто, нужное и мне, и вам; и мы боремся за это нечто. *Конкурируем* ли мы за него? Не в этом понимании, если только мы не рассматриваем свою схватку как проверку на то, кто из нас неким образом превзойдет другого, - например, в стойкости или навыке кулачного боя - а нечто, за что мы боремся - как награду победителю или что-то, на что победитель будет иметь право. Такая точка зрения может дать, и обычно дает особую основу для того, чтобы отличать честное от нечестного, допустимый прием в схватке от недопустимого; поскольку, если схватка является проверкой чего-либо, то она должна быть организована таким образом, чтобы это нечто было выделено и только оно одно определяло бы исход. Даже если между нами идет «бой без правил», то можно считать нечестным или основанием для аннулирования моих претензий на победу, если я получаю помощь от своего соучастника, который, скажем, ставит вам подножку, бьет вас по голове, или передает мне пистолет. Так что правила, о которых говорит Каллуа (или по крайней мере их подобия), неотъемлемы для цели или функции конкуренции.

Аналогично, если два человека видят нечто, что они оба хотят, и спешат по направлению к этому нечто, они, в таком понимании, не конкурируют за это, если только обогнать другого не подразумевает в их глазах превосходства, дающего основу для вознаграждения или права на обсуждаемый предмет. Точно так же, если превосходство подтверждается тем, что нужно первым добраться до предмета, то будут «границы и пределы», определяющие приемлемость исхода или развязки как основы для вознаграждения или возникновения права на него.

Но схватки и «забеги» вообще не обязательно трактовать таким образом. Борьба или стремление могут быть настолько сильно сконцентрированы на предмете этой борьбы или гонки, что ни у кого не возникнет и мысли об этом как о тесте на превосходство, и завоевание предмета соперничества можно будет считать не связанным с вознаграждением

или возникновением права на него. Соперников может толкать вперед просто необходимость или желание обладать рассматриваемым предметом (где «обладание» необходимо отличать от «владения», и где оно является нейтральным по отношению к вопросам возникновения права на что-либо, как в случае с человеком, которого называют обладателем краденых товаров). Когда это так, разве тогда соперники не конкурируют друг с другом, и разве не являются схватка и гонка примерами конкуренции? Что, например, можно сказать о так называемой конкурентной борьбе за выживание в природе? И что – о так называемой коммерческой конкуренции?

Тенденция рассматривать борьбу за выживание и борьбу за товары и рынки как конкуренцию демонстрирует то, что я называю моделью конкуренции, основанной на «обладании». В этом понимании конкуренция возникает в результате редкости того, что является желаемым или необходимым, и (по крайней мере упрощенно) состоит из одновременных стремлений двух или более индивидов к полному или частичному получению редкого объекта – т.е. стремлений полностью или частично получить то, что находится в равном доступе, но в количестве недостаточном для того, чтобы удовлетворить потребности или желания каждого. Редкость сама по себе такого стремления не вызывает (потому что, например, один индивид может уступить другому), но обычно оно возникает в ситуации, когда существует равенство надежды на успех (как сказал бы Гоббс), которая появляется потому, что каждый считает, что у него есть какой-то шанс, хотя другие также могут испытывать потребность или желание в этом и тем самым «конкурировать» за рассматриваемый предмет. Как вариант, она появляется, когда индивиды не знают о том, что другие также нуждаются в этом предмете или хотят его заполучить. Борьба здесь считается конкурентной, поскольку предмета недостаточно для всех (в равном доступе), и каждое достижение одного индивида ведет к ущербу для другого индивида хотя бы в каком-то смысле, потому что нечто желательное для него становится либо недоступным, либо более труднодоступным. Поскольку редкость может быть как естественной, так и искусственной, и поскольку желаемым благом может быть слава или превосходство, то игры или состязания в навыках могут считаться конкурентными в рамках модели «обладания», если индивид концентрируется в большей степени на *достижении* превосходства или славы, чем на получении *права* на нее, и в большей степени на роли конкурентного поведения как средства достижения результата, чем на его роли как проверки пригодных для этого навыков или качеств. Точка зрения на конкуренцию как на проверку, хотя и может присутствовать, становится тогда в лучшем случае второстепенной. В результате идентификация определенного поведения как нечестного или обесценивающего результаты, хотя и может присутствовать, начинает рассматриваться не как механизм выявления навыков и качеств, проверяемых в качестве главного или единственного действенного фактора в достижении успеха, а скорее как контрольный механизм, не дающий конкуренции стать настолько острой и грязной, чтобы вступить в противоречие с заинтересованностью общества в благосостоянии третьих лиц или может быть даже в благосостоянии состязающихся сторон.

Нижеприведенная таблица содержит четкое изложение двух моделей с учетом тех параметров, по которым их можно сравнивать.

	Модель «титула»	Модель «обладания»
1. Функция или суть	Протестировать, «проверить» или «доказать» превосходство или относительные достоинства, касающиеся навыков или	Получить или добиться необходимых предметов или состояний <i>Подчеркивает:</i> удовлетворение желаний

	<p>свойств <i>Подчеркивает:</i> демонстрацию и «проверку» навыков достоинств и т.д. <i>Игнорирует:</i> удовлетворение потребностей или желаний</p>	<p>или потребностей (включая самозащиту) <i>Игнорирует:</i> связь результатов с обладанием достоинств, или их отсутствием, или превосходством и их отсутствием</p>
2. Критерий успеха	Завоевание права на особый статус «победителя», «лучшего», «чемпиона»	Получение, обладание или защита необходимых или желаемых вещей
3. Временной охват	Как правило, хотя не всегда, определен и ограничен	Часто заведомо не определен
4. Диапазон конкурентных действий	Как правило, хорошо определен и ограничен	Часто не определен
5. Роль правил и стандартов, касающихся диапазона и характера конкурентной деятельности	<p><i>Первичная:</i> выделить и дать реализоваться тестируемым навыкам или свойствам, сделав прочие факторы (относительно) нефункциональными <i>Вторичная:</i> (при необходимости) защита конкурентов и прочих от вреда, который в данном контексте превышает порог терпимого</p>	<p><i>Первичная:</i> (а) защита интересов сообщества и третьих сторон от ущерба в результате конкурентной деятельности, которая оказывается «неконтролируемой» или злонамеренной; (б) защита конкурентов от чрезмерного вреда (который, например, влечет за собой преследование по закону); (в) предотвращение конкурентного поведения, которое может сделать конкурентов «непримиримыми» по отношению к возможности терпимых или кооперативных отношений друг с другом в будущем <i>Вторичная:</i> поощрять развитие навыков, свойств и видов деятельности, которые одобряются и считаются общественно выгодными, с помощью конкурентной деятельности и подготовки к ней</p>
6. Роль случайности	<p>(а) при необходимости, для установления исходного порядка или очередности в игре (б) для повышения интереса (даже за счет снижения определяющего характера конкуренции как проверки навыков и т.д.)</p>	Открыта
7. Роль субсидий или	Не имеет значения, кроме	(а) выровнять возможности

гандикапов	случаев, когда проверяются относительные «достижения» с разных стартовых мест по отношению к уровню владения навыком	добиться успеха (по любой из длинного списка разумных причин) или (б) сделать резонным для индивидов (и т.п.) становиться или оставаться «конкурентами»
------------	--	---

Эти заметки (обобщенные в таблице) применимы к борьбе за выживание, а также к борьбе за товары и рынки. Действительно, о борьбе за выживание иногда говорят как о процессе, соответствующем правилу «выживает сильнейший», которое подталкивает нас к тому, чтобы рассматривать борьбу как проверку чего-либо – например, относительной способности к выживанию – но многие «участники» не рассматривают ее таким образом, просто потому что не могут (будучи кузнечиками или саблезубыми тиграми). Более того, участники, которые могут или хотят относиться к ней таким образом, могут испытывать сложности, рассматривая выживание (считающееся целью борьбы) как некую *награду* (кроме как со стороны Бога) за заслуги или превосходство в относительной способности к выживанию, или как нечто, на что индивид претендует исходя из своего превосходства в способности к выживанию. Понятия награды и права на что-либо представляются излишними в подобной ситуации, где, по предположению, поведение других ничего не меняется в отношении особи, которая хотя бы на минуту преуспела в выживании. Можно возразить, что выживший «получает право» на выживание по крайней мере в том смысле, что, выжив, он ни в чем не виноват; но это предполагает нечто сомнительное, а именно, что «проигравшие» в «конкуренции» за выживание были бы виноваты в том, если непостижимым образом им удалось бы выжить, что они как будто захватили или сознательно получили нечто, что им не принадлежит.

В случае коммерческой «конкуренции» аргументы за подход с точки зрения «обладания» в противовес «титулу» менее ясны. Все участники в состоянии рассматривать успех в этой сфере как признак определенного превосходства, а значит и рассматривать свое стремление как проверку наличия или степени того или иного достоинства. Более того, их стремление состоит в участии в транзакциях, касающихся товаров, на которые участники имеют право или надеются такое право получить; в самом деле, транзакции связаны именно что с передачей титула, или некоторого приносящего пользу аспекта титула на эти товары. Наконец, у этой деятельности существует явно выраженное нормативное окружение; так, некоторые различия между честной и нечестной «конкуренцией» четко закреплены в законодательстве там, где существует правовая система, и часто имеют место, хотя и менее твердо закреплены в условиях, когда законодательство отсутствует. Но внимательное изучение *путей*, с помощью которых эти важные элементы «титულიной» модели конкуренции реализуются, выявляет нестыковки.

Рассмотрим нормативно закрепленное различие между честной и нечестной конкуренцией. Его главный смысл в модели титула в том, что оно помогает выделить из внешних факторов навык или характеристику, присутствие или степень наличия которой тестируется с помощью конкуренции. Является ли это сутью случая коммерческой «конкуренции»? Очевидно, нет. Главной задачей такой «конкуренции» уж конечно не является испытание наличия или степени того или иного навыка или характеристики «конкурентов», хотя участники время от времени были бы счастливы прочитать результаты таким образом, и хотя общество в целом может считать эти навыки или характеристики общественно выгодными и тем самым одобрять борьбу, способствующую их развитию. Считается, что главная цель участников – достижение богатства или доли на рынке, обладание которой означает успех всего предприятия – и в большой части потому, что это блага, которыми стоит обладать независимо от того, как они получены и независимо от того факта что обладание ими служит знаком успеха в конкуренции. Таким образом, приоритет здесь

отдается факту получения этих благ, а не процессу их получения; посмотрите, насколько слабую заинтересованность выражают люди в «конкуренции» за эти блага, если могут заполучить их более «легким» и менее «неудобным» способом. Различие между честной и нечестной конкуренцией и насаждение первой служат здесь двум главным целям: (1) напрямую защитить тех, кто не участвует в конкуренции (точнее, тех, кто не участвует в конкуренции, определяемой рассматриваемым разграничением), от нанесения ущерба в процессе борьбы конкурентов за товары на рынке, (2) защитить конкурентов напрямую и не-конкурентов косвенно от последствий конкурентного поведения, выходящего за нормальные границы морали или приличий. Естественно, различие между честной и нечестной конкуренцией не несет в себе бремя всей социальной защиты, предлагаемой под этим вторым заголовком. Если человек взорвет офис своего конкурента, то наказывать его будут не за нечестную конкуренцию. Уголовное право располагает другими ресурсами для того, чтобы разбираться с подобными делами. И даже если считать, что эти ресурсы регулируют некоторую общую конкурентную борьбу за существование и процветание, они предназначены для поведения, которое либо слишком вопиюще, чтобы называться просто нечестным, либо считается недопустимо опасным, пусть и не являющегося нечестным.

В любом случае мне кажется ясным, что стандартная точка зрения на участников в коммерческой конкуренции заключается в том, что их деятельность направлена главным образом на получение товаров и рыночных долей, и в лучшем случае во вторую очередь – на проверку наличия или отсутствия навыков или достоинств у конкурентов. И правила относительно честной и нечестной конкуренции в первую очередь созданы ради защиты общества и самих участников, а не ради выявления каких-либо навыков или свойств участников как факторов их успеха. Более того, хотя успех можно оценить, рассматривая количество товаров, на которые кто-либо получает право, титулы права на эти блага являются *отражением* успеха; это не награды или призы, которые индивид получает, добившись успеха; статус «обладателя этих титулов» не представляет собой статус, на который индивид получает право вследствие успеха.

В конце концов мы имеем вот что: наш доминирующий взгляд на спортивные игры и состязания, а также настольные игры, такие как шахматы, представляет собой приближение к принятию того, что я называю «титульным» взглядом на конкуренцию, а наш доминирующий взгляд на коммерческую конкуренцию и «борьбу за выживание» представляет собой приближение к тому, что я называю взглядом на конкуренцию с точки зрения «обладания». Но в каждом случае мы колеблемся, и иногда рассматриваем вещи по-разному. Иногда «суть» спортивных состязаний и игр мы видим в завоевании призов, наград, славы, почета и прочих приятностей, которые достаточно часто вытекают из статуса «лучшего» и т.п. Когда мы делаем это, мы отворачиваемся от «титульного» взгляда в пользу «обладания». Ситуации, когда между двумя подходами возникает напряжение, можно увидеть, если посмотреть на примеры инноваций в спорте – таких как введение паса вперед в американском футболе или появление стеклопластиковых шестов в прыжках с шестом. Или же вспомним поведение Бобби Фишера до и во время важных шахматных матчей. С другой стороны, иногда мы рассматриваем результаты борьбы за выживание и коммерческой конкуренции как показатели силы, навыков и достоинств, или хотя бы как *проверку* чего-либо.

Модель конкуренции с точки зрения «титула» и с точки зрения «обладания» не имеют четкого воплощения в ситуациях, признающихся нами конкурентными. Но если мы можем устоять перед искушением считать их моделями, задающими различные версии того, что является важным для конкуренции, с условием, что верной может быть не более одной версии, то в таком случае они могут дать нам четкие точки отсчета для выявления и описания нюансов нашего отношения к этим ситуациям и интеллектуального их восприятия. В частности, я убежден, что они могут дать нам возможность ясно подумать о

том, в *каких именно проявлениях* различные конкурентные ситуации могут быть либо неизбежными, либо, при имеющихся альтернативах, желательными, и в каких именно проявлениях мы хотели бы изменить эти ситуации, чтобы они либо соответствовали, либо еще сильнее отличались от любого из типов.

Например, в модели «обладания» антропологический *контраст* между конкуренцией и кооперацией имеет определенный смысл. Если конкуренцию рассматривать как процесс, движимый желанием или потребностью в редких благах, кооперацию можно рассматривать как альтернативный способ организации предложения и распределения этих благ. Аналогично с проводимым экономистами противопоставлением конкуренции с одной стороны и регулирования и контроля с другой. Но если иметь в виду «титულную» модель конкуренции, то конкуренцию не следует рассматривать как альтернативный способ организации предложения и распределения благ, потому что ее вообще нельзя рассматривать как способ организации предложения и распределения благ. Она может быть *связана* с таким способом, но сама по себе им не является. Она может быть связана с кооперативным способом, регулирующим или контролирующим способом и т.п. Применительно к «титулной» модели конкуренции необходимо поставить вопросы о том, существуют ли альтернативные способы определить превосходство или сравнительные достоинства, касающиеся наличия определенных свойств или навыков, и имеет ли наша заинтересованность в этом легитимный или по крайней мере не вызывающий возражений статус. Прочие интересы, создающие контекст для этой нашей заинтересованности, могут быть разнообразными – например, возникающая в рамках системы контроля и регулирования или в рамках системы кооперации заинтересованность в том, чтобы важные задачи были решены наилучшим образом, или несколько досужий, но способный развлечь интерес – выяснить, кто может сделать что-то конкретное лучше всех. То, каким образом успех в конкуренции связан с удовлетворением потребностей или желаний успешных конкурентов (или даже неудачников) и с предоставлением разнообразных благ и приятных вещей (включая славу и почет), может быть незапланированным, самопроизвольным или высокоорганизованным. Связь может быть неизбежной, или избежать ее будет слишком дорогим делом; или же ее можно избежать при допустимом уровне издержек. Она может соответствовать чувству справедливости, а может и не соответствовать; она может способствовать развитию вещей, которые желательно развивать, или не делать этого. Но в любом случае эти связи с удовлетворением потребностей и желаний, с благами и приятностями не являются внутренне присущими конкуренции с точки зрения «титулного» подхода к ней. Конкуренция как таковая не является способом организации распределения этих вещей. *Желательность* конкуренции может существенно зависеть от того, в какой степени мы можем разрушить эти связи и установить на их месте другие. Но она не обязательно будет зависеть исключительно от этого. Она также может зависеть от и того, есть ли у нас (или в состоянии ли мы в принципе найти) легитимный или не вызывающий возражений интерес в определении превосходства или относительных достоинств применительно к наличию каких-либо навыков или свойств, и можем ли мы все это выяснить как-то иначе.

Теперь можно рассмотреть утверждение о том, что кооперация, с одной стороны, или регулирование и контроль, с другой, не могут быть *противопоставлены* конкуренции, потому что существенны для нее, и тем самым (возможно) являются ее составляющими. В рамках модели обладания кооперация или регулирование и контроль могут быть «существенными» в том смысле, что от них зависит применение конкуренции как способа распределения благ. Например, кооперация может использоваться для принятия такого способа; или же сложная, основанная на принуждении схема регулирования может использоваться для того, чтобы обеспечить функционирование этого способа. В рамках титулной модели, наоборот, кооперация и/или регулирование и контроль могут

потребуется затем, чтоб гарантировать, что конкуренция (*когда* она используется) будет проверять именно то, что должна проверять. Например, кооперация может потребоваться для приложения усилий, а также для необходимого ограничения этих усилий, что позволит выделить и выявить степень наличия тестируемых способностей или характеристик. Аналогично, регулирование и контроль, основанные на принуждении, могут применяться для тех же целей. В любом случае ясно, что хотя эти меры могут быть «существенными» в разных проявлениях, конкуренция происходит там, тогда и в приложении к таким вопросам, которые этими «существенными» проявлениями не покрываются. Так, в модели обладания «существенными» меры создают или поддерживают условия, при которых конкуренция может и будет использоваться; тем самым, они не играют определяющей роли в том, чтобы превратить те процессы, которые имеют место, в конкуренцию. В титульной модели они играют роль, более близкую к тому, чем является конкуренция, но, тем не менее, они только служат для выявления и концентрации конкурентных усилий с тем, чтобы получаемые исходы позволяли тестировать то, что задумано. В обоих случаях неважно, какой требуется объем кооперации или регулирования и контроля, поскольку исходы конкурентных усилий в некоторых важных аспектах все равно должны остаться неопределенными. Будь это не так, у нас не было бы оснований считать ситуацию конкурентной. Именно по причине этого соображения рассматриваемые противопоставления (в той степени, в какой затрагивается вопрос «существенности») могут оставаться ключом к нашему пониманию того, что такое конкуренция.

III

Когда мы возвращаемся к анализу моральных взаимоотношений между конкурентами в рамках конкуренции, которая считается неизбежной или желательной, все это будет иметь значение и поможет нам сформировать взгляд на конкуренцию, с которым мы должны или хотим работать, и *затем* рассмотреть, что для этого взгляда является внутренне присущим конкуренции, а что внешним по отношению к ней, и уже *после* этого выяснить, каких внешних факторов можно избежать при разумном или более низком уровне издержек, а каких нельзя. С учетом всего этого мы сможем обсуждать, более здраво, я надеюсь, какими должны считаться легитимные рамки конкурентной деятельности. После этого можно будет более разумно говорить о том, каким должен быть диапазон взаимной незащищенности, лучше понять, какие еще моральные отношения между конкурентами могут существовать в их конкурентной деятельности (например, есть ли у них обязанность или обязательство конкурировать, «сыграть в игру», «попробовать»?) Из этого может родиться более полное представление о том, чем мы вообще занимаемся на протяжении удивительно и (возможно) катастрофически большой части нашей жизни.

Я не говорю, конечно, что результат будет четким, ясным и легко управляемым. И может оказаться полезным в завершение изложить некоторые причины этого, причины, которые почти не обсуждались выше.

Рассматривая ситуацию как конкурентную, а (некоторых) индивидов, участвующих в ней, как конкурентов, мы считаем, что действия людей имеют определенную мотивацию, а сами люди имеют определенные цели. Или же мы рассматриваем действия так, *как будто бы* у них была эта мотивация, а людей – *как будто бы* у них были эти цели, осознавая, что это может быть неверно или не вполне верно, но будучи убежденными в том, что такая интерпретация может сказать нечто важное о положении этих индивидов. И то и другое, конечно (если коммуникация возможна) может подтолкнуть самих индивидов к тому, чтобы рассматривать таким образом себя и свои действия, если они еще не делают этого сами. Однако такая точка зрения может исказить наш или их взгляд на дело, или существенно изменить самое дело в нескольких важных аспектах.

Во-первых, индивид может оказаться или мы можем обнаружить его в сети или паутине ситуаций, каждая из которых может или должна рассматриваться как конкурентная. Может оказаться затруднительным и даже невозможным классифицировать все их так, чтобы получить небесполезное объяснение того, каковы цели индивида и чем мотивированы его действия, имея в виду, что такие сети ситуаций резонно рассматриваются как конкурентные, и в каждой из них его действия могут считаться «ходами» того или иного рода. Действие, которое принесет очко или победу в одной конкурентной ситуации, может считаться потерей или проигрышем в другой конкурентной ситуации, в которой одновременно может оказаться человек. Если это можно предвидеть, то что делать человеку и что ему посоветовать? Можем ли мы или он сам ранжировать важность конкурентных ситуаций для него (исходя из того, какой он есть и каким он должен быть). Иногда, несомненно, да, иногда, несомненно, нет.

Во-вторых, неважно количество конкурентных ситуаций, в которые индивид может быть одновременно вовлечен. Он может возражать, или же мы можем возражать, или же нам следует возражать против того, чтобы рассматривать его как конкурента в некоторых из этих ситуаций или в них всех. Я подчеркиваю это для того, чтобы показать, что цели индивида и мотивация его действий не обязательно должны рассматриваться как цели и мотивация, свойственные конкуренту, даже при том, что он фактически вовлечен в конкурентную ситуацию и тем самым может рассматриваться как конкурент. Он может или отрицать, или пытаться отрешиться от этого статуса в некоторых или даже (почему бы и нет?) всех этих ситуациях. Или же он может с полным основанием возражать против того, чтобы его цели и мотивация *сводились* к тем, которые прочитываются из статуса конкурента в данной или любой другой конкурентной ситуации. Его можно (или даже следует) не рассматривать просто как индивида, который конкурирует. Его (легитимные) цели и мотивацию, может быть, просто нельзя уловить подобным образом.

В-третьих, цели и мотивация индивида могут изменяться *в процессе*, как есть. Они могут выскальзывать, иногда неощутимо, и возвращаться назад в число тех целей и мотиваций, которые читаются в его статусе как конкурента, и об этом человеке после таких изменений можно будет думать не хуже, а то и лучше. Пример такого рода может дать ситуация с автогонщиком, который останавливает машину во время гонки, чтобы помочь другому гонщику, попавшему в аварию, и тем самым лишается шансов на победу или занятие призового места. Иногда даже «конкуренты» приходят к мнению о том, что игра не стоит свеч. Рассказывают историю о том, как могучий вождь индейского племени во время учебы в американском университете участвовал в соревнованиях по бегу и остановился прямо на беговой дорожке перед финишной лентой, хотя должен был победить. Когда его спросили почему, он ответил, что устал. Считать этот ответ (и саму ситуацию) абсурдом или вершиной здравого смысла – зависит от позиции по целому ряду вопросов. Но люди иногда прекращают участвовать в коммерческой конкуренции или салонных играх по аналогичным причинам. Обратные сдвиги также возможны: люди принимают цели и мотивацию конкурентов, или даже расширяют эти цели и усиливают мотивацию, оказываясь в ситуациях, где это представляется наиболее адекватной реакцией.

Общий урок таков: рассматривать ситуации как конкурентные, а людей как конкурентов означает столкнуться с определенной опасностью, если мы в качестве наблюдателей или участников позволим этой точке зрения привести нас к рассмотрению *только тех* мотивов и целей участников, которые могут быть считаны из их конкурентного статуса, и заморозить этот взгляд на их цели и мотивацию на всем протяжении рассматриваемого конкурентного процесса. Эта истина, конечно, осложнит наши усилия по выяснению моральных взаимоотношений между конкурентами.

*ПРИЛОЖЕНИЕ К СТАТЬЕ. ЛЮДВИГ МИЗЕС. ЧЕЛОВЕЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ
(ИЗВЛЕЧЕНИЕ)¹*

В природе преобладает неразрешимый конфликт интересов. Средства к существованию редки. Размножение имеет тенденцию превышать возможности пропитания. Выживают только самые приспособленные растения и животные. Антагонизм между животными, умирающими от голода, и теми, кто вырывает у них пищу, непримирим.

Общественное сотрудничество в рамках разделения труда устраняет этот антагонизм. Враждебность оно заменяет партнерством и взаимностью. Члены общества объединены общим делом.

Термин конкуренция, применяемый к животной жизни, обозначает соперничество между животными, проявляющееся в поисках пищи. Мы можем назвать это биологической конкуренцией. Ее нельзя путать с социальной конкуренцией, т.е. стремлением индивидов занять наиболее благоприятное положение в системе общественного сотрудничества. Поскольку всегда сохраняются позиции, в которых человек будет выше, чем остальные, постольку люди будут стремиться занять их и пытаться превзойти соперников. Следовательно, социальная конкуренция присутствует в любом представимом способе общественной организации. Если мы захотим придумать состояние, в котором не будет социальной конкуренции, мы должны представить образ социалистической системы, в которой ее шеф, определяя каждому свое место и задачи в обществе, не может ориентироваться на амбиции подчиненных. Индивиды совершенно безразличны и не обращаются за получением особых назначений. Они ведут себя подобно племенным жеребцам, которые не стремятся представить себя в выгодном свете, когда владелец отбирает производителя для покрытия своей лучшей племенной кобылы. Но подобные люди уже не могут быть деятельными.

Каталлактическая конкуренция представляет собой соревнование между людьми, которые хотят превзойти друг друга. Это не бой, хотя принято в метафорическом смысле применять к ней терминологию войны и междоусобных конфликтов, нападения и обороны, стратегии и тактики. Проигравшие не уничтожаются; они вытесняются на другие позиции в обществе, более скромные, зато более соответствующие их достижениям, чем те, которые они планировали занять.

...

Каталлактическую конкуренцию нельзя смешивать с боксерскими поединками и конкурсами красоты. Цель подобных боев и конкурсов заключается в том, чтобы выяснить, кто является лучшим боксером и самой красивой девушкой. Социальная функция каталлактической конкуренции, естественно, не состоит в том, чтобы установить, кто является самым сильным, и наградить его титулом и медалями. Ее функция обеспечить наивысшее удовлетворение потребителей, которое только может быть достигнуто при данном состоянии экономической информации.

Равенства возможностей не существует ни в боксерских поединках, ни в конкурсах красоты, ни в любой другой области конкуренции, биологической или социальной. Физиологическое строение тела лишает подавляющее большинство людей шансов добиться наград чемпионатов по боксу или конкурсов красоты. Лишь немногие могут конкурировать на рынке труда в качестве оперных певцов и кинозвезд. Самыми благоприятными возможностями конкурировать в области научных свершений обладают профессора университетов. Тем не менее тысячи и тысячи профессоров проходят, не оставив следа в

¹ Мизес Л. Человеческая деятельность. Челябинск: Социум. 2005. С. 259-264.

истории идей и развитию науки, в то время как многие люди со стороны, да к тому же часто имеющие физические недостатки, обретают славу благодаря своим удивительным достижениям.

Принято придирается к тому, что каталлактическая конкуренция не открыта для всех в одинаковой степени. Стартовые условия у небогатого молодого человека гораздо менее благоприятны, чем у сына состоятельных родителей. Однако потребителей не волнует, начинали ли те, кто их обслуживает, свою карьеру в равных условиях. Их интересует только максимально возможное удовлетворение своих нужд. Поскольку система передаваемой по наследству собственности является более эффективной в этом отношении, они предпочитают ее по сравнению с другими менее эффективными системами. Они смотрят на проблему с точки зрения общественной целесообразности и общественного благосостояния, а не с точки зрения мнимых, воображаемых и неосуществимых естественных прав каждого индивида обладать равными возможностями в конкуренции. Чтобы реализовать это право, потребовалось бы поместить в неблагоприятное положение тех, кто родился с более высокими умственными способностями и силой воли, чем средний человек. Очевидно, что это выглядело бы нелепо.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Ситуация конкуренции предполагает, что несколько людей или их объединений стремятся к достижению определенных целей, и что если одни из них достигнут своих целей, то по этой причине другие не смогут достигнуть своих. Эта ситуация неизбежно подразумевает неоправдавшиеся ожидания и расходование ресурсов, которое не привело к искомой цели. Нередко ситуация конкуренции подразумевает также и то, что участники этой ситуации *сознательно* препятствуют друг другу достичь успеха. Разумеется, ничего хорошего в этом нет, и если бы мы могли обойтись без конкуренции, пожалуй, нам было бы лучше (как и без тюрем).

Если Джеральд Маккалум и не тратит много слов на описание негативных сторон этой ситуации *взаимной незащищенности*, то в первую очередь не потому, что они во многом очевидны, а потому, что он считает ее непоколебимым и определяющим фактом моральной жизни. Как показывает Людвиг Мизес, даже социалистическая система не избавлена от конкуренции: даже при социализме людям не безразлично их место в обществе, а потому они будут искать и приводить аргументы в свою пользу и пытаться быть более убедительными, чем сосед, иными словами, будут конкурировать. Поэтому вопрос не в том, как оценивать конкуренцию, не в том, нужна она или нет, а в том, как жить в условиях конкуренции? как ее организовать? какие аргументы (если не все) в свою пользу считать допустимыми?

В этой связи Маккалум вводит полезное различие между двумя идеальными типами конкуренции — «моделью титула» и «моделью обладания» (похожее различие проводит и Мизес между конкурсами красоты и деловой конкуренцией). В «модели титула», наиболее четко проявляющейся в спортивных состязаниях и конкурсах красоты, конкурентные ситуации рассматриваются как способ выявить сравнительные достоинства конкурентов, скажем, кто является лучшим боксером и кто является самой красивой девушкой. Идеальная организация конкурентной ситуации близка к научному эксперименту — только та черта, которая подлежит проверке, должна влиять на исход конкуренции, а действие других факторов должно быть изолировано. В связи с этим конкуренция в рамках «модели титула» предполагает тщательно сконструированные правила (регулирование).

«Модель обладания» полагает главным результатом конкуренции не выяснение степени наличия у соискателей того или иного достоинства, а само по себе получение соревнующимися желаемого. Во многих случаях деловой конкуренции имеет значение

только результат — «кто произвел самый дешевый товар»? — и не имеет значения, является ли это следствием «особого умения» данного производителя, или его опыта, масштаба производства, местонахождения в стране с дешевой рабочей силой, получения государственных субсидий и т.д. В рамках этой модели конкуренции регулирование не является необходимым условием, и скорее является препятствием.

Мы часто основываем наше понимание деловой конкуренции на основе примеров спортивных состязаний, т.е. конкуренции в рамках «модели титула». Более того, сторонники рыночной экономики часто пользуются «моделью титула» для обоснования справедливости результатов конкуренции, объясняя рыночное вознаграждение с «заслугами» соискателей. Однако в реальности деловая конкуренция обычно проистекает (и, возможно, должна проистекать) в соответствии с «моделью обладания». Этот разрыв имеет два последствия. Во-первых, аргументы в пользу конкуренции нередко оправдывают «не ту конкуренцию», что есть на деле, и это несложно заметить критикам.

Во-вторых, деловую конкуренцию многие пытаются организовать на манер спортивного состязания — создать преимущества для фирм-новичков, для нарождающихся отраслей и т.д.; или создать гандикапы для тех, кто скорее всего не платит налоги; или получает субсидии от иностранных государств; или действует в странах с меньшим уровнем налогов и т.д.

Вне зависимости от того, какая модель конкуренции нам кажется более подходящей, так или иначе встает вопрос о том, как сокращать различие между рекламируемой конкуренцией и реальной.

В.Н.

1. ВВЕДЕНИЕ

Целью нашего антимонопольного эксперимента часто считают содействие конкуренции или ослабление рыночной власти. На самом деле это не может в буквальном смысле являться целью антимонопольных мер. Тем самым конкуренция сводилась бы к одномерному явлению, либо такому многомерному, которое поддается оптимизации одновременно по всем фронтам. Все это ошибочные допущения. Интенсивность или эффективность одной формы конкуренции часто негативно отражается на успешности других ее форм. Это означает, что считать максимизацию конкуренции целью антимонопольной политики было бы бессмысленным. Точнее всего эту цель можно определить как выбор оптимального сочетания форм конкуренции.

Например, за счет устранения охраны патентных и авторских прав ценовая конкуренция между существующими товарами может быть усилена, однако одновременно это снизило бы эффективность конкуренции, стимулирующей производство новых видов продукции. Точно так же, эффективность конкуренции между фирмами можно повысить, если подавлять личную конкуренцию внутри фирм, скажем, конкуренцию партнеров. Альтернативность различных форм конкуренции фактически была признана в антимонопольной политике в том различии, которое попытался провести судья Тафт в деле «Addyston»², между ограничением конкуренции как вспомогательной мерой и ограничениями, основной целью которых является устранение конкуренции. Позднее аналогичная проблема была поднята судьей Уайтом, который попытался вывести правило взвешенного подхода в деле «Standard Oil»³. Универсальность проблемы и ее значимость для более широкого круга антимонопольных вопросов, тем не менее, нисколько не проясняется в контексте этих дел. Одна из форм конкуренции обязательно заменяется другой, и введение принципа приоритетности форм конкуренции за счет определения их как «вспомогательных» только отвлекает внимание от вездесущих и совершенно обычных компромиссов, которые предполагает такой выбор.

Признавая существование отрицательных корреляций различных форм конкуренции, я постулирую в качестве цели антимонопольной политики достижение *эффективного сочетания форм конкуренции* или его зеркального отражения, в виде *эффективного сочетания форм монополий*. Такая цель разительно отличается от той, что направлена на усиление конкуренции или ограничение монополии, и которая, если поразмыслить, предполагает отсутствие в общем случае проблемы компромисса. Именно с позиций достижения эффективного сочетания форм я оцениваю сто лет действия антимонопольного законодательства.

Эффективность сочетания форм конкуренции отражает технически возможные соотношения между типами конкуренции и весомость предпочтений, отдаваемых той или иной форме. Не существует ни одного рынка, где веса предпочтений в пользу той или иной формы конкуренции с очевидностью были бы выражены открыто; а технические компромиссы между различными формами конкуренции, которые в принципе поддаются объективному определению, столь неизучены, что при их обсуждении приходится прибегать в основном к догадкам и предположениям. Дело в том, что у нас *недостаточно*

¹ Demsetz H. How Many Cheers for Antitrust's 100 Years // Economic Inquiry. 1992. Vol. XXX. April. P. 207—217. (Рус. пер. Демсец Г. Столетие антимонопольного законодательства: так ли уж знаменателен этот юбилей? // Экономическая политика. 2010. № 4.

² U.S. v. Addyston Pipe & Steel Company et al., 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898).

³ Standard Oil Company of New Jersey et al. v. U.S., 221 U.S. 1 (1911).

общего знания и понимания проблемы альтернативных форм конкуренции, чтобы решить споры при оценке антимонопольных мер. Вероятно, именно поэтому до сих пор не проводилось какого-либо систематического изучения и оценки эффективности антимонопольных мер. К сожалению, оценка остается делом весьма субъективным. Поэтому споры по поводу антимонопольных мер нескончаемы.

Проблема присутствует уже в самом Акте Шермана. Здесь мы имеем дело вовсе не с эквивалентом закона об ограничении скорости. Это скорее больше похоже на закон «О подпадавших под влияние рэкетиров и коррумпированных организациях» (RICO). Этот акт не постулировал запретов, нарушение которых можно было бы определять с достоверностью. Акт Шермана не предлагает никакого проясняющего существа дела объяснения, несмотря на то, что концепции монополии и монополизации далеко не однозначны. Последующие законодательные акты не слишком продвинулись в исправлении ситуации. Президент Вильсон, готовя принятие Акта Клейтона, назначил комиссию как раз для формулирования пункт за пунктом действий, которые позволяют постепенно устранить конкуренцию и установить монополию. Комиссия не справилась с задачей, но свою неудачу постаралась завуалировать простым, но весьма неопределенным осуждением ценовой дискриминации.

Такая расплывчатость приводит к серьезным вопросам о конституционности наших антимонопольных законов. Согласно пункту о надлежащей правовой процедуре Пятой поправки Конституции США, Конгрессу запрещено принимать законы уголовного права, сформулированные расплывчато, поскольку это лишает граждан возможности распознать нарушение закона. Тем не менее, столетняя история нашего антимонопольного законодательства может быть охарактеризована как испытания в судах альтернативных толкований определений монополии и монополизации. Вопрос о его конституционности несколько раз ставился перед нашими судами. И все же, антимонопольное законодательство признавалось достаточно ясным в отношении запрещаемых им действий и ситуаций, что делало его соответствующим конституционным требованиям.

Тем не менее, обычно перед судом ставится проблема, касающаяся не размытости понятий монополии и монополизации, как они сформулированы и запрещены Актом Шермана, а более конкретных случаев применения этих понятий. В деле «Nash v. United States»¹ суд признал конституционность Акта Шермана на том основании, что он объявляет уголовно наказуемым только сговоры с целью ограничения торговли. Суд счел сговор с целью ограничения выпуска продукции или установления цен достаточно очевидным нарушением запрета, сформулированного Актом Шермана, что не позволяет объявить этот закон неконституционным на основании его расплывчатости. Однако, монополия и монополизация усматривались в таких видах деловой практики, которые мало похожи на сговор. Даже наличие высокой доли рыночной концентрации было обречено считаться нарушением Акта Шермана. Более того, вопреки всем ожиданиям разумнее было бы предположить, что соглашения о ценах служат как общественно полезным, так и общественно вредным целям, и мы еще вернемся к этому вопросу далее. Сейчас же мне важно лишь подчеркнуть, что сговор, как предположительно общеизвестное уголовное деяние, не составляет всего существа монополии и монополизации как их трактовали суды.

Аналогичный вопрос ставился в деле «United States v. National Dairy Products Corp.»². Компания «National Dairy» обвинялась в нарушении статьи 3 Акта Робинсона-Пэтмана. Данная статья называет преступными действия в продаже товаров «по неразумно низким ценам с целью препятствования конкуренции или устранения конкурента». Суд счел такое определение достаточно ясно сформулированным для того, чтобы ответчик, продающий

1 Nash v. U.S., 229 U.S. 373 (1913).

2 U.S. v. National Dairy Products Corp., 372 U.S. 29 (1963).

товар ниже издержек не с тем, чтобы соответствовать ценам конкурентов, избавиться от некондиционного товара или же иным образом осуществить конкурентные действия на пользу общества, мог вне всяких сомнений заранее знать, что будет признан виновным, если он будет продавать свой товар ниже издержек. В дальнейшем я намерен показать, что в хищнической практике нет ничего, что указывало бы на возможность использования критерия производственных затрат для различения законных или общественно полезных конкурентных действий и хищничества. Для меня сейчас важнее просто подчеркнуть, что этот раздел Акта Робинсона—Пэтмана не имеет отношения к формулируемым Актом Шермана запретам и объявлению монополии и монополизации вне закона, а также напомнить, что степень расплывчатости, которая в нем содержится, значительно выше той, что свойственна положениям о сговоре с целью установления цен.

И все же, конституционность Акта Шермана не является главной темой нашей статьи, хотя проблема расплывчатости, как мне представляется, не может быть разрешена за счет обращения к экономике. Если не существует такого реального положения вещей, которое могло бы быть описано как абсолютно конкурентное, то не существует и такого положения вещей, которое было бы свободно от элементов монополизма. Так, система прав частной собственности, которая служит основой нашего экономического строя, точно выполняет свое предназначение за счет барьеров, препятствующих любым формам и масштабам конкуренции, которые признаются нежелательными. Назначение системы прав собственности, как мне представляется, — ровно такое, какое придается выше антимонопольному законодательству. Спецификация барьеров в отношении различных форм конкуренции представляет собой ту же проблему, что и спецификация сочетания разрешенных форм конкуренции, и решение этой проблемы в том и другом случае должно исходить из принципа эффективности¹.

Модель совершенной конкуренции, которую экономисты используют для построения идеальной концепции конкуренции, не слишком помогает при определении предпочтительного сочетания форм конкуренции, которое, собственно, и было бы осмысленной целью антимонопольной деятельности. Напротив, как раз понятие *совершенной* конкуренции предполагает, что максимизация конкуренции и является осмысленной целью. Более того, модель предназначена вовсе не для того, чтобы вдохнуть разумную жизнь в концепцию конкуренции. Ее подлинной функцией является понимание децентрализации, а не конкуренции. Точнее было бы назвать ее моделью совершенной децентрализации, поскольку она лишает личное усмотрение какой бы то ни было роли в распределительном процессе.

В спорах подобных тем, что вел Адам Смит с меркантилистами, и которые теперь имеют непосредственное отношение к распадающемуся коммунистическому лагерю, модель совершенной конкуренции является мощным средством демонстрации рациональной природы распределительных процессов в отсутствие центрального планирования. Эта модель не слишком помогает в спорах о действенности антимонопольного прецедента. Она игнорирует *технологическую конкуренцию*, принимая уровень техники как заданный параметр. Она не учитывает *конкуренцию путем установления размеров фирмы*, полагая что эффективны фирмы размером с атом. Она также не видит продуктивной роли *конкурентных преимуществ репутации*, поскольку полагает наличие полного знания о ценах и товарах, и

1 Имущественное, деликтное и контрактное право, в отличие от антимонопольного законодательства, не основаны на уголовном праве, и поэтому критерий доказательности заменен в нем критерием «невиновности до тех пор, пока не будет доказано обратное». Сомнения в возможности применения закона в этих сферах права, таким образом, не нарушают требований конституционности в отличие от того, как это происходит с антимонопольными законами, хотя антимонопольное законодательство может применяться и в случаях, не относящихся к уголовной сфере.

наконец, она игнорирует конкуренцию *изменения спроса*, так как считает вкусы неизменными и полностью известными. Установки этой модели в отношении осведомленности и гомогенности таковы, что не оставляют места для конкуренции фирм за счет использования своих отличий от других. В своих узких рамках эта модель рассматривает последствия только одного типа конкуренции, а именно: ценовой конкуренции известных, идентичных товаров, произведенных в условиях полного знания обо всех технологиях. Такая форма конкуренции имеет концептуальную значимость, и, если сосредоточиться на ней одной, можно осмысленно обсуждать возможность достижения максимальной интенсивности конкуренции. Тем не менее, ее узость делает данную модель плохим источником критериев для антимонопольной политики.

II. ОБЩИЕ ВЫВОДЫ

Вследствие всего вышесказанного, моя оценка прошедших ста лет антимонопольной практики с необходимостью является в значительной степени субъективной. В формулировании своей оценки я следую применяемой в уголовном праве норме, согласно которой интересы общества требуют признания невиновности до тех пор, пока суд не сформулирует общепринятого и соответствующего случаю объяснения и/или не выявит существенных фактов, позволяющих признать ответчика виновным. Любые умозрения о поведении или его последствиях не удовлетворяют этой норме, даже если они поддержаны репутацией эксперта в области экономики. Несмотря на то, что многие антимонопольные дела основаны не на уголовном, а на гражданском праве, а значит более существенным и уместным является не принцип презумпции невиновности, а наличие веских доказательств, именно критерий невиновности оказался близким по духу в таком деле, как «*Matsushita v. Zenith*»¹, когда Верховный суд постановил, что «поведение, которое столь же соответствует принципам разрешенной конкуренции, как и незаконного сговора, не дает ни малейших оснований, без наличия иных обстоятельств, для вывода о существовании сговора». Руководствуясь данным критерием и считая целью эффективное сочетание форм конкуренции, можно считать, что за последние сто лет антимонопольная практика отчасти ему следовала, а отчасти нарушала его. В последние пятнадцать лет антимонопольное законодательство в среднем работало лучше, чем за тридцатилетний период с 1940 по 1970. И именно в связи с этим я готов однократно, хотя и не троекратно, как полагается, приветствовать столетие антимонопольной практики.

Моя теперешняя оценка более позитивна в сравнении с той, что я давал несколько лет назад. В 1973 г. на решающей конференции по вопросам рыночной концентрации Фил Нил, тогдашний декан факультета права Чикагского университета, спросил в ходе обсуждения моего доклада, не хочу ли я отменить Акт Шермана. Я ответил следующее: «В том виде, в каком он сегодня применяется — безусловно»². Мое отношение к антимонопольной политике стало несколько более позитивным в связи с переменами, произошедшими за последние пятнадцать лет. Некоторые из наиболее существенных изменений можно охарактеризовать в общих чертах. Опасная норма, установленная в 1945 г. в деле «*Alcoa*»³ и продержавшаяся несколько лет — я имею в виду признание высокого уровня рыночной концентрации *per se* нарушением Акта Шермана — была отвергнута. Абсурдная крайность в отношении слияний, увенчавшая дело «*Brown*»⁴, теперь кажется лишь нелепой

1 *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. et al. v. Zenith Radio Corporation et al.*, 475 U.S. 574 (1986).

2 Конференция проходила под эгидой факультета права Колумбийского университета. По месту своего проведения она стала известна как Конференция в Эрли Хаус. Тексты докладов и вызванных ими обсуждений были опубликованы в журнале *Industrial Concentration: The New Learning* / Ed. Goldschmid H.J., Mann H. M., and Weston J. F. Boston: Little, Brown and Co., 1974.

3 *U.S. v. Aluminum Co. (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

4 *Brown Shoe Co., Inc. v. U.S.*, 370 U.S. 294 (1962).

случайностью антимонопольной практики. Территориальные ограничения после дела «Sylvania»¹ уже не рассматриваются с точки зрения запрета *per se*. И наконец, в только что рассмотренном деле «Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.»² Верховный суд отказался приклеить ярлык хищнического поведения к проводимой «ARCO» политике низких цен в ходе агрессивных продаж бензина в Калифорнии.

За последние пятнадцать лет антимонопольной практики в ней неожиданно широко руководствовались здравым смыслом. Если бы такое положение вещей сохранялось, мои ожидания в отношении будущего антимонопольной политики были бы значительно более позитивными, чем мои оценки ее прошлого. Однако, учитывая превратности антимонопольной истории, было бы самонадеянно предсказывать светлое будущее на основании всего лишь последних пятнадцати лет. У меня нет возможности подробно обсуждать здесь более долгую историю, определяющую мое отношение к антимонопольной политике. И все же мое решение лишь однократно, а не трехкратно, приветствовать столетний юбилей нуждается в некоторых объяснениях. Отдельные существенные аспекты антимонопольной практики могут быть рассмотрены более подробно.

III. ЦЕНОВЫЕ СОГЛАШЕНИЯ

Нет сомнения в том, что авторы Акта Шермана намеревались противостоять частной картелизации промышленности, и, что существенно, антимонопольные меры действительно создали серьезный заслон для частной картелизации, вплоть до полного устранения ее угрозы. Однако последствия этих действий оказались двоякими. Прямым следствием было усиление ценовой конкуренции в хозяйстве. Косвенным следствием стало то, что фирмы были вынуждены прибегать к иным методам контроля цен, а также, вполне возможно, к усилению ценовой конкуренции за счет других видов конкуренции. Косвенные воздействия привели к увеличению затрат и сокращению конкуренции в области обслуживания по отношению к возможным значениям этих параметров. Однако, на мой взгляд, негативные последствия полностью перекрываются позитивным усилением ценовой конкуренции.

Картельные соглашения приводят к сотрудничеству между потенциальными конкурентами, не вынуждая их прибегать к серьезным и долговременным переменам во внутренней организации фирм. При этом каждая фирма сохраняет свою идентичность и контроль над способами производства (несмотря на то, что некоторые незначительные компромиссы в этой области все же необходимы ради установления взаимодействия). Ни принятие, ни расторжение ценового соглашения всерьез не подрывает организационную целостность и не мешает *внутренней* эффективности сотрудничающих фирм. (Соглашение, разумеется, может привести к нерациональному распределению конечного продукта между фирмами). Картельные соглашения следовательно, привлекательны для фирм тем, что позволяют снижать объемы производства и поднимать цены, и скорее всего, *именно* в эти целях они и будут использованы, игнорируя иные цели, связанные с повышением эффективности. Таким образом, теоретические основания указывают на то, что многочисленные ценовые соглашения в целом приведут к снижению эффективности сочетания форм конкуренции.

Более того, суд в состоянии получить достаточно объективную информацию о существовании действующего ценового сговора. Смещение акцентов антимонопольной политики в сторону явных ценовых сговоров кажется мне разумным. Реальная проблема усугубляется, если фирмы полагаются на сознательный параллелизм. В таком случае суд

1 Continental T.V., Inc. et al. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1977).

2 Atlantic Richfield Co., v. U.S.A. Petroleum 495 U.S. 328 (1990).

бывает вынужден прибегнуть к более умозрительному подходу в принятии решения, а это, на мой взгляд, уже снижает вероятность благоприятных последствий обвинительных приговоров.

Признание достоинств антимонопольной борьбы с ценовыми сговорами не означает одобрения распространенных способов такой борьбы. Ценовые сговоры считаются *per se* нарушением нашего антимонопольного законодательства. Такая политика признания виновности *per se* имеет некоторые практические преимущества, главным образом связанные с устранением правовой неопределенности и снижением издержек правоприменения. И все же на мой взгляд, преимущества принципа никоим образом не перевешивают отсутствия гибкости в его применении. Оправдания ценовых сговоров целями повышения эффективности, пусть и не столь вероятны как в случаях иных деловых практик, но все же вполне возможны. При действии запрета *per se* все это остается за границами правового поля.

Экономические доводы в отношении ценовых сговоров базируются на выводах, продиктованных моделями совершенной конкуренции и монополии. Именно контраст между этими двумя моделями и оправдывает запрет *per se*. Поскольку эти модели основным источником различий в издержках считают объем производства, они практически игнорируют и уводят в сторону от рассмотрения таких проблем, как информация, «безбилетничество» и оппортунизм. Все это также влияет на издержки. Признание упомянутых параметров ослабляет универсальность правила *per se*. Если такие источники различий в издержках становятся значимыми, то ценовые сговоры могут привести к оптимизации совокупных форм конкуренции. Вот некоторые примеры, которые указывают на необходимость гибкого подхода.

Основным исключением из запрета *per se* стало дело «Appalachian Coals»¹. Исследователи антимонопольного законодательства усматривают в нем исключение, а не серьезную угрозу запрету *per se*. И все же он дает интересный и еще малоизученный пример того, как ценовой сговор в форме совместных продаж может улучшить положение дел.

Уголь закупается по размеру. При обслуживании заказа на уголь определенного размера производитель автоматически производит и уголь других размеров. Такие побочные размеры выставляются на рынок по цене «сколько заплатят», поскольку издержки складирования угля считаются слишком высокими. Если получаемая цена оказывается ниже, чем издержки транспортировки и сбыта, это приводит к убыткам. Такие убытки относят на счет издержек производства угля заказанных размеров.

Перед нами проблема производства связанных товаров. Она приводит к образованию издержек, которые можно сократить за счет использования агентства совместных продаж. Если покупатель А заказывает уголь большого размера у компании X, то уголь меньшего размера, который автоматически производится компанией X, должен стать источником поставок угля для потребителей, которым нужен уголь меньших размеров. Однако, если потребители угля меньшего размера размещают заказ не в компании X, а в другой, то эта компания тоже автоматически производит ненужный ей уголь крупных размеров. Координация заказов, например, за счет направления того и другого компании X, может привести к сокращению избыточности системы поставок. Организацией продаж занимается специальное агентство продаж, и оно может делать это с меньшими затратами, чем при других формах организации. Одной из альтернативных форм может стать посредническая сеть угольных брокеров. Они получают заказы потребителей и направляют их соответствующим производителям. Однако, если у всех производителей угля действуют

1 Appalachian Coals, Inc., et al. v. United States, 288 U.S. 344 (1933).

собственные шкалы цен, то брокер попадает в весьма затруднительную ситуацию, пытаюсь быстро обслужить потребителей. Продавцам, которые готовы предложить более низкую цену, может потребоваться больше времени на доставку. Задача брокера упрощается при действии единой шкалы цен, привязанной к обязательствам по срокам доставки. Но в этом случае налицо уже все существенные параметры агентства продаж.

Вопрос состоит в том, перекрывает ли эффективность производства, к которой приводит существование агентства продаж, возможные потери, связанные с его потенциальной способностью повышать цены. В случае с «Appalachian»¹ суд признал, что агентство совместных продаж поставляло лишь небольшую долю угля, предлагаемого на территориально охваченном рынке, и вынес решение о том, что данная ситуация не давала агентству никакого контроля над рыночной ценой. Суд пришел к выводу, что агентство не нарушило антимонопольного законодательства, несмотря на явное присутствие факта ценового сговора. На мой взгляд, это оправданное решение и его не следует считать ситуативным исключением из прецедентной практики антимонопольных дел периода депрессии².

В деле «Arizona v. Maricopa County»³, установление максимальных цен на медицинские процедуры группами врачей помогло страховым компаниям снизить долю неопределенности в отношении потенциальных выплат, тем самым возросла производительность, что пошло скорее на пользу покупателям страховых полисов. Согласно договору допускалась детализация цен, которая позволяла определить максимальную ответственность страховщика, но в то же время не запрещала врачам назначать более высокую или более низкую цену. При запрете *per se* соглашение было признано незаконным, никто всерьез не задумался о том, насколько соглашения о ценах могли бы повысить эффективность, не затрагивая серьезным образом ценовую конкуренцию.

Способность соглашений о цене приводить к повышению эффективности доказана также и спорами, возникающими вокруг деловых операций по типу франшизы. Если мы предположим, что покупателям нужна стандартизация, а цена как раз является в некотором отношении одним из существенных ее аспектов, равно как и средством борьбы с оппортунистическими проблемами, то установление единых цен идет на пользу клиентам. Напротив, франшизу можно рассматривать как прикрытие для конкурентов, на деле являющееся ценовым сговором. Все зависит от того, насколько франшиза подобна единой фирме, а также от того, какая часть рынка ей принадлежит. Чем более франшиза похожа на фирму, и чем меньше принадлежащая ей доля рынка, тем скорее установление единых цен приведет к повышению эффективности. В деле «Sealy»⁴ суд занял странную позицию, утверждая, что обладание не чрезмерной рыночной долей защитило бы компанию от притязаний истца, будь она единой фирмой по организационной форме. Будь она единой фирмой, не шло бы речи о ценовом сговоре, и доктрина виновности *per se* была бы неприложима. Учитывая же слабоорганизованный тип франшизы в данном случае, наличие не чрезмерной рыночной доли не защитило компанию от применения запрета *per se*.

1 Id.

2 При небольшой рыночной доле, скорее всего, выгоды снижения издержек, получаемые торговым агентством, будут съедены соответствующим монополистическим ограничением на объем производства. Тем не менее, чем меньше абсолютный размер рынка этого типа угля, тем сложнее будет реализовать преимущества снижения издержек производства. Эти преимущества зависят, в какой-то мере, от «плотности» потока заказов на уголь побочных размеров. Оправданием существования торгового агентства может служить только эффективная реализация преимущества потока заказов до установления серьезной рыночной власти. Такое, скорее всего, станет возможным при больших общих размерах рынка, как в случае с рынком угля.

3 Arizona v. Maricopa County Medical Society et al., 457 U.S. 332 (1982).

4 U.S. v. Sealy, 388 U.S. 350 (1967).

Все эти примеры показывают, что производительная эффективность ценовых соглашений не просто абстрактная вероятность. Ценовые соглашения, приводящие к снижению издержек производства, а значит и к усилению конкуренции по издержкам, могут приводить к созданию значительных преимуществ, компенсирующих ослабление ценовой конкуренции, которая может иметь место в таких случаях¹. Предпочтительное сочетание форм конкуренции вряд ли выльется в стопроцентную весовую значимость ценовой конкуренции и пренебрежение конкуренцией по издержкам. Вполне реально нахождение альтернативы, которая окажется достаточным основанием для того, чтобы пожертвовать практическими преимуществами объявления любого ценового соглашения *per se* нарушением антимонопольного законодательства. Если можно доказать усиление эффективности за счет ценового соглашения и если совокупная рыночная доля, контролируемая соглашающимися фирмами (или франшизами) слишком мала, чтобы привести к значительному воздействию на цены, то правомерность такого соглашения должна, по крайней мере, допускаться.

Такое отношение может потребовать некоторого смягчения запрета ценовых сговоров *per se*. И хотя я не считаю применение правила виновности *per se* к ценовым сговорам худшим вариантом в сравнении с их разрешением, все же более гибкие принципы могли бы оказаться полезнее. Все зависит от числа исключений, к которым приведет корректное применение более гибких принципов. Если число исключений окажется незначительным, то гибкий подход себя практически не оправдывает с точки зрения цены вопроса. Более того, гибкие принципы могут приводить к злоупотреблениям в практическом применении. Все эти соображения могут перевесить принцип гибкого подхода, даже учитывая признание позитивного воздействия некоторых ценовых соглашений на эффективность.

IV. СТРУКТУРА РЫНКОВ

Рыночная концентрация вошла в сферу антимонопольного законодательства как побочный продукт дел о ценовом сговоре («Addyston»² в 1898 и «Trenton»³ в 1927) и о хищническом поведении («Standard Oil»⁴ и «American Tobacco»⁵, оба в 1911). Главным обвинением она выступила в деле «U.S. Steel»⁶, где суд решил, что сам по себе размер фирмы не представлял собой нарушения антимонопольного законодательства. В деле «Alcoa»⁷ концентрация приобрела необычайную значимость. И, наконец, в таких делах, как дело «Berkey Photo»⁸ она вновь перешла в статус второстепенных характеристик, утратив важность. То, какие разные роли доводилось играть рыночной концентрации, указывает на сложность использования ее в качестве критерия антимонопольных судебных решений, поскольку она представляет собой одну из наиболее очевидных из альтернативных форм конкуренции.

Чем большей концентрацией характеризуется рынок, тем выше вероятность успешности сговора. Это положение может оказаться теоретически верным. Однако, маловероятно, чтобы рынки делались концентрированными *с целью облегчения вступления в сговор*. Повышение концентрации с единственной целью установления контроля над ценами было бы опасным — и, потому, редким — делом. Рост фирм приводит к серьезным и

1 Конкретные ценовые соглашения могут вывести производителей на снижение производственных затрат, как и ценовое соглашение, за которое ответственны страховщики. Ценовая конкуренция давит на производителей, заставляя их снижать издержки.

2 U.S. v. Addyston Pipe & Steel Company et al.

3 U.S. v. Trenton Potteries Company et al., 273 U.S. 392 (1927).

4 Standard Oil Company of New Jersey et al. v. U.S.

5 U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).

6 U.S. v. United States Steel Corporation et al., 251 U.S. 417 (1920).

7 U.S. v. Aluminum Co. (Alcoa).

8 Berkey Photo v. Eastman Kodak, 603 F.2d263 (1979).

долговременным изменениям в их структуре. Любую фирму подстерегает опасность, если ее рост не оправдан необходимостью снижения издержек или выпуска более качественных товаров. В этом отношении концентрация отличается от ценового сговора, заключение которого не требует от сговаривающихся фирм потери внутренней эффективности. Высокие уровни концентрации, скорее всего, станут следствием успешных и законных прорывов в издержках и качестве продукции, которых удалось добиться некоторым фирмам в данной отрасли в отличие от других, или же эффектами масштаба в отрасли, где возможно существование лишь нескольких крупных фирм. Высокий уровень рыночной концентрации, вероятнее всего, останется только временным состоянием, если не будет обусловлен вышеизложенными причинами.

Следовательно, атака на рыночную концентрацию, скорее всего, будет и атакой на тех, кто решился на риски инвестиций в создание масштабируемого производства и/или на прорывы в области качества продукции и издержек производства. Это подтверждается и статистическими выкладками¹. В случаях, когда рыночная доля стала главной причиной обвинительного приговора (как в случае с «Alcoa»²) антимонопольные меры, вероятно, привели к снижению эффективности, придав слишком маленькое значение конкурентоспособности продукта и снижению издержек и слишком большое — ценовой конкуренции.

Рыночная концентрация должна учитываться при принятии решений по антимонопольным делам, но не должна определять их. Когда концентрация выглядит привязанной к ценовым соглашениям, она, напротив, должна иметь больший вес при вынесении решений. Более того, как концентрация, так и ценовые сговоры, в принципе определяются фактическими свидетельствами, хотя неизбежно будут возникать споры по поводу определения рынка и неписанных соглашений. Таким образом, роль умозрительных фантазий уменьшится.

Следует ли проводить различие между концентрацией, достигнутой ценой внутреннего роста, и концентрацией в результате слияния? На этот вопрос непросто дать ответ. С моей точки зрения, важно определить, было ли слияние результатом внутреннего роста, или же оно больше напоминает ценовой сговор, и определяющим критерием должно служить то, насколько серьезно сливающиеся фирмы рискуют, если слияние не основано на будущем снижении издержек. Слияние производителей мебели во франшизу со слабо связанными друг с другом предприятиями, где каждый производитель продолжает контролировать свое собственное предприятие и имеет право производить свою собственную фирменную мебель, а централизованное руководство определяет цену мебели в зависимости от товарного знака франшизы, а не ее издержек и качества, явно демонстрирует характеристики ценового сговора, поскольку легко может быть расторгнуто, если условия издержек производства не дают реального выигрыша. Значит, такое слияние вызвано исключительно стремлением контролировать цен при увеличении доли рынка. Слияние типа «U. S. Steel»³, сочетающее производство и управление из единого центра и не предусматривающее независимых производственных линий, представляет собой совершенно другой пример. Такое слияние не может стать результатом только стремления к контролю за ценами. Оно вряд ли станет возможным вне связи с ожидаемым повышением эффективности. Хотя доминирующее положение «U. S. Steel» стало кульминацией ряда слияний, по своей природе оно было таково, что привело к серьезным и значительным организационным изменениям. Его следовало рассматривать скорее как результат внутреннего роста, чем как способ осуществления контроля над ценами.

1 См. *Demsetz H. The Organization of Economic Activity. Volume II, Efficiency, Competition, and Policy.* Oxford: Basil Blackwell, 1989. P. 91—138.

2 *U.S. v. Aluminum Co. (Alcoa).*

3 *U.S. v. United States Steel Corporation et al.*

Таким образом, мнение суда, постановившего, что размер сам по себе не является нарушением антимонопольного законодательства в деле «U. S. Steel», представляется мне бесспорным, однако вывод о том, что «U. S. Steel» не нарушила антимонопольного законодательства является более спорным. Высокая концентрация традиционно была связана с ценовыми соглашениями. Обеды Гэри с целью создания ценовых сговоров и ценовые накрутки в Питтсбурге более чем убедительно указывают на причастность «U. S. Steel» к организации ценовых сговоров. В сочетании с рыночной долей «U. S. Steel», которая оставалась высокой и после прохождения своего пика в 1905 г., ситуация давала более, чем достаточно доводов в пользу того, что сочетание форма конкуренции только выиграло бы от признания компании виновной.

«U. S. Steel» удалось избежать обвинения отчасти потому, что большинство в суде полагало, что корпорация своими действиями никак не ухудшила положения конкурентов по производству стали. Считается чуть ли не установленным фактом, что все конкуренты были всем довольны. Невероятно, но такое объяснение стало веским и значимым доводом в защиту корпорации.

Суд использовал утверждение об отсутствии претензий у конкурентов в качестве существенного довода в защиту корпорации, основываясь на прецеденте предыдущих дел, а именно знаменитых делах 1911 г. — «Standard Oil» и «American Tobacco»¹. В этих делах суд не стал обосновывать свои решения размерами фирмы или рыночной концентрацией (без связи с обвинением в ценовых сговорах), связав доказательство виновности с хищническим поведением. Сочетание хищнического поведения и высоких уровней рыночной концентрации стали в глазах суда достаточным основанием для признания обвиняемых виновными в этих двух процессах. Косвенное следствие использования довода хищнического поведения полностью стало понятным в деле «U. S. Steel»², где дружеские отношения между будущими конкурентами были восприняты судом как доказательство отсутствия хищнического поведения. Очевидно, его и не было, однако, столь же очевидно, что понятие хищнического поведения следует использовать в антимонопольных делах с большой осторожностью.

V. ХИЩНИЧЕСКОЕ ПОВЕДЕНИЕ³

Мы уже убедились в том, что преувеличение роли ценовой конкуренции означает отказ от признания существования иных способов конкуренции в хозяйственной системе. И тем не менее, полное пренебрежение к ценовой конкуренции также было бы весьма своеобразной антимонопольной политикой. Запреты на резкие снижения цен во избежании хищнического поведения характеризуются почти полным игнорированием значимости ценовой конкуренции. Наиболее последовательная защита таких запретов основана на утверждениях, что тем самым можно сохранить бизнес тех конкурентов, которые в будущем не позволят сегодняшнему хищнику установить монополию. Завтрашняя конкуренция оказывается важнее конкуренции сегодняшней.

Такая политика не только глупа, но и опасна. Прежде всего потому, что для предугадывания будущего в данном отношении и оправдания политики завтрашней конкуренции, приходится прибегать в основном к самым смелым полетам воображения. Известные

1 Standard Oil Company of New Jersey et al. v. U.S.; U.S. v. American Tobacco Co.

2 U.S. v. United States Steel Corporation et al.

3 Обсуждение проблемы хищнического поведения в более широком контексте установления входных барьеров приводится в: Demsetz H. Barriers To Entry // American Economic Review. 72, March. 1982. P. 47—57.

преимущества сегодняшней ценовой конкуренции запросто обменивается на потенциальные преимущества завтрашней возросшей ценовой конкуренции.

Во-вторых, это глупо, так как основано на предположении, что мы в состоянии отличить конкурентное ценообразование от хищнического ценообразования. Мне неизвестна ни одна теория, которая позволяла бы сделать такое различие на практике. На деле, мы главным образом полагаемся на конкуренцию как раз потому, что не в состоянии предугадать, какой была бы цена в ее отсутствии. Принцип соотношения цены и издержек никак не облегчает процедуру различения. Резкое снижение цены оказывает в равной степени серьезное отрицательное воздействие на конкурентов, будь она выше или ниже издержек для фирмы снижающей цены. Никакого значения не имеет и то, каковы издержки конкурента — такие же, ниже или выше; прибыли и того, и другого снижаются в любом случае в результате резкого снижения цен. Более того, если посмотреть на все разумно, фирма, снижающая цены, никогда сознательно не снижает масштаб цен ниже границы маргинальных издержек. Никто добровольно не устанавливает разумный масштаб цен ниже разумного масштаба маргинальных издержек. Если фирма-новичок может для продвижения своей продукции пожертвовать ценой и даже продавать что-то по цене ниже издержек, надеясь наверстать упущенное при последующих продажах, то и фирма-хищник идет на снижение цен сегодня, рассчитывая завтра возместить ущерб. И в том, и в другом случае сниженная цена будет рассчитываться исходя из ожидаемого дохода на единицу продукции, который можно будет получить в результате сегодняшнего снижения цен. Как хищник, так и продвигающая товар фирма не смогут увеличить ценность своей фирмы, если ожидаемый доход окажется ниже ожидаемых маргинальных издержек. Можно сколько угодно обсуждать хищническое поведение и противопоставлять его продвижению товара, но я не вижу способа различить эти два случая без опоры на абсолютно умозрительные и произвольные модели.

Если конкурентное преимущество, которое будет получено в будущем в результате проведения политики запрета резкого снижения цен, определяется настолько умозрительно, и если не существует способа ни теоретически, ни практически различить неконкурентные и конкурентные случаи снижения цен, как можно выступать в поддержку использования понятия хищнического поведения для описания неразумного поведения? Для этого нет никаких оснований. Чем скорее антимонопольные суды перестанут его использовать, тем разнообразнее будет сочетание форм конкуренции, которая управляет хозяйственным поведением. В решении по делам 1911 г. «Standard Oil» и «American Tobacco»¹ судья Уайт совершенно справедливо попытался вывести правило взвешенного подхода, однако он ошибся в своем выборе этого правила. Дело «U.S. Steel»² является только одним примером вреда, нанесенного в результате неверного судебного решения. Еще один пример дает дело «Utah Pie»³.

VI. ВЕРТИКАЛЬНЫЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Вертикальные связи не особенно нуждаются в пояснениях, вне зависимости от того, относятся они к слияниям с более крупными или более мелкими фирмами, связанным продажам или территориальным и ценовым ограничениям. Существует немного теоретических оснований в пользу утверждения, что такие действия серьезно ограничивают конкуренцию, зато есть основания утверждать, что они либо приводят к повышению эффективности производства, либо способствуют ценовой дискриминации. Представления о лишении нижележащих фирм доступа к поставщикам вышележащих

1 Standard Oil Company of New Jersey et al. v. U.S.; U.S. v. American Tobacco Co.

2 U.S. v. United States Steel Corporation et al.

3 Utah Pie Company v. Continental Baking Company et al., 386 U.S. 685 (1967).

рынков также весьма умозрительны. Обычно они противоречат разумному максимизирующему поведению или отражают существовавшую прежде значительную рыночную концентрацию. Есть множество причин подозревать, что причиной ввода различных вертикальных ограничений становится противодействие излишнему внешнему влиянию, незаконным привилегиям и оппортунизму.

Борьба с вертикальными связями, которая вошла в практику антимонопольных процессов в 1950–60 гг., едва ли дает повод для похвалы. Самое большее, что можно сказать по этому поводу, это то, что такая борьба несколько укоротила ценовую дискриминацию. Стоит это приветствовать или нет — уже другой вопрос. Ценовая дискриминация чаще всего приводит к увеличению производства товаров, но не наверняка, она также может привести или не привести к снижению совокупных затрат общества.

Установленная нашими судами практика борьбы с вертикальными взаимодействиями совсем не похвальна, но она дает хороший пример пренебрежительного отношения к взаимозаменам форм конкуренции. В ряде дел, начиная с дела «Dr. Miles»¹, суд вывел определение, касающееся различия вертикальных ценовых и неценовых ограничений, при этом первое из них считалось нарушением *per se*, а относительно второго действовало правило взвешенного подхода. Тем не менее, оба типа ограничений взаимозаменяемы, так как способствуют решению широкого спектра задач, хотя относительные издержки их использования могут различаться настолько, что в ряде случаев они перестают быть полностью взаимозаменяемыми. Запрет на одну форму автоматически приводит к поощрению другой, но порой это сопровождается большими издержками.

Вне связи с ценовой дискриминацией, вера в то, что вертикальные взаимодействия отдаляют нас от реализации эффективного сочетания форм конкуренции совершенно умозрительно и сегодня уже не основывается на прочной и приемлемой теории. Эти отношения не заслуживали того сурового осуждения, которому они подвергались в прошлом. Не заслуживают они его и сегодня.

VII. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Я бы согласился на двукратное или даже троекратное приветствие антимонопольной политике, направленной на ограничение ценовых соглашений, но при условии, что она будет более гибкой в сравнении с тем, что допускает запрет *per se*. Слияния, которые приводят к захвату очень большой рыночной доли и почти не подвержены риску организационной целостности можно расценивать как фактическую замену ценовых сговоров. Во всех остальных случаях к ним следует относиться как к процессу внутреннего роста. Правило взвешенного подхода в отношении таких антимонопольных мер должно соблюдаться, однако наиболее уместным руководством к достижению гибкости подхода должен стать поиск эффективного сочетания форм конкуренции, а не попытки противодействия хищничеству в бизнесе.

Любая попытка выйти за пределы этого крайне узкого пространства применения антимонопольных законов, будь то в направлении борьбы с хищническим поведением, вертикальными взаимодействиями или рыночной концентрацией, снижает ценность антимонопольных принципов. Я согласен лишь на однократное приветствие в честь юбилея антимонопольной практики, поскольку она неоднократно нарушала установленные для нее границы и слишком часто опиралась на небезупречные понятия, например, хищничества. Антимонопольное законодательство, применяемое в более узких границах, как предложено выше, в сочетании с политикой международной свободной торговли оказывает наиболее, на

1 Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, 220 U.S. 373 (1911).

мой взгляд, мощное из возможных воздействий на формирование эффективного сочетания форм конкуренции.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Сегодня покупатели гречки конкурируют между собой таким образом: гречку получает тот, кто больше за нее заплатит. Если правительство решит регулировать цену гречки и установит её на меньшем, чем равновесный, уровне, описать это как ограничение конкуренции — только половина правды. В реальности, как подсказывает Гарольд Демсец, такая мера стала бы ограничением *ценовой* формы конкуренции, но при этом *развились бы другие формы* конкуренции: большее значение, чем прежде, приобрели бы умения долго стоять в очереди и выстраивать отношения с директорами магазинов.

Это порождает новые вопросы: можно ли утверждать, что один из этих вариантов конкуренции *лучше*, чем другой? И останется ли этот ответ прежним, если речь идет о распределении лекарств в пострадавшем от наводнения городе? В любом случае, видимо ответ на эти вопросы зависит от того, в силу каких свойств конкуренция считается ценной (не важно — сама по себе или инструментально).

При этом, так как мы не можем привести различные формы конкуренции к единому показателю «интенсивности конкуренции», нам приходится вслед за Гарольдом Демсецом признать, что задача «развития конкуренции» и «максимизации конкуренции» не имеет смысла и мы можем говорить лишь о «выборе наилучшего сочетания форм конкуренции».

По в чем-то похожему поводу Фридрих Хайек писал, что «нам надо остерегаться той ошибки, что формулы «частная собственность» и «свобода договоров» решают все проблемы. Они не дают адекватных ответов, поскольку их смысл неоднозначен. Наши проблемы начинаются, когда мы спрашиваем, что должно быть содержанием прав собственности, какие договоры должны быть обеспечены правовой санкцией, как следует толковать контракты или, скорее, какие стандартные формы контракта должны «вчитываться» в неформальные соглашения при повседневных транзакциях».

Конкуренция, как можно заметить, не исключение. Она не дает надежного руководства для политики, так как ее смысл не однозначен. Выбирая между соотношением разных ее форм, мы вынуждены обращаться к другим ценностям в поисках мерил, которое позволит определить оптимальный вариант. Выявив эти ценности, мы наконец узнаем, о чем мы *на самом деле* говорим, когда (и если) призываем развивать конкуренцию.

В.Н.

Республиканская традиция – альтернатива либерализму, и ее специфика заключается примерно в следующем. Другие альтернативы – разновидности правоконсервативной, религиозной или националистической мысли – не утверждают свободы индивида. Республиканская же традиция – так же, как и либеральная – подчеркивает неизбежность индивидуальных свобод, но показывает, что к ним можно прийти другим путем.

Книги, на которые я буду опираться в данной лекции – это книга королевского профессора истории в Кембридже Квентина Скиннера, основателя кембриджской школы истории понятий. Также книга Филиппа Петгита, который преподает в Принстоне и написал обобщающую книгу, которая, наверное, знаменита больше тем, что она как бы зарегистрировала интеллектуальный ярлык, брэнд – указав, что есть некая общая теория под названием *республиканизм*...

Начну я с первого, главного компонента – с особого понимания свободы или воли в республиканской традиции. Вкратце ее по-русски можно охарактеризовать так: не быть в воле другого, не быть под произволом другого. В чем здесь отличие? После классической книги Исая Берлина мы все знаем, что существует противопоставление позитивной и негативной свободы, и республиканская свобода обычно рассматривается, как опасно близкая к позитивной. Когда Берлин формулировал это противопоставление, он, конечно, не скрывал, какая сторона дихотомии между позитивной и негативной свободой казалась ему предпочтительнее для человечества. Если свобода позитивная – это свобода “для” чего-либо, свобода реализовать себя, свобода взять свою судьбу в свои руки и участвовать в определении того, кем ты хочешь быть как индивид или как сообщество, то негативная свобода – это свобода, понимаемая по Гоббсу, как свобода “от”. Свобода от ограничений твоему движению, твоим желаниями и твоим действиям, т.е. это свобода, понимаемая как отсутствие внешнего вмешательства в твои дела.

Когда Берлин сформулировал это противопоставление в середине XX в., он пытался показать, что позитивная свобода была характерна для таких опасных с его точки зрения теорий как, например, доктрины Руссо и Маркса – в которых или граждане республики или рабочий класс берут свою судьбу в свои руки. Т.е., негативная свобода Берлину казалось безусловно предпочтительнее. Поэтому, с его точки зрения, самое главное – это иметь некоторое пространство частной жизни, где ты свободен от вмешательства, где ты можешь исповедовать какие угодно религиозные и личностные идеалы. Здесь Берлин отчасти повторял классический аргумент Бенжамена Констана, изложенный в его статье «О свободе древних по сравнению со свободой новых»: в древнем мире, конечно, свободы было много, но свобода эта, в основном, была коллективной. Частная жизнь была жутко зарегулированной, и поэтому человеку не хватало воздуха, чтобы вздохнуть свободно в своей индивидуальной или частной жизни, и поэтому XIX в. с его тягой к торговле и удовлетворению личных потребностей, естественно, не может разделять такие идеалы. Задача либеральной свободы – гарантировать некоторое пространство для свободной самореализации, в которую не вторгаются другие, кто тебя ограничивает.

Республиканская мысль оспаривает это известное размышление Берлина. Можно считать статьи Скиннера или Петгита. Я не буду их долго пересказывать, разница сводится примерно к следующему. Скиннер утверждает, что на самом деле республиканскую мысль зря записали в позитивную свободу, свободу реализовать себя – в противовес свободе, понимаемой как невмешательство. Он показывает, что такой республиканец, как Макиавелли, тоже был за негативную свободу.

¹ Настоящий текст является фрагментом из публичной лекции «Полит.ру», прочитанной Олегом Хархординым 8 ноября 2007 г.

Другой теоретик республиканизма – Петтит – пытается сказать следующее. Любые дихотомичные противопоставления – вроде позитивной-негативной свободы – необоснованно упрощают суть дела. И потому такое противопоставление вообще не применимо к тому, что республиканцы понимают под свободой. Потому что республиканская свобода – это совсем из другой игры, это не про то. Это часть другой дискурсивной традиции. Дело в том, что республиканская свобода концептуализируется в рамках другой – многие скажут: не менее примитивной – дихотомии: она мыслится как состояние, которое противостоит состоянию рабства. Быть свободным – значит не быть рабом. А не быть рабом означает не находиться даже потенциально в воле другого, не находиться в зависимости от произвола другого человека. Достаточно простое понимание, стихийно понятное русскому человеку.

Например, если мы посмотрим античные басни, то найдем там немалое количество рабов, которые умело помыкают своими хозяевами и наслаждаются своей жизнью. С точки зрения Гоббса и либеральной концепции свободы, они рассматриваются как в данный момент свободные – ведь хозяин не препятствует их действиям. Но с точки зрения республиканской концепции, даже потенциально находиться в зависимости от воли другого человека, даже если у вас хозяин добрый и хороший – это не делает вас свободными. Сама возможность того, что вам могут напомнить, кому вы принадлежите, и в чьих руках вы находитесь, делает человека невольником – он находится в воле другого, в произволении другого, под произволом.

Некоторые примеры из российской истории. Обычная формулировка докончаний, которые подписывала с приглашаемыми князьями Новгородская республика, звучит достаточно странно для носителей современного русского языка: «На всей воле новгородской». Хочется спросить, почему не «по всей воле», но для этого нужен Гиппиус или другие историки русского языка, которые, наконец, досконально исследуют формулировку. В противоположность этому, когда новгородцы пытаются сказать другим, например, псковичам, что они от них зависят, то говорят: «А вам в своеволье не быти». Т.е. стихийно-республиканское понимание свободы схватывается даже в древнерусском языке, а то, что добавляется к этому современными концепциями свободы – это то, что представления о свободном городе дополняются также и представлениями о безусловных свободах индивидуальной личности. Быть свободным в понимании республиканцев означает не быть в воле кого-либо другого – как индивид или город – независимо от того, существует ли фактически ограничение вашей деятельности или нет.

Но одновременно республиканская свобода – это также и попытка не поработать других. Петтит пишет о свободе, понимаемой как *non-domination*. Это попытка не делать другого материалом для реализации собственных целей, попытка относиться к нему, как к равному, и не ставить другого в ситуацию, когда ты являешься его хозяином.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Олег Хархордин позволяет прояснить если не то, какими ценностями необходимо руководствоваться, когда мы говорим об оптимальном сочетании форм конкуренции, то, по крайней мере, кое-что проясняет относительно того, чем по всей видимости руководствуются авторы реально действующего антимонопольного законодательства. Говоря о конкуренции, они *на самом деле* имеют в виду свободу. Более конкретно, республиканское истолкование свободы как не-доминирования, которое требует предотвращать ситуации, которые порождают зависимость одного от другого, и препятствовать использованию власти, если она, тем не менее, была получена.

Особенность этой позиции сложно прояснить без сравнения с другими.

Свобода является неопределенным понятием или, как еще точнее сказал бы философ, «сущностно оспариваемым». Это означает, что в отличие от многих других случаев неопределенности понятий, когда существуют бесспорные способы их применения (человек без волос несомненно является «лысым») и мы сомневаемся только насчет того, где провести границу («лыс» ли человек с десятью волосами? с сотней волос?), предметом спора является и то, что должно являться бесспорным, наиболее ярким примером того, что понятие обозначает.

Как правило, допустимые употребление такого понятия подчиняются закону — они могут быть соотнесены с каким-то сложным явлением, которое каждый из спорящих имеет в виду, но делает акцент на разные его части.

Хархордин, а точнее Филипп Петтит, которого он цитирует, обращает внимание на то, что слово «свобода» тесно связано с понятием «рабство», а именно, является его антонимом. Что бы ни означало в точности слово «свобода», им нельзя обозначить положение раба, и это кое-что проясняет.

Но остается проблема: исторически известное рабство является сложным явлением, в нем можно выделить множество черт, и, соответственно, разумные люди могут спорить насчет того, что же именно делает рабство рабством.

Политическая философия дает три основных ответа на этот вопрос.

Первый ответ — все дело в насилии. Раб является рабом, потому что если он попытается уйти, к нему будет применена сила, его вернут и, может быть, сделают что-то жестокое.

Второй ответ — республиканский — главная черта рабства состоит в том, что один находится в подчинении, в произвольной власти другого, что один может сотворить с другим то, что ему заблагорассудится.

И, наконец, третий ответ, который дают сторонники позитивной свободы, они говорят, что самое главное, что делает человека рабом, это его такое бедственное положение, когда в его распоряжении самый такой маленький набор ресурсов или инструментов для того, чтобы удовлетворить его желания. Идеал в данном случае, то есть некая противоположность этой ситуации несвободы, когда человек сам себе господин или сам себе хозяин, когда его власть достаточна для того, чтобы выстраивать свою жизнь, преследовать какие-то разумные планы. Может быть, это предполагает наличие определенных ресурсов для достижения целей. Соответственно, раб становится рабом именно благодаря своему жалкому положению.

Разногласие относительно того, что делает рабство рабством, предопределяет и разногласия относительно того, что кроме собственно рабства можно назвать еще рабством, хотя бы в самом-самом широком смысле (иными словами, что считать примерами несвободы).

Из первого ответа следует, скажем, следует того, что принудительное взимание налогов является похожим на рабство, и некоторые сторонники либертарианства действительно утверждают, что «люди — рабы государства», а антимонопольное законодательство в силу своей принудительности также не совместимо со свободой.

Из второго ответа следует, что рабством можно назвать и ситуацию, когда девушка влюблена в юношу и он может диктовать ей свою волю. Разумеется, это может относиться и к компании, которая диктует свою волю потребителям.

Из третьего же ответа следует, что умирающий в пустыне путник также несвободен — он не может удовлетворить самые простые свои пожелания.

В.Н.

РАЗДЕЛ 2. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ

ЭКОНОМИСТЫ-ПОЛИТИКИ И ЭКОНОМИСТЫ-ДЕТЕКТИВЫ

РОНАЛЬД КОУЗ. ЭКОНОМИКА ОРГАНИЗАЦИИ ОТРАСЛИ: ПРОГРАММА ИССЛЕДОВАНИЙ (ИЗВЛЕЧЕНИЕ)¹

В конце XIX в., когда экономисты обратили внимание на проблемы промышленной организации, они столкнулись с проблемой трестов в Соединенных Штатах и картелей в Германии. Вполне естественно, что с развитием антитрестовской политики в Соединенных Штатах интерес к антитрестовским аспектам промышленной организации стал господствующим в этой области.

У этого были и хорошие, и плохие стороны, но, по моему мнению, дурных было много больше. Это, несомненно, прибавило духу многим ученым, работавшим над проблемами промышленной организации, поскольку они чувствовали, что их работа политически очень важна. Благотворным результатом стало привлечение внимания ученых к реальным проблемам функционирования экономической системы, что подтолкнуло их к использованию некоторых источников информации, которыми в ином случае они пренебрегли бы. Но во всех других отношениях результаты кажутся мне неблагоприятными. Желание быть полезным своим ближним — мотив, конечно же, благородный, но невозможно влиять на политику, если ты не даешь ответов. Так появились экономисты-политики (*economic statesmen*), т. е. люди, которые дают ответ, даже когда ответа не существует. Это стремление угасило готовность критически исследовать данные и результаты анализа, сделало многих способных ученых, работавших в этой области, снисходительными к данным и анализу такого качества, которые, я уверен, они в другой ситуации отвергли бы. Связь с политикой, и особенно с антитрестовской политикой, направила исследование промышленной организации в такое русло, что определенные вопросы просто не были поставлены или, во всяком случае, ставить их стало много труднее, факты, Приводившиеся в антитрестовских судебных процессах, принимались как истинные (или почти истинные). Подход юристов (судей и адвокатов) к проблемам стал восприниматься как истина в последней инстанции. Мнения судей часто становились исходным пунктом анализа, и предпринимались попытки отыскать смысл в том, что они говорили. Это настолько запутало обсуждение, что большинство экономистов явно не осознали своего поражения. Конечно, ряд работ, в том числе Адельмана и Макги, изменил ситуацию, но господствующий подход все еще, я думаю, тот же самый.

Важным результатом чрезмерного внимания к проблеме монополии стало то, что, когда экономист обнаруживал что-либо (того или иного сорта деловую практику), чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым. Уже позднее другим способом объяснить — почему деловой мир принимает тот или иной способ действий? — стало желание обойти налоги, фактически ситуация такова, что если когда-нибудь мы придем к системе ограниченного правительства (а значит, и низких налогов) и экономическая система окажется явно конкурентной, нам нечем будет объяснить, почему экономическая деятельность распределена между фирмами именно таким образом. Мы не

¹ *Coase R.H. Industrial Organization: A Proposal for Research. NBER. 1972. (Рус. пер. Коуз Р. Экономика организации отрасли: программа исследований // Коуз Р. Фирма, рынок и право. Доступна по адресу: <http://www.inliberty.ru/assets/files/coasepdf.pdf>).*

сможем объяснить, почему «Дженерал моторс» не господствовала в угольной промышленности или почему A&P не производили самолеты.

Я попытаюсь проиллюстрировать это примером из недавней статьи в «Журнале правовой и экономической теории» (Journal of Law and Economics). Статья принадлежит Джону Л. Петерману и называется «Процесс «Клорокс» и структура цен на телевидении». Компания «Проктер и Гембл» приобрела «Клорокс», и это слияние было оспорено на основании антитрестовских законов. Обвинялась «Проктер и Гембл» большей частью в том, что она приобрела возможность получать скидку за телерекламу в размере 25—30 процентов — каковая скидка была недоступна фирмам меньшего размера. Это привело многих к выводу, что налицо монополизация на телевидении и пример ценовой дискриминации. Однако внимательное изучение показало Петерману, что структура скидок была разработана для компенсации того, что рекламу показывают в худшее время (время, когда аудитория меньше), фактически, если уплаченные суммы соотнести не с длительностью рекламы, а с размером телевизионной аудитории, то предполагаемые преимущества «Проктер и Гембл» исчезают.

Я думаю, что это типичная ситуация. Наличествуют необычные черты в ситуации, в данном случае — большая скидка. Немедленное заключение — монополия. Обычно люди избегают возможности исследовать — не тот ли это случай, когда изучаемая практика является необходимым элементом развития конкуренции. Я подозреваю, что если бы этого не избегали, изрядная часть предполагаемых монополий исчезла бы, а конкурентные условия встречались бы гораздо чаще, чем полагают ныне. Подобным образом вертикальную интеграцию (скажем, когда производитель покупает розничные торговые точки) обычно понимают как лишение права доступа, как способ не пускать на рынок других производителей, а не как более эффективный, может быть, способ сбыта. Точно так же слияния принято понимать как путь к монополии либо их соотносят с деловым циклом, но возможность того, что они могут быть путем к экономии, хоть и не игнорируется целиком, все-таки привлекает меньшее внимание.

Я привел примеры того, как связь исследований промышленной организации с антитрестовской политикой создала склонность объяснять монополизмом все виды деловой практики, смысл которых неясен посредственному уму. Вы спросите, конечно: но ведь не ограничи ли себя экономисты ролью подпевал судей и антитрестовских юристов из Департамента юстиции и федеральной торговой комиссии? Нет, они себя этим не ограничи, но еще вопрос — было ли то, что они делали, более полезным. В последние 20 лет главным занятием экономистов, работающих в области того, что называется промышленной организацией, было изучение концентрации в отдельных отраслях и ее последствий. При этом искали проявлений монополизма и ожидали их увидеть в повышении прибылей. Как мне представляется (а должен признаться, что не слишком знаком с этой областью), полученные результаты только усиливают заблуждение. Была обнаружена связь между концентрацией и прибыльностью — слабая, но, как говорят, статистически значимая. С теоретической точки зрения это скорее загадка. Если эластичность предложения в отрасли была высока или была высока эластичность спроса на ее продукты, не приходится ожидать какой-либо связи между концентрацией и прибыльностью. И если предполагается, что малочисленность производителей способствует заключению тайных соглашений и, как результат, увеличению прибыли, то ведь есть много иных факторов, помимо малочисленности, которые повышают возможность успешного тайного сговора. Так что достаточно странно, что были вообще какие-то поддающиеся измерению связи. Были и другие загадочные черты в этих результатах, например, связь делалась тем отчетливей, чем более четко определяли отрасль. Но, может быть, нам можно меньше беспокоиться из-за результатов этих исследований концентрации. Я имею в виду недавно появившуюся статью под названием «Рекомендации по

деконцентрации рабочей группы по антитрестовской политике». (Это критика предложений, авторы которых слишком серьезно восприняли результаты этих исследований и попытались что-то предпринять). Автор статьи Йел Брозен утверждает, что результаты исследований концентрации отражают условия неравновесия в периоды проведения исследований. Если пересчитать данные для более поздних периодов, высокие прибыли склонны понижаться, низкие — расти. Если результаты Брозена выдержав неприменную (и справедливую) критику, то мало сомнений, я полагаю, что статья завершит эту эпоху. Наука о концентрации и ее последствиях будет разгромлена. Если так действительно случится, сейчас самое время собирать обломки и начинать строить заново. Мне представляется несомненным, что необходимо некоторое переосмысление нашей теории. Но в настоящее время столь же важно наладить систематический сбор новых данных об организации промышленности, чтобы мы впредь лучше представляли себе то, что должны объяснить.

...

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Люди ждут от экспертов сообщения об установленных фактах. В сфере антимонопольной политики, как отмечает Нобелевский лауреат Рональд Коуз, это ожидание, однако нередко нарушается: экономисты-политики (подобно политикам вообще) «дают ответы, даже когда ответов не существует». Обнаруживая нечто непонятное, они объясняют это монополией, а так как «число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным», то значительными оказываются и масштабы постулируемого ими монополизма.

Хотя за три десятилетия, которые прошли с момента издания Коузом данной статьи, многое изменилось к лучшему, эта дурная привычка экономистов не изжита и сейчас. Что с этим делать? Разумен ответ американских судов: «доверяй, но проверяй». Согласно решению Верховного суда по делу *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, при определении допустимости свидетельств судья должен провести «предварительную оценку того, является ли аргументация и методология, которые лежат в основе свидетельства, надежными с научной точки зрения, и применимыми к рассматриваемым фактам». В частности, суды должны рассмотреть: 1) Могут ли утверждения в предлагаемых свидетельствах быть проверены; 2) была ли использованная техника или теория подвергнута экспертной оценке (*peer review*) и опубликована; 3) известен ли потенциальный процент ошибок, который порождает применения предлагаемой научной техники; 4) существование и поддержание стандартов, контролирующих применение техники; 5) существование «общего принятия» теории или техники в научном сообществе, возможно, с идентификацией релевантного сообщества и степени принятия внутри этого сообщества.

В.Н.

Летом 1978 г. Уильям Брейт и Кеннет Дж. Элзинга – два экономиста, представляющие “мейнстрим” и пишущие под псевдонимом “Маршалл Джевонс”, – опубликовали свой первый криминальный детектив. Его главным действующим лицом был Генри Спирмен (Henry Spearman) – вымышленный профессор Гарварда, сыщик-любитель, применяющий для раскрытия преступлений экономическую теорию. Книга получила чрезвычайно лестную рецензию в Wall Street Journal. Автор рецензии Джон Р. Хэринг (младший), высоко оценивая образовательное значение и привлекательную форму романа, в частности, отмечал: “если существует менее болезненный способ обучения основам экономической теории, то именно его, должно быть, удалось недавно изобрести ученым, придумавшим, как можно имплантировать экономические принципы в мороженое” (Jevons, 1978, p. 8)². Вдохновленные позитивной реакцией критиков и читателей, Брейт и Элзинга написали продолжение романа в двух частях. Их главный герой – вновь профессор Спирмен, который снова применяет “экономическое мышление” для расследования загадочных происшествий, ставящих в тупик официальных полицейских. Этот подход позволяет профессору-экономисту в конце каждого романа успешно раскрывать тайну и разоблачать преступников³.

Что же конкретно может связывать детектив и экономическую науку? В предисловии к переизданию «Убийства на берегу» (Murder at the Margin) Герберт Стайн (Herbert Stein, 1993) формулирует эту связь со свойственными ему лаконизмом и предельной четкостью:

Спирмен разоблачает преступника, применяя – по-научному целенаправленно и последовательно – несложный базовый экономический принцип, а также внимательно наблюдая и анализируя увиденное. Квинтэссенцию фабулы романа составляет наличие загадки: никто ведет себя “непрозрачно”, однако кто именно – нам неизвестно. Если чье-то поведение выглядит нерациональным, то есть противоречит принципу достижения очевидной цели посредством явной минимизации издержек, то для профессора Спирмена это означает, что с данным человеком связана некая тайна; что либо цель такого человека, либо его издержки являются “непрозрачными”. Накопив достаточно свидетельств чьего-либо явно нерационального поведения, Спирмен путем логических умозаключений может определить тайные замыслы такого человека (Herbert Stein, p. viii).

Здесь Стайн кратко сформулировал *raison d'être*⁴ романов Маршалла Джевонса. Тем самым он дает нам яркую картину того, как работает экономист. И одновременно – возможно непреднамеренно – изображает то, как работает сыщик.

В «Собаке Баскервилей» (Doyle, 1993b) – самом известном произведении Артура Конан-Дойля о приключениях Шерлока Холмса – загадочные события, в частности, появление гигантской собаки-призрака, происходят в болотистой сельской глубинке графства Девоншир. Как это можно объяснить? В какой-то момент доктор Ватсон обращается к Шерлоку Холмсу: “Стало быть, Вы сами склонны видеть во всем этом нечто сверхъестественное?” Однако великий сыщик отвечает: “Если мы здесь имеем дело с

¹ Breit W. Elzinga K. Economics as Detective Fiction // Journal of Economic Education. 2002. Vol. 33. Iss 4. (Рус. пер. Брейт У. Элзинга К. Экономика как детектив // Экономическая политика. 2006. № 1).

² Подробный анализ истории написания «Убийства на берегу», а также некоторых последствий появления этой книги представлены в послесловии к важному переизданию этой книги, выпущенному издательством Принстонского университета в 1993 году.

³ «Роковое равновесие» (The Fatal Equilibrium), 1986 и «Смертельное безразличие» (A Deadly Indifference), 1998.

⁴ *raison d'être* – разумное основание, смысл (франц). – прим. пер.

силами, которые находятся вне законов природы, то нам приходится прекратить наше расследование. Однако, прежде чем отступить, согласившись на сверхъестественное объяснение, мы обязаны подвергнуть самой строгой проверке все другие гипотезы” (Doyle, 1993b, pp. 27–28).

РАЦИОНАЛЬНОЕ И ИРРАЦИОНАЛЬНОЕ ПОВЕДЕНИЕ

Приведенные цитаты служат прекрасной иллюстрацией правомерности следующего тезиса: практически любой качественный экономический анализ строится подобно классическому детективу. И данное сходство отнюдь не ограничивается тем очевидным фактом, что как детектив, так и экономический анализ содержат стимулирующие любопытство головоломки и парадоксальные события. Представленная в виде научных текстов эпистемология экономиста аналогична облаченному в форму художественного произведения процессу разгадки головоломки проницательным сыщиком. Подобно Шерлоку Холмсу и другим выдающимся сыщикам из литературных произведений, экономисты в своих исследованиях опираются на предпосылку о рациональности человеческого поведения. В самом деле, ключевое значение гипотезы о рациональности для экономического мышления подтверждается тем фактом, что экономисты, как правило, заняты поиском рационального объяснения поведению, которое кажется иррациональным¹. Иррациональное для экономиста – это то же самое, что и сверхъестественное для искусного сыщика. Достаточно признать это, как сходство экономической науки и криминального детектива перестает выглядеть странным.

Это сходство детектива и экономической науки отмечено поразительным, поистине невероятным совпадением. Ибо Холмс действительно сыграл решающую роль в разгадке экономической головоломки, впервые обнаружившейся еще в 1911 году. Однако это был отнюдь не Шерлок Холмс, а почетный член Верховного суда *Оливер Уэнделл Холмс* (младший). В 1911 году судья Холмс высказал особое, несогласное мнение в ходе слушаний по иску компании Dr. Miles Medical к фирме John D. Park & Sons (1911, 412). Предметом судебного разбирательства была практика поддержания розничных цен при перепродаже товаров (что принято считать типичным антитрестовским случаем в современном понимании). Политика поддержания розничных цен – яркий пример кажущегося нерациональным поведения со стороны коммерческой компании. Для деятельности компании Dr. Miles Medical – производителя сельтерской воды и других патентованных медицинских товаров – была характерна такая особенность ведения бизнеса, рационально объяснить которую экономистам не удавалось на протяжении десятилетий. [Речь идет о *resale price maintenance* – то есть виде ограничительной торговой политики, при которой поставщик назначает цену, обязательную для всех розничных торговцев – прим. пер.]. Лишь спустя полвека обоснованную и убедительную разгадку этого парадокса удалось найти Лестеру Телсеру (Lester Telser, 1960)². Однако, только судья Холмс первым понял, что

¹ Стивен Е. Ландсберг (Stephen E. Landsburg, 1993) приводит массу примеров из повседневной жизни, свидетельствующих, что экономист, догматично придерживающийся иллюзии, что все люди без исключения во все времена ведут себя рационально, оказывается не в состоянии решать сложные экономические вопросы.

² Телсер (1960), проведя впечатляющую исследовательскую работу, смог обосновать политику поддержания (фиксации) розничных цен с точки зрения эффективности. Если на вертикально интегрированном рынке отсутствует фиксация розничных цен по всей цепочке, включая всех розничных торговцев, то потребителям не будет предоставляться оптимального объема предпродажных услуг. В этом случае “преступником”, вызывающим провал в работе рынка, оказывается “безбилетник” в лице розничных торговцев. Последние, не предоставляя этих специальных услуг, получали возможность “проехаться без билета” за счет тех, кто приучил потребителей приобретать конкретный продукт с оптимальным набором предпродажных услуг данного вертикально интегрированного рынка. В экономических головоломках именно такого рода

председательствующий судья Хьюз (Hughes) – подобно дойловским неумелым полицейским сыщикам Скотланд-Ярда – запутал дело и пришел к неправильным выводам, которые были поддержаны большинством судей. Хьюз доказывал: производители, возможно, ничего не выигрывают от фиксации цены, обязательной для всех розничных торговцев их продукцией. Согласно его логике, схема фиксированных цен выгодна только розничным торговцам, поскольку при ее установлении они получают те же выгоды, что и при ценовом картельном сговоре между ними. Какие выгоды получают от фиксации розничных цен производители Хьюз понять не смог.

Хотя судья Холмс не нашел ответа на этот вопрос, он, тем не менее, понял, что версия о нерациональном поведении корыстолюбивых бизнесменов не годилась в качестве объяснения феномена поддержания (фиксации) розничных цен. Он прекрасно понимал, что у бизнесменов отсутствует стимул тратить деньги на создание и обеспечение функционирования такой системы цен, которая не приносит им никакой выгоды. Причина, по которой они, тем не менее, шли на это, осталась для Холмса загадкой. Судья Холмс, подобно своему тезке–детективу, отказался признать состоятельность само собой напрашивающегося объяснения. Для него казалось невозможным, что в основе дорогостоящей и сложной системы добровольных контрактов, предопределяющей конечные розничные цены, лежит нерациональное поведение. Столкнувшись со странным и непонятным, судья Холмс отверг нерациональное поведение в качестве объяснения, точно также как и Шерлок Холмс отказывался считать действие потусторонних сил разгадкой стоящих перед ним сложных и запутанных головоломок.

Судья Холмс был твердо убежден, что успешный бизнес в своей деятельности руководствуется рациональными мотивами. Согласно его словам: “Компания Dr. Miles Medical лучше нас ориентируется в том, как именно организовать свой бизнес наилучшим образом ... поэтому я не нахожу оснований для подтверждения версии о том, что общество проиграет, если этой компании будет позволено проводить ее [ценовую] политику. Я не понимаю о какой долгосрочной выгоде общества может идти речь, если этот суд позволит преследующим своекорыстную цель мошенникам снижать разумные цены, что неизбежно приведет к ухудшению, а то и вовсе разрушению производства и продажи товаров, в которых население так остро нуждаются” (Dr. Miles Medical Company 1911, p. 412).

Аналог этого опровержения логики судьи Хьюза встречается в одном из рассказов серии «Приключения Шерлока Холмса» под названием «Берилловая диадема». В кульминационный момент этого рассказа Холмс раскрывает доктору Ватсону важную характерную особенность своего метода расследования: “Мой старый принцип гласит: исключи невозможное, и тогда то, что останется – сколь бы невероятным оно ни казалось – и будет истиной” (Doyle, 1993a, p. 268).

Вот еще одно мистическое совпадение, заслуживающее внимания. По одной из тех непостижимых ассоциаций Артур Конан-Дойль назвал своего легендарного литературного героя-сыщика в честь Оливера Уэнделла Холмса (старшего) – поэта, домашнего тирана, а также отца того самого Великого Инакомыслящего в вышеупомянутом деле Dr. Miles Medical¹.

РАВНОВЕСИЕ

Родственное сходство двух дискурсов – экономического анализа и классического детектива – становится еще очевиднее, если, помимо гипотезы о рациональности человеческого

“безбилетник” часто оказывается тайным злодеем.

¹ О том, откуда происходит имя Шерлока Холмса в сочинениях Конан-Дойля – см.: Baring-Gould (1967, p.10), а также Edwards (1993, p. xxx-xxxii).

поведения, учесть еще одну присущую им обоим характерную черту, а именно: принцип равновесия. Сходство в указанном отношении отнюдь не является чисто внешним. В обоих повествованиях принцип равновесия играет решающую роль.

В начале классического детектива, как правило, господствует мир порядка. Действие обычно разворачивается на комфортабельном лайнере, отдаленном острове, в старом университетском городке, либо загородном особняке – то есть в изолированных образованиях, где жизнь привычно течет в строгом соответствии с господствующими правилами закрытого сообщества. Место действия находится в состоянии равновесия. Внезапно этот мир порядка и покоя потрясает убийство – тягчайшее преступление, являющееся крайним случаем нарушения существующего социального равновесия. Это потрясение рушит общественный порядок, превращая его в полный беспорядок, хаос, то есть крайне неравновесное состояние, которое, в свою очередь, настоятельно требует упорядочения. Тут появляется проницательный сыщик, который – благодаря своей исключительной наблюдательности и дедуктивному методу – обнаруживает, кто из числа всех возможных подозреваемых является преступником. В финале повествования наш детектив раскрывает цепочку конкретных последовательных шагов, позволивших ему разоблачить реального преступника (зачастую им оказывается человек, на которого падает меньше всего подозрений), а также разъясняет причины, по которым все другие версии были признаны несостоятельными. Хаос постепенно преодолевается. В финале все полностью проясняется. Равновесие вновь восстановлено.

Экономисты в своих научных сочинениях используют в принципе ту же стратегию изложения, что и авторы детективов. Экономические тексты и литература детективного жанра по своей структуре и строению очень схожи. Разумеется, в хорошей экономической статье изложение должно вестись в рамках общепринятых в данной науке норм научного дискурса. Однако, если абстрагироваться от математики, статистики, схем-диаграмм и т. п., то все оставшееся – это, по сути, детективная история и ничто иное. И если она хорошо написана, то читать ее – как и любой первоклассный криминальный детектив – истинное наслаждение, поскольку все части идеально скомпонованы, а логика безупречна.

Статья по экономике пишется по аналогичной схеме: фиксируется отклонение от общепринятых норм в поведении экономических субъектов как потребителей или производителей. Царившее до сих пор мысленное равновесие оказывается нарушенным, поскольку, как выясняется, то, что прежде с легкостью принималось за нормальное, оказывается прямо противоречащим принципам рационального поведения. Возникает подозрение о серьезном дефекте в ортодоксальной доктрине. Необходимо каким-то образом согласовать эти факты с общепринятыми теоретическими взглядами. Самодостаточный мир экономиста – царство порядка и равновесия – до основания потрясен наблюдением, которое прямо противоречит твердо укоренившимся принципам. Талантливый экономист-писатель должен показать, что это выглядящее иррациональным явление в действительности вполне согласуется с традиционными рациональными экономическими принципами. В финале статьи – подобно тому, как это имеет место в детективе – все проясняется. Вновь обретается порядок и спокойствие. Нарушенное равновесие оказывается восстановленным.

Ряд примеров, взятых почти наугад из современной экономической литературы, служат убедительной иллюстрацией сказанного. Статья Джона Л. Солоу (Solow, 1993) под интригующим названием “Действительно ли дареному коню в зубы не смотрят?” служит успокоительным средством для встревоженного экономиста, потрясенного неожиданным осознанием того факта – столь безжалостно выявленного Солоу, – согласно которому вековая традиция обмениваться рождественскими подарками противоречит теории рационального выбора.

Солоу начинает свое повествование с замечания о том, что десятки миллионов пар ежегодно обмениваются рождественскими подарками. Однако данный феномен – и об этом он должен заявить со всей откровенностью – серьезно озадачивает: “Как объяснить тот факт, что рациональные “до мозга костей” люди – которые во всех остальных вопросах буквально шагу не могут ступить, пока сначала многократно не убедятся в максимальной выгодности для них соотношения предельных норм замещения и относительных цен, – в данном конкретном случае предпочитают действовать нерационально?” (Solow, 1993, p. 506).

Это замечание выводит нас из равновесия. Нам, разумеется, прекрасно известно про обычай обмениваться рождественскими подарками. Мы даже сами принимали в этом процессе непосредственное участие, однако, никогда прежде нам и в голову не приходило, что эта общепринятая практика в своей основе глубоко противоречива. Так в рассказе «Скандал в Богемии» Шерлок Холмс упрекает доктора Ватсона: “Да все вы видите, Ватсон, но не даете себе труда поразмыслить над тем, что вы видите” (Doyle, 1993a, 8). Солоу – подобно гениальному сыщику – не просто смотрит, но и анализирует увиденное¹. Далее Солоу – как и Шерлок Холмс – предлагает нам содействие в выходе из затруднительного положения. “Общепринятость и неизменность сложившейся практики дарить на Рождество подарки однозначно свидетельствует, что наиболее правильной является ее трактовка как средства достижения экономической эффективности” (Solow, 1993, p. 506). Следовательно, “очевидна потребность дать объяснение названной рождественской традиции с точки зрения экономической теории” (Solow, 1993, p. 507).

ЭКОНОМИСТ В РОЛИ ДЕТЕКТИВА

Далее в своем оригинальном повествовании Солоу заставляет нас задуматься над возможными вариантами решения непростого вопроса. Как же может быть найден ответ? Поскольку в данном случае мы, читатели, сталкиваемся с необъяснимым поведением, Солоу помогает нам обосновать логику движения к удовлетворяющему нас объяснению. Решение вопроса – как это часто бывает в детективной литературе – зависит от обнаружения нами до сих пор скрытой детали. В данном случае эта скрытая деталь предстает в виде так называемых экстерналий (*externalities*), то есть внешних эффектов экономической деятельности. Именно в существовании внешнего эффекта и лежит объяснение феномена обмена подарками. Что же это за внешний эффект? Здесь в повествовании появляется теорема Коуза. Недопустимо, однако, нарушать главную заповедь детективного жанра и, обманув ожидания читателя, просто подсказать ему ответ. Достаточно сказать: поиск решения предполагает привлечение взаимосвязанных функций полезности, позволяющих объяснить почему люди предпочитают дарить именно подарки, а не деньги. Вот как Солоу снимает напряжение: “Обычай обмениваться подарками можно представить как паретово суперравновесие (то есть, парето-эффективное распределение ресурсов) в условиях бескоалиционного индивидуального поведения” (Solow, 1993, p. 514–15). Равновесие восстановлено.

Другим ярким примером экономиста–детектива может служить Роберт Борк (Robert Bork, 1978) – представитель антитрестовского (антимонопольного) течения в экономической науке. Описывая случай из антитрестовской судебной практики прошлого – дела против компании IBM, – Борк строит свое повествование по аналогии с детективным производством. В свое время IBM прекратила *продажу* своей продукции, обязав клиентов брать свою вычислительную технику в *аренду*. Кроме того, в качестве особого условия

¹ На талант не только “видеть”, но и “анализировать увиденное”, отличающий хорошего экономиста от плохого, впервые обратил внимание французский экономист Фредерик Бастиа (1801 – 1850): “Есть лишь одно различие между плохим и хорошим экономистом: плохой экономист ограничивается учетом только видимого эффекта, в то время как хороший – принимает во внимание, помимо видимого, также и те эффекты, которые следует предвидеть” (Bastiat, 1964, p. 1).

компания обязала своих клиентов приобретать перфокарты только у нее самой. Государство предъявило компании судебный иск на том основании, что принудительные условия ограничивают конкуренцию и являются нарушением антитрестовского закона Шермана 1890 г. В 1936 г. Верховный суд США отменил как незаконные и осуществляемую IBM принудительную практику аренды вычислительной техники и ограничение, обязывающее приобретать перфокарты только у этой компании¹.

Для экономиста проводимая IBM политика принудительной аренды вычислительной техники представляет собой загадку, которая в принципе не отличается от тех головоломок, которые приходится решать сыщикам-персонажам детектива. В данном случае загадка состоит в следующем: почему IBM стала проводить такого рода политику? Компания являлась монополистом в производстве вычислительной техники, поэтому возникает вопрос: почему ей было просто не продавать технику по цене, позволяющей максимизировать прибыль. Зачем понадобилось вводить обязательную аренду? Заключение Верховного суда гласило: *IBM*, будучи монополистом на рынке одного продукта (вычислительные машины), пыталась монополизировать рынок еще одного продукта (перфорационные карты). Делая такое заключение, Верховный суд совершил ошибку, лежащую в основе традиционной теории “извлечения дополнительной прибыли” посредством продаж с нагрузкой. Дело в том, что невероятно, чтобы фирма-монополист на рынке какого-либо продукта также пыталась монополизировать и область дополнительного продукта. Для потребителя вычислительные машины и перфокарты представляют собой один продукт, а не два. Потребитель не станет платить за счетно-вычислительные услуги больше приемлемой для него цены. Если бы *IBM* удалось монополизировать рынок перфокарт и повысить цену по сравнению с ценой рынка свободной конкуренции, это означало бы рост цены конечной услуги для потребителя. Как следствие упал бы спрос на вычислительную технику этой фирмы. И, в конечном счете, монополизация рынка дополнительного продукта не принесла бы дополнительной прибыли фирме-монополисту. Итак, вопрос остается открытым: можно ли утверждать, что попытки фирмы *IBM* увязать два продукта в одно целое были нерациональными?

Как и для первоклассного сыщика из детективных историй, для экономиста *modus operandi*² заключается в отказе от версии о нерациональном поведении. В поисках ответа на заданный вопрос, Борк отбрасывает эту поверхностную, очевидную версию как несостоятельную и вскрывает тайную пружину экономической логики: провозглашенная *IBM* обязательная аренда была разновидностью политики ценовой дискриминации. Только эта политика позволяет монополисту извлекать сверхприбыль. В свою очередь, проведение политики ценовой дискриминации требует от фирмы умения дифференцировать своих клиентов по критерию эластичности спроса. Компания *IBM* понимала, что для крупных потребителей ее вычислительной техники характерна меньшая эластичность спроса по сравнению с мелкими клиентами. Установить разные цены для крупных и мелких клиентов *IBM* не могла: в этом случае мелкие клиенты, приобретая вычислительную технику, стали бы заниматься ее перепродажей крупным потребителям. Эту возможность арбитражных операций и соответствующего получения прибыли от перепродажи по более высокой цене требовалось исключить. Но как?

Решая эту головоломку, Борк умело балансирует на тонкой грани между тайной и ее раскрытием. Развязка наступает столь стремительно, что ее следует процитировать полностью:

¹ См.: *International Business Machines Corp. v. United States*, 298, U.S. 131 (1936).

² *Modus operandi* – способ действия (лат.) – прим. пер.

Решение задачи оказывается довольно простым. Во-первых, аренда должна стать единственным способом приобретения техники, что позволит исключить возможность ее перепродажи. ... Второй шаг – обязать каждого клиента приобретать перфокарты только у IBM. В этом случае прямая арендная плата за пользование вычислительной машиной будет ниже, а цена перфокарт – выше нормальной. Теперь каждый клиент станет платить за вычислительную машину цену, находящуюся в прямой зависимости от времени ее фактического использования, как если бы каждая машина была снабжена счетчиком. [IBM], таким образом, получает различную прибыль от каждого клиента и, фактически осуществляя политику ценовой дискриминации, максимизирует свой совокупный доход (1978, 377).

Борк решает запутанную и пространную задачу стремительно и вдохновенно. Он увлекает за собой читателя, предоставляя ему возможность совершать вместе с ним последовательные логические шаги, приводящие к оригинальному решению. Это еще одна иллюстрация того факта, что в структурном отношении аналитический аппарат экономического исследования и классического детектива практически одинаков.

Тот факт, что жанр детектива и экономический анализ имеют аналогичную структуру и строятся по стандартной схеме, не следует воспринимать как их недостаток. С таким же успехом можно объявить сонет плохой поэзией на том основании, что это строгая стихотворная форма с жестко заданным размером и типом рифмы. Сочинение сонетов – искусство, которым в совершенстве владели лишь немногие. То же верно в отношении экономической и детективной литературы¹.

ОРИГИНАЛЬНОСТЬ И НЕОЖИДАННОСТЬ

В каждом конкретном случае решение сложных основополагающих вопросов соответствующих областей должно быть оригинальным и неожиданным, – только при этом условии оно будет убедительным. В области детективной литературы со времен “золотого века” детектива до нас дошли имена лишь нескольких авторов, которые владели этим искусством в совершенстве. Эдгар Алан По, Артур Конан-Дойль, Агата Кристи, Дороти Сейерс, Дж. К. Честертон и Рекс Стаут – вот самые великие из этих титанов; помимо них можно назвать еще всего лишь несколько имен. В области экономической науки величайшие интеллектуальные достижения принадлежат нескольким политэкономам XVIII–XIX веков – Адаму Смиту, Давиду Рикардо и Альфреду Маршаллу (если говорить о самых известных). Их поразительная наблюдательность, а также умение делать логические выводы и были тем аналитическим аппаратом, с помощью которого создавалась уникальная отрасль знания – экономика. При этом профессионалы-экономисты – в отличие от своих коллег из других общественных наук – заняты в основном разгадкой поведенческих головоломок путем рационального теоретизирования.

Несмотря на структурное сходство экономического дискурса и детективной литературы, эти два вида деятельности до появления «Убийства на берегу» существовали совершенно изолированно. Имеющуюся между ними связь первым смутно почувствовал Уильям Брейт (William Breit), с детства обожавший читать детективы. Однажды он купил в соседней лавке книжку в мягком переплете с интригующим названием «Пятница: ребе проснулся поздно». Автором книжки был Гарри Кемельман, профессор, преподаватель английского языка

¹ По поводу экономической науки Милтон Фридмен писал: “Это захватывающая отрасль знаний. Таковой ее делает незамысловатость основополагающих принципов, которые умещаются на одной странице и которые в состоянии усвоить любой человек, и при этом, однако же, сделать это удастся лишь очень немногим”. Аналогичным образом и авторы детективов излагали законы детективного жанра в их сжатом виде на паре страниц – см., напр.: Van Dine (1976, pp. 189–93), а также Knox (1976, pp. 194–96)

государственного колледжа в Бостоне. Главный герой книги – раввин Дэвид Смол, самый нестандартно мыслящий, оригинальный сыщик–любитель, своего рода еврейский Шерлок Холмс, чьи знания логики Талмуда прекрасно помогают ему выполнять роль детектива.

Для Брейта это явилось озарением. Почему бы, – подумал он – не взглянуть на экономиста как на детектива? Существующее между этими двумя различными видами литературной деятельности родство, до сих пор ощущавшееся им лишь в виде неясной связи, внезапно кристально четко оформилось в его сознании. Мало того, что между ними наблюдается поразительное сходство с точки зрения стиля, к тому же главный герой в обоих случаях – это бесстрастно-логическое, рационально-расчетливое создание: первоклассный сыщик в одном случае, “человек экономический” (*homo oeconomicus*) – в другом. Понятие “экономист в роли сыщика” позволяет соединить их в одном лице. Возможность представить экономику в форме детектива показалась Брейту увлекательной идеей.

Когда Брейт поделился задумкой написать экономический детектив со своим другом и коллегой Кеннетом Элзингой во время их совместного отдыха на Вирджинских островах, Элзинга сразу воспринял идею с энтузиазмом. Они решили подвергнуть свой замысел всесторонней проверке в «тигле» совместной работы. При этом оба автора не считали данный проект альтернативным, а рассматривали его лишь в качестве дополнительного инструмента, помогающего заниматься экономикой. Итак, на покрытом буйной растительностью тропическом острове Святого Джона они немедленно приступили к совместной работе.

Прежде всего нужно было определиться с главным героем и придумать для него имя. В качестве прообраза наши авторы решили взять Милтона Фридмена, поскольку это – экономист “до мозга костей”. Фридмен практически на все смотрит сквозь призму экономики, а его невысокий рост, совершенно лысая голова, легкая улыбка и выдающийся ум, – все эти характеристики делали его идеальным кандидатом на роль литературного героя. Они назвали своего главного героя Генри Спирмен. Фамилия “Спирмен” не только состоит из того же количества слогов, что и у его прототипа (Фридман), но и содержит прозрачный намек на острую проницательность¹, а также результативность решений.

Определившись с главным героем, наши авторы придумали для себя псевдоним – “Маршалл Джевонс”, имея целью четко отграничить это вторжение в новую для них сферу художественной литературы от прошлой (равно как и будущей) их деятельности в других областях. Воспользоваться фамилиями Маршалла и Джевонса – любимых английских экономистов XIX века, пионеров использования маржинального анализа – казалось нашим соавторам вполне логичным. С самого начала они понимали, что в основе разгадки тайны будет лежать общепризнанный “закон” экономической науки. Этот экономический принцип, впервые представленный читателю, будет выглядеть как совсем несложный и вполне убедительный, – так же, как понятия “видимое и невидимое” у Бастиа (Bastiat, 1964), или “видеть” и “наблюдать” у Шерлока Холмса. Позже названный принцип исподволь появится вновь в совершенно ином контексте, где его скрытая, внутренняя логика послужит ключом, с помощью которого Спирмен и раскроет преступление.

ТРУДНАЯ ЧАСТЬ: ДИАЛОГИ, ДЕЙСТВУЮЩИЕ ЛИЦА И СЮЖЕТ

Сюжетная линия произведения выстраивается вокруг профессора Спирмена и его жены Пидж (Pidge) во время их отдыха в роскошном отеле на Вирджинских островах. Спирмен “живет и дышит” своей наукой, считая любой разговор лишь поводом для обсуждения экономической проблематики. Он с удовольствием посещает ночной клуб отеля, чтобы посмотреть каким образом ценовая политика на коктейли (согласно которой до шести часов

¹ *Spearman* – копыносец (англ.) – прим. пер.

вечера они продаются по более дешевой, а после шести – по более дорогой цене) сказывается на количестве выпитого. Все анализируется сквозь призму экономики. Если двое людей влюбляются друг в друга, то это просто означает, что их “функции полезности становятся взаимосвязанными”.

После приезда четы Спирменов на курорте происходят загадочные события, привлекающие к себе внимание профессора. Он замечает, что люди ведут себя странным образом. То есть они нарушают основополагающие экономические принципы, в частности, Закон Спроса. Вскоре происходит несколько убийств и, местная полиция, по мнению Спирмена, – и в строгом соответствии с канонами классического детектива – берет ложный след. Супруга Спирмена Пидж – полная противоположность мужа, его, так сказать, доктор Ватсон. Ведя разговоры с женой, профессор использует ее в качестве своего рода тестера, проверяет, как она реагирует на его теории и подробно разъясняет свою аргументацию – в результате читателю становится понятно определяющее значение экономической теории, лежащей в основе его логических умозаключений. Герберт Стайн (1993, viii) в свойственной ему предельно лаконичной манере представил ряд содержащихся в этой книге главных экономических уроков, являющихся вариациями на тему рациональности:

Активно обсуждаются следующие вопросы: как рациональный человек распределяет свое время между приносящей доход работой и досугом; как установить оптимальную цену на продаваемую книгу; что лежит в основе отношений, складывающихся между людьми; каким образом обеспечивается необходимое количественное соответствие между поставляемой и реализуемой продукцией; почему невозможно сравнить различных людей с точки зрения их общественной полезности и т.д.

Стивен Ликок (Stephen Leacock), легендарный канадский экономист, как-то заметил, что пока не появилось такой книги по экономике, которую можно было бы читать в гамаке¹. Можно ли считать «Убийство на берегу» ответом на этот авторитетный запрос? Способна ли детективная литература – жанр, одно время считавшийся средством ухода от реальности – полностью вытеснить учебник как основной инструмент, с помощью которого студенты усваивают основополагающие принципы экономической науки?

Маршалл Джевонс на это не претендует. Удачно выразил это Герберт Стайн: “«Убийство на берегу» – это не учебник по экономике и пользу от ее чтения при изучении экономики можно сравнить с пользой от чтения Конан-Дойля при изучении химического состава сигарного пепла, либо Агаты Кристи – при изучении токсикологии” (р. ix). На что Маршалл Джевонс действительно претендует, так это на то, что все три детектива о Генри Спирмене – это действенное средство приобщения студентов к изучению экономической науки. Это необычное средство обучения способно сделать интересным изучение экономики студентами, дать им начальное представление об этой науке, а также о том, как экономисты размышляют над решением экономических проблем. По этой причине многие преподаватели экономики используют детективы Джевонса в качестве недорогого приложения к классическим учебникам по основам экономической теории. Кроме того, книжки о приключениях Генри Спирмена фигурируют среди обязательной литературы на разного рода научных чтениях и семинарах; их изучают на курсах теории ценообразования, а также на занятиях по экономике и праву в учебных заведениях юридического профиля. Криминальный детектив действительно стал новым эффективным средством обучения.

Однако следует четко различать названное средство и сверхзадачу, решению которой оно в конечном счете содействует. Предназначение экономической науки – это ее способность обнаруживать скрытую логику и глубинный смысл за внешне банальной и ничем не

¹ Ликок был страстным почитателем криминальных детективов – см. его *Murder at \$2.50 a Crime* (1976).

примечательной деятельностью человечества, погруженного в то, что Альфред Маршалл называл “повседневным бизнесом жизни” (1948, 1).

БИБЛИОГРАФИЯ

Baring-Gould, W. S., ed., 1967. The annotated Sherlock Holmes. vol. 1. New York: Clarkson N. Potter.

Bastiat, F. 1964. What is seen and not seen. In S. Cain, trans., Selected essays on political economy. Princeton: D. Van Nostrand.

Bork, R. H. 1978. The antitrust paradox: A policy at war with itself. New York: Basic Books.

Doyle, A. C. 1993a. The adventures of Sherlock Holmes. Oxford: Oxford University Press.

——— 1993b. The hound of the Baskervilles. Oxford: Oxford University Press.

Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, 220. U.S. 373 (1911).

Edwards, O. D. 1993. Introduction to The Oxford Sherlock Holmes. Oxford: Oxford University Press.

Friedman, M. 1995. My evolution as an economist. In W. Breit and R. Spencer, eds., Lives of the laureates: Thirteen Nobel economists. Cambridge: MIT Press.

Haring, J. R. Jr. 1978. Henry Spearman, the Chicago School sleuth. Wall Street Journal: August 18.

Haycraft, H. 1976. The art of the mystery story. New York: Bible and Tannen.

Jevons, M. 1986. The fatal equilibrium. New York: Ballantine.

——— 1993. Murder at the margin. Princeton: Princeton University Press.

——— 1998. A deadly indifference. Princeton: Princeton University Press.

Knox, R. A. 1976. A detective story decalogue. In H. Haycraft, ed., The art of the mystery story. New York: Bible and Tannen.

Landsburg, S. E. 1993. The armchair economist: Economics in everyday life. New York: The Free Press.

Leacock, S. 1976. Murder at \$2.50 a crime. In H. Haycraft, ed., The art of the mystery story. New York: Bible and Tannen.

Marshall, A. 1948. Principles of economics. New York: Macmillan.

Solow, J. L. 1993. Is it really the thought that counts? Toward a rational theory of Christmas. *Rationality and Society* 5 (October): 506–17.

Stein, H. 1993. Foreword. In M. Jevons, *Murder at the margin*. Princeton: Princeton University Press.

Telser, L. G. 1960. Why should manufacturers want fair trade? *Journal of Law and Economics* 3 (October): 86–105.

Van Dine, S. S. 1976. Twenty rules for writing detective stories. In H. Haycraft, ed., *The art of the mystery story*. New York: Bible and Tannen

Кеннет Элзинга и Уильям Брейт не просто удивительно четко обозначают основы экономического метода, но и показывают, как этот метод в конкретных случаях в конце концов позволил избавиться от ложных объяснений непонятных деловых практик монополизмом, от опасности, от которой предостерегает Рональд Коуз. От критикуемых Коузом экономистов-политиков нас спасают экономисты-детективы.

В дальнейших разделах в режиме «без комментариев» будет приведено несколько статей, где экономисты-детективы раскрыли важные с точки зрения антимонопольного правоприменения вопросы (в частности, в статьях Лестера Телсера и Бенджамина Клейна коснемся затронутых Элзингой и Брейтом дела Dr. Miles и IBM). Однако в следующем разделе мы все же обсудим ход мысли экономиста-детектива на примере одном из актуальных сюжетов — маркетинговых бонусов, которые взимают торговые сети с поставщиков.

В.Н.

I. ВВЕДЕНИЕ

Маркетинговые схемы [slotting arrangements], предусматривающие выплату производителями компенсации ритейлерам за использование их полочного пространства, играют в сетевой торговле все более важную роль. С начала 1980-х гг. маркетинговые бонусы как на новые, так и на традиционные товары в ассортименте супермаркетов выросли как по объему, так и числу охватываемых товаров². Аналогичные схемы действуют сегодня и в других секторах розничной торговли — таких, как аптеки, книжные магазины и магазины аудио- и видеозаписи³. Помимо платежей за размещение товара на полках существуют платежи за выкладку товара на наиболее выгодных позициях — например, в начале проходов в супермаркетах, за размещение книг на столах в книжных магазинах и возможность прослушать конкретные записи на точках прослушивания в музыкальных магазинах. В последнее время такие схемы становились предметом дел о нарушении антимонопольного законодательства⁴, а, конкретно, маркетинговые соглашения с супермаркетами были темой недавних слушаний в Конгрессе⁵ и разбирательства в Федеральной комиссии по торговле⁶.

Маркетинговые схемы вызывают обеспокоенность в плане обеспечения конкуренции, главным образом, в связи с предположением, согласно которому производители могут пользоваться ими для блокирования конкурентов или лишения их конкурентных преимуществ иным способом, в результате чего растут издержки вывода товара на рынок и,

¹ *Wright J.* The Economics of Slotting Contracts // *Journal of Law and Economics*, August 2007

² Federal Trade Commission, “Report on the Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry,” 2001 (ниже *FTC Report*), с. 4, 11 и прим.18-19.

Маркетинговые бонусы на уже известные продукты часто классифицируются как платежи типа «плати, чтобы остаться» и часто применяются в отношении кукурузных лепешек, овощей, фруктов и замороженных продуктов (*FTC Report*, с. 29 прим. 94.), а также закусок, специй, лампочек, поздравительных открыток и товаров, размещаемых на кассах. Federal Trade Commission Staff Study, “Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories,” November 2003 (далее *FTC Study*) с. 19, прим. 92 и с. 57.

³ См. Iris Rosenthal, Slotting Fees Continue to Spark Controversy in Retailing, 135 *Drug Topics* 81 (January 21, 1991); James Surowiecki, Paying to Play, *The New Yorker*, July 12, 2004; и *Wall Street Journal*, Is Selling Books Like Selling Frozen Food, May 20, 2002.

⁴ См., например, *El Aquila Food Products v. Gruma Corp.*, 301 F.Supp. 2d 612 (S.D. Tex. 2003), *aff'd*, 131 Fed. Appx. 450 (5th Cir. 2005); *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc.*, 199 F. Supp. 2d 363 (M.D.N.C. 2002), *aff'd per curiam*, 67 Fed. Appx. 810 (4th Cir. 2003); *Conwood Co. v. United States Tobacco Co.*, 290 F. 3d 768 (6th Cir. 2002); *American Booksellers Ass’n, Inc. v. Barnes & Noble, Inc.*, 135 F. Supp. 2d 1031 (N.D. Cal. 2001); *Intimate Bookshop, Inc. v. Barnes & Noble, Inc.*, 88 F. Supp. 2d 133 (S.D.N.Y. 2000); *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (D.C.C. 2000), *rev’d*, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001); *FTC v. McCormick* (FTC Dkt. No. C-3939 (2000)). Также маркетинговые бонусы и прочие формы платежей за полочное пространство играли центральную роль в урегулировании спора 2004 г. между концерном Coca-Cola и Европейской комиссией (Undertaking at Case Comp/39.116/B-2-Coca-Cola, http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/39116/tccc_final_undertaking_041019.pdf.)

⁵ “Competitive Issues in Agriculture and the Food Industry,” Слушания в юридическом комитете Палаты представителей, 106th Cong. (Oct. 20, 1999); “Slotting: Fair for Small Business and Consumers?,” Слушания в комитете Сената по малому бизнесу, 106th Cong. (Sept. 14, 1999); “Slotting Fees: Are Family Farmers Battling to Stay on the Farm and in the Grocery Store?,” Слушания в комитете Сената по малому бизнесу, 106th Cong. (Sept. 14, 2000).

⁶ *FTC Report* и *FTC Study*, см. выше сн. 1.

следовательно, повышается цена¹ Сегодня и экономическая наука и антимонопольное законодательство согласны в том, что вероятность антиконкурентного эффекта подобного рода зависит от того, может ли доминирующий производитель контролировать достаточный объем реализуемой продукции на протяжении достаточного временного периода, так чтобы фактически не позволить конкурентам достичь минимального эффективного масштаба².

Однако маркетинговые контракты очень часто заключаются при таких обстоятельствах, когда возникновение условий, требуемых для достижения антиконкурентного эффекта, маловероятно. В особенности, маркетинговые бонусы часто используются производителями, имеющими относительно небольшую долю рынка, и охватывают относительно небольшую долю общей дистрибуции ритейлеров. Более того, если одни маркетинговые контракты обязывают ритейлера размещать на полках только или главным образом продукцию конкретного производителя, то многие другие просто требуют от ритейлера размещать продукцию производителя или предоставлять под нее определенную долю экспозиционного или полочного пространства, не связывая его какими-либо требованиями по эксклюзивности³.

Еще один фактор, свидетельствующий о малой вероятности антиконкурентного эффекта, заключается в том, что маркетинговые контракты в большинстве случаев предусматривают относительно краткосрочные обязательства ритейлера по использованию полочного пространства. Например, существующие обязательства в рамках маркетинговых контрактов в торговле продовольственными и сопутствующими товарами обычно обязывают супермаркет предоставлять полочное пространство на период от шести месяцев до года⁴.

¹ *FTC Report*, см. выше сн. 1 на с. 34-41.

² Перечисление экономических условий, при которых дистрибьюторские контракты могут вызывать антиконкурентный эффект, см., например, в Benjamin Klein, *Exclusive Dealing as Competition for Distribution On the Merits*, 12 *Geo. Mason L. Rev.* 119, 122-28 (2004). Один из комментаторов характеризует действующее антимонопольное законодательство в части препятствования конкуренции как «подтверждающее законность соглашений об исключительных правах на сбыт в тех, случаях, когда уровень препятствования составляет не более 40 процентов» (Jonathan M. Jacobsen, *Exclusive Dealing, "Foreclosure," and Consumer Harm*, 70 *Antitrust L. J.* 311, 325, приведенные дела, прим. 85 (2002). Порой суды пользуются соотношением «полочного пространства к объему продаж» как необходимым условием блокирования в случаях, касающихся полочного пространства, когда доминирующий производитель может заблокировать сбыт конкурентов только в случае подписания контрактов на полочное пространство, превышающих его рыночную долю. Например, суд отверг антимонопольный иск в связи с программой Philip Morris' Retail Leaders, когда ритейлеры получали вознаграждение за предоставление выгодных полочных площадей под сигареты марок, принадлежащих Philip Morris, в частности, потому, что доля полочного пространства ритейлеров, на использование которой компания заключила контракт, была меньше рыночной доли ее продаж. *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris Inc.*, 199 F.Supp. 2d 362, at 388, 390 (M.D.N.C. 2002), *aff'd per curiam*, 67 Fed. Appx. 810 (4th Cir. 2003).

³ Например, в исследовании *FTC Study*, см. выше, сн. 1 на с. 57 отмечается, что эксклюзивность не является общераспространенной практикой в маркетинговых контрактах, используемых по пяти рассмотренным категориям (свежий хлеб, хот-доги, мороженое, паста и салатные приправы длительного хранения). Согласно определению недавних антимонопольных дел, перечисленных выше, сн. 3, соглашения об использовании полочного пространства, использовавшиеся компаниями Philip Morris, Barnes & Noble, H.J. Heinz и Coca-Cola, не были эксклюзивными, а соглашения об использовании полочного пространства, использовавшиеся компаниями Gruma, Conwood и McCormick, были частично эксклюзивными. В неопубликованном рабочем документе Benjamin Klein, et al., *Exclusive Dealing and Category Management in Retail Distribution* (2006) дается объяснение в свете стимулирования конкуренции того факта, что ритейлеры, действуя, по сути, как торговые агенты своих клиентов при интернализации самостоятельных решений каждого потребителя о покупке, могут в качестве способа снижения цен предложить эксклюзивное полочное пространство по той или иной категории товара.

⁴ Интервью с производителями и ритейлерами указывают на то, что наиболее распространенный

Этот относительно небольшой срок действия большинства маркетинговых контрактов означает, что даже в том случае, если такие контракты охватывают большую долю полочного пространства ритейлера, вряд ли они могут использоваться для блокирования конкурирующих производителей. Поскольку со временем срок их действия истекает, конкуренты могут открыто вести конкурентную борьбу за дистрибуцию и подписывать соглашения с ритейлерами¹. Более того, за исключением тех случаев, когда имеет место существенный эффект масштаба (в отношении большинства продовольственных и сопутствующих товаров это условие выполняется редко), производителям, выходящим на рынок, не приходится действовать в условиях чрезмерных издержек до того, как истечет срок действия достаточного числа контрактов о розничной дистрибуции, и полочное пространство станет доступным.

Остается лишь тезис о том, что слоттинговые контракты затрудняют конкуренцию, поскольку платежи за полочное пространство повышают издержки на получение доступа к розничной дистрибуции. Однако маркетинговые бонусы приходится уплачивать всем производителям. Конкуренция за полочное пространство, ведущая к заключению маркетинговых контрактов, может повысить издержки на получение доступа к розничной дистрибуции, но это касается всех участников рынка. Искусственный барьер для доступа на рынок создается лишь в том случае, если исходить из того, что повышение издержек на дистрибуцию товара вынуждает новых участников рынка нести более высокие издержки по сравнению с уже имеющимися — например, в связи с несовершенством рынка капитала². Однако конкуренция за розничную дистрибуцию между имеющимися игроками и новичками обычно происходит в «однородной среде» в том смысле, что все производители могут открыто конкурировать за полочное пространство, и конкретное пространство получает тот производитель, который готов заплатить за него больше всех.

Наконец — и это самое главное — антиконкурентные теории блокирования конкурирующих производителей не дают нам объяснения того, что послужило причиной изменения конкурентного процесса в начале 1980-х, когда маркетинговые контракты

период действия обязательств по сохранению нового товара в ассортименте составляет не менее шести месяцев. *FTC Study*, см. выше сн. 1, iii прим. 14; см. также *FTC Report*, см. выше сн. 1 на с. 11 (цит. по Sussman, Tr., p. 83-84). Маркетинговые контракты, касающиеся обязательства по сохранению в ассортименте известных продуктов, как правило, подписываются на год. *FTC Study*, см. выше сн. 1 на с. 57. Другие обязательства по выкладке товаров, например, о размещении конкретного товара в начале прохода, могут иметь гораздо меньший срок действия — иногда не более недели.

¹ Некоторые суды гарантировали беспрепятственное заключение эксклюзивных соглашений, которые имеют небольшую продолжительность и могут быть прекращены по первому требованию. См., например, *Roland Mach. Co. v. Dresser Industries*, 749 F.2d 380, 395 (7th Cir. 1984) (согласно разделу 3 закона Клейтона эксклюзивные контракты, срок действия которых ограничен одним годом, считаются легитимными); *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157, 1162 (9th Cir. 1997) (в деле фигурирует компания Roland Machinery, а суд постановил, что «малая продолжительность и возможность прекращения этих соглашений существенно снижает их потенциал по блокированию конкуренции»), в истребовании дела отказано, 525 U.S. 812 (1998); и *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris*, 199 F.Supp. 2d 362 на 391 (где суд постановил, что в силу того, что соглашения Philip Morris с ритейлерами могли быть прекращены по желанию одной из сторон с уведомлением в тридцатидневный срок, «реализуемый товар и торговые площади являются объектами постоянных конкурентных заявок, и истцы не были в значительной степени отстранены от актуального для них рынка»).

² Paul N. Bloom, *et al.*, *Slotting Allowances and Fees: Schools of Thought and the Views of Practicing Managers*, 64 J. Marketing 92 (2000) утверждают, что менее крупные производители не могут приобретать полочное пространство в таких же объемах, как более крупные, поскольку они не имеют доступа к достаточному капиталу. Этот аргумент, основанный на несовершенстве рынка капитала, формализован в Greg Shaffer, *Slotting Allowances and Optimal Product Variety*, 5(1) *Advances in Economic Analysis & Policy*: Article 3 (2005).

получили широкое распространение,¹ или почему некоторые крупные ритейлеры — такие, как Wal-Mart — не используют систему маркетинговых бонусов². Однако нужно четко сознавать, что мы имеем в виду под маркетинговым контрактом, описывая временную и профильную распространенность входных бонусов.

Платежи, осуществляемые поставщиками за рекламное полочное пространство предприятиям розничной торговли, существуют как минимум с 1950-х годов³. Но эти ранние соглашения не считаются маркетинговыми контрактами, поскольку они не предусматривали в первую очередь повременной оплаты за полочное пространство. Заключаемые с производителями контракты о предоставлении лучших позиций на полках — например, о размещении товаров в начале проходов — получили более общее название мероприятий по стимулированию сбыта, а компенсация для ритейлера при таких контрактах принимает помимо аванса многочисленные формы, включая скидки на оптовые закупочные цены и другие переменные платежи⁴. Хотя мероприятия по стимулированию сбыта, состоящие в снижении оптовой цены в обмен на предоставление наиболее выгодного полочного пространства, с аналитической точки зрения аналогичны маркетинговым бонусам в том фундаментальном экономическом смысле, что производитель предлагает особые условия, зависящие от предоставления полочного пространства ритейлером, мероприятия по стимулированию сбыта не относят к категории маркетинговых бонусов, если только важнейший элемент компенсации ритейлеру не включает в себя аванса или повременной оплаты. Когда комментаторы описывают распространение маркетинговых контрактов с начала 1980-х годов, они имеют в виду распространение контрактов о полочном пространстве именно в этом смысле повременной компенсации.

Признание того факта, что маркетинговые бонусы предполагают повременную компенсацию за использование полочного пространства, также разъясняет утверждение о том, что Wal-Mart не принимает систему маркетинговых бонусов. Wal-Mart заключает контракты с поставщиками об использовании полочного пространства, в том числе, о предоставлении наиболее выгодных позиций на полках. Но поскольку компенсацией за предоставление полочного пространства для Wal-Mart служит снижение оптовых цен, данные соглашения не считаются маркетинговыми контрактами⁵.

¹ *FTC Report*, см. выше сн. 1 на с. 4, 11 и п. 18-19. Mary Sullivan, *Slotting Allowances and the Market for New Products*, 40 *J. Law & Econ.* 461 (1997) утверждает, что систематические повременные маркетинговые платежи появились только после 1984 г. (ссылаясь на *Distributor Demand Sharpens for New Product Incentives*, 34 *Supermarket News* 1 (August 27, 1984)).

² Ken Kelly, *The Antitrust Analysis of Grocery Slotting Allowances: The Procompetitive Case*, 10 *J. Public Policy & Marketing* 187 (1991); *Who's Minding the Shelves*, *Consumer Reports* (August 2000); *FTC Report*, см. выше сн. 1 на с. 18.

³ См., например, 267 F.2d 439 (3rd Cir. 1959), дела "Chain Lightning" *Robinson-Patman*.

⁴ Меры по стимулированию торговли могут включать в себя, помимо авансовых маркетинговых платежей, оптовые скидки, скидки при покупке наличными, купоны, специальные программы для поставщиков, возмещение расходов на кооперативную рекламу, скидки за экспонирование товара, ценовые скидки, условные скидки, скидки на продвижение товара, бесплатную раздачу товаров, инвестиционные фонды. Philip Kotler, *Marketing Management* 489-90 (11th ed. 2003); Russell S. Winer, *Marketing Management* 355 (2d. Ed. 2004). По данным недавних исследований, общие расходы на стимулирование торговли, включая маркетинговые платежи, составляли в 2001 г. от 13 до 17 процентов валовой долларовой суммы продаж производителей. AC Nielsen 2002 *Trade Promotion Practices Study*, *Consumer Insights* (Summer 2003), http://www2.acnielsen.com/pubs/2003_q2_ci.shtml; Cannondale Associates, *Trade Promotion, Spending and Merchandising: Industry Study* (2003).

⁵ Wal-Mart обычно требует от поставщиков наиболее выгодной оптовой цены, а не маркетинговых платежей. Например, президент Wal-Mart С. Робсон Уолтон (S. Robson Walton) говорит, что политика Wal-Mart направлена на то, чтобы «добиваться от поставщиков объявления нам окончательной цены... Мы не требуем уплаты маркетинговых бонусов, не берем денег за скидки на льготных

Анализ конкурентных экономических сил, подталкивающих участников рынка к принятию маркетинговых контрактов, проводится в два этапа. Во-первых, в разделе II мы задаемся фундаментальным экономическим вопросом о том, почему производители и ритейлеры часто решают, что им необходимо заключить контракт об использовании полочного пространства. Казалось бы, производители могли бы просто задавать оптовые цены на свою продукцию и давать возможность ритейлерам — в первую очередь, ритейлерам, работающим на крайне конкурентном рынке супермаркетов — самостоятельно определять, какие товары держать на складах и выкладывать на наиболее выгодных позициях. Совсем не очевидны те причины, по которым производителю и ритейлеру нужно заключать отдельный контракт, когда производитель приобретает полочное пространство при условии, что ритейлер складировать или выкладывает на выгодных позициях его продукцию. Мы отвечаем на этот вопрос, признавая, что маркетинговые контракты относятся к предложению рекламного полочного пространства. Рекламное полочное пространство толкает некоторых покупателей на приобретение данного товара при том, что иначе они бы этого не сделали, но не заставляет покупателей пользоваться услугами именно данного магазина. Поскольку предоставление рекламного полочного пространства практически не оказывает влияния на межритейлерскую конкуренцию, у ритейлеров нет стимула предоставлять рекламное полочное пространство в объеме, достаточном для максимизации их совместной с производителями прибыли, и производителям приходится заключать контракты о предоставлении такого пространства.

Учитывая, что производители и ритейлеры заключают контракты о полочном пространстве, в разделе III мы переходим ко второму этапу анализа, рассматривая вопрос о том, почему компенсация ритейлерам за предоставление рекламного полочного пространства порой включает в себя маркетинговый бонус на повременной основе. Некоторые экономисты считают, что повременная компенсация используется в контрактах о предоставлении полочного пространства потому, что она ведет к превышающей конкурентную прибыли для ритейлера и повышению цен для потребителя. Этот тезис противоречит тому факту, что распространение системы маркетинговых бонусов не привело к повышению доходности супермаркетов. Показано, что маркетинговые бонусы на повременной основе являются эффективной формой компенсации за предоставление рекламного полочного пространства в тех случаях, когда ценовая межритейлерская конкуренция за продажу конкретного товара, по которому заключен контракт, предполагает, что более низкая розничная цена может быть обеспечена значительным снижением оптовой. При таких обстоятельствах компенсация путем снижения оптовой цены требует большего снижения оптовой цены для обеспечения необходимой прибыли ритейлера и повышает издержки производителя на приобретение полочного пространства.

В разделе IV мы демонстрируем, что наша рекламная теория маркетинговых бонусов соответствует данным как по временной, так и по профильной распространенности маркетинговых бонусов. Наша теория подразумевает, что экономический стимул для производителей заключать контракты с ритейлерами на рекламное полочное пространство связан с дополнительным объемом продаж, который может быть вызван рекламным полочным пространством, и маржей прибыли производителя, принесенной приращением объема продаж. Рост числа новых товаров и повышение доходности товаров, продающихся в супермаркетах, для производителя, объясняет рост спроса на рекламное полочное

условиях и компенсации за двойные купоны и так далее». S. Robson Walton, Wal-Mart, Supplier-Partners, and the Buyer Power Issue, 72 Antitrust L. J. 509, 519 (2005). Представитель Costco также сообщил, что «мы просто спрашиваем: вы оплачиваете другие скидки? или так: каково ваше меню скидок?» и если присутствуют маркетинговые платежи, то мы хотим иметь тот же конечный результат.... Называют ли они это маркетинговой скидкой или рекламной скидкой или промоционной скидкой — нам это не столь важно» (*FTC Report*, Eagan Tr., с. 61.).

пространство (и его ценности), равно как и тот факт, что с начала 1980-х годов маркетинговые контракты получали все большее распространение. Кроме того, дополнительная маржа прибыли производителя служит точным критерием того, по каким товарам, продающимся в супермаркетах, скорее всего будут заключаться маркетинговые контракты.

II. КОНТРАКТЫ НА ПОЛОЧНОЕ ПРОСТРАНСТВО РИТЕЙЛЕРА В СВЕТЕ ТЕОРИИ ОБ УСЛУГАХ ПО СТИМУЛИРОВАНИЮ СБЫТА

Полочное пространство ритейлера является формой стимулирования сбыта в том смысле, что выкладка товара обеспечивает дополнительные продажи. В отличие от абстрактных экономических моделей, предполагающих, что покупатели знают, какие товары они хотят купить, еще до того, как зайдут в магазин, а единственная функция розничной торговли — снизить издержки похода за покупками путем обеспечения покупателей желаемыми товарами, в реальном мире ритейлеры имеют возможность оказывать влияние на приобретения покупателей своими решениями о размещении товаров на складах и на полках¹.

Можно считать, что предоставляемое ритейлерами рекламное полочное пространство обеспечивает приращение объема продаж товара производителя, повышая максимальную цену покупки товара для подгруппы «маржинальных потребителей», которые без мер по стимулированию сбыта не приобрели бы данный товар. Когда товар выложен на выгодной позиции, его ценность для таких потребителей повышается, становясь равной розничной цене или даже превышая ее, и они решают приобрести продукт. Таким образом, экономический смысл мер по стимулированию сбыта может быть рассмотрен в свете того факта, что предоставление услуг (наиболее выгодное полочное пространство) является способом обеспечения конкретных потребителей «точечной» скидкой с фактической цены². Однако для того, чтобы функционировать, такие стимулирующие услуги должны предоставляться бесплатно. Как и в случае с другими формами стимулирования, потребители не готовы оплачивать предоставление рекламного полочного пространства, и взимание за него платы разрушило бы экономический смысл предоставления подгруппе потребителей дисконта на фактическую цену³.

¹ Во многих маркетинговых исследованиях отмечается, что место выкладки повышает объем продаж данного товара. См. Adam Rennhoff, *Paying for Shelf Space: An Investigation of Merchandising Allowances in the Grocery Industry* (July 2004); Xavier Dreze, *et al.*, *Shelf Management and Space Elasticity*, 70 *J. Retailing* 301 (1994); и Charles Areni, *et al.*, *Point-of-Purchase Displays, Product Organization, and Brand Purchase Likelihoods*, 27 *J. Academy of Marketing Science* 248 (1999).

² Возникает закономерный вопрос: ведет ли подобное предоставление скидки на фактическую цену маргинальным потребителям к повышению рыночной цены? Поскольку полочное пространство вряд ли может иметь какую-то полезность для инфрамаргинальных потребителей, которые приобрели бы товар и без рекламного полочного пространства, можно было бы счесть, что предоставление полочного пространства оказывает воздействие исключительно на спрос со стороны маргинальных потребителей, тем самым повышая предельную эластичность спроса и снижая цену производителя, максимизирующую прибыль. В более общем плане, меры по стимулированию могут создать некоторую полезность для инфрамаргинальных потребителей, ведя к повышению или понижению рыночной цены. Когда рыночная цена повышается, для маргинальных потребителей цена нетто, то есть, рыночная цена минус стоимость рекламных услуг, понизится, но для некоторых инфрамаргинальных потребителей – возможно, повысится. См. Gary Becker and Kevin M. Murphy, *A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad*, 108 *Q. J. Econ.* 941 (1993).

³ Это видение услуг, оказываемых ритейлером в торговой точке, как дисконта на рекламную цену, следует противопоставить ритейлерским услугам, как они постулируются в анализе «бесплатных услуг классического ритейлера», популяризованном в Lester Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* 3 *J. Law & Econ.* 86 (1960), где имплицитно подразумевается, что потребители считают, что

Поскольку полочное пространство ритейлера является формой стимулирования, платить за которую потребители не готовы, но которая обеспечивает приращение объема продаж, выгодное для производителя, производители будут хотеть больше рекламного полочного пространства для своей продукции, чем ритейлеры выделили бы по собственной инициативе. Ритейлеры, принимающие решение о том, какой объем полочного пространства предоставить товару производителя, не будут учитывать маржу прибыли производителя на приращение объема продаж за счет рекламного полочного пространства. Эта проблема имеет особое значение в том случае, когда производитель поставяет дифференцированный товар, причем назначаемая ему оптовая цена значительно выше предельных издержек его производства. В таких обстоятельствах приращение объема продаж может быть крайне доходным для производителя, однако ритейлеры не считают, что предоставление рекламного полочного пространства, необходимого для выгодного приращения объема продаж производителя, — в их интересах. Поэтому производители вынуждены искать способ создания ритейлерам стимула для предоставления желаемого рекламного полочного пространства под свои товары¹.

Кроме того, ритейлеры не принимают в расчет прибыль производителя за счет приращения объема продаж, когда они решают вести ценовую конкуренцию. Однако, в отличие от решений ритейлера, касающихся предоставления рекламного полочного пространства, создание ритейлерам стимулов для ведения ценовой конкуренции, как правило, не представляет проблемы. Это связано с тем, что снижение розничной цены оказывает большое влияние на межритейлерский спрос, повышая спрос на товары отдельного ритейлера гораздо сильнее, чем спрос на товары производителя, так как потребители отвечают на снижение розничной цены тем, что покупают товары производителя у

затраты на услуги, оказываемые ритейлером (например, демонстрация товаров), равны или выше затрат на предложение. Однако в анализе Телсера потребители бесплатно пользуются услугами ритейлера, предлагающего полный набор услуг, прежде, чем приобрести товар у дискаунтера, предлагающего ограниченный набор услуг. Анализ «бесплатных услуг» в существующем виде неполон, так как он не объясняет, почему ритейлеры, предлагающие полный набор услуг, не могут брать с потребителей отдельную плату за оказываемые ими ценные услуги и тем самым ликвидировать проблему «бесплатных услуг». На самом деле, в большинстве случаев это нельзя считать приемлемым решением, поскольку услуги, предоставляемые ритейлером, предлагающим полный набор услуг, являются рекламными, за которые потребители, настроенные на получение бесплатных услуг, не намерены платить. Ритейлеры, не оказывающие таких рекламных услуг, нарушают имплицитный контракт и пользуются к собственной выгоде той самой схемой (например, поддержкой минимальных розничных цен), которой пользуется производитель для компенсации ритейлерам оказания рекламных услуг, оказывать которые было бы для него в ином случае невыгодно. См. Benjamin Klein & Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 *J. Law & Econ.* 265 (1988).

¹ Проблема оказания ритейлерами рекламных услуг в недостаточном объеме была впервые затронута в Klein and Murphy, *id.* По контрасту с Klein and Murphy, где вертикальные ограничители — такие, как эксклюзивные территории или поддержка розничных цен — используются для упрощения выплаты производителем премии ритейлерам за оказание желаемых услуг (когда производители ведут мониторинг и контроль показателей ритейлера, чтобы гарантировать предоставление услуг), обеспечение результативности контракта на полочное пространство ритейлера не требует выплаты ритейлеру значительной премии. Это связано с тем, что производителям проще выявить недостаточную результативность работы ритейлеров в плане предоставления законтрактованного полочного пространства, нежели оценить меры ритейлера по стимулированию продаж на торговой точке, которые предусмотрены во многих дистрибьюторских контрактных соглашениях с применением вертикальных ограничителей. Хотя ритейлеры могут предоставлять, помимо полочного пространства, и другие, более сложные для измерения, дополнительные услуги, такие, как постоянная заполненность и поддержание в надлежащем состоянии полок с товарами производителя, в большинстве маркетинговых соглашений основной рекламной услугой ритейлера является просто предоставление полочного пространства.

ритейлера, предлагающего более низкую цену. Данное воздействие на межритейлерский спрос смягчает воздействие того факта, что маржа производителя за счет приращения объема продаж существенно выше маржи ритейлера, так что практически устраняется любой перекокс, касающийся стимулов отдельного ритейлера по вступлению в ценовую конкуренцию. Между тем, предоставление ритейлером рекламного полочного пространства не приводит к значимым межритейлерским эффектам.

Мы можем разъяснить отличие между стимулами отдельного ритейлера для вступления в ценовую конкуренцию и предоставления рекламного полочного пространства следующим образом¹. Предположим, что производители производят товары, которые продаются ритейлерам по оптовой цене P_w , а ритейлеры затем продают товар потребителям по розничной цене P_R . Теперь предположим, что кривая спроса производителя является отрицательно наклоненной и поэтому они продают свои товары по оптовым ценам выше предельных издержек производства, MC_M , а в некоторых случаях гораздо выше предельных издержек. Это не означает, что производители зарабатывают монопольную ренту или обладают рыночной силой в антимонопольном смысле. Почти любая фирма, действующая в экономике, за исключением разве что хлебороба, представленного в учебниках по экономике для первокурсников, сталкивается с отрицательным наклоном кривой спроса, поскольку производит в некотором отношении уникальный товар. Поэтому почти каждый производитель запрашивает цену, превышающую предельные издержки, и обладает потенциалом извлечения значительной прибыли за счет приращения объема продаж².

Ритейлеры ведут конкуренцию в терминах общего качества, выбора предлагаемых товаров и запрашиваемых цен, а потребители совершают покупки у того ритейлера или группы ритейлеров, где ожидают наибольшей для себя выгоды. Отдельные ритейлеры, как правило, сталкиваются с отнюдь не совершенно эластичным спросом в отношении цены и выбора товаров, поскольку обладают уникальными специфическими факторами — такими, как особые преимущества в местонахождении или репутация предпочитаемого поставщика услуг или ассортимента продукции для специфической группы потребителей. Но ритейлеры, как считается, сталкиваются с гораздо более эластичным спросом, чем производители. Снижение отдельным ритейлером цены на товар отдельного

¹ Нижеследующее основано на модели, представленной в Ralph A. Winter, Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition, 108 Q. J. Econ. 61 (1993), и опирающейся на главную догадку модели Кляйна и Мерфи, см. выше, сн. 19, согласно которой существуют гетерогенные потребители, а производитель желает предоставить группе маргинальных потребителей дисконт на фактическую цену в форме бесплатных рекламных услуг, предоставляемых ритейлером. По контрасту с моделью Кляйна и Мерфи, предусматривающей премии ритейлерам / мониторинг силами производителей, модель Уинтера анализирует то, как производители могут пользоваться вертикальными ограничителями, чтобы, регулируя стимулы ритейлера, оказывать желаемые услуги, без какого-либо мониторинга за результативностью работы ритейлера со своей стороны. Однако Уинтер не принимает во внимание тот факт, что в отсутствие мониторинга ритейлеры вступят в неценовую конкуренцию, имеющую наибольшие межритейлерские последствия, не предполагающие предоставления рекламного полочного пространства или других мер ритейлера по стимулированию продаж, желательных для производителя.

Более того, Уинтер приходит к ошибочному выводу о том, что у ритейлеров будут адекватные стимулы для маркетинговых мер, когда для выравнивания стимулов ритейлера и производителя используется вертикальный ограничитель — например, когда производитель предоставляет ритейлерам эксклюзивные территории и осуществляет поддержку максимальной розничной цены на уровне, обеспечивающем максимизацию совместной прибыли при розничной торговле, снижая при этом оптовую цену, так что предельная прибыль разделяется в равной степени. Хотя это привело бы к выравниванию стимулов производителя и ритейлера к осуществлению маркетинговых мер, стимулы к осуществлению маркетинговых мер как у ритейлера, так и у производителя будут меньше, чем стимул к максимизации совместной прибыли.

² См. Benjamin Klein, Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak, 3 S. Ct. Econ. Rev. 43 (1993).

производителя — хотя это может привести к тому, что некоторые из его клиентов станут покупать товар по сниженной цене вместо товаров конкурирующих фирм — также приведет к тому, что потребители, приобретающие данный товар у других ритейлеров, станут совершать покупки у ритейлера, снизившего цену. Такое воздействие на межритейлерский спрос повышает ценовую эластичность спроса ритейлера относительно ценовой эластичности спроса производителя и выливается в равновесный дифференциал между маржей прибыли производителя и ритейлера.

В качестве иллюстрации предположим, что предельные издержки ритейлера на продажу дополнительной единицы товара потребителям, MC_R , равны оптовой цене, запрашиваемой производителем, P_W , плюс предельные издержки ритейлера на продажу товара, MC_S , включающие в себя издержки ритейлера на предоставление полочного пространства.

$$MC_R = P_W + MC_S \quad (1)$$

Каждый ритейлер назначит свою розничную цену P_R и продаст q_R единиц, исходя из MC_R и своей ценовой эластичности спроса, η_{q_R, P_R} .

$$\frac{P_R - MC_R}{P_R} = -\frac{1}{\eta_{q_R, P_R}} \quad (2)$$

Если взять n условно идентичных ритейлеров, каждый из которых имеет дело с равной эластичностью спроса и продает q_R единиц товара, то общий объем, проданный всеми ритейлерами, Q_R , будет равен nq_R , а воспринимаемая эластичность спроса на розничном уровне рынка, η_{Q_R, P_R} , будет равна η_{q_R, P_R} . Поэтому уравнение (2) можно представить, исходя из объемов, проданных всеми ритейлерами, в виде

$$\frac{P_R - MC_R}{P_R} = -\frac{1}{\eta_{Q_R, P_R}} \quad (3)$$

Точно так же максимизация прибыли подразумевает, что производитель будет устанавливать оптовую цену, исходя из своих предельных издержек производства, MC_M , и своей ценовой эластичности спроса, η_{Q_M, P_W} .

$$\frac{P_W - MC_M}{P_W} = -\frac{1}{\eta_{Q_M, P_W}} \quad (4)$$

Поскольку объем продукции, проданной производителем, Q_M , в точности равняется общему объему, проданному всеми ритейлерами, Q_R , уравнения (3) и (4) подразумевают, что

$$\frac{\partial Q_R}{\partial P_R} (P_R - MC_R) = \frac{\partial Q_M}{\partial P_W} (P_W - MC_M) \quad (5)$$

То есть, воспринимаемый доход ритейлера от снижения цены — левая сторона уравнения (5) — примерно равен доходу производителя от такого снижения цены — правой стороне уравнения (5).

Хотя маржа производителя, $P_W - MC_M$, существенно выше, чем маржа ритейлера, $P_R - MC_R$, в условиях равновесия реакция спроса на изменения цены со стороны ритейлера, $\partial Q_R / \partial P_R$, будет пропорционально больше, чем реакция спроса на изменения цены со стороны производителя. Это связано с тем, что снижение цены ритейлером вызывает сдвиги в продажах производителя ритейлерам, которые в основном взаимно компенсируются в плане чистого увеличения объема продаж производителя. В равновесии и производитель и ритейлер корректируют свои цены таким образом, чтобы их маржи компенсировали растущую реакцию спроса со стороны ритейлера по отношению к реакции спроса со стороны производителя.

Например, если маржа производителя в равновесии превышает маржу ритейлера, скажем, в 20 раз, то реакция ритейлера на снижение цены в равновесии, $\partial Q_R / \partial P_R$, будет примерно в 20 раз выше реакции производителя, $\partial Q_M / \partial P_W$. Если производитель при определении рентабельности снижения оптовой цены принимает в расчет только эффект, оказываемый на спрос среди производителей, то ритейлеры также принимают в расчет эффект, оказываемый снижением розничных цен на спрос среди ритейлеров. Фактически, в силу сравнительной величины этих двух эффектов ритейлеры будут фокусировать свое внимание почти исключительно на влиянии на распределение спроса между ритейлерами, или на том, как они могут получить преимущество перед конкурирующими ритейлерами. Хотя ритейлер получает всего около двадцатой части общего приращения прибыли за счет снижения своей цены, увеличивающего общие продажи производителя, его реакция спроса в 20 раз выше. Поэтому конкурирующие ритейлеры зарабатывают на снижении цены такую же прибыль, как и производитель, которая примерно равна общей совместной прибыли. Следовательно, хотя ритейлеры не принимают в расчет гораздо более высокую маржу производителя за счет приращения объема продаж при снижении цены, это не вызывает проблемы в плане создания слишком малозначительной ценовой межритейлерской конкуренции. Производитель может быть уверен, что ценовая межритейлерская конкуренция будет приблизительно оптимальной¹.

Имея в виду данный критерий ценовой конкуренции, рассмотрим иную ситуацию, при которой ритейлер решает, какой объем маркетинговых услуг, S , он предоставит под товар конкретного производителя, причем S определяется как количество долларов, затрачиваемое ритейлером на продвижение товара, включая долларовую цену рекламного полочного пространства, предоставляемого под товар производителя. Хотя отдельные ритейлеры действуют в крайне конкурентной среде, они обладают способностью посредством предоставления рекламного полочного пространства конкретному брендированному товару стимулировать продажи данного товара «маржинальным потребителям».

Рассмотрим простейший случай: ритейлер принимает решение о том, какая марка данной категории товаров должна быть выложена на более выгодных позициях, чем другие марки, например, какой марке следует отдать полочное пространство на уровне глаз покупателей. Данный пример предполагает доступность всех марок, на которые существует спрос среди покупателей, поэтому решение ритейлера о предоставлении рекламного полочного пространства конкретной марке вряд ли вызовет какой-либо эффект среди ритейлеров. В целях анализа мы можем исходить из того, что ни один потребитель не перейдет к иному

¹ Речь идет лишь о приблизительной оптимальности, поскольку небольшая маржа, получаемая ритейлером (5 процентов в нашем примере), подразумевает, что прибыль производителя от приращения объема продаж лишь ненамного меньше (всего 95 процентов) общей прибыли от приращения объема продаж, полученной и производителем и ритейлерами. Таким образом, имеет место небольшая проблема «двойной маржинализации» и, следовательно, объем конкуренции за розничную цену чуть меньше уровня максимизации совместной прибыли.

ритейлеру только потому, что желаемый им товар не выложен на выгодной позиции. Поскольку решение ритейлера о размещении конкретной марки на выгодной позиции не влечет за собой изменения положения ритейлеров, увеличение продаж ритейлером товаров данной марки будет равно увеличению продаж производителя.

$$(6) \quad \frac{\partial Q_R}{\partial S} = \frac{\partial Q_M}{\partial S}$$

Следовательно, доход ритейлера от предоставления выгодного полочного пространства под товар производителя будет меньше, чем доход производителя от получения данного полочного пространства.

$$(7) \quad \frac{\partial Q_R}{\partial S} (P_R - MC_R) < \frac{\partial Q_M}{\partial S} (P_W - MC_M)$$

В отличие от ценовой конкуренции, здесь отсутствуют межритейлерские конкурентные эффекты, которые могли бы компенсировать тот факт, что ритейлеры не принимают в расчет маржу производителя, решая выложить товары производителя на выгодных позициях. В частности, если в нашем гипотетическом примере ценовой конкуренции снижение маржи ритейлера компенсировалось в форме 20-кратного повышения ∂Q_R в связи с межритейлерскими эффектами спроса (так что производитель приближается к желаемому объему ритейлерской ценовой конкуренции, невзирая на то, что ритейлер, снижая цену, игнорирует маржу прибыли производителя), то в отношении предоставления ритейлером рекламного полочного пространства межритейлерские эффекты, которые могли бы компенсировать снижение маржи ритейлера, как правило, значительно ниже или вообще отсутствуют. Пока полочное пространство, предоставляемое ритейлером, является преимущественно рекламным, межритейлерские эффекты конкуренции за полочное пространство будут безусловно меньше, чем межритейлерские эффекты ценовой конкуренции¹.

В нашем анализе мы условно исходили из того, что межритейлерские эффекты не существуют вообще, поэтому ритейлер получает в нашем примере лишь около двадцатой части общего дохода (суммы прибыли ритейлера и производителя) от приращения объема продаж за счет S . Предоставление рекламного полочного пространства создает существенно большую маржу для производителя, нежели для ритейлера. Поэтому без заключения особого контракта ритейлеры не будут предоставлять под товары производителя

¹ Эта проблема недостаточного предоставления ритейлером рекламного полочного пространства не связана с различием между ценовой и неценовой конкуренцией. В частности, дело не в том, что ритейлеры всегда предлагают меньше желаемого объема неценовой конкуренции. Стимулы ритейлера будут зависеть от величины эффектов спроса среди ритейлеров, вызванных оказанием ими тех или иных неценовых услуг. Если достаточное число маргинальных потребителей настолько ценят предоставляемую ритейлером неценовую услугу — например, удобную бесплатную парковку или конкретный ассортимент товаров, что предпочтут его всем другим, то ритейлеры будут оказывать эти услуги в желаемом объеме. Хотя ритейлеры не будут принимать во внимание дополнительную прибыль производителя от приращения объема продаж, вызванную тем, что они предоставляют бесплатную парковку или включают в свой ассортимент тот или иной товар (т.е., предоставляют рекламное полочное пространство), межритейлерская конкуренция вынудит ритейлеров предоставлять эти неценовые услуги. Между тем, межритейлерские эффекты предоставления ритейлером рекламного полочного пространства являются ограниченными, поэтому ритейлеры будут предоставлять его в объеме ниже необходимого для совместной выгоды.

рекламное полочное пространство, максимизирующее совместную прибыль ритейлера и производителя¹.

Брэнд, выбранный ритейлером для выкладки на видном месте, а также равновесное значение рекламного полочного пространства будут определяться конкурентными заявками производителей на полочное пространство. Можно ожидать, что эти конкурентные заявки приведут к двум основным эффектам. Во-первых, к тому, что ритейлеры будут предоставлять больше полочного пространства, чем в иных обстоятельствах они бы сочли для себя выгодным². Это подтверждается резким ростом общего полочного пространства супермаркетов с начала 1980-х. Как показано на рисунке 1, полочное пространство супермаркетов относительно объема продаж выросло с 4,48 квадратных футов на тысячу долларов реальных продаж в 1983 г. до 6,20 квадратных футов на тысячу долларов реальных продаж в 2000 г., то есть на 38 процентов³.

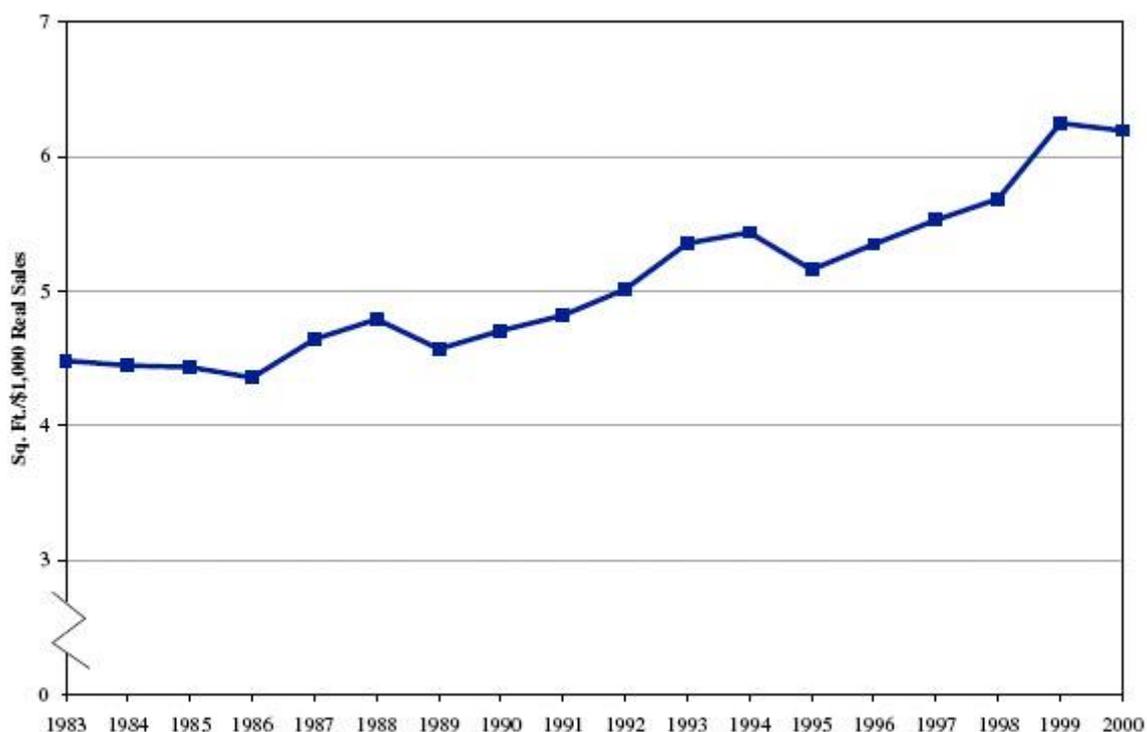
Рисунок 1

Полочные площади супермаркетов относительно объемов продаж

¹ С другой стороны, когда ритейлер решает воспользоваться рекламным полочным пространством для выкладки товаров собственной частной марки, он, по сути, получает всю прибыль от приращения объема продаж, поскольку конкуренция между производителями альтернативного (небрэндированного) товара за ритейлера, скорее всего, будет толкать оптовую цену в сторону себестоимости. Поэтому, даже в отсутствие межритейлерских эффектов, ритейлер будет принимать правильное решение по выкладке товаров частной марки, то есть, будет пользоваться рекламным полочным пространством для выкладки товара частной марки до тех пор, пока он приносит доход, превышающий вмененные издержки полочного пространства. Ритейлер действует так, как если бы он был вертикально интегрирован в процесс производства.

² Объем предлагаемого полочного пространства не достигает состояния равновесия в том случае, если предельные издержки ритейлера на предоставление дополнительного полочного пространства равны стоимости полочного пространства, оцениваемой производителем, поскольку существует оптимальное распределение супермаркетов по размерам, максимизирующее удобство потребителей. Поэтому в определенный момент выгоды производителя от увеличения объема рекламного полочного пространства плюс любые выгоды клиента от расширения разнообразия товаров, будут перевешиваться растущими издержками супермаркета на предоставление дополнительного полочного пространства вкуче с неудобствами для потребителя, вызванными необходимостью делать покупки в более крупном магазине.

³ Общая площадь супермаркетов служит показателем общего объема полочного и экспозиционного пространства супермаркетов. Увеличение общего объема полочного пространства супермаркетов было полностью осуществлено за счет увеличения среднего размера супермаркетов, который вырос с 1983 по 2000 гг. на 65 процентов, в то время, как число супермаркетов за тот же период снизилось на 10 процентов. Это говорит о том, что чистый рост объема полочного пространства супермаркетов составил 49 процентов. На протяжении 17-летнего периода общий объем продаж супермаркетов был относительно стабильным, увеличившись всего на 7,8 процентов — главным образом, за счет значительного роста потребления продовольственных продуктов вне дома. (Progressive Grocer, Annual Report of the Grocery Industry (1983-2000) and Food Marketing Institute, Food Marketing Industry Speaks (1992-2000); данные по общей площади супермаркетов на 1990 г. основаны на линейной оценке данных за ближайшие годы. Объем продаж супермаркетов дан в долларах 1980 г. в пересчете на индекс Bureau of Labor Statistics CPI Food at Home).



Также можно ожидать, что конкуренция за полочное пространство помимо увеличения совокупного полочного пространства супермаркетов приведет к иной дистрибуции товаров, нежели та, какую ритейлеры избрали бы в других обстоятельствах. Как правило, производители широко известных и рекламируемых товаров не заключают контракты с ритейлерами о размещении своих ведущих брэндов. Например, широко рекламировавшиеся товары Procter & Gamble: стиральный порошок Tide, зубная паста Crest и бумажные полотенца Bounty всегда должны быть в продаже у ритейлеров, поскольку на них имеется большой спрос со стороны покупателей, который при отсутствии данных товаров могут сменить ритейлера¹. Однако производители менее известных товаров ведут конкуренцию за привилегии по их размещению в магазинах, а производители всех товаров должны вести конкуренцию за более выгодное полочное пространство — размещение на уровне глаз, в начале проходов и у касс.

Производители, имеющие наибольшую доходность при приращении объема продаж (товары с наибольшим повышением объема продаж, достигнутым благодаря стимулирующим мерам, умноженным на маржу производителя — правая сторона уравнения (7)) смогут заплатить больше всех за полочное пространство и победят в этой конкурентной борьбе. Без контрактов на предоставление полочного пространства с

¹ Концерн Procter & Gamble, как правило, рекламирует свои ведущие брэнды гораздо больше, чем его конкуренты. Например, показатель реклама-сбыт у принадлежащей Procter & Gamble марки бумажных полотенец Bounty (рыночная доля 27,7 процентов) составляет 13,1 процентов, что почти вдвое выше, чем у бумажных полотенец Scott (рыночная доля 19,0 процентов, показатель реклама-сбыт 6,6 процентов) и Brawny (рыночная доля 9,1 процента, показатель реклама-сбыт 6,7 процентов). Information Resources Inc. and Ad Age, 49th Annual Report on the 100 Leading National Advertisers, June 28, 2004. В связи с тем, что супермаркеты должны держать в ассортименте крайне популярные марки P&G, некоторые утверждают, что Procter & Gamble не платит маркетинговые бонусы. Например, Kelly, см. выше, сн. 13. Однако Procter & Gamble должен платить за введение новых типов продуктов под его брэндом и приобретать дополнительное полочное пространство или полочное пространство более высокого качества, и в таких случаях компенсация может, по крайней мере, в какой-то степени, иметь форму повременного маркетингового платежа. См., например, FTC Workshop, Transcript (Flickinger, Tr. 144-145); and Brandon Copple, Shelf Determination, Forbes Magazine, April 15, 2002.

производителями ритейлеры использовали бы полочное пространство под различные

$$\frac{\partial Q_R}{\partial S} (P_R - MC_R)$$

товары таким образом, что приращение дохода ритейлера, или $\frac{\partial Q_R}{\partial S} (P_R - MC_R)$, было бы примерно одинаковым со всех категорий товара. Принимая решение о закупках, ритейлер не учитывал бы существенно более высокие предельные прибыли производителя, которые могли бы принести ему некоторые товары. Маркетинговые контракты являются способом эффективного использования рыночного спроса и предложения полочного пространства, при котором производители ведут конкурентную борьбу за полочное пространство, обещая ритейлерам платить за рекламное полочное пространство, предоставляемое под их товары. Возникающее решение аналогично тому, что имело бы место в случае вертикальной интеграции производителей в розничную торговлю.

III. ФИКСИРОВАННАЯ И ПЕРЕМЕННАЯ КОМПЕНСАЦИЯ ЗА ПОЛОЧНОЕ ПРОСТРАНСТВО РИТЕЙЛЕРА

Проведенный анализ демонстрирует необходимость для производителей заключать контракты с ритейлерами об использовании рекламного полочного пространства. Как правило, эти контракты не оформляются в письменном виде, а представляют собой устные договоренности между производителем и ритейлером¹. Можно считать, что ритейлер — например, супермаркет — обладает активом, который может повлиять на приращение объема продаж производителя. Конкуренция среди производителей ведет к заключению контрактных соглашений, посредством которых производители компенсируют ритейлерам использование данного актива. Однако наш анализ еще не говорит нам, какую именно форму примут эти имплицитные контракты между производителями и ритейлерами, в частности, выражается ли компенсация ритейлеру за рекламное полочное пространство в снижении оптовой цены или в повременных маркетинговых платежах.

Издержки ритейлеров на предоставление рекламного полочного пространства под товары конкретного производителя представляют собой, главным образом, повременные издержки. В краткосрочном плане издержки являются, прежде всего, вмененными издержками непредоставления имеющегося полочного пространства под другой товар; в долгосрочном плане они выражаются в затратах на землю и строительство, связанных с предоставлением дополнительного полочного пространства. Таким образом, в условиях равновесия ритейлеры должны получать минимальный доход со своего полочного пространства на единицу времени. Однако повременная «арендная плата», уплачиваемая производителем за полочное пространство, не обязательно принимает форму повременного маркетингового платежа.

Некоторые экономисты считают, что ритейлеры требуют уплачивать за полочное пространство фиксированный повременный маркетинговый бонус, а не переменный платеж, выражающийся в снижении оптовой цены, по той причине, что более низкая оптовая цена компенсируется снижением розничной цены, а маркетинговый бонус дает

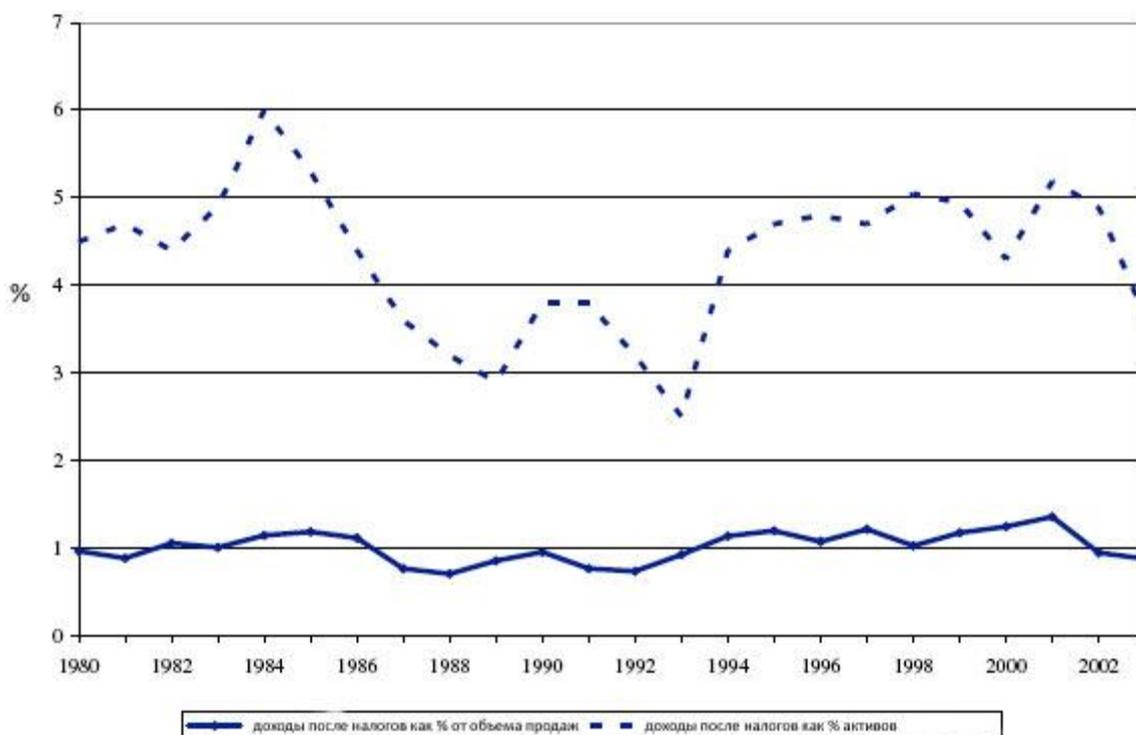
¹ Независимо от того, имеет ли контракт на предоставление полочного пространства письменную форму или нет, за его соблюдением почти всегда следит производитель, прекращающий выплаты ритейлеру, который не предоставляет обещанного полочного пространства под его товары. См. Benjamin Klein and Keith Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 J. Pol. Econ. 615 (1981). Самоконтроль, позволяющий избежать затрат на контроль через суды (задержки, судебные издержки и несовершенная интерпретация судами предмета соглашения) в случае маркетинговых контрактов оказывается относительно малозатратным, поскольку для ритейлера потенциальная выгода невыполнения обязательств в краткосрочном плане сравнительно мала, что подразумевает сравнительно небольшую премию за самоконтроль.

ритейлеру дополнительную прибыль¹. Однако свидетельств позитивного воздействия входных бонусов на прибыли ритейлеров не обнаружено. Рисунок 2 показывает, что после 1981 г., когда распространилась практика маркетинговых бонусов, прибыльность супермаркетов не повысилась. Чистая прибыль супермаркетов после уплаты налогов — выраженная как в проценте от продаж, так и в проценте учтенных активов не демонстрируют позитивной временной тенденции².

Рисунок 2
Прибыльность супермаркетов

¹ Озабоченность по поводу конкуренции была выражена на семинаре FTC. Например, *FTC Report*, см. выше сн. 1, с. 28-19, Tr. 181 (Greg Shaffer) («если вы дадите ритейлеру... задаток, то у ритейлера не будет стимула снижать цену, чтобы продать больше. Он получил деньги... маржинального эффекта здесь нет»); Tr. 142 (Robert Steiner) («если он не проигрывает в конкурентной борьбе, и если бы в продаже продовольственных товаров были переменные издержки, то, я думаю, он бы проиграл»). См. также Greg Shaffer, *Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices*, 22 *Rand J. Econ.* 120 (1991), где Шэффер утверждает, что повременные маркетинговые платежи непосредственно повышают прибыль ритейлера, но, помимо этого, маркетинговые соглашения (и связанное с ними повышение оптовой цены для покрытия издержек, выросших за счет маркетинговых платежей) снижает межритейлерскую ценовую конкуренцию, поскольку ритейлер, стремящийся к снижению оптовой цены, по сути, заявляет другим ритейлерам о намерении вести менее агрессивную ценовую политику. Предполагается, что в результате этого другие ритейлеры повышают цены, а ритейлер, о котором идет речь, пользуется возникающей в результате этого обратной связью.

² После 1981 г. показатель прибыли как процента продаж демонстрирует очень небольшой, статистически несущественный позитивный тренд менее, чем на один базовый пункт в год, в то время, как показатель прибыли как процента активов демонстрирует статистически несущественный негативный тренд менее, чем на одну десятую базового пункта в год. Цифры по прибыли как проценту от продаж взяты из Food Marketing Institute, *Annual Financial Review*; цифры по прибыли как проценту от активов взяты из U.S. Department of Commerce, in USDA publication AER780, *Food Cost Review 1950-1997 (1980-1997)* и *Quarterly Financial Report for Manufacturing, Mining, and Trade Corporations (1998-2003)*. Индекс *Quarterly Financial Report* (которым охвачена несколько более широкая выборка супермаркетов) рассчитывается как средний показатель ежеквартальных данных и присовокупляется к индексу *Food Cost Review* путем прибавления 0,62 процента (средняя разница между двумя индексами в период с 1994 по 1997 гг.) к индексу *Quarterly Financial Report* за 1998-2003 гг. Разница между двумя индексами в 1994-1997 гг. была относительно стабильной, и стандартное отклонение в показателях междугодовой разницы между двумя индексами составляет всего 0,08 процентов.



Супермаркеты, взимающие платежи за полочное пространство на повременной основе, зарабатывают не больше обычной прибыли, поскольку они сталкиваются со значительной межритейлерской конкуренцией в плане ценовой политики, выбора товаров и качества услуг¹. В результате этой конкуренции преимуществами использования маркетинговых бонусов пользуются потребители, имея снижение оптовых цен и увеличение объема услуг, поскольку маркетинговые бонусы, собранные супермаркетом, соотносятся с объемом его продаж. Таким образом, супермаркеты, конкурирующие за более высокие маркетинговые бонусы, снижают цены (в особенности, цены на чувствительные к конкуренции товары) и делают инвестиции в улучшение впечатления потребителей от похода за покупками ради увеличения потребительского трафика и способности супермаркета продавать полочное пространство производителям по более высокой цене. Можно ожидать, что любой супермаркет, не пользующийся рентой, собранной благодаря маркетинговым бонусам, для снижения своих цен с учетом изменения качества товаров, потеряет значительную часть своего объема продаж и в связи с этим будет взимать более низкие маркетинговые бонусы. Следовательно, существование повременных маркетинговых бонусов не ведет к уплате потребителями более высоких цен за товары или повышению прибылей супермаркетов².

¹ Joshua Wright, Vons Grocery and the Concentration-Price Relationship in Grocery Retail, 48 UCLA L. Rev. 743 (2001) демонстрирует, что конкуренция на рынке розничной торговли продовольственными и сопутствующими товарами оставалась жесткой, несмотря на значительное повышение концентрации товаров за последние два десятилетия.

² Противоположное мнение, согласно которому маркетинговые платежи ведут к повышению цен, использовалось при попытках обоснования предлагавшегося слияния производителей детского питания, занимающих второе и третье место на рынке — соответственно, Beech-Nut и Heinz. Gerber, наиболее рекламируемый бренд детского питания с самыми большими продажами, закупался практически всеми супермаркетами и не требовал маркетинговых бонусов. В отличие от него, Beech-Nut и Heinz вели конкурентную борьбу за полочное пространство ритейлеров, чтобы занять второе место в ассортименте супермаркетов, уплачивая входные бонусы. Стороны, планировавшие слияние, ошибочно постулировали, что если после слияния Beech-Nut и Heinz больше не придется вести конкурентную борьбу за полочное пространство ритейлеров, то экономия на маркетинговых бонусах будет свидетельствовать об экономической эффективности и приведет к снижению потребительских

Если равновесная доходность ритейлера остается неизменной, независимо от того, принимает компенсация за рекламное полочное пространство форму повременной или переменной оплаты, то каковы же потенциальные преимущества ритейлера или производителя при использовании маркетинговых бонусов? С точки зрения производителя, обладает преимуществом компенсация ритейлерам за полочное пространство в форме снижения оптовой цены, поскольку это создает стимул для ритейлера снижать цены и увеличивать продажи производителя¹. Кроме того, снижение оптовой цены является великолепным способом оценки рыночной ценности полочного пространства, предоставляемого ритейлером, поскольку отличия в качестве полочного пространства как в разных магазинах, так и в пределах одного магазина ритейлера будут соотноситься с объемами продаж товара.

Однако эти явные преимущества компенсации ритейлерам за предоставление рекламного полочного пространства путем снижения оптовой цены оттеняются тем фактом, что производитель терпит издержки на генерирование требуемой арендной платы за полочное пространство в условиях значительной межритейлерской конкуренции за продажу товара производителя². Например, предположим, что изначально ритейлеры не сталкиваются с межритейлерской конкуренцией, и арендная плата за полочное пространство при состоянии равновесия составляет 100 долларов за единицу времени, а каждый ритейлер продает 100 единиц товара производителя за единицу времени по текущим ценам. В таких

цен. Окружной суд имплицитно согласился с этим ошибочным мнением, отвергнув претензии Федеральной комиссии по торговле относительно слияния и заявив, что она не доказала, что конкуренция за дистрибуцию является важной частью конкурентного процесса, затрагивающей цены на детское питание. Суд нашел убедительными показания экономического эксперта Heinz, судя по которым получение ритейлером маркетинговых бонусов не влияло на розничные цены на детское питание. *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp.2d 190, 197 (D.D.C. 2000). Апелляционный суд округа Колумбия отверг мнение суда, но при этом основывался не на нашем экономическом анализе, согласно которому отмена маркетинговых бонусов на детское питание, скорее всего, приведет к повышению цен в супермаркетах. Вместо этого, Апелляционный суд округа Колумбия постановил, что окружной суд требовал от Федеральной комиссии по торговле соответствия более высокому стандарту, чем предписывается Разделом 7, и что снижение конкуренции за дистрибуцию детского питания и вызванное этим снижение маркетинговых бонусов приведут к повышению цен на детское питание. *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 719 (D.C. Cir. 2001).

¹ Peter Bronsteen, et al., *Price Competition and Slotting Allowances* (2005, готовится к печати), *Antitrust Bulletin* показывают, что после того, как концерн Philip Morris запустил свою программу рекламного полочного пространства, по которой ритейлерам предлагались более низкие оптовые цены в обмен на полочное пространство и рекламу на кассах (конкуренты Philip Morris безуспешно пытались оспорить эту программу в суде, ссылаясь на нарушение антимонопольного законодательства, см. выше, сн. 7), розничная цена его марок сигарет упала по сравнению с ценой конкурирующих марок. Цена Philip Morris, максимизирующая прибыль, снизилась не только благодаря приобретению полочного пространства посредством дисконта на оптовые цены, но и, возможно, потому, что концерн фокусировал свои усилия на увеличении продаж потребителям с большей чувствительностью к цене, на которых можно повлиять с тем, чтобы менять предпочтительные брэнды в ответ на эти меры по стимулированию.

² В общем и целом, межритейлерская эластичность по цене будет соотноситься со средневзвешенной ценой всех товаров, продаваемых супермаркетом, но, одни товары, вероятно, будут иметь большую ценовую эластичность, чем другие. Например, товары, которые приобретаются более часто (и цены на которые в разных магазинах покупателям сравнивать проще), или товары, цены на которые подлежат широкой огласке (например, местные газеты часто публикуют цены в разных супермаркетах на репрезентативную «корзину» товаров), скорее всего, будут обладать более высокой межритейлерской ценовой эластичностью. Возможно супермаркеты не могут позволить ценам на эти товары отклониться больше, чем на определенное невысокое значение относительно цен их конкурентов прежде, чем многие потребители переключатся на другие магазины. См. Roger A. Dahlgran, et al., *Robustness of an Intermittent Program of Comparative Retail Food Price Information*, 25 J. Consumer Affairs 84 (1991).

обстоятельствах производитель может сгенерировать требуемую арендную плату путем снижения оптовой цены примерно на один доллар¹.

Если же ритейлеры действуют в условиях значительной межритейлерской ценовой конкуренции на товар производителя, то снижение оптовой цены производителя должно превышать один доллар. Теперь эластичность спроса, как ее воспринимает каждый ритейлер, выше, чем эластичность рынка в условиях отсутствия межритейлерской ценовой конкуренции, и у каждого ритейлера будет стимул снижать розничную цену на большую долю снижения оптовой цены производителя. Однако, поскольку производитель осуществляет плату за полочное пространство в форме снижения оптовой цены для всех ритейлеров, ритейлеры как группа будут иметь дело с количественным повышением, обеспеченным эластичностью рыночного спроса. Поэтому межритейлерская конкуренция подтолкнет ритейлеров к тому, чтобы снижать цены больше, чем повышать объем продаж, и платежи производителей ритейлерам за полочное пространство перестанут выполнять свою функцию. Следовательно, производитель должен снижать оптовую цену больше, чем на один доллар для того, чтобы ритейлер получал равновесную прибыль с повременной арендной платы за полочное пространство. Производители должны идти на «дополнительное» снижение оптовой цены, поскольку ритейлерам нужно давать рыночную компенсацию за предоставление полочного пространства, иначе они решат предоставлять рекламное полочное пространство другому производителю, включая производителей, дающих компенсацию, хотя бы частично представленную в форме повременных платежей².

Чем выше межритейлерская конкуренция за товар производителя, тем выше будет снижение розничной цены товара, вызванное снижением оптовой цены, и следовательно, тем больше должно быть «дополнительное» снижение оптовой цены производителем для создания равновесной прибыли с повременной арендной платы за полочное пространство. Поэтому, несмотря на наличие плюсов в плане стимулов и измерения, связанных с предоставлением ритейлерам компенсации за полочное пространство в форме снижения оптовой цены, а не повременных платежей, для производителя выгода снижения оптовой цены в качестве компенсации ритейлерам за предоставление полочного пространства понижается по мере роста межритейлерской конкуренции за тот или иной товар. В предельном случае, когда межритейлерская конкуренция за конкретный товар является идеальной, так что можно ожидать, что розничная цена упадет на все 100 процентов дисконта по оптовой цене, никакое снижение оптовой цены производителем, сколь бы масштабным оно ни было, не сможет сгенерировать требуемую арендную плату ритейлеру за полочное пространство.

¹ Требуемое снижение оптовой цены будет несколько меньше одного доллара, поскольку в отсутствие межритейлерской конкуренции при продаже товара производителя каждый ритейлер будет снижать свою розничную цену и повышать свою прибыль выше уровня в 100 долларов на единицу времени в ответ на снижение оптовой цены на один доллар. В отсутствие межритейлерской конкуренции каждый ритейлер имеет дело с $1/n$ -ой рыночного спроса на товар производителя и получает выгодное количественное увеличение в ответ на снижение цены. Поэтому производителю нет необходимости снижать оптовую цену на полный доллар.

² Издержки «дополнительного» снижения оптовой цены для производителя при наличии межритейлерской конкуренции в какой-то мере компенсируются, поскольку снижение оптовой и розничной цены ведут к увеличению продаж товара производителя. Однако с «дополнительным» снижением оптовой цены для производителя все же связаны чистые издержки, так как оно предполагает установление оптовой цены ниже уровня максимизации прибыли. Изначальное снижение оптовой цены несколько меньшее, чем на один доллар, не представляет собой чистых издержек для производителя, поскольку 100 долларов за единицу времени должны быть переданы ритейлеру в качестве платежа за рекламное полочное пространство.

Рано или поздно будет достигнута точка, в которой межритейлерская ценовая конкуренция за товар производителя будет настолько значительной, что снижение оптовой цены окажется для производителя неадекватным способом компенсации ритейлерам за предоставление рекламного полочного пространства. Это объясняет тот факт, почему повременные входные бонусы фактически используются более часто применительно к тем товарам, за которые между ритейлерами существует значительная ценовая конкуренция¹. Данные экономические соображения объясняют и другие схемы компенсации за полочное пространство — такие, как использование производителями поддержания цены товара при перепродаже для более непосредственного предотвращения межритейлерской ценовой конкуренции².

Более того, значение этой критической точки, в которой межритейлерская конкуренция за товар производителя настолько велика, что компенсация за полочное пространство принимает форму повременного маркетингового платежа, по всей видимости, будет снижаться по мере роста ценности полочного пространства. Например, если производители должны уплатить ритейлеру 200 долларов за единицу времени вместо наших гипотетических 100 долларов из предыдущего примера, то дополнительные затраты на единицу времени, вызванные тем, что в качестве способа генерирования требуемой прибыли от арендной платы за полочное пространство избрано снижение оптовой цены вместо повременной оплаты, удвоятся при любом уровне межритейлерской конкуренции. Фактически, поскольку мы можем ожидать, что потребители начнут покупать товары у другого ритейлера, исходя из конкретной разницы цен в абсолютных цифрах, то чем больше будет дисконт по оптовой цене, тем большая доля этого дисконта будет сведена на нет межритейлерской конкуренцией. Соответственно, дополнительные затраты на использование более низкой оптовой цены вместо повременного платежа увеличатся более, чем вдвое.

В связи с тем, что межритейлерская конкуренция имеет ключевое значение при определении метода компенсации за полочное пространство, можно прийти к выводу о том, что снижение оптовой цены будет эффективным способом приобретения рекламного полочного пространства. Производители приобретают рекламное полочное пространство для приращения объема «импульсивных продаж» маргинальным клиентам, которые с небольшой долей вероятности отреагируют на межритейлерские ценовые различия. Фактически, ритейлеры по определению не сталкиваются с межритейлерской конкуренцией за маргинальных клиентов. Поэтому снижение цены и повышение объема продаж ритейлером в ответ на снижение оптовой цены будут заданы кривой рыночного спроса производителя и с необходимостью приведут к повышению дохода ритейлера. Следовательно, создается впечатление, будто производитель не понесет никаких дополнительных затрат при использовании снижения оптовой цены для приобретения полочного пространства. Однако этот вывод неверен.

¹ См. Chris White, Lisa Troy and Nicholas Gerlich, *The Role of Slotting Fees and Introductory Allowances in Retail Buyers' New-Product Acceptance Decisions*, 28 J. Acad. Marketing Science 291, 299 (2000).

² Например, компания Hartz Mountain при дистрибуции в супермаркетах своих товаров для домашних животных пользовалась поддержанием цены товаров при перепродаже в сочетании со скидками на оптовые цены и другими маркетинговыми платежами. In re: *The Hartz Mountain Corp.*, 95 F.T.C. 280 (1980) (consent order). Другой вариант — использование производителем скидок при продажах другого товара для того, чтобы оценить ценность рекламного полочного пространства ритейлера. Например, в Европе Coca-Cola предлагала ритейлерам скидку на напитки под маркой Coke при условии предоставления дополнительного полочного пространства под другие, хуже продаваемые безалкогольные напитки. Договоренность Coca-Cola с Европейской комиссией, см. выше, сн. 3, ограничила возможности Coca-Cola по предложению скидок на напитки под маркой Coke в качестве способа приобретения полочного пространства под ее другие товары.

Ритейлеры, как правило, продают товар группе, состоящей из маржинальных и инфрамаржинальных потребителей. Даже у нового товара, который поначалу может приобретаться исключительно маржинальными потребителями, со временем появятся лояльные инфрамаржинальные покупатели, которые знают, что они хотят приобрести именно этот товар и могут сменить ритейлера, исходя из цены. Поэтому в результате снижения оптовой цены производителями ритейлеры пойдут на гораздо большее снижение розничной цены, чем если бы они продавали товар только маржинальным потребителям, не сталкиваясь с межритейлерской конкуренцией, что увеличивает снижение оптовой цены производителем, требуемое для компенсации ритейлерам за предоставление полочного пространства. Поскольку доля общего объема продаж инфрамаржинальным потребителям повышается, растет и вероятность того, что повременной платеж, рассчитываемый исходя из ожидаемого объема продаж маржинальным потребителям, будет эффективным способом компенсации, даваемой производителями ритейлерам за предоставление рекламного полочного пространства.

Даже когда импульсивные продажи маржинальным потребителям могут быть в принципе отделены от более чувствительных к ценам продаж путем размещения товара на особой позиции (например, импульсивные продажи конфет и жевательной резинки у кассы, противопоставленные продажам этих же товаров в соответствующих отделах), производителю будет трудно заплатить за рекламное полочное пространство у кассы путем снижения оптовой цены исключительно на товары, выложенные на данной позиции, поскольку ритейлер попытается манипулировать разницей в оптовых ценах. Поэтому производитель заплатит ритейлеру повременной маркетинговый бонус за рекламное полочное пространство, что является логическим эквивалентом снижения оптовой цены исключительно на товары, выкладываемые на рекламном полочном пространстве.

Возможность растраты ренты с полочного пространства в результате межритейлерской конкурентной борьбы в том случае, когда компенсация со стороны ритейлера носит форму снижения оптовой цены, также объясняет то, почему маркетинговые бонусы будут с большей вероятностью использоваться применительно к тем товарам, где соглашения об использовании полочного пространства являются более долгосрочными, а потребители с большей вероятностью смогут сравнить цены, предлагаемые ритейлерами. Между тем, соглашения о предоставлении рекламного полочного пространства под уже известные товары, выкладываемые на непродолжительный период времени в начале проходов, обычно не существуют достаточно долго для того, чтобы преимущества снижения оптовой цены были потеряны в результате межритейлерской конкуренции¹. Поскольку в данных обстоятельствах оптовая цена снижается на непродолжительный период, маловероятно, что межритейлерская конкуренция будет сконцентрирована на конкретном товаре и поэтому маловероятно, что будет сведена на нет значительная доля прибыли ритейлера, обеспеченной выкладкой товара в начале проходов².

¹ Например, товары категории «соленые закуски / чипсы», выложенные в начале проходов, скорее всего, будут сменяться еженедельно. См. описание маркетинговых практик Frito-Lay в меморандуме министерства юстиции (16 мая 1996 г.), <http://www.usdoj.gov/atr/foia/frito-lay/5-19-96.htm>. Частая смена товаров, выложенных в начале проходов, зачастую является экономически целесообразной, поскольку это заставляет потребителей обращать больше внимания на товары и тем самым повышает ценность полочного пространства ритейлеров в начале проходов.

² Производители могут покупать рекламное полочное пространство в то же самое время, когда они устраивают временное снижение цен. Две тактики часто дополняют друг друга, поскольку производитель может пользоваться снижением цен для того, чтобы подтолкнуть новых клиентов к тому, чтобы попробовать его продукт и поэтому хочет привлечь внимание тех клиентов, которые иначе не планировали приобретать этот продукт. В таких случаях производитель может быть больше

Соображения межритейлерской конкуренции также объясняют тот факт, что Wal-Mart принимает платежи за рекламное полочное пространство в форме, прежде всего, снижения оптовых цен, а не маркетинговых бонусов. Хотя Wal-Mart сталкивается со значительной межритейлерской конкуренцией и передает потребителям существенную долю сбережений, обеспеченных общим снижением оптовых цен, межритейлерская конкуренция не вынуждает Wal-Mart терять большую часть скидки с оптовой цены путем снижения розничной цены на товар конкретного производителя. Политика Wal-Mart состоит в том, чтобы рекламировать не низкие цены на отдельные товары, а тот факт, что он ежедневно предлагает низкие цены, и именно такую репутацию он заслужил себе среди потребителей. Wal-Mart не только приобретает лояльных клиентов, которые знают, что в Wal-Mart они заплатят меньше за свои покупки, чем у других ритейлеров, но и не вынужден давлением конкурентного рынка передавать потребителям значительную долю конкретной скидки с оптовой цены в форме розничной цены конкретного товара, поскольку ритейлеры-конкуренты получают компенсацию за рекламное полочное пространство главным образом в форме маркетинговых бонусов. Следовательно, производители могут получать выгоды, обеспечиваемые маркетинговыми платежами за полочное пространство в Wal-Mart, преимущественно путем снижения оптовых цен¹.

IV. ТЕОРИЯ МАРКЕТИНГОВЫХ УСЛУГ ПОДТВЕРЖДАЕТСЯ ФАКТАМИ

Существуют три основные теории маркетинговых платежей, каждая из которых утверждает, что распространение системы маркетинговых бонусов в начале 1980-х годов может быть объяснено ростом ассортимента супермаркетов. Число новых товаров, выкладываемых на полки супермаркетов в течение года, выросло за этот период более, чем в восемь раз — с 2,782 новых товаров, выведенных на рынок в 1981 г., до 23,181 новых товаров, выведенных на рынок в 2003 г.². Однако эти теории не дают адекватного

озабочен не тем, что межритейлерская конкуренция может ликвидировать значительную долю прибыли ритейлера и потребует дальнейшего снижения оптовой цены для того, чтобы полочное пространство принесло доход ритейлеру, а тем, что продажа на льготных условиях не коснется потребителя. Поэтому во многих соглашениях об использовании рекламного полочного пространства в начале проходов содержится требование о том, чтобы ритейлер переводил определенную долю дисконта на оптовую цену в более низкую розничную цену, а также указание на конкретный объем полочного пространства и условия совместной рекламы специальной цены. Эти практики обсуждаются в беседе представителей Министерства юстиции с агентом супермаркета по закупкам. См. <http://www.usdoj.gov/atr/foia/fritolay/5-19-96.pdf>, с. 6,7. См. также Wineg, выше, сн. 15, с. 363.

¹ Тот факт, что маркетинговые контракты применяются ритейлерами, не имеющими возможности диктовать свои условия производителям, а крупнейший ритейлер, Wal-Mart, как правило, не принимает маркетинговые платежи, фундаментально противоречит мнению, согласно которому маркетинговые контракты являются следствием антиконкурентного применения ритейлерами своей рыночной силы. Конкретно, он противоречит моделям, представленным в двух недавних работах: Leslie M. Marx and Greg Shaffer, *Upfront Payments and Exclusion in Downstream Markets*, неопубликованное исследование, август 2005 г., Patrick Rey, Jeanine Thal, and Thibaud Verge, *Slotting Allowances and Conditional Payments*, неопубликованное исследование, март 2005 г., авторы которых исходят из того, что ритейлеры, имеющие возможность диктовать свои условия, пользуются маркетинговыми платежами, чтобы повышать свои доходы, исключая других ритейлеров из процесса дистрибуции товара производителя. Данные модели превратно толкуют обычные соглашения об эксклюзивности, по которым ритейлер соглашается включить в каждую категорию своего ассортимента товар только одного производителя, и вместо этого содержат нереалистическое положение о том, что ритейлер, имеющий возможность диктовать свои условия, вынуждает производителя выбирать данного ритейлера единственным дистрибьютором своего товара в обмен на уплату крупного денежного взноса производителю, часть которого производитель возвращает эксклюзивному ритейлеру в форме маркетингового платежа.

² *New Product News* (за разные годы, перепечатка в *U.S. Food Marketing System, 2002 (AER-811)*). Sullivan, см. выше сн. 12, с. 475-76, утверждает, что это увеличение числа новых товаров в ассортименте супермаркетов было результатом снижения издержек на разработку продукта,

объяснения тому факту, что резкое увеличение числа новых товаров, выводимых на рынок, привело к созданию системы маркетинговых бонусов.

Одна из теорий подчеркивает рост транзакционных издержек, которые несут ритейлеры в результате увеличения ассортимента товара, включая затраты на внесение в компьютер информации о новом товаре, складирование новых товаров и физическое размещение новых товаров на полках¹. Ритейлерские организации согласились с такой трактовкой в ходе слушаний в Конгрессе и в своих информационно-рекламных материалах². Однако объяснение маркетинговых платежей, основанное на повышении транзакционных издержек при увеличении ассортимента товаров, предлагаемых супермаркетами, противоречит тому факту, что маркетинговые бонусы гораздо выше этих сравнительно небольших операционных издержек³. Более того, данное объяснение противоречит и тому факту, что маркетинговые бонусы на разные товары заметно отличаются друг от друга и применяются в отношении известных товаров, когда дополнительные транзакционные издержки, скорее всего, будут минимальными.

Другая теория объясняет маркетинговые платежи ростом ассортимента, подчеркивая риск, который берет на себя ритейлер, когда он решает ввести в свой ассортимент неизвестный ранее товар, в плане потенциальной потери дохода со своего полочного пространства. Утверждается, что маркетинговые бонусы компенсируют ритейлерам данные риски. В большинстве гипотетических моделей предполагается, что маркетинговые платежи выполняет функцию фильтра [screening device], который помогает супермаркету определить, какие из многочисленных новых товаров, скорее всего, будут иметь успех в среде, при которой, как предполагается, производители в большей степени владеют информацией, чем ритейлеры⁴. Однако такое видение маркетинговых платежей также

вызванного тем, что в 1981 г. крупные сети супермаркетов приняли технологию сканирования, что привело к сбору и продаже данных сканирования компаниями по исследованию рынка. Однако сомнительно, что рост числа новых товаров может быть объяснен этим технологическим изменением. Маркетинг для более узких потребительских сегментов давно является долгосрочным общим феноменом во многих секторах экономики, включая отрасли (например, автомобильную), которые не имеют никакого отношения к технологии сканирования. См., например, Kotler, выше сн. 15, с. 284-85; Federal Reserve Bank of Dallas, *The Right Stuff: America's Move to Mass Customization* (1998 Annual Report) (содержит примеры «массовой индивидуализации» во всех секторах экономики); Malcolm Gladwell, *The Ketchup Conundrum*, *The New Yorker Magazine* (September 6, 2004) (показывает, что кетчуп является исключением из общей тенденции на расширение брэнда и сужение потребительской сегментации в сфере продовольственных и сопутствующих товаров).

¹ См., например, Laurie Freeman, *Paying for Retail Shelf Space*, *Advertising Age* (February 13, 1986), с. 31.

² См. "Background on Slotting Allowances", www.fmi.org/media/bg/slottingallowances.html.

³ Один крупный ритейлер, участвовавший в *FTC Study*, заявил, что издержки, связанные с включением в ассортимент нового товара, состоят из: (а) \$1 000 трудовых затрат на выкладку нового товара на полках всех магазинов ритейлера, (b) \$1 200 на размещение товара на складах и (с) \$600 на внесение нового артикула в компьютерную систему ритейлера. *FTC Study*, см. выше сн. 1, с. 10. По-видимому, эти издержки являются одномоментными, а не повременными, и они существенно меньше средних маркетинговых платежей, уплачиваемых ритейлерам. Например, указанный в *FTC Study* диапазон среднего маркетингового платежа по региональной сети супермаркетов за первоначальный шестимесячный период составил от \$6 819 до \$10,625, и эти суммы значительно выше предполагаемых единовременных транзакционных издержек, связанных с включением нового товара в ассортимент.

⁴ Подобные модели «фильтров» часто встречаются в экономической литературе по маркетинговым платежам. См., например, Wujin Chu, *Demand Signaling and Screening in Channels of Distribution*, 11 *Marketing Sci.* 324 (1997); Preyas S. Desai, *Multiple Messages to Retain Retailers: Signaling New Product Demand*, 19 *Marketing Sci.* 381 (2000); Martin A. Lariviere, V. Padmanabhan, *Slotting Allowances and New Product Introductions*, 16 *Marketing Sci.* 112 (1997); *FTC Study*, см. выше сн. 1, сс. 1-2. Sudhir and Rao, *Are Slotting Allowances Efficiency-Enhancing or Anti-Competitive?* (рабочий документ, <http://www.mba.yale.edu/faculty/pdf/slottingallowances.pdf>), анализ различных моделей маркетинговых соглашений с использованием данных по предложению новых продуктов от одной

противоречит тому факту, что маркетинговые бонусы и другие рекламные платежи часто уплачиваются производителями за известные товары с предсказуемым спросом, и что маркетинговые контракты часто возобновляются после того, как супермаркеты уже оценили рыночные позиции данного нового товара¹.

Обе теории объясняют распространение маркетинговых платежей ростом издержек супермаркетов, связанных с выводом на рынок новых товаров. Однако эти теории игнорируют нечто более релевантное, чем какое-либо повышение транзакционных издержек или цены риска, связанное с включением в ассортимент нового товара, а именно рост текущих расходов супермаркетов в результате увеличения числа новых товаров. Как показано выше, рост числа новых товаров с начала 1980-х гг. привел к существенному увеличению торговых площадей супермаркетов. Число артикулов в ассортименте среднестатистического супермаркета в период с 1980 по 2003 гг. выросло более, чем на 270 процентов², причем объем полочного пространства, выделяемого супермаркетами на каждый доллар продаж, вырос почти на 40 процентов. Более того, теории транзакционных издержек и издержек риска даже не пытаются ответить на фундаментальный экономический вопрос, который ставит существование маркетинговых контрактов, а именно: почему потребители не платят за увеличение операционных издержек супермаркетов в форме более высокой розничной цены, а вместо этого производители покрывают рост издержек поврежденными входными бонусами?

Третья теория маркетинговых платежей, разработанная Мэри Салливэн, также объясняет маркетинговые платежи исходя из увеличения числа новых товаров, выводимых на рынок. Но, в отличие от авторов теорий транзакционных издержек и рисков, Салливэн верно фокусирует свое внимание на постепенном росте издержек супермаркетов на полочное пространство и пытается ответить на фундаментальный экономический вопрос о том, почему производители платят за повышение издержек в форме маркетинговых бонусов. Салливэн объясняет распространение поврежденных маркетинговых бонусов тем, что рост числа новых товаров и вызванное этим повышение издержек супермаркетов на полочное пространство на каждый доллар продаж не создали для потребителей компенсирующей выгоды. Это так, утверждает она, потому что большинство новых товаров представляет собой расширение брэндов, которое не сократило издержки потребителей на поиск и время, затраченное на покупки³. В частности, предложенная Салливэн модель спроса предполагает

ритейлерской сети в 1986-87 гг. Авторы заключают, что маркетинговые соглашения переводят риск, связанный с введением в ассортимент нового товара, с ритейлеров на производителей, а также смягчают ритейлерскую конкуренцию, как описано Шэффером, см. выше, сн. 30. Однако, как показано выше, сн. 31, расширение маркетинговых платежей не коррелирует с ростом прибыльности ритейлеров.

¹ Также модели «фильтров», как правило, не учитывают вероятность того, что производители могут, в зависимости от обстоятельств, заключить некое альтернативное соглашение — например, о скидке с первоначальной цены в зависимости от объема продаж, или о щедрой компенсации за возврат товара, чтобы застраховать ритейлеров от неудач с новыми продуктами.

² Число артикулов на супермаркет выросло с 9 400 на магазин в 1980 г. до 35,000 на магазин в 2003 г. *Progressive Grocer, Annual Report of the Grocery Industry (1980-2003)*. Данный факт противоречит утверждению о том, что маркетинговые схемы снизили широту ассортимента. (*FTC Study*, см. выше сн. 1, сс. 3-4, цит. по Shaffer, Slotting Allowances and Optimal Product Variety, 5(1) *Advances in Economic Analysis & Policy: Article 3 (2005)*). Хотя иногда маркетинговые соглашения — когда они являются эксклюзивными — сужают выбор потребителя, в более общем плане маркетинговые соглашения повышают доходы ритейлеров от предоставления полочного пространства, создавая ритейлерам стимул для строительства более крупных магазинов и увеличения ассортимента.

³ Хотя в общем и целом это справедливо, тем не менее, рост числа артикулов на супермаркет предполагал увеличение числа линеек товаров, а не только расширение брэндов. Супермаркеты расширяли свое полочное пространство не исключительно под традиционные продовольственные и

фиксированные розничные цены, при которых потребительский спрос руководствуется исключительно соображениями издержек поиска. Это устраняет возможность влияния потребительского спроса на разнообразие товаров на спрос конкретного супермаркета. Супермаркеты, предлагающие повышенное разнообразие товаров, не могут испытать повышение спроса и тем самым повышение маржи или объема продаж. Поскольку предполагается, что потребители не стремятся компенсировать издержки путем повышения маржи или увеличения объема продаж, маркетинговые бонусы, по мнению Салливэн, необходимы для того, чтобы позволить супермаркетам покрыть возрастающие издержки на предоставление дополнительного полочного пространства для размещения новых товаров.

Однако в принципе потребители должны быть не против того, чтобы заплатить за расширение ассортимента, увеличивающее затраты супермаркетов по сбыту. Следует полагать, что расширение числа брендов, даже если оно не снижает затраты потребителей на поиск, имеет ценность для потребителя¹. Супермаркет, который увеличивает свое полочное пространство и включает в свой ассортимент более широкий выбор товаров, увеличивая свои издержки в связи со снижением объема продаж на квадратный фут, создает выгоду для потребителей в плане повышения разнообразия товаров. Поэтому межритейлерская конкуренция должна вести к компенсации супермаркету этой выгоды для потребителя в форме более высокой маржи и/или повышения объема продаж. Конкретно, конкуренция приведет к тому, что супермаркеты выберут оптимальное подмножество товаров, востребованных потребителями, а потребители «заплатят» за увеличение издержек в связи с расширением полочного пространства в форме повышения маржи супермаркета, даже если не произойдет снижения затрат на поиск. В таких обстоятельствах для компенсации супермаркетам повышения издержек сбыта не потребуется подписание отдельного маркетингового контракта. С другой стороны, в отсутствие потребительского спроса на расширение ассортимента конкуренция среди супермаркетов не приведет к увеличению числа артикулов и повышению розничных издержек в связи со снижением объема продаж на квадратный фут. Конкурирующие супермаркеты могли бы предлагать более ограниченный набор товаров и в связи с этим иметь более высокий объем продаж на квадратный фут и более низкие издержки.

Прояснить эту запутанную ситуацию помогает наша модель рекламного полочного пространства, согласно которой потребители не желают в полной мере компенсировать ритейлерам увеличение издержек сбыта в связи с расширением ассортимента товаров, однако конкурирующие ритейлеры расширяют свой ассортимент, поскольку ритейлеры предоставляют производителям рекламное полочное пространство. Увеличение числа товаров, продаваемых в больших супермаркетах, отражает не только повышение потребительского спроса на разнообразие, оно также отражает рост спроса производителей на рекламное полочное пространство. Рост издержек сбыта, связанный с расширением магазинов и увеличением числа артикулов, по крайней мере, отчасти является реакцией на этот растущий спрос производителей на рекламное полочное пространство. Поэтому производители должны платить супермаркетам за то, что им приходится действовать в условиях, при которых они не могут получить от потребителей непосредственной

сопутствующие товары и теперь, например, предлагают все больше аптечных артикулов. Продажи аптечных отделов супермаркетов, включая товары, отпускаемые без рецепта, повысились в 1992-2000 гг. с 1,94% до 5,15% от общего объема продаж супермаркетов. См. Report of the IMS Health and National Association of Chain Drug Stores Economics Department, <http://www.nacds.org/userassets/PDFfiles/PharmacySales2003.pdf>; Progressive Grocer, Annual Report of the Grocery Industry (1993-2001) (данные по общему объему продаж супермаркетов). Вероятно, это привело к общему сокращению времени, затрачиваемого потребителями на покупки.

¹ См., например, Jerry Hausman, Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition in The Economics of New Goods 209-67 (Bresnahan and Gordon, eds., 1997).

компенсации¹. Таким образом, наша теория рекламного полочного пространства заполняет важную лауну в теоретических рассуждениях Салливэн, объясняя, почему производители непосредственно платят ритейлеру за рекламное полочное пространство. Наша теория также объясняет тот факт, что производители все чаще компенсируют супермаркетам предоставление рекламного полочного пространства в форме маркетинговых бонусов. Переход к системе маркетинговых бонусов можно объяснить существенным увеличением с начала 1980-х годов рыночной ценности рекламного полочного пространства в связи со значительным ростом спроса на такое полочное пространство². Как показано выше, можно ожидать, что увеличение ценности рекламного полочного пространства может привести к более широкому использованию маркетинговых платежей, поскольку при любом данном уровне межритейлерской конкуренции за товар производителя рост требуемого увеличения оптовых скидок приведет к тому, что повысятся и издержки компенсации производителей ритейлерам за предоставление полочного пространства исключительно в виде снижения оптовой цены³.

Рост спроса на рекламное полочное пространство можно отчасти отнести на счет роста числа новых товаров, выводимых на рынок. Применительно к новым товарам эффект, оказываемый рекламным полочным пространством на приращение объемов продаж производителя, dQ_M / dS , вероятно, будет высоким⁴. Однако, помимо роста спроса на рекламное полочное пространство для новых товаров, с начала 1980-х годов спрос производителей на рекламное полочное пространство возрос за счет роста спроса производителей на использование полочного пространства для стимулирования продаж известных товаров. Почему это произошло?

Ключевая экономическая догадка нашей теории рекламного полочного пространства, выраженная в уравнении (7), состоит в том, что важным фактором, побуждающим производителей заключать контракты с ритейлерами на предоставление рекламного полочного пространства, является размер маржи производителя по сравнению с маржей

¹ Это не означает, что предоставление рекламного полочного пространства подразумевает социальную неэффективность. См. Gary Becker and Kevin M. Murphy, выше, сн. 18. В любом случае, появляющееся состояние равновесия, при котором маргинальные потребители получают дисконт с реальной цены в форме полочного пространства, за которое уплатил производитель, является следствием конкурентного процесса.

² Поскольку прибыль за счет эффекта масштаба сокращается в связи с тем, что размер супермаркетов оптимизирует как разнообразие ассортимента, так и удобство для потребителей, рост спроса производителя на рекламное полочное пространство приведет к росту ценности рекламного пространства супермаркета. Однако тот факт, что супермаркеты зарабатывают ренту на своем экономически ограниченном рекламном пространстве, не означает, что они зарабатывают ренту в целом на своей деятельности. Факты говорят о том, что межритейлерская конкуренция за цены и услуги ликвидировала всяческую ренту для супермаркетов. См. выше Рисунок 2 и связанные с ним пояснения.

³ Вместо того, чтобы уделить внимание относительной эффективности повременных платежей по мере возрастания ценности рекламного полочного пространства, Салливэн дает альтернативный, неубедительный ответ на вопрос о том, почему маркетинговые платежи не встречались до начала 1980-х гг.: по ее мнению, дело в том, что ритейлеры опасались возбуждения антимонопольных исков, но в конечном итоге эти опасения перевесила выгода для ритейлеров от принятия маркетинговых платежей по мере возрастания ценности полочного пространства (см. выше сн. 12, с. 480-83). Это не объясняет, почему выгоды компенсации ритейлерам за полочное пространство маркетинговыми платежами возросли по сравнению с компенсацией путем дисконта на оптовую цену.

⁴ Как показано выше, хотя производитель может иметь возможность пользоваться снижением оптовой цены для приобретения полочного пространства под совершенно новый продукт, поскольку все продажи осуществляются маргинальным потребителям, со временем покупатели продукта будут представлять собой смешанную группу, состоящую из маргинальных и инфрамаргинальных потребителей, и производителю придется перейти к повременным маркетинговым платежам.

ритейлера. Он показывает различия в выгоде для производителя и ритейлера от предоставления рекламного полочного пространства под товар производителя. Поскольку в сфере торговли продовольственными и сопутствующими товарами царит жесткая конкуренция, и предполагается, что со временем маржа супермаркета останется на относительно стабильном уровне, наша теория предсказывает, что спрос на рекламное полочное пространство и его ценность, а, следовательно, частота маркетинговых контрактов, будут зависеть от маржи, получаемой производителями за счет приращения объема продаж, обеспеченного рекламным полочным пространством.

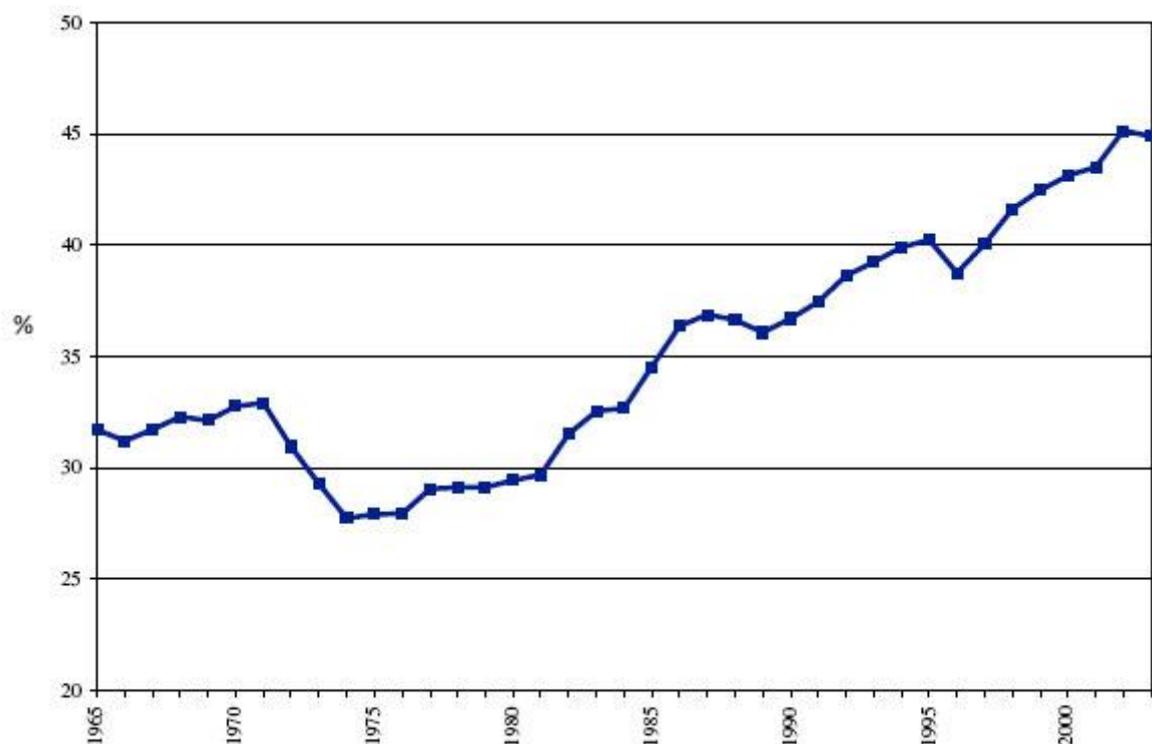
При предсказании изменений спроса на рекламное полочное пространство со временем маржу производителя можно оценивать через добавленную стоимость как долю от объема продаж¹. Рисунок 3 показывает, что добавленная стоимость как доля от объема продаж производителей продовольственных товаров и напитков существенно выросла с начала 1980-х. В 1965-1981 гг. уровень добавленной стоимости как доли от объема продаж колебалась в диапазоне от 27,7 процентов в 1974 г. до 32,9 процентов в 1971 г.² В 1984 г. (исходная точка в исследовании маркетинговых контрактов Салливэн) уровень добавленной стоимости как доли от объема продаж составлял 32,7 процентов, то есть был сопоставим с максимумом предыдущих 20 лет, после чего начался резкий рост, продолжавшийся два десятилетия, и в 2003 г. этот уровень достиг 44,9 процентов.

Рисунок 3

Добавленная стоимость как доля от объема продаж производителей продовольственных товаров и напитков

¹ Добавленная стоимость представляет собой доход минус стоимость приобретенных товаров. Если степень вертикальной интеграции и технология переработки не изменятся со временем, то можно ожидать, что она будет сильно коррелировать с маржей производителя.

² Данные по добавленной стоимости как доле от объема продаж приведены по U.S. Census Bureau: 1977, 1992 Census of Manufactures; 2002 Economic Census; (1993-1996 и 2002-2003 по Annual Survey of Manufactures). Показатели за 1965-1996 гг. рассчитаны с использованием SIC 20 (Продовольственные и родственные товары, включая напитки); Показатели за 1997-2003 гг. рассчитаны с использованием NAICS 311 (Продовольственные товары) и NAICS 3121 (напитки).



Изменение тренда в соотношении добавленной стоимости и продаж в период с 1965 по 2003 г. может быть проиллюстрировано следующей регрессией:

(8),
$$\frac{VA}{S} = \begin{matrix} .305 \\ (42.7) \end{matrix} - \begin{matrix} .0003t \\ (-.5) \end{matrix} + \begin{matrix} .0035Dt \\ (6.7) \end{matrix} \quad \bar{R}^2 = .89$$
, где t — временной тренд, D — фиктивная переменная, равная единице для временного периода, начинающегося в 1984 г., а t-статистика представлена под коэффициентами. Хотя в первые 20 лет какой-либо существенный тренд не наблюдался, после 1984 г. имеет место существенный тренд на повышение добавленной стоимости как доли от объема продаж чуть больше, чем на треть процента в год. Данный тренд на повышение добавленной стоимости как доли от объема продаж был вызван, главным образом, тем, что потребители по многим категориям продовольственных и сопутствующих товаров переключались на более специализированные продукты со сравнительно большей маржей для производителя, в частности, предпочитая марочные упакованные / замороженные продукты небрендированному свежим¹. Данный тренд совпадает по времени с введением и распространением практики маркетинговых платежей в торговле продовольственными и сопутствующими товарами, что можно предсказать, исходя из нашей теории рекламного полочного пространства.

Помимо объяснения временного тренда маркетинговых платежей, наша теория рекламного полочного пространства предсказывает и то, применительно к каким товарам, скорее всего, будут использоваться маркетинговые платежи. В частности, в отличие от посылки других

¹ Например, объем продаж супермаркетами брендированной продукции и свежеприготовленных салатов вырос с 8% общего объема продаж в 1987 г. до 34% в 1987 г. Phil Kaufman, et al., Understanding the Dynamics of Produce Markets, United States Department of Agriculture Economic Research Service No. 758 (August 2000).

теорий маркетинговых платежей, согласно которой они применяются исключительно в отношении новых товаров¹, наша теория исходит из того, что маркетинговые бонусы будут использоваться и для известных товаров, дающих производителю самую высокую маржу (при данном эффекте стимулирования продаж за счет полочного пространства).

Доклад Федеральной комиссии по торговле показывает, что маркетинговые платежи часто используются применительно к таким товарам, как замороженные продукты, бакалея и напитки, а заметно реже — применительно к таким товарам, как свежее мясо и морепродукты, овощи, фрукты и гастрономия. Поставщики широкой гаммы других продовольственных и сопутствующих товаров, включая обычные и особые сорта хлеба, поздравительные открытки, кукурузные лепешки, освежители воздуха, детское питание и специи, также сообщают о частом использовании маркетинговых платежей². Кроме того, из проведенного в 1997 г. исследования, в котором сравниваются практики, существующие в табачной отрасли, с другими товарами, явствует, что маркетинговые платежи за табак были наиболее распространены и имели наибольшую величину. По величине за ними следовали платежи в пивной и винной отрасли, а затем — платежи производителей закусок и безалкогольных напитков³.

В Таблице 1 продовольственные и сопутствующие товары по классификации NAICS Переписи производителей разбиты на две группы: товары, по которым у нас есть свидетельства уплаты существенных маркетинговых бонусов, и товары, по которым у нас есть свидетельства того, что маркетинговые бонусы, как правило, не уплачиваются. Когда у нас нет свидетельств относительно маркетинговых бонусов, мы указываем в Таблице 1, что данные категории товаров «не классифицируются». Мы классифицируем каждую товарную группу с четырехзначным кодом, а, когда у нас есть отдельные свидетельства, и товарные группы с пятизначным кодом.

Таблица 1

Классификация товаров по применению маркетинговых платежей

Код NAICS	Товарная группа	Применение маркетинговых платежей
3111	Корма для животных	Не классифицируются
3112	Крупы и масла	
31121	<i>Мука и солод</i>	<i>Не применяется</i>
31122	<i>Крахмал, животные жиры и масла</i>	<i>Не применяется</i>
31123	<i>Готовые завтраки</i>	<i>Применяется</i>
3113	Сахар и кондитерские изделия	
31131	<i>Сахар</i>	<i>Не применяется</i>
31132	<i>Кондитерские изделия</i>	<i>Применяется</i>
3114	Консервированные фрукты и овощи, деликатесные изделия	

¹ Фактически, Салливан говорит о маркетинговых соглашениях только применительно к новым товарам.

² FTC Report; *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (D.C.C. 2000), *rev'd*, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001); *FTC v. McCormick*, FTC Dkt. No. C-3939 (2000). Sudhir and Rao, см. выше сн. 47, анализируют включения новых товаров в ассортимент магазинов одной сети и обнаруживают, что распространенность маркетинговых платежей по всем категориям товаров в основном соответствует данным FTC. В частности, ритейлер получал маркетинговые скидки на 14 процентов всех товаров, а чаще всего на детское питание (43%), фрукты, овощи, соки и напитки (24%), хозтовары (20%), замороженные продукты (17%) и алкогольные напитки (16%).

³ См. *Ellen Feighery, et. al, Retail Trade Incentives: How Tobacco Industry Practices Compare with Those of Other Industries*, 89 Am. J. Pub. Health 1564 (1999).

31141	<i>Замороженные продукты</i>	<i>Применяется</i>
31142	<i>Консервированные, квашеные и сушеные фрукты и овощи</i>	<i>Не классифицируются</i>
3115	Молочные продукты	
31151	<i>Молочные продукты (кроме замороженных)</i>	<i>Не применяется</i>
31152	<i>Мороженое и замороженные десерты</i>	<i>Применяется</i>
3116	Мясные изделия	Не применяется
3117	Морепродукты, в том числе упакованные	Не применяется
3118	Хлебобулочные изделия и кукурузные лепешки	Применяется
3119	Прочие продовольственные товары	
31191	<i>Закуски</i>	<i>Применяется</i>
31192	<i>Кофе и чай</i>	<i>Не классифицируются</i>
31193	<i>Ароматные сиропы и концентраты</i>	<i>Не классифицируются</i>
31194	<i>Специи и приправы</i>	<i>Применяется</i>
31199	<i>Все прочие продовольственные товары</i>	<i>Не классифицируются</i>
3121	Напитки	Применяется
3122	Табак	
31221	<i>Табак очищенный и подсушенный</i>	<i>Не классифицируются</i>
31222	<i>Табачные изделия</i>	<i>Применяется</i>

Источник: коды товаров NAICS из 2003 Annual Survey of Manufactures, Таблица 2.
Классификация слоттинга — из разных источников.

В Таблице 2 соотношение добавленной стоимости и объема отгрузок в 2003 г. по категориям товаров, с которыми связано частое применение маркетинговых платежей, сравнивается с соотношением добавленной стоимости и объема отгрузок по тем товарам, где маркетинговые платежи считаются нераспространенной практикой.

Таблица 2

Соотношение добавленной стоимости и объема отгрузок в отраслях, где маркетинговые платежи распространены и не распространены

Код NAICS	Товарная группа	Добавленная стоимость / объем отгрузок
Распространены маркетинговые платежи		
31123	Готовые завтраки	77.3%
31132	Кондитерские изделия	59.4%
31141	Замороженные продукты	54.7%
31152	Мороженое и замороженные десерты	52.9%
3118	Хлебобулочные изделия и кукурузные лепешки	66.0%
31191	Закуски	60.6%
31194	Специи и приправы	53.3%
3121	Напитки	52.3%
31222	Табачные изделия	87.9%
Средневзвешенное значение		63.1%
Не распространены маркетинговые платежи		
31121	Мука и солод	29.6%
31122	Крахмал, животные жиры и масла	27.0%
31131	Сахар	33.6%
31151	Молочные изделия (кроме замороженных)	31.0%
3116	Мясные изделия	32.9%

3117	Морепродукты, в том числе упакованные	38.1%
Средневзвешенное значение		31.8%

Группа «кондитерские изделия» помечена кодом NAICS 31132, но представляет собой сумму кодов NAICS 31132 (шоколад и кондитерские изделия из какао-бобов), 31133 (кондитерские изделия из приобретенного шоколада) и 31134 (нешоколадные кондитерские изделия).

Источник: 2003 Annual Survey of Manufactures, Таблица 2.

По тем категориям товаров, где часто отмечаются маркетинговые платежи, средневзвешенное значение отношения добавленной стоимости к объему отгрузок составляет 63,1 процента, а там, где маркетинговые платежи не наблюдаются, средневзвешенное соотношение составляет 31,8 процента. Фактически, два эти распределения выборок абсолютно не перекрываются, поскольку самое низкое отношение добавленной стоимости к объему отгрузок по товарам, в отношении которых маркетинговые платежи распространены, более, чем на 14 процентных пунктов превышает самое высокое отношение добавленной стоимости к объему отгрузок по товарам, в отношении которых маркетинговые платежи не распространены. Если пользоваться критерием суммы рангов Уилкоксона для сравнения центров этих двух небольших совокупностей величин выборки, то нулевая гипотеза о том, что медиана соотношения добавленной стоимости к объему продаж по товарам, в отношении которых применяются маркетинговые платежи, равна медиане по товарам, где они не применяются, отвергается на уровне 0,01¹. Эти результаты четко указывают на то, что, в соответствии с нашей теорией рекламных услуг, существование маркетинговых платежей значимо и позитивно связано с маржой производителя товара².

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящей статье предлагается основанное на соображениях конкуренции обоснование контрактных соглашений по приобретению производителями у ритейлеров услуг по дистрибуции. Когда рекламная ценность полочного пространства ритейлера высока, маркетинговые договоры, скорее всего, будут эффективны. Наш анализ объясняет, почему с начала 1980-х гг. имело место распространение маркетинговых контрактов, почему маркетинговые контракты будут с большей вероятностью применяться по отношению к товарам с относительно высокой маржой производителя, и почему с тех пор, как маркетинговые платежи получили распространение, прибыли супермаркетов не увеличились.

Некоторые суды однозначно признали, что конкуренция за полочное пространство является существенным элементом конкурентного процесса. Например, суд в деле *Gruha* постановил, что маркетинговые контракты привели не к блокированию конкуренции, а к интенсификации конкуренции между товарами³. Однако не все признают,

¹ Тестовой статистикой служит сумма рангов товаров, в отношении которых маркетинговые платежи не распространены, равная 21, что ниже критического значения 48, так что нулевая гипотеза может быть отвергнута на уровне 0,01. Если мы применим параметрический t-критерий Стьюдента, то простая тестовая статистика составит 5,81, а при использовании средневзвешенных значений – 16,9; в обоих случаях р-значение меньше 0,01.

² Данный результат подтверждает тот недавно установленный факт, что маржи производителя позитивно соотносятся со всеми типами маркетинговых платежей ритейлеру. Adam Rennhoff, *Promotional Payments and Firm Characteristics: A Cross-Industry Study* (2004), <http://www.pages.drexel.edu/~adr24/accounting3-18.pdf>.

³ Суд постановил, что хотя некоторые из конкурирующих производителей кукурузных лепешек потеряли полочное пространство, которым они располагали до заключения контрактов об использовании полочного пространства с *Gruha*, это было связано с тем, что они «отказывались вести активную конкуренцию за полочное пространство»; следовательно истец «нанес ущерб сам

что конкуренция производителей за полочное пространство служит конкуренции как таковой. В настоящей статье демонстрируется, почему маркетинговые контракты, заключаемые производителями и ритейлерами, не имеющими сильных позиций на рынке, как правило, являются элементами нормального конкурентного процесса, и маловероятно, что за ними стоят попытки производителей антиконкурентным образом исключить соперников, или попытки ритейлеров получить монопольную ренту. Когда мы поймем фундаментальные экономические силы, стоящие за спросом производителя на рекламное полочное пространство ритейлера, и осознаем, что этот конкурентный процесс выгоден, в конечном счете, потребителю, маркетинговые контракты вероятно уже не будут подвергаться такому осуждению только потому, что они не соответствуют стандартному определению конкуренции из учебника экономики.

ЛИТЕРАТУРА

- Areni, Charles, Dale Duhan & Pamela Kiecker [1999]. "Point-of Purchase Displays, Product Organization, and Brand Purchase Likelihoods," 27(4) Journal of the Academy of Marketing Science 428-41.
- Becker, Gary & Kevin M. Murphy [1993]. A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad, 108 Q. J. Econ. 941.
- Bloom, Paul, Greg Gundlach and Joseph Cannon [2000]. "Slotting Allowances and Fees: Schools of Thought and the Views of Practicing Managers," 64 Journal of Marketing, 92-108.
- Bronsteen, Peter, Kenneth G. Elzinga & David E. Mills [2005]. Price Competition and Slotting Allowances, forthcoming, Antitrust Bulletin.
- Chu, Wujin [1992]. "Demand Signaling and Screening in Channels of Distribution," 11 Marketing Science (Fall), 327-247.
- Copple, Brandon [2002]. Shelf Determination, Forbes Magazine, April 15, 2002.
- Dahlgran, Roger A., Molly Longstreth, Merle D. Faminow & Katherine Acuna [1991]. "Robustness of an Intermittent Program of Comparative Retail Food Price Information," 25 The J. of Consumer Affairs 84.
- Desai, Preyas S. [2000]. "Multiple Messages to Retain Retailers: Signaling New Product Demand, 19 Marketing Science 381-89.

себе». *El Aquila Food Products v. Gruma*, 301 F.Supp. 2d at 630, 632. Так же и в *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Philip Morris, Inc.*, 199 F.Supp. 2d at 382 суд охарактеризовал маркетинговые платежи Philip Morris ритейлерам как «конкуренцию на предконтрактном этапе». В более общем плане судья Истербрук четко признал важность конкуренции за дистрибуцию в *Paddock Publications, Inc. v. Chicago Tribune Co.*, 103 F.3d 42, 44 (7th Cir. 1996), отметив, что «конкуренция за контракт — это форма конкуренции, которую антимонопольные законы не запрещают, а защищают, и это общепринятая практика». Благодарим за подробные комментарии Дениса Карлтона (Dennis Carlton), Ллойда Коэна (Lloyd Cohen), Брюса Джонсена (Bruce Johnsen), Франца Кляйна (Franz Klein), Йанбэ Муна (Young-Bae Moon), Джона Томлина (Jon Tomlin), Геерта Виллса (Geert Wills), Ральфа Винтера (Ralph Winter), а в особенности Андреса Лернера (Andres Lerner), Кевина Мерфи (Kevin Murphy) и анонимного рецензента. Брайан Баскас (Bryan Buskas) и Эмметт Дэйси (Emmett Dacey) оказали ценную исследовательскую помощь. Предыдущие варианты настоящей статьи были представлены в Университете Джорджа Мэйсона, на заседании Международного совета новой институциональной экономики в 2004 г., на совместном заседании Американской ассоциации права и экономики и Европейской комиссии в 2005 г.

- Dreze, Xavier, Stephen P. Hoch & Mary E. Purk [1994]. "Shelf Management and Space Elasticity," 70 *Journal of Retailing* 301.
- Federal Trade Commission Staff Report [2001]. "Report on the Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry."
- Federal Trade Commission Staff Study [2003]. "Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories."
- Feighery, Ellen, K. M. Ribisl, D. D. Achabal & T. Tyebjee [1999]. "Retail Trade Incentives: How Tobacco Industry Practices Compare with Those of Other Industries," 89(1) *American Journal of Public Health* 1564.
- Freeman, Laurie, [1986]. "Paying for Retail Shelf Space," *Advertising Age*, (February 13, 1986).
- Gladwell, Malcolm [2004]. "The Ketchup Conundrum," *The New Yorker Magazine* (September 6, 2004).
- Hausman, Jerry A. [1997]. "Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition in The Economics of New Goods" (Bresnahan and Gordon, eds.), University of Chicago Press, pp. 209-37.
- Jacobsen, Jonathan M. [2002]. Exclusive Dealing, "Foreclosure," and Consumer Harm, 70 *Antitrust L. J.* 311, 325, citing cases at n. 85.
- Kaufman, Phil R., Charles R. Handy, Edward W. McLaughlin, Kristen Park & Geoffrey M. Green [August 2000]. "Understanding the Dynamics of Produce Markets," United States Department of Agriculture Economic Research Service No. 758.
- Klein, Benjamin [1993]. "Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak," 3 *Sup. Ct. Econ. Rev.* 43.
- Klein, Benjamin [2003]. "Exclusive Dealing as Competition for Distribution 'On the Merits'," 12 *George Mason Law Review* 119.
- Klein, Benjamin & Keith Leffler [1981]. "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance," 89 *J. Pol. Econ.* 615.
- Klein, Benjamin & Kevin M. Murphy [1988]. "Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms," 31 *J. Law & Econ.* 265.
- Klein, Benjamin, Kevin M. Murphy & Joshua D. Wright [2006]. Exclusive Dealing and Category Management in Retail Distribution, unpublished working paper.
- Kotler, Philip [2003]. *Marketing Management* (11th Edition).
- Lariviere, Martin A. & Padmanabhan [1997]. "Slotting Allowances and New Product Introductions" 16(2) *Marketing Science* 112-28.
- Marx, Leslie M. & Greg Shaffer [August 2005]. "Upfront Payments and Exclusion in Downstream Markets", unpublished paper.
- Rennhoff, Adam [2004]. "Paying for Shelf Space: An Investigation of Merchandising Allowances in the Grocery Industry" (July 2004), <http://www.pages.drexel.edu/~adr24/rennhoffshelf.pdf>.
- Rennhoff, Adam [2004]. "Promotional Payments and Firm Characteristics: A Cross-Industry Study," (March 2004), <http://www.pages.drexel.edu/~adr24/accounting3-18.pdf>.

Rey, Patrick, Jeanine Thal & Thibaud Vergé [2005]. "Slotting Allowances and Conditional Payments," unpublished paper, March 2005.

Shaffer, Greg [1991]. "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices," RAND Journal of Economics, 22(1) Spring, 120-135.

Shaffer, Greg [2005]. "Slotting Allowances and Optimal Product Variety," 5(1) Advances in Economic Analysis & Policy: Article 3.

Sudhir, K. & Vithala R. Rao [October 2004]. "Are Slotting Allowances Efficiency-Enhancing or Anti-Competitive?" (working paper, <http://www.mba.yale.edu/faculty/pdf/slottingallowances.pdf>).

Sullivan, Mary W. [1997]. "Slotting Allowances and the Market for New Products," 40 Journal of Law & Economics 461-93.

Telser, Lester [1960]. "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" 3 J. Law & Econ. 86.

White, J. Chris, Lisa C. Troy & R. Nicholas Gerlich [2000]. "The Role of Slotting Fees and Introductory Allowances in Retail Buyers' New-Product Acceptance Decisions," 28 Journal of the Academy of Marketing Science, 291-99.

Winer, Russell S. [2004]. Marketing Management (2d. ed. 2004).

Winter, Ralph A. [1993]. "Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition," 108 Quarterly Journal of Economics 61.

Wright, Joshua, [2001]. "Vons Grocery and the Concentration-Price Relationship in Grocery Retail," 48 UCLA L. Rev. 743.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Джошуа Райт, кажется, успешно распутывает один из самых загадочных для подобного экономиста-детектива сюжетов, связанный с так называемой платой за полку (slotting allowances, slotting fees). В начале 1980-х годов американские супермаркеты начали активно взимать деньги за то, что они имеют в наличии, выставляют или поддерживают определенные продукты, а в начале 2000-х эта практика широко распространилась и в России. В чем причина?

Конечно, по старой дурной привычке многие в первую очередь подумали о «монополизме», дежурном подозреваемом: «все дело в монопольной власти крупных сетей». Как писал об этой привычке Коуз, «когда экономист обнаруживал что-либо... чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны... число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым».

Главный недостаток этого объяснения не в том, что оно заведомо неверно, а в том, что оно объясняет не то, что требуется. Разумеется, крупная торговая сеть может добиваться выгодных для себя условий поставок, но загадка вовсе не в общей выгодности этих условий, а в том, какую именно форму они принимают. Требуется объяснить, *почему торговая сеть взимает «плату за полку» вместо того, чтобы просто добиваться самой маленькой закупочной цены*. Это усложнение дела, когда поставщик и супермаркет договариваются о двух платах вместо одной — за полку и за товар, — выглядит странным и нерациональным: кто и как от этого может выиграть? Каков их мотив?

Дополнительно ситуацию запутывает то, что промышленные «монополисты» не взимают с поставщиков ничего похожего на «плату за полку», как не взимает ее и самый крупный

американский супермаркет Wal-Mart, зато эту плату взимают некоторые небольшие магазины, которые сложно заподозрить в «монополизме». Получается, «монополизм» торговых сетей может не быть даже *частью* объяснения: его наличие для взимания «платы за полку» не является ни необходимым, ни достаточным.

Может быть, тогда объяснение состоит в том, что супермаркеты — крупные сети и отдельные магазины — при помощи «платы за полку» компенсируют свои затраты и риски в связи с введением в ассортимент новых товаров? Это выглядит разумным мотивом, но все равно объясняет далеко не все. «Плата за полку» нередко взимается и тогда, когда товар уже некоторое время присутствует на рынке — а то и в данном магазине. И к тому же этот мотив не предлагает полного объяснения: все равно не ясно, *почему торговая сеть компенсирует свои риски и затраты за счет «платы за полку», а не за счет пониженной закупочной цены на новый товар.*

Но, может быть, тогда стоит уточнить отвергнутую нами гипотезу и искать объяснение в монополизме или попытках монополизации со стороны поставщиков? Может быть, поставщики платят торговым сетям за место на полках с той целью, чтобы перекрыть или существенно ограничить доступ к цепочкам распространения для своих конкурентов? Пользуясь этим механизмом, поставщики могли бы «скупить» полочное пространство, создать для своих конкурентов препятствия в использовании экономии на масштабе и, тем самым, повысить их издержки и цены. Однако даже если отвлечься от того, что эти похожие на «хищническое ценообразование» схемы обычно ненадежны и, в конечном счете, невыгодны, необходимо, чтобы контракты с «платой за полку» затрагивали существенную часть торговли определенным товаром (не менее 40%), длились достаточно долго (не менее года без возможности расторжения) и охватывали товары, в производстве которых есть экономия на масштабе. В реальности большинство контрактов с «платой за полку» не соответствует этим условиям.

Джошуа Райт предлагает не только объяснение назначения этого платежа, но и формы, которую он принимает.

Райт указывает на то, что магазины являются не только местами продаж, но и выставочными залами. Появление товара в магазине, особенно на «выгодном» месте, стимулирует спрос на него и за пределами этого конкретного магазина: ведь далеко не всегда человек покупает товары в одном и том же месте. Поэтому поставщики заинтересованы в такого рода рекламных услугах и готовы за них платить.

Отсюда, по мнению Райта, и берется «плата за полку», которая призвана восполнить это недостаточное с точки зрения маркетинговых целей поставщиков предложение торговых площадей. Чем больше маржа производителя по сравнению маржой ритейлера, тем больше необходимость в подобных платежах. Но все же, *почему нельзя заказать эти услуги в обмен на снижение закупочной цены?*

Райт дает ответ и на этот вопрос. Чем больше конкуренция между ритейлерами, тем в большей степени снижение закупочной цены передается потребителям в виде снижения цены розничной. Поэтому, если на оплату рекламных услуг уходит 1 доллар в виде скидки с закупочной цены, прибыль сети возрастает на существенно меньшую сумму и только эта сумма в принципе может быть потрачена на аренду полочного пространства. Так, при одном из антимонопольных разбирательств обнаружилось, что торгующая канцелярскими товарами сеть Staples в среднем передает потребителям 57% получаемой компании экономии, в том числе 85% от общепромышленного снижения издержек и 15% от специфической для данной компании экономии.

Вследствие этого при интенсивной конкуренции ритейлеров за данный товар отдельная «плата за полку» становится более целесообразной формой оплаты рекламных услуг сетей, чем оптовая скидка. Заодно получает объяснение и случай Wal-Mart: цены в нем низки не потому, что там не берут «плату за полку», а наоборот, «плата за полку» там не берется, так как цены в Wal-Mart низки и компания не оказывается вынужденной снижать цену соответственно полученной оптовой скидке.

Если Джошуа Райт прав, а его теория убедительна и подтверждается эмпирическими исследованиями, то содержащиеся в законе о торговле препятствия для взимания бонусов в первую очередь наносят вред поставщикам, а не торговым сетям. Но это открывает дорогу для нового детектива: почему поставщики, которые пользуются «платой за полку», не выступают публично в ее защиту?

В.Н.

1. ВВЕДЕНИЕ

Для экономистов давно является загадкой тот факт, что некоторые производители предпочитают, чтобы их продукция продавалась в розницу не дешевле «справедливой цены»². До того, как суды подорвали правовой статус поддержания цены перепродажи, некоторые из этих производителей тратили на предотвращение продажи своей продукции распространителями по цене ниже объявленной миллионы. Казалось бы, в интересах самих производителей, чтобы распространители торговали их продукцией на настолько конкурентных условиях, насколько это возможно в данном звене сбыта, и по возможно более низкой цене, определяемой такой конкуренцией. Если производители устанавливают минимальную цену перепродажи, они тем самым устанавливают и максимальный объем своих продаж, чем, казалось бы, проводят политику, противоречащую собственным интересам. Пусть производители фиксируют цену у заводских ворот, где все распространители закупают их продукцию. Не будут ли продажи производителей и их доходы тем выше, чем ниже цены, по которым распространители перепродают их продукцию потребителям? Цель настоящей статьи — исследовать некоторые доводы, относящиеся к различным структурам рынка и объясняющие, почему некоторые производители могут вынуждать распространителей к поддержанию цены перепродажи³.

Мы сохраним все важнейшие элементы этой загадки, если для простоты предположим, что производители продают свои товары розничным торговцам, которые перепродают из конечным потребителям, игнорируя тем самым остальные звенья сбыта. Разумеется, производители должны озаботиться вынуждением к поддержанию цены перепродажи фирмами, вовлеченными в сбытовую цепочку, только если не торгуют с конечными потребителями своей продукции напрямую. Например, фирма может владеть розничными торговыми заведениями, где находящиеся на зарплате служащие будут продавать их продукцию конечным потребителям: избрав такой курс, они могут обойти любые препоны,

¹ Telser L. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3

² Одним из первых экономистов, признавших загадочность применения производителями поддержания цены перепродажи, стал Т. Г. Силкок [Silcock, Some Problems of Price Maintenance 48 Econ. J. 42-51 (1938)]. Он предлагает три причины применения ими такой политики: фиксируя минимальную розничную цену, они снижают стимул покупателя выбирать торговца, что могло бы натолкнуть его на мысль о приобретении какого-либо иного товара; производитель может получить больше повышающих продажи товара услуг от розничных торговцев; производитель может добиться более широкого распространения своей продукции. Его анализ довольно проницателен, хотя и неполон. Проф. Таусигг отметил данный парадокс еще раньше (см. [Price Maintenance, 4 Am. Econ. Rev. 170-84 (Supp. 1916)]). Одно из его объяснений поддержания цены перепродажи предполагает в некоторой степени «иррациональное» поведение потребителей. Если потребители связывают цену и качество, тогда, утверждает он, снижение розничной цены может уменьшить продажи, поскольку потребители решат, что качество продукции снизилось. Разумеется, вынуждение производителей к установлению цен перепродажи со стороны розничного картеля является иным и легко отличимым феноменом (см. [B. S. Yamey, The Economics of Resale Price Maintenance (1954)]). Это также является основным объяснением Федеральной комиссии по торговле в ее «Отчете о поддержании цен перепродажи» 1945 г.

³ На условиях соглашений о поддержании цены перепродажи производители отпускают ряд товаров. Примеры — фонографы фирмы «Виктор» и Эдисона, автомобили Форда и «Пакард мотор», виноградный сок «Уэлч», зерновые хлопья «Келлог», белье «БВД», наручные часы «Ингерсолл» и «Гамильтон», продукция «Бичнат», устройства для чистки ковров «Биссел» и ручки «Уотермен» [W. S. Bowman, Jr., Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance, 22 U. Chi. Law Rev. 825, 833-35 (1955)]. Другой длинный перечень товаров включен в отчет Федеральной комиссии по торговле о поддержании цены перепродажи [Report of the Federal Trade Commission on Resale Price Maintenance 498 (1945)].

которые на пути поддержания цены перепродажи ставит закон. Однако, дополнительные издержки такой системы могут перевесить преимущества, предположительно приносимые осуществлением прямого контроля над розничной ценой. Следовательно, потребность в поддержании цены перепродажи возникает только в случае, если владельцы производственных и сбытовых фирм различны¹.

Любой производитель, который в состоянии отпустить любое желаемое им количество продукции розничным торговцам, не воздействуя на цену в производственном звене, поступит глупо, если попытается вынудить торговцев к поддержанию цены перепродажи. Что более относится к делу, производитель из конкурентной отрасли не смог бы контролировать цену в производственном звене за счет изменения объемов производства, и уж конечно не смог бы воздействовать таким образом на цену в розничном звене. Поэтому, необходимым условием применения поддержания цены перепродажи производителем является наличие у него некоторой степени монопольного контроля над ценой продукции за счет дифференциации его продукции в каком-либо экономически релевантном аспекте от продукции конкурентов.

Некоторые данные по Британии подтверждают предположение о том, что к поддержанию розничной цены прибегают только производители, обладающие некоторой степенью монопольной власти. При допущении, что степень концентрации производства является грубым показателем монопольной власти производителей, данные из Табл. 1 показывают, что превалирование поддержания цены перепродажи на товары широкого потребления ассоциируется с производственной монополией. Например, среди товаров, на трех крупнейших производителей которых приходится 50—60% занятости в отрасли, девять продаются при помощи поддержания цены перепродажи, а два — без. К сожалению, подобных данных по соединенным Штатам, видимо, нет. Хотя монопольный контроль со стороны производителей является условием, необходимым для применения ими поддержания цены перепродажи, наличие или отсутствие монопольной власти у розничных торговцев такой роли не играет.

В некоторых обстоятельствах производители могут воспользоваться поддержанием цены перепродажи даже в условиях совершенной конкуренции между розничными торговцами. Я описываю эти условия в разделах об аргументации от особых услуг и об аргументации от картелизации. Большинство объяснений поддержания розничных цен задевает попытки торговцев формировать ассоциации, позволяющие им устранить ценовую конкуренцию между собой и подчинить производителей своей воле. Такие объяснения совместимы с наличием совершенной конкуренции между производителями и требуют, чтобы торговцы, хотя и не обладающие властью поодиночке, коллективно обладали монопольной властью. Нижеследующая аргументация применима, если торговцы каждый в отдельности являются либо монополистами, либо находятся в состоянии совершенной конкуренции.

2. АРГУМЕНТАЦИЯ ОТ УСЛУГ²

¹ Даже хотя производитель может настойчиво стремиться к поддержанию цены перепродажи, издержки исполнения такого соглашения могут оказаться слишком высоки для того, чтобы оно стало выгодной политикой. Например, при приобретении некоторых товаров торговцы предлагают зачет цены сдаваемых старых товаров. Производители, поддерживающие розничные цены на такие товары должны также решить непростую задачу учета зачитываемой при приеме старых товаров суммы.

² Боуман анализирует соглашение об услугах в терминах двух видов рынков: сервисных и несервисных. В его рассуждении, как мне кажется, не вполне учитывается тот момент, что данные услуги специфичны для конкретного товара и не связаны с методами ведения дел их распространителями (см. [W. S. Bowman, Jr., Resale Price Maintenance, 22 U. Chi. Law Rev. 825, 840-43

Предположим, что объем продаж в розничном звене зависит как от розничных цен, так и от услуг, оказываемых торговцем совместно с продажей товара. А именно, предположим, что проданное розничным звеном количество обратно зависит от розничных цен и прямо зависит от объема услуг, оказываемых торговцами совместно с продажей товара.

Полезным будет график. D_0 — это график спроса на товар в розничном звене при предложении торговцами услуг в объеме S_0 . Если они предложат больше услуг, $S_1 > S_0$, кривая спроса переместится вправо в положение D_1 (см. Рис. 1). Для заданного количества OQ , $P_1 - P_0$ равняется удельной цене, которую потребители готовы платить за повышение объема услуг, $S_1 - S_0$, которые оказываются совместно с продажей товара.

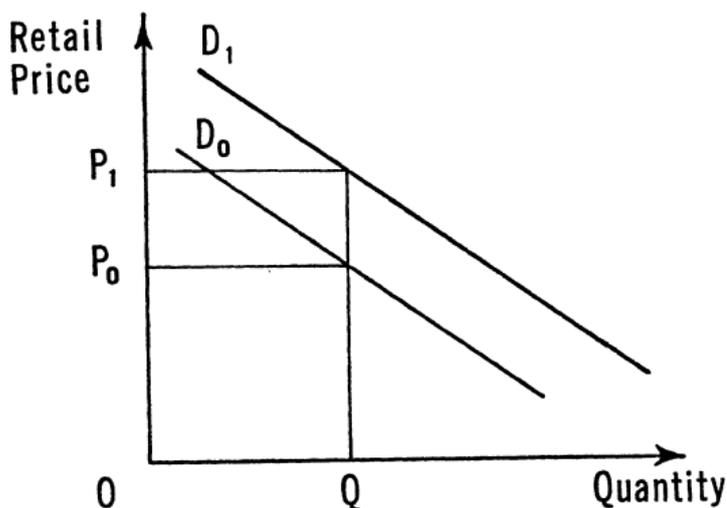


Рис. 1

Мы должны предположить, что такие услуги торговцев специфичны для данного товара и не связаны с общими методами ведения дел данными торговцами. Если, напротив, вопрос стоит об общих деловых методах данных торговцев, например, обеспечивают ли они покупателям приятную атмосферу, доставку, кредит и тому подобное, потребности в защите поддержания цены перепродажи определенного товара, продающегося совместно с такими услугами, нет.

Чтобы убедиться в справедливости последнего положения, предположим, что оно ложно. То есть, предположим, что торговцев определенного типа можно побудить торговать данным товаром, только если производитель установит для него минимальную розничную цену. Это

(1955)). Йеми признает то, что услуги специфичны для конкретного товара. Он проводит рассуждение, в сущности такое же, как мое, и предлагает его в качестве объяснения поддержания цены перепродажи на свою продукцию книгоиздателями (см. [Yamey, Economics of Resale Price Maintenance, 62-68 (1954)]).

«...Если цена зависит от демонстрации или услуг со стороны распространителя, в особенности, если распространитель имеет запас товаров-заменителей, вероятен ущерб производителю. Хорошими тому примерами являются сантехническое оборудование и автомобили, поскольку в данных случаях в принятии окончательного решения покупателем важную роль играет распространитель. Немногим в этом отношении уступают упомянутым товарам фотоаппараты, некоторые предметы туалета, лекарства — по крайней мере, на некоторых этапах своего сбыта — и механические приспособления, такие как радиоприемники, фонографы и патефоны. Во всех этих случаях вероятность покупки зависит не в последнюю очередь от самих распространителей» [E. R. A. Seligman and R. A. Love, Price Cutting and Price Maintenance, 193 (1932)]. Данная цитата показывает, что некоторые аспекты аргументации от особых услуг признавались давно.

предполагает, что в отсутствии поддержания цены перепродажи потребители предпочитают приобретать данный товар у тех торговцев, которые предоставляют меньший объем услуг и продают товары по более низким ценам. Только предотвратив продажу данного товара такими торговцами по более низкой цене, производитель в состоянии продавать его через торговцев, предоставляющих услуги в большем объеме. Следовательно, если, чтобы товар продавался, к примеру, в модных лавках, необходимо поддержание цены перепродажи, потребители на самом деле предпочитают покупать данный товар по низким ценам в обычных магазинах. Более того, в таких обстоятельствах, поскольку поддержание цены перепродажи должно повышать среднюю розничную цену данного товара, оно будет способствовать снижению общего объема его розничных продаж. Таким образом, ни один разумный производитель не принял бы политику поддержания цены перепродажи с единственной целью, чтобы его продукция продавалась в конкурирующих магазинах другого типа.

Разумеется, торговцы всех видов, конкурируя друг с другом, продают множество товаров, цены на которые не поддерживаются, совместно с теми услугами, которые они оказывают. Они не откажут покупателям в таких услугах при любой покупке, вне зависимости от того, распространяется ли на данный товар соглашение с производителем о поддержании цены перепродажи. В отсутствие поддержания цены перепродажи мы можем ожидать существования торговцев разных видов, предлагающих всевозможные услуги при продаже товаров по ценам, различающимся в зависимости от издержек предоставления таких услуг. Тот факт, что многие торговцы предлагают различные виды и комбинации услуг, отражает многообразие вкусов потребителей. Различие в ценах между магазинами, равняющееся различию издержек оказания услуг различного вида и в различном объеме, отражает конкуренцию между торговцами. Поддержание цены перепродажи направлено на изменение этих нормальных ценовых различий, которых мы можем ожидать для товара, продаваемого многими различными видами торговцев¹.

Однако, товар, на который распространяется соглашение о поддержании цены перепродажи, является товаром, валовая наценка на который (разница между розничной ценой и ценой производителя) зафиксирована. Поэтому производитель надеется побудить торговцев к особому отношению к данному товару при предпродажной подготовке. Убедительным примером особой услуги является предпродажная демонстрация товара продавцом. Таким образом, производитель ожидает, что объем таких особых услуг торговцев, оказываемых совместно с продажей осязаемого товара, будет напрямую зависеть от вознаграждения торговцев за продажу данного товара.

Если при некоторой наценке все торговцы оказывают одинаковый объем особых услуг совместно с продажей данного товара, производителю, казалось бы, нет нужды поддерживать минимальную розничную цену. Установив соответствующую цену, по которой он готов отпускать продукцию торговцам, он может максимизировать свою прибыль и не думать об уровне розничной цены, оставляя ее для свободного определения в

¹ Аргументацией в тексте подразумевается совершенная конкуренция в розничной торговле. Однако, если отдельные торговцы являются монополистами, аргументация нуждается в изменении. Гарантируя минимальную наценку, производитель дает торговцам дополнительный стимул торговать своей продукцией. Это приводит к более широкой доступности, которая может повысить розничные продажи; в то же время средняя розничная цена несколько повышается, понижательно воздействуя на розничные продажи. Разумный производитель взвешивает нетто-эффект этих противодействующих сил и прибегает к поддержанию цены перепродажи только если итог для поступлений положителен. Рассуждения из оставшейся части статьи верны вне зависимости от конкурентности в розничном звене.

ходе конкуренции между торговцами. Таким образом, предположим на минуту, что производитель на стал устанавливать минимума для розничной цены. Он отпускает свою продукцию торговцам по цене достаточно низкой, чтобы побудить всех их оказывать один и тот же объем особых услуг. Но у всех ли торговцев в таких обстоятельствах есть стимул исполнять желания производителя?

Поскольку оказываемые услуги являются, как мы предположили, особыми, у некоторых торговцев есть резон не оказывать их и предложить более низкие цены. Они снижают цены, поскольку избавляются от дополнительных издержек, связанных с особыми услугами. Если некоторые из торговцев предоставляют данные услуги и соответственно запрашивают повышенную цену, а другие не оказывают данные услуги и предлагают потребителям более низкие цены, возникает ситуация нестабильности. Продажи оттекают от торговцев, предоставляющих особые услуги по более высокой цене, к торговцам, не предоставляющим особых услуг и предлагающим более низкую цену за товар. Механизм прост. Покупатель, ввиду особых услуг, оказываемых одним торговцем, решает купить товар. Но он покупает товар у другого торговца, уплачивая ему более низкую цену. Таким образом не оказывающие особых услуг торговцы безбилетничают за счет тех, кому удалось убедить покупателей приобрести данный товар.

В результате, немногие или никто из торговцев будут предлагать особые услуги, которые производитель считает необходимыми для продажи своей продукции. Если производитель прав в своем убеждении в том, что услуги в точках продаж повышают спрос на его продукцию, его продажи падают, поскольку данные услуги оказываются в объеме меньшем оптимального. Он может предотвратить отток продаж от одного типа торговцев к другому, если устранил стимул для такого оттока. Он добивается этого, устанавливая минимальную розничную цену, гарантирующую минимальную валовую наценку. Таким образом, торговцы вынуждаются к конкуренции за счет предоставления особых услуг совместно с продажей товара, а не за счет снижения цен¹.

Хотя удачное поддержание цены перепродажи препятствует таким образом оттоку продаж, оно может позволить торговцам, способным продавать данный товар без предоставления особых услуг, извлекать чрезвычайную прибыль. Они в состоянии это делать, если производитель ошибается в том, что для продажи его товара нужны особые услуги. Таковых торговцы предоставлять не будут, и каждый из них сможет извлечь прибыль, равную издержкам таких особых услуг, при условии, что производитель зафиксирует минимальную розничную цену. Например, если с течением времени данный товар настолько покорит потребителей, или станет настолько для них привычен, что дорогостоящее особое отношение со стороны торговцев станет ненужным для побуждения к его приобретению, производитель обнаружит, что ему не нужно поддерживать розничную цену и рационально откажется от политики «справедливых цен».

Данная аргументация, объясняющая основания, по которым поддерживается цена перепродажи, неполна, поскольку в ней не рассматриваются альтернативны данной

¹ Предположим, что в условиях конкурентного производства изготавливается недифференцированная продукция, причем считается, что оказание особых услуг при розничной торговле повышает продажи. Если бы один из производителей прибегнул к поддержанию цены перепродажи, чтобы добиться оказания оптимального объема особых услуг, его замысел подвергся бы действию тех же самых сил, что описаны в тексте. Не поддерживающие цену перепродажи производители могли бы выигрывать за счет особых услуг, оказанию которых он способствовал, и безбилетничать за его счет. Только если вся группа совместно прибегает к поддержанию цены перепродажи, может она обеспечить оказание особых услуг в оптимальном объеме.

политике, имеющиеся у производителя, которые, казалось бы, в силах добиться того же результата. Возможно, наиболее многообещающая из них следующая. Пусть производитель договорится с торговцами, чтобы особые услуги продавались потенциальным покупателям отдельно. Таким образом, покупатель сможет приобрести товар, не приобретая особых услуг, и наоборот. Например, представим, что торговец будет брать с покупателей плату за демонстрацию им товара. Таким образом, проблема безбилетничества со стороны других торговцев устраняется, и особые услуги предоставляются именно тем покупателям, которые за них платят. Хотя такой план, казалось бы, позволяет обойтись без сложностей, с которыми сталкиваются прибегающие к поддержанию цены перепродажи производители, с ним связаны собственные серьезные затруднения.

Основное затруднение — это необходимость измыслить метод определения размера платы с покупателей за оказываемые им особые услуги. Если каждому покупателю нужен один и тот же объем особых услуг, тогда достаточно установить единую цену, равную предельным издержкам оказания данных услуг. Разумеется, при таком допущении все торговцы будут предлагать одинаковый объем особых услуг, и производитель обнаружит, что поддерживать цену перепродажи не нужно.

Но в отношении некоторых товаров потребители наверняка различаются в своем стремлении к особым услугам, а применять систему ценообразования по предельным издержкам, при которой каждый покупатель платит цену, равную предельным издержкам приобретаемых им услуг, очень дорого. Одной из причин этому может быть слишком маленький размер рынка данного товара для того, чтобы оправданной стала специализация, необходимая для системы ценообразования по предельным издержкам. Предположим, к примеру, что одной трети покупателей особые услуги не нужны, одной третьей нужны услуги, обходящиеся в 6 долл., и одной трети — обходящиеся в 12 долл. Предположим, что данные особые услуги продаются отдельно, и что цена товара составляет 100 долл. Если ценообразование на услуги по предельным издержкам слишком запутанно или нереалистично и все покупатели платят единую цену за особые услуги вне зависимости от приобретаемого ими их объема, те, кому они не нужны, не приобретают их, а те, кому их нужно на 12 долл., приобретают за 12 долл. Но никакая единая цена, соответствующая средним издержкам оказания услуг, не побудит купить их тех, кому их нужно на 6 долл. Или, если альтернативами покупателя являются отсутствие услуг и покупка их на 6 долл., часть спроса на особые услуги окажется неудовлетворенным, поскольку желающие их на 12 долл. приобретут лишь половину данного объема. Таким образом, поскольку потребители различаются по объему желаемых ими особых услуг, и поскольку ценообразование на данные услуги по предельным издержкам непрактично, производитель обнаруживает, что покупатели приобретают менее чем оптимальный объем даже несмотря на то, что данные услуги продаются отдельно от товара.

Есть и другая альтернатива. Аргументация от особых услуг показывает, что потребность в поддержании цены перепродажи возникает, когда не все торговцы обеспечивают одинаковый объем особых услуг, и все могут приобретать товар у производителя по одной цене. Поэтому те, кто не оказывает услуг, извлекают прибыль в размере издержек на не оказываемые ими особые услуги только в том случае, если уплачивают производителю ту же цену, что и оказывающие особые услуги торговцы. Это подразумевает, что производитель не должен взимать со всех торговцев одну и ту же цену за товар, чтобы побудить их наращивать продажи гарантированной минимальной валовой наценкой. То есть, он мог бы взимать с торговцев различную цену в зависимости от того, оказывают ли они особые услуги. Пусть те, кто согласны оказывать особые услуги совместно с продажей товара, платят у заводских ворот более низкую цену, чем те, кто не оказывает особых услуг. Если производитель установит надлежащую разницу в цене на свою продукцию, он,

казалось бы, сможет получить тот же самый результат, как и вынуждая торговцев поддерживать цену перепродажи.

Кроме того, производителю необходимо предотвратить перепродажу своей продукции торговцами, демонстрирующими готовность наращивать ее продажи, другим торговцам, которые, не желая наращивать ее продажи, могут приобрести ее у производителя только по повышенным ценам. То есть, производителю необходимо предотвратить отток товаров от торговцев, уплачивающих низкую цену, к тем, которые уплачивают ему высокую цену. Если он не сможет предотвратить такой отток, он также не сможет предотвратить переток розничных продаж между торговцами. Поскольку некоторые торговцы сплавляют товар другим, перепродающим его без особых услуг по более низким розничным ценам, начинает работать тот же самый механизм безбилетничества на торговцах, предоставляющих особые услуги и взимающих более высокую цену. Таким образом, производителю либо нужно предотвратить продажи между торговцами, если он отпускает им продукцию по разным ценам, либо, если все торговцы платят ему одинаково, ему нужно предотвратить снижение цены, чтобы побудить их оказывать особые услуги совместно с продажей его продукции.

Поскольку против отпуска продукции разным торговцам по разным ценам могут быть выдвинуты фатальные возражения, производитель может надеяться достигнуть того же самого, платя торговцам напрямую сумму, равную издержкам оказания ими особых услуг. Ему понадобилось бы проверять торговцев, чтобы удостовериться, что они действительно оказывают требуемые услуги. Поддержание цены перепродажи может послужить интересам производителя лучше, поскольку торговцы вознаграждаются за оказание особых услуг лишь пропорционально своим продажам. Противовесом этому преимуществу поддержания цен выступают издержки его проведения в жизнь. Кажется правдоподобным, однако, что отслеживать нарушения ценового минимума проще, чем следить, действительно ли торговцы оказывают особые услуги, а не просто растаскивают прямые платежи. Но наиболее убедительным моментом является то, что прямые платежи производителя торговцам, оказывающим особые услуги, эквивалентны продаже данных услуг напрямую потребителям, причем оба способа практичны только при возможности экономического ценообразования на особые услуги по предельным издержкам.

У производителя есть еще одна альтернатива поддержанию цены перепродажи. Он может отказаться отпускать продукцию торговцам, не оказывающим требуемые особые услуги. Производитель не может логично принять такую политику, если не договорится как-то о вознаграждении тех торговцев, которых обслужит за оказание ими особых услуг¹. Таким образом, если он тщательно отбирает торговцев, которые будут распространять его продукцию, ему придется и изобрести систему их оплаты, не уязвимую для тех возражений, которые предъявляются к прямым выплатам торговцам².

¹ Не одобренные производителем торговцы могут закупать товар у одобренных. Издержки обеспечения политики отказов в перепродаже включают издержки обнаружения и предотвращения случаев такой перепродажи между торговцами.

² Стоит отметить еще два момента. Аргументация от особых услуг не предполагает, что подъем магазинов сниженных цен был реакцией на распространение поддержания цены перепродажи. Магазины сниженных цен предлагают покупателям менее дорогостоящий набор услуг и как следствие более низкие цены. Однако, эти услуги обычно не связаны с конкретными товарами и не являются «особыми» в терминах настоящей статьи. Они не предлагают бесплатного кредита или открытого счета, менее элегантно оформлены, на покупателя в них приходится меньше продавцов и т. п. Их успех следует отнести на счет спроса потребителей на такого рода розничные услуги, а не на счет того, что они борются с поддержанием цен. Такой вывод подсказывает факт наличия в магазинах сниженных цен многих товаров, цена на которые не поддерживалась. Не производители,

Из аргументации от особых услуг вытекает несколько следствий. Они касаются прежде всего природы товара. Только фирменные товары, незнакомые массовому потребителю, являются кандидатами на поддержание цены согласно данной аргументации¹. Чтобы обеспечить широкое признание своей продукции, производители зачастую направляют на конечных потребителей рекламу в национальном масштабе. Однако, если они решают поддерживать минимальные розничные цены, значит, они уверены, что одной такой рекламы будет недостаточно, чтобы убедить потребителей в достоинствах их продукции, и что персональные усилия торговцев по осуществлению продаж будут ценным подспорьем. Таким образом, поддержание цены перепродажи отчасти заменяет имперсональную рекламу в национальном масштабе. Поскольку часть затрат на продажи продукции, рекламируемой в национальном масштабе без поддержания цены, несут производители, мы предвидим в этой связи, что валовая наценка на такие товары будет ниже, чем на товары, цена на которые поддерживается.

Продолжая эту линию чуть дальше, давайте вспомним, что вплоть до 1920-х гг. реклама в национальном масштабе была ограничена газетами и журналами. Сначала радио, а затем и телевидение открыли дорогу значительным техническим изменениям в рекламе. Так что до 1920-х гг. у производителей было меньше альтернатив услугам розничных торговцев. Мы в этой связи могли бы ожидать стороны производителей снижения спроса на особые услуги торговцев, приобретаемые посредством поддержания цены перепродажи. Однако, сложно заметить вековую тенденцию к отказу производителей от удержания цены перепродажи, и даже если бы было доказано, что таковая имеет место, ей можно было бы предложить альтернативные объяснения. Например, за счет препятствий, чинимых в этот период судами на пути поддержания цен.

Новые фирменные товары, с очевидностью незнакомые массовому потребителю, являются, таким образом, кандидатами на поддержание цены перепродажи. Если производитель желает от торговцев особых услуг, он может установить на такой новый товар минимальную розничную цену. После обретения новым товаром широкого признания со стороны потребителей, его производителям больше не нужно поддерживать минимальную розничную цену. Мы можем ожидать, что заметим: соглашения о поддержании цены на новую продукцию сохраняют силу так долго, как это необходимо для знакомства потребителей с этой продукцией. Электрические приборы являются тому примером. Производители, предлагающие новые приборы, часто заставляют распространителей поддерживать цену перепродажи, чтобы побудить их к оказанию особых услуг.

Старые фирменные товары, приобретаемые нечасто сравнительно узким кругом домохозяйств, также могут быть логичным кандидатом на соглашения о поддержании цены

которые торгуют продукцией под собственным именем, в то же время поставляя ее торговцам, продающим ее под собственным именем, не имеют стимула прибегать к поддержанию цены перепродажи. Так с очевидностью обстоит дело в случае конкурентных отраслей. Даже если производитель является монополистом, продажа одних и тех же товаров под разными названиями является симптомом ценовой дискриминации, а этот прием приводит к более эффективному разделению рынков, чем достигаемое посредством поддержания рыночных цен.

¹ «Когда, например, производитель широко известных товаров выходит на рынок с совершенно новой продукцией, он может попытаться вместо того, чтобы осуществлять дорогостоящую широконаправленную рекламу, прибегнуть к методу поддержания цен, опираясь для этого на свое давно известное имя в сочетании со щедрой скидкой, предоставляемой торговцам с целью заручиться их тесным сотрудничеством» [Seligman and Love, Price Cutting and Price Maintenance, 209 (1932)].

перепродажи. Такие товары в некотором смысле новы для массового потребителя и могут никогда не обрести широкой популярности. Из-за их малоизвестности производитель может счесть особые услуги в точках продаж розничных торговцев особенно ценными. Например, лук и стрелы являются весьма старой продукцией, приобретаемой нечасто относительно немногими людьми. Потенциальные покупатели с высокой вероятностью податливы на уговоры торговцев, продающих такую продукцию, и если у производителей луков и стрел есть некая доля монопольной власти, я не удивлюсь, узнав, что для этой продукции существует список минимальных розничных цен. Фактически, производители спортивных товаров часто применяют поддержание цены перепродажи.

Производители лекарств, изготавливающие дифференцированные препараты, над которыми они обладают некоторой долей монопольной власти, могут высказывать сильное предпочтение поддержанию цены перепродажи, поскольку потребители таких товаров в значительной мере полагаются на советы аптекарей. Поддержание цены перепродажи выступает для производителя действенным способом вознаграждения аптекарей за их особые услуги и обеспечивает их возобновление. Так выходит, что ассоциации розничной торговли аптечными товарами также не против поддержания цены даже на те товары, производители которых были бы рады, если бы они продавались по конкурентным розничным ценам.

Аргументация от особых услуг объясняет, почему один производитель может желать установить минимальные розничные цены, но не объясняет, почему такой политике может благоволить группа конкурирующих производителей. В следующем разделе приводится обоснование практикования поддержания цены перепродажи группой производителей.

Табл. 1. Поддержание цен на потребительские товары в Великобритании 1938 г.

Степень концентрации производства*, %	Количество поддерживаемых цен на товары**	
	Незначительное или отсутствует	Значительное (поддерживаются цены на половину или более товаров)
0-10.....	24	0
10-20.....	14	3
20-30.....	3	7
30-40.....	0	7
40-50.....	1	5
50-60.....	2	9
60-70.....	1	7
70-80.....	0	4
80-90.....	3***	3****
90-100.....	0	0
Total.....	48	45

Источник: James B. Jeffreys, *The Distribution of Consumer Goods: A Factual Study of Methods and Costs in the United Kingdom in 1938*, Table 7, pp. 46-48 (1950).

* Степень концентрации производства равняется отношению занятых тремя крупнейшими производителями ко всем занятым в производстве данного товара.

** Список товаров включает практически все потребительские товары. На некоторые товары цены поддерживаются при подстрекательстве со стороны Британской ассоциации розничных торговцев аптечными товарами.

*** Этими тремя товарами являются сахар, обои и линолеум.

**** Этими тремя товарами являются соль, бензин и пылесосы.

Многие недавние антимонопольные процессы касаются рынков вторичных товаров: поставки запасных частей для ранее приобретенных товаров длительного пользования или их технического обслуживания. Эти процессы опираются на решение Верховного суда по делу «Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.»² в своей аргументации о том, что недостаточно осведомленные потребители могут оказаться «заперты» у определенного производителя после первоначальной покупки оборудования. В результате, даже при наличии интенсивной конкуренции в момент покупки оборудования, производитель может обладать значительной рыночной властью, если не монополией, на рынке вторичных товаров и пользоваться ею для повышения цен на рынке вторичных товаров.

В настоящей статье объясняется, почему цены на рынках вторичных товаров зачастую высоки, и исследуются последствия таких высоких цен на рынках вторичных товаров для антимонопольной практики. Вопреки анализу «запирания» в решении Верховного суда, во множестве наблюдаемых примеров систематически высокие цены на рынках вторичных товаров вряд ли проистекают из того, что производители извлекают выгоду из неполной осведомленности потребителей и запрашивают цену выше конкурентной. Мы показываем, что даже при полной неосведомленности потребителей об условиях рынка вторичных товаров в момент приобретения оборудования, за комплект <из оборудования и покупок на рынке вторичных товаров> такие потребители уплачивают конкурентную цену, поскольку конкуренция подталкивает производителей к компенсации первоначальным снижением цены оборудования последующего завышения цен на рынке вторичных товаров.

Приводимый Верховным судом пример эксплуатации рынка вторичных товаров, при которой потребители действительно платят за такой комплект цену выше конкурентной, требует рыночной «неожиданности» и следовательно, вряд ли объясняет систематически высокие цены, наблюдаемые на рынках вторичных товаров.

Высокие цены на рынках вторичных товаров объясняются не неосведомленностью потребителей и не эксплуатацией, но как форма ценовой дискриминации. Производители, торгующие дифференцированной продукцией, пользуются рынком вторичных товаров как способом измерить интенсивность спроса со стороны отдельного потребителя и, таким образом, дискриминировать потребителей путем уплаты ими за комплект различных цен. Хотя такое дискриминационное ценообразование не могло бы иметь места в мире с совершенной конкуренцией, оно не является показателем рыночной власти в антимонопольном смысле. На самом деле, такое ценообразование является широко распространенным и важным элементом процесса конкуренции. Экономисты, защищающие антимонопольное регулирование применительно к таким случаям «несовершенства рынков», являют собой пример опасности применения отклонений от абстрактной экономической модели совершенной конкуренции в качестве критерия для определения политики.

1. ДЕЛО «KODAK»

Наиболее примечательным антимонопольным делом о рынках вторичных товаров стало дело о методах, применявшихся «Eastmen Kodak» при предоставлении услуг по техническому обслуживанию своего высокопроизводительного светокопировального и микрографического оборудования. В начале 1980-х гг. независимые организации по техническому обслуживанию (НОТО) вступили в конкуренцию с «Kodak», начав обслуживание такого оборудования, зачастую по ценам значительно ниже, чем цены

¹ Klein B. Market Power in Aftermarkets // Managerial & Decision Economics. 1996. Vol. 17.

² 112 S.Ct. 2072 (1992).

«Kodak». Не имелось систематических свидетельств тому, что качество услуг, оказываемых НОТО, было ниже, чем у услуг, оказываемых «Kodak»; на самом деле, некоторые потребители показали, что качество первых было выше, чем вторых. Несмотря на это, в конце 1985 — в 1986 г. «Kodak» приняла решение ограничить для НОТО доступность запасных частей к своему оборудованию. Прежде «Kodak» продавала запасные части по трем каналам: 1) потребителям в составе обслуживания по вызову, 2) потребителям, которые не пользовались услугами технического обслуживания со стороны «Kodak» и обслуживали свои аппараты сами или давали запасные части НОТО, и 3) самим НОТО. После изменения политики «Kodak» стала продавать запасные части к своим высокопроизводительным копировальным и микрографическим аппаратам только потребителям, пользующимся услугами «Kodak» по техническому обслуживанию, или ремонтирующим свои аппараты сами, исключив продажи НОТО и потребителям, которые давали им запасные части. Лишенные возможности приобрести запасные части, многие НОТО ушли с этого рынка, а их потребители оказались вынуждены переключиться на техническое обслуживание силами «Kodak». В 1987 г. восемнадцать таких НОТО подали иск против «Kodak», обвиняя ее в незаконной продаже услуг по техническому обслуживанию в нагрузку к продаже запасных частей «Kodak» и в монополизации рынка технического обслуживания аппаратов «Kodak».

На момент слушаний у «Kodak» была 23-процентная доля на рынке высокопроизводительных копировальных аппаратов и менее, чем 20-процентная доля на рынке микрографического оборудования. НОТО соглашались, что у «Kodak» нет рыночной власти ни на одном из этих рынков оригинального оборудования, но утверждали, что продаваемым с нагрузкой товаром было не оборудование «Kodak», но запасные части к нему, <рынок> которых «Kodak» контролировала практически на 100%. «Kodak» обвинялась в применении рыночной власти на рынке запасных частей «Kodak» для обретения контроля над рынком услуг технического обслуживания <оборудования> «Kodak» посредством незаконной продажи своих услуг в нагрузку к запасным частям. Основным вопросом, вставшим перед судом, стало то, следует ли с необходимостью (в правовом смысле) из отсутствия у «Kodak» власти на рынке оборудования — отсутствие власти на рынках запасных частей и технического обслуживания.

Районный суд вынес решение в порядке упрощенного судопроизводства в пользу «Kodak», согласившись с ее доводом о том, что наносить ущерб потребителям на рынке технического обслуживания «Kodak» не позволила бы конкуренция на рынке оборудования¹. Теоретический довод, принятый районным судом, заключался в том, что любой рост цен на послепродажных рынках запасных частей или технического обслуживания бы как равносильный росту цен на оборудование и, следовательно, с учетом конкуренции на рынке оборудования, «Kodak» пришлось бы компенсировать любой рост цен на рынках вторичных товаров снижением цен на оборудование, либо испытать драматическое падение продаж оборудования. Потребители требовали бы снижения цен на оборудование, поскольку их можно считать предъявляющими спрос на комплект из оборудования, технического обслуживания и запасных частей, и можно предположить, что спрос на такой комплект, с которым имеет дело «Kodak», весьма эластичен.

Апелляционный суд Девятого округа отменил решение районного суда, постановив, что вопрос о том, препятствует ли конкуренция на рынке оборудования пользованию рыночной властью на рынке запасных частей, является вопросом установления существенного факта, отметив при этом, что «несовершенство рынка» может препятствовать отражению реальности экономическими теориями, описывающими действия потребителей на рынке². Судья Блэкман, формулируя решение большинства в Верховном суде, поддержавшего

1 «Kodak» (1989—1 Trade Cos. (CCH) P. 60,213).

2 «Kodak» (903 F.2d 612, 617 (9th Cir. 1990)).

отмену решения апелляционным судом, согласился с данным доводом о «несовершенстве рынка», постановив, что справедливость любой экономической теории есть вопрос эмпирический, который должен решаться путем исследования «реалий действительного рынка», а не путем рассмотрения лишь теоретических аргументов¹.

Реалиями действительного рынка, рассмотренными Судом, были издержки осведомления покупателя и издержки замены оборудования. Суд отметил, что вопреки предложенной «Kodak» теории о конкуренции по цене комплекта, покупатели вряд ли в момент приобретения оборудования были полностью осведомлены о ценах на запасные части и услуги технического обслуживания, которые им придется приобретать впоследствии². Кроме того, Суд отметил, что когда покупатели станут осведомлены о высоких ценах на рынках вторичных товаров, они могут обнаружить, что смена поставщика оборудования связана с издержками. Издержки смены поставщика имеют место ввиду того, что рынок подержанного оборудования скорее всего окажется несовершенным, и того, что покупатели совершают вложения, запирающие их у «Kodak», такие как разработка инструкций и подготовка персонала для применения конкретных аппаратов и компьютерных программ «Kodak».

Из-за такого запирающего «Kodak» может наживаться на имеющихся клиентах, повышая цены на рынке вторичных товаров. В частности, «Kodak» может прибегать к продаже запасных частей с нагрузкой для повышения цен на рынке технического обслуживания, принуждая таким образом потребителей уплачивать цену за комплект выше конкурентной. В состоянии ли подобная «Kodak» фирма извлечь выгоду из эксплуатации имеющихся запечатых клиентов, как подчеркнул Суд, есть вопрос эмпирический, касающийся сопоставления компанией роста краткосрочной прибыли от имеющихся запечатых клиентов с сокращением долгосрочной прибыли от продаж новым клиентам. Более вероятно, что такое сопоставление покажет выгоду, как утверждал Суд, если издержки смены поставщика высоки сравнительно с ростом цен на техническое обслуживание, и если число запечатых клиентов высоко сравнительно с числом новых.

<Дело> «Kodak» получило известность как прецедент отказа от экономической теории в пользу исследования относящихся к делу «фактов». Однако, Суд в деле «Kodak» вовсе не отверг всей экономической теории в пользу фактов, а отказался от конкретной экономической теории, которую счел несоответствующей фактам, и принял альтернативную экономическую теорию, которую нашел более уместной, или по крайней мере достаточно уместной для того, чтобы выдержать апелляцию на решение в порядке упрощенного делопроизводства. А именно, Суд отверг предложенную ответчиком экономическую теорию о полностью осведомленных потребителях, рассматривающих цены полного комплекта до совершения покупки, и принял предложенную истцами экономическую теорию эксплуатации рынка вторичных товаров с не вполне осведомленными потребителями, эксплуатируемыми ввиду высоких издержек смены поставщика.

2. РОЛЬ ОСВЕДОМЛЕННОСТИ ПОТРЕБИТЕЛЯ ПРИ ЭКСПЛУАТАЦИИ РЫНКА ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ

Чтобы проанализировать роль осведомленности потребителя, стоящей за альтернативной экономической теорией, принятой Судом, я начну с рассмотрения двух примеров. В первом примере я предполагаю, что потребители полностью осведомлены о рынке вторичных

1 «Kodak» (112 S.Ct. at 2082).

2 В дополнение к своему теоретическому аргументу, указывающему на цену комплекта, в «Kodak» приводили факты оценки издержек на рынке вторичных товаров при принятии решения о первоначальной покупке многими своими клиентами (см. [Wall (1992) at 5]).

товаров в момент приобретения ими оборудования; во втором — что они вовсе не осведомлены в этот момент об условиях рынка вторичных товаров. В обоих случаях я предполагаю наличие запирающего потребителя иметь дело на рынке вторичных товаров лишь с выбранным ими производителем оборудования. В обоих случаях — полностью осведомлены ли потребители, или не полностью — потребители заплатят за комплект конкурентную цену при условии достаточной конкуренции между продавцами на рынке оборудования.

СЛУЧАЙ 1: ЕСЛИ ПОТРЕБИТЕЛИ ПОЛНОСТЬЮ ОСВЕДОМЛЕННЫ О ЦЕНАХ НА РЫНКАХ ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ, ЭКСПЛУАТАЦИЯ НЕВОЗМОЖНА.

Если потребители в момент приобретения оборудования знают, что позже им придется приобретать запасные части и техническое обслуживание на рынке вторичных товаров у того же производителя, и если потребителям известны цены, которые с них запросят за эти запасные части и обслуживание, у производителей не будет возможности эксплуатировать потребителя¹. Учтешь известные им условия рынка вторичных товаров до того, как они совершат первоначальное приобретение оборудования и окажутся заперты у определенного производителя, потребители могут двумя способами. Осведомленные потребители могут попытаться ограничить цены рынка вторичных товаров договором, например, договорившись о долгосрочных ценах на рынке вторичных товаров как об одном из условий первоначального приобретения оборудования. Такой договор может принять форму гарантии, покрывающей запасные части и техническое обслуживание. Или, если договорное ограничение цен на рынке вторичных товаров невозможно, осведомленные потребители потребуют снижения цены оборудования, соответствующего более высоким ценам на рынке вторичных товаров, которые, как им известно, им придется уплачивать после того, как они окажутся заперты. В результате, осведомленные потребители будут платить конкурентную цену за полный комплект из оборудования, запасных частей и технического обслуживания. Таков, в сущности, экономический анализ, стоящий за доводами, представленными в суде со стороны «Kodak».

Тот факт, что потребители платят конкурентную цену за весь комплект, не означает, что цены на некоторые составляющие этого комплекта не могут быть выше конкурентных. Например, рассмотрим случай с «завышением цены» на воздушную кукурузу в кинотеатрах. Можно мыслить кинозрителей как сталкивающихся с единственным продавцом важного комплементарного товара — воздушной кукурузы — после приобретения билета в кинотеатр, подобно тому случаю, когда потребители сталкиваются с единственным поставщиком запасных частей после приобретения товара длительного пользования². Можно счесть, что владельцы кинотеатра осуществляют род продажи в нагрузку, не давая потребителям прийти в кинотеатр с собственной или приобретенной у конкурирующего

1 Данный вывод согласуется с экономическими исследованиями, проведенными в последние два десятилетия о способности эксплуатировать запертых покупателей (см. напр. [Klein, Crawford and Alchian (1978); Williamson (1979); Farrell and Shapiro (1989)]).

2 Хотя билет в кино и не является сложным товаром длительного пользования того типа, который обычно подвергается анализу на запирающее действие, действующие здесь экономические силы идентичны связанным с ценообразованием на услуги на рынке обслуживания сложных товаров длительного пользования. Хотя термин «запирающее» имеет злое коннотации, он всего лишь указывает на издержки потребителя при смене товара после совершения первоначальной покупки. В случае билета в кинотеатр, билет скорее всего обладает малой перепродажной ценностью после его приобретения потребителем. Более того, в том маловероятном случае, если бы владелец кинотеатра возвратил бы цену продажи билета покупателю после того, как тот обнаружил бы высокие цены на воздушную кукурузу в кино, вложения покупателя, связанные с ценой времени, присмотра за детьми, проезда и т. п. остались бы безвозвратными и сделали бы смену поставщика дорогостоящей. Следовательно, хотя билет в кино не представляет собой слишком крупного вложения, можно сказать, что потребитель «заперт» после приобретения билета.

поставщика кукурузой. Если потребители хотят покупать билеты в кино, кукурузу им придется покупать у владельца кинотеатра.

Хотя кукуруза, возможно, не так важна для просмотра фильма, как запасные части для эксплуатации аппарата, даже если бы для просмотра кино кукуруза была необходима, мы бы не рассматривали высокие цены на нее как эксплуатацию рынка вторичных товаров. Ведь приобретающие билеты потребители предположительно уже знают, что цены на нее в кинотеатрах высоки. Владелец кинотеатра поднимает цены на кукурузу не неожиданно после того, как потребители приобрели билеты. Возможно, купив билет в кино в первый раз, я удивлюсь очень высоким ценам на кукурузу в кинотеатре, но затем я это запомню и буду учитывать. Высокие цены на кукурузу не следуют из плохой информированности и запертости покупателей, но просто являются частью цены на полный комплект, приобретаемый осведомленными покупателями на конкурентном рынке кинотеатров. То, что некоторые элементы конкурентной цены на комплект могут иметь высокую цену (при соответственно низкой цене на другие элементы), не является предметом антимонопольного законодательства. На самом деле, Верховный суд явным образом указал в решении по делу «Kodak», что в случае высоких цен на рынке вторичных товаров не существует антимонопольной проблемы, если цена на комплект в целом конкурентна¹.

Почему конкурентные цены на кукурузу высоки, несмотря на тот факт, что потребители полностью осведомлены *ex ante* о рынке кукурузы, представляет собой отдельный интересный вопрос. Кажется, что искушенные потребители предъявили бы спрос на кукурузу (а кинотеатры предложили бы ее) по более низким ценам в обмен на готовность уплатить более высокую цену на билеты. Одна из возможных причин значительного завышения цен на рынке вторичных товаров при полностью осведомленных потребителях может заключаться в невозможности составить полный контракт, касающийся рынка вторичных товаров. В результате, производители не могут принять договорного обязательства брать низкие цены на рынке вторичных товаров, и осведомленные потребители должны требовать первоначального снижения цен на оборудование.

Хотя неполнота контрактов с очевидностью имеет место, вряд ли встречающиеся на рынках вторичных товаров высокие цены объясняются их неполнотой. По крайней мере частичное договорное ограничение цен на рынке вторичных товаров во многих случаях осуществить достаточно просто, и, как мы увидим, для принятия обязательств об элементах своего поведения, не регулируемых договорами, давно работающие производители могут пользоваться своей репутацией. Тем не менее, во многих случаях рынков вторичных товаров мы не видим даже попыток сторон ограничить цены на рынке вторичных товаров, и компании не теряют репутацию, что можно было бы обнаружить в форме падения продаж. Ниже я обсуждаю более уместное объяснение высоких цен на рынках вторичных товаров. На данный момент нам известно лишь то, что если потребители полностью осведомлены в момент первоначального приобретения <об условиях на рынке вторичных товаров>, и в этот момент имеет место конкуренция между производителями, высокие цены на рынке вторичных товаров не могут объясняться эксплуатацией потребительского рынка вторичных товаров, выливающимся в цену комплекта выше конкурентной.

Фундаментальным правовым следствием из данного экономического анализа является то, что когда потребители полностью осведомлены о наличии нагрузки на рынке вторичных товаров и о повышенных ценах на рынке вторичных товаров, уровень конкуренции следует измерять в момент времени до каких-либо специфических вложений покупателя и до записания. Если рынок в данный момент времени конкурентен, тогда нагрузка выступает лишь формой, в которой компания получает полную конкурентную цену. Такое

1 «Kodak» (112 S.Ct. at 2092).

экономическое рассуждение фактически соответствует большей части сложившегося права, касающегося навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента <tying>. Например, в деле «Mozart v. Mercedes»¹ от дилеров «Mercedes» требовали приобретать запасные части у «Mercedes», но суд справедливо подчеркнул тот факт, что у «Mercedes» нет рыночной власти в тот момент, когда индивиды принимают решение о том, становятся ли ее дилерами². Предположительно, индивиды, принявшие решение стать дилерами «Mercedes», согласились на нагрузку запасных частей как на часть договорных отношений, заключенных свободно и в условиях конкуренции³.

Экономическое рассуждение, согласно которому при изначально существующей нагрузке и осведомленности о ней покупателя конкурентность должна измеряться в момент до совершения покупателями специфичных вложений, не поколеблено <решением по делу> «Kodak». В деле «Kodak» Суд рассматривал не законность изначально наличествовавшей нагрузки, о которой потребители были осведомлены при приобретении оборудования, но законность непредвиденного изменения системы сбыта «Kodak» в 1985 г. после того, как потребители оказались заперты, а давно работающие НОТО уже занялись обслуживанием оборудования «Kodak». На самом деле, Стивен Сэллоп, экономический советник истцов-НОТО, согласился, что изначально наличествовавшая нагрузка на конкурентном рынке оборудования не являлась бы антиконкурентной, заявив, что «если бы „Kodak“ объявила о своей системе сбыта заранее и применяла бы ее только к новым покупателям, тогда теория злоупотребления имеющимся парком оборудования <installed base opportunism theory> [какое злоупотребление мы называем эксплуатацией] была бы неприменима. Такая система была бы лишь продажей технического обслуживания и оборудования в комплекте <bundling> фирмой, не обладающей рыночной властью»⁴.

Суд в деле «Kodak» справедливо подчеркнул, цитируя решение по делу о Больнице прихода Джефферсона, что релевантные в антимонопольном смысле товарные рынки должны определяться с учетом выбора, имеющегося у потребителя⁵. Тем не менее, неразрешенным остается важнейший экономический вопрос, на который следует отвечать во всех делах, касающихся рынков вторичных товаров: выбора, имеющегося у потребителя в какой

1 «Mozart Co. v. Mercedes-Benz of North America» (833 F.2d 1342 (9th Cir. 1987)).

2 Ibid. P. 1346—1347.

3 Подобные рассуждения можно обнаружить в делах «Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.» (858 F.2d 792, 798 (1st Cir. 1988)); «A.K. Root Co. v. Computer/Dynamics, Inc.» (806 F.2d 673, 676 (6th Cir. 1986)); «Will v. Comprehensive Accounting Corp.» (776 F.2d 665, 673 n 4 (7th Cir. 1985)); «General Business Systems v. North American Phillips Corp.» (699 F.2d 965, 977 (9th Cir. 1983)) и «Tominaga v. Shepard» (682 F.Supp. 1489, 1495 (CD Cal. 1988)). Некоторые решения, касающиеся навязывания ограничивающих условий, не согласуются с такими рассуждениями. Напр. в деле «Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft» (828 F.2d 1033 (4th Cir. 1987)) рассматривается тот же деловой метод, который был оспорен в деле «Mozart», но с противоположным исходом. Однако, в деле «Metrix Warehouse» игнорируется вопрос о рыночной власти «Mercedes» при сосредоточении исключительно на правильности делового обоснования, представленного «Mercedes» для продажи запасных частей с нагрузкой.

Деловое обоснование, представленное «Mercedes», а именно, применение продажи с нагрузкой для обеспечения получения потребителями высококачественных ремонтных услуг, возможно, имеет смысл в случае «Mercedes». Это потому, что в отсутствие нагрузки потребители не будут знать производителя запасных частей, которые дилеры «Mercedes» ставят в их машины. Однако, такого рода объяснения не срабатывают в случае «Kodak», в котором потребители с очевидностью знали, что приобретают у НОТО услуги по техническому обслуживанию, оказываемые не «Kodak». Вместо того, чтобы оправдывать нагрузку предотвращением обмана потребителей, «Kodak» попыталась оправдать свою систему тем, что потребители были не в состоянии сами судить о качестве технического обслуживания, и ошибочно обвиняли бы оборудование «Kodak» в проблемах, причиненных «ненадлежащей диагностикой, техническим обслуживанием или ремонтом со стороны НОТО» («Kodak», 112 S.Ct. At 2091; цит. Brief for Petitioner at 6—71).

4 См. [Salop (1992) at 16].

5 112 S.Ct. at 2090 (цит. «Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde», 466 U.S. 2 (1984)).

момент времени? Мы видели, что когда потребители полностью осведомлены, следует рассматривать выбор, имеющийся у потребителей до того, как они осуществили специфические вложения и оказались заперты у конкретных поставщиков. Тем не менее, при неполной осведомленности потребителей <решение по делу> «Kodak» нельзя понимать обратным образом: что выбор, имеющийся у потребителей, следует рассматривать на момент, когда они осуществили специфические вложения и оказались заперты у конкурентных поставщиков. Разумеется, было бы бессмысленно утверждать, что когда пациента вкатывают в операционную больницы прихода Джефферсона, у него нет возможности выбрать анестезиолога и, соответственно, что больница обладает рыночной властью. Хотя потребители могут быть и не вполне осведомлены об условиях рынка вторичных товаров, и, в частности, могут быть не вполне осведомлены о том факте, что данная больница заключила исключительный контракт с конкретной группой анестезиологов, Суд в деле Больницы прихода Джефферсона решил, что релевантный товарный рынок должен быть определен на более ранний момент: на момент выбора пациентами больницы. Почему Суд был прав, сосредоточившись на конкуренции до момента запираания даже в случае неполной осведомленности потребителей, мы сейчас покажем, рассмотрев предельный случай, в котором потребители вовсе не осведомлены об условиях рынка вторичных товаров при принятии решения о покупке на рынке первичных товаров.

СЛУЧАЙ 2: КОГДА ПОТРЕБИТЕЛИ ВО ВСЕ НЕ ОСВЕДОМЛЕННЫ ОБ УСЛОВИЯХ РЫНКА ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ, ЭКСПЛУАТАЦИЯ НЕВОЗМОЖНА, ЕСЛИ ИМЕЕТСЯ КОНКУРЕНЦИЯ МЕЖДУ ОСВЕДОМЛЕННЫМИ УЧАСТНИКАМИ РЫНКА ПЕРВИЧНЫХ ТОВАРОВ.

Уровень осведомленности потребителя, действительно имеющий место в реальном мире, сильно отличается от предполагаемой полной осведомленности потребителя, позволяющей нам игнорировать «монополию» на рынке вторичных товаров и фокусироваться исключительно на рынке оборудования. Например, даже в случаях, подобных делу «Kodak», где в большинстве своем искушенные, знающие потребители учитывали цены на протяжении полного жизненного цикла, эти потребители, совершая первоначальное приобретение оборудования, не были всезнающими в отношении условий на рынке вторичных товаров. Тем не менее, наличие полностью осведомленных потребителей является достаточным, но не необходимым условием для того, чтобы сосредоточиться исключительно на рынке оборудования и игнорировать рынок вторичных товаров. Если потребители не вполне осведомлены об условиях рынка вторичных товаров, но о них осведомлены продавцы оборудования, все еще уместно рассматривать уровень конкурентности рынка оборудования, отвлекаясь от рынка вторичных товаров.

Рассмотрим, например, случай, в котором приобретение оборудования осуществляется гораздо менее искушенными и осведомленными потребителями, чем клиенты «Kodak», такими как люди, приобретающие небольшие копировальные аппараты и принтеры для эксплуатации дома. Вместо того, чтобы предполагать совершенное знание потребителями рынка вторичных товаров и полную их осведомленность о цене комплекта, которую им придется уплатить со временем, примем противоположное допущение о том, что такие неискушенные потребители вовсе не осведомлены об условиях рынка вторичных товаров. А именно, допустим, что такие потребители вовсе не осведомлены в момент приобретения такой техники, что затем им придется для эксплуатации данных устройств покупать картриджи с красящим веществом. Следовательно, вместо того, чтобы требовать снижения цены устройств, компенсирующего повышение цен на рынке вторичных товаров, в данном случае, как предполагается, потребители вообще не учитывают цены на рынке вторичных товаров при совершении покупок такого оборудования.

Продавцы копировальных устройств и принтеров в таких условиях знают, что потребители окажутся заперты после того, как приобретут устройство. Поэтому продавцы знают, что смогут поднять цены на рынке картриджей вплоть до цены, соответствующей издержкам потребителя на смену поставщика. (Текущая дисконтированная сумма цен на рынке вторичных товаров не может быть повышена более, чем на сумму издержек смены поставщика, поскольку потребители сменили бы, по определению, продавца, узнав о высокой цене на картриджи). В результате, конкурирующие друг с другом продавцы вынуждены за счет конкуренции снижать цены на устройства на ту же самую сумму, на которую затем повысят цены на рынке картриджей. Любой поставщик, не снижающий цены на устройства, уступит продажи конкурирующим поставщикам, поскольку потребители, даже будучи вовсе не осведомлены о ценах на рынке вторичных товаров, не будут приобретать на конкурентном рынке устройств от таких поставщиков с высокими ценами. Поскольку осведомленные поставщики оборудования активно конкурируют друг с другом за то, чтобы осуществить первоначальную продажу оборудования, снижая цены на первоначально продаваемое оборудование, любая прибыль выше конкурентной, извлекаемая в такой отрасли, будет устранена конкуренцией. Таким образом, даже в предельном случае, когда потребители вовсе не осведомлены о рынках вторичных товаров, потребители будут платить конкурентную цену за комплект при ценах на устройства, пониженных — и ценах на рынках вторичных товаров, повышенных — на сумму, равную издержкам потребителя на смену поставщика. Несмотря на неосведомленность потребителя, конкуренция имеет место, когда потребители выбирают между конкурирующими поставщиками оборудования и, следовательно, опять-таки, релевантный в антимонопольном смысле рынок следует определять на данный момент времени.

Но случаи высоких цен на рынках вторичных товаров — такие как техническое обслуживание копировальных аппаратов «Kodak», цены на воздушную кукурузу <в кинотеатрах> и картриджи с красящим веществом для принтеров — вряд ли могут быть объяснены в терминах конкуренции фирм за извлечение прибыли из невежества потребителей на рынке вторичных товаров посредством первоначально компенсационно-низких цен на <рынке первичных товаров>. Хотя в таких случаях первоначальные цены на оборудование обычно низки, нереалистично предполагать, что это обусловлено полной неосведомленностью потребителей о рынке вторичных товаров. Мы бы предположили, что неосведомленные потребители со временем узнают о рынках вторичных товаров, и что одним из каналов их осведомления будут конкурирующие продавцы, которые расскажут покупателям о возможных причинах более низких цен других фирм при первоначальном приобретении оборудования и о значении цен на рынке вторичных товаров для принятия решения о покупке оборудования. Высокие цены на рынке вторичных товаров, обусловленные неосведомленностью потребителей, долго не продержатся, поскольку, опять-таки, мы обнаружим на рынке попытки ограничить ее проявления.

Одним из примеров, которым можно подтвердить допущение о полностью неосведомленных покупателях, являются государственные закупки оборудования. Суд в деле «Kodak» отметил, что такие покупатели, например, Управление служб общего назначения США, обязаны, в соответствии с положениями о закупках, учитывать при принятии решений о закупках только цены на оборудование и не принимать во внимание цены на рынках вторичных товаров¹. Однако даже в этом случае покупатели испытывают благотворность процесса конкуренции во всей полноте и не заплатят за комплект больше конкурентной цены. Покупатели могут быть недовольны, уплачивая позднее высокие цены на рынке вторичных товаров, но они извлекают полную выгоду из конкуренции в форме снижения договорных цен на оборудование и конкурентной цены комплекта в момент первоначального принятия решения. Именно на таких покупателях НОТО должны были бы

1 «Kodak» (112 S.Ct at 2086).

сосредоточить свои усилия по продажам. Однако, если продавцы были бы с самого начала вынуждены взимать более низкие цены на рынке вторичных товаров (например, если бы от них потребовали обеспечить доступность запасных частей и позволить таким образом конкурентам оказывать более дешевые услуги технического обслуживания), конкуренция повлекла бы более высокие первоначальные цены на оборудование. Продавцы не смогли бы взимать более низкие цены за оборудование, поскольку не смогли бы компенсировать их на рынках вторичных товаров.

Из того факта, что конкуренция имеет место на рынке оборудования, не следует полная невозможность эксплуатации в смысле взимания цены за комплект выше конкурентной. Для эксплуатации требуется, чтобы неполной была осведомленность о будущих рыночных условиях не только потребителей, но и продавцов, и именно к этому случаю мы теперь обратимся.

3. ПОЧЕМУ ИМЕЕТ МЕСТО ЭКСПЛУАТАЦИЯ НА РЫНКАХ ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ

Для анализа условий, при которых вероятно эксплуатация в смысле цены на комплект выше конкурентной, мы сначала сделаем более реалистичные предложения, касающиеся осведомленности потребителей. Мы не будем предполагать, что в момент совершения покупки оборудования потребители полностью осведомлены (случай 1) или вовсе не осведомлены (случай 2) об условиях рынка вторичных товаров. При любом из данных допущений эксплуатация не была бы возможна. Как мы видели, полностью информированные потребители либо ограничивают цены на рынке вторичных товаров, либо требуют снижения цены первоначальной покупки, компенсирующего известное максимальное повышение цены на рынке вторичных товаров (определяемое издержками смены потребителем производителя); а вовсе неосведомленный потребитель получит снижение цены первоначальной покупки от конкурирующих продавцов, которое подобным образом компенсирует максимальное повышение цены на рынке вторичных товаров. Вместо этого, допустим, что потребители, как правило, достаточно осведомлены для понимания в момент приобретения оборудования, что они совершают вложение, ставящее их в ситуацию, в которой они окажутся заперты, и следовательно, в которой возможно повышение в будущем цен на рынке вторичных товаров. Поскольку потребителям предположительно известна величина издержек смены поставщика, им также известна и максимальная сумма, на которую в будущем могут возрасти цены на рынке вторичных товаров. Тем не менее, вместо того, чтобы согласиться на максимальное повышение цены на рынке вторичных товаров и потребовать компенсирующего его снижения первоначальной цены оборудования, потребители обычно решают, что более экономно заплатить более высокую цену за оборудование и принять предосторожности для защиты от возможной эксплуатации рынка вторичных товаров.

Имеется два основных способа, которыми могут попытаться защитить себя потребители, знающие о возможности эксплуатации рынка вторичных товаров¹. Во-первых, потребители могут попытаться ограничить договором цены на рынке вторичных товаров или иным образом ограничить будущее поведение продавца. Потребителям известно о наличии издержек, связанных с договорным определением будущего поведения, и следовательно, о том, что такое ограничение рынка вторичных товаров не будет совершенным². Поэтому потребители могут попытаться ограничить цены на рынке вторичных товаров другим способом: приняв решение о сделке с продавцом, обладающим достаточно надежной репутацией в плане добросовестности. Поскольку продавцы с высокой репутацией берут

1 Обзор литературы с эмпирическими данными о различных типах долгосрочных контрактов, применяемых сторонами для решения проблемы эксплуатации, см. в.: [Joskow (1988)].

2 См. напр. [Klein (1996)].

при продажах наценку (которая может считаться отдачей от их фирменного, или репутационного капитала), таким продавцам есть что терять по сравнению с продавцами с меньшей репутацией, если их продажи упадут. Таким образом, от продавцов с высокой репутацией можно ожидать соблюдения ограничений, касающихся будущих цен на рынке вторичных товаров, не указанных в договоре.

Потребители и продавцы совместно будут принимать решения о применении как договорных, так и репутационных механизмов при оформлении своих договорных отношений. Однако, поскольку контракты неполны, а репутационный капитал продавца ограничен, договорные и репутационные сдерживающие механизмы, выбранные сторонами, будут лишь сокращать, но не устранять возможность эксплуатации рынка вторичных товаров. В результате могут сложиться условия, в которых эксплуатация клиентов на рынке вторичных товаров окажется выгодной продавцам.

СЛУЧАЙ 3: ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИМЕЕТ МЕСТО, КОГДА НА ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ, ВЫБРАННЫЕ НЕ ВПОЛНЕ ОСВЕДОМЛЕННЫМИ ПОКУПАТЕЛЯМИ И ПРОДАВЦАМИ, ВЛИЯЕТ РЫНОЧНАЯ НЕОЖИДАННОСТЬ.

В случае 2, анализируя конкурентные действия на рынке оборудования, предпринимаемые продавцами в ответ на перспективу взимания высоких цен на рынке вторичных товаров, мы неявно предположили, что продавцам известен уровень цен, которые они будут взимать на рынке вторичных товаров. Хотя как общее допущение это разумно, в действительности продавцы не вполне осведомлены о всех будущих изменениях рыночных условий и, как следствие, об уровне цен на рынке вторичных товаров, которые они будут взимать по совокупности обстоятельств. Это влечет важные последствия для эксплуатации.

Как я подробно проанализировал в другом месте¹, именно непредвиденные изменения рыночных условий определяют, будет ли для производителя выгодной эксплуатация рынка вторичных товаров. В каждый момент времени продавца, рассматривающего возможность повышения цены на рынке вторичных товаров для запертых клиентов, можно мыслить как сопоставляющего краткосрочную выгоду от такого изменения (в терминах роста прибыли от имеющихся продаж) с долгосрочными издержками такого изменения (в терминах упущенной прибыли от будущих продаж)². Если долгосрочные издержки продавца от участия в эксплуатации превышают краткосрочную выгоду от эксплуатации, <неявные> условия договора (о том, что продавец не будет предпринимать эксплуатацию) будут «самоисполняющимися».

Потребители вступают в договорные отношения с продавцами, обычно полагая, что эксплуатация будет не в интересах продавца, то есть, потребители верят, что продавец от эксплуатации больше потеряет в терминах долгосрочных издержек, чем приобретет в терминах краткосрочной выгоды. Но неожиданное изменение рыночных условий может вывести договорные отношения из «режима самоисполнения» (заданного избранными сторонами условиями договора и их репутационным капиталом), так что продавец сможет максимизировать прибыль за счет эксплуатации рынка вторичных товаров путем повышения цен. То есть, изменение рыночных условий может сделать репутационный капитал продавца недостаточным для того, чтобы удержать его от эксплуатации³.

Например, продавец может посчитать, что ему выгодно осуществить эксплуатацию рынка вторичных товаров, если имеет место неожиданно большой рост спроса на услуги рынка вторичных товаров со стороны запертых клиентов. Такой рост спроса повышает

1 [Klein (1996).]

2 Это аналитический подход, очерченный судом в деле «Kodak» (112 S.Ct. at 2087).

3 [Klein (1996)].

краткосрочную выгоду продавца от нарушения намерения из <неявных> условий договора путем эксплуатации. Если рост спроса достаточно велик, краткосрочная выгода от эксплуатации может превысить долгосрочные издержки для репутации, и эксплуатация произойдет. Это произошло, например, в получившем дурную славу деле «General Motors — Fisher Body», когда спрос со стороны «General Motors» на кузова «Fisher» драматически вырос, и для «Fisher Body» оказалось выгодным эксплуатировать «General Motors»¹.

Другая ситуация, в которой продавцу может оказаться выгодно предпринять эксплуатацию, имеет место в случае неожиданно большого спада ожидаемого будущего спроса на оборудование со стороны новых (не запертых) клиентов. Это снижает долгосрочные репутационные издержки продавца от осуществления эксплуатации. Если падение будущего спроса достаточно велико, долгосрочные издержки от участия в эксплуатации могут стать ниже, чем краткосрочная выгода от таких действий, и произойдет эксплуатация. Такое, например, произошло, по всей видимости, в деле о рынках вторичных товаров «Systemcare v. Wang»². Когда «Wang» подняла цены на рынке вторичных товаров, ее продажи начали стремительно падать, и в «Wang», возможно, решили, что уходят с рынка в ближайшем будущем. В этой ситуации «завершающего периода» репутационные издержки, связанные с утратой наценки на будущие продажи, потеряли значение в качестве фактора, сдерживающего продавца, и максимизирующим активы поведением для продавца стала эксплуатация имеющихся запертых клиентов.

Стороны заключают договоры, зная, что договорная и репутационная защита ограничена, и что, следовательно, существует вероятность эксплуатации рынка вторичных товаров в случае достаточно изменившихся рыночных условий. Стороны, вступающие в договорные отношения, решают принять такой остающийся риск, от которого, как они знают, нет защиты, и предположительно получают компенсацию за данный риск заранее. А именно, ожидание суммы <потерь от> эксплуатации будет учтено в первоначальной цене оборудования — либо поскольку такого компенсирующего снижения первоначальной цены потребуют потребители (случай 1), либо поскольку такое компенсирующее снижение первоначальной цены предложат продавцы (случай 2). Поэтому, в смысле ожидаемой <ex ante> цены, цены комплектов конкурентны. Однако, ex post, если изменение рыночных условий привело к эксплуатации рынка вторичных товаров, цена комплекта, реально уплачиваемая потребителями, окажется особенно высокой.

Такой аналитический подход можно согласовать с эксплуатацией, предположительно имевшим место в деле «Kodak». Изменения, введенные «Kodak» в свою систему и касающиеся доступности запасных частей для НОТО, можно считать непредвиденным изменением в их договоре с имеющимися запертыми клиентами. Можно было бы утверждать, что эти клиенты не требовали явной договорной защиты, касающейся цен на техническое обслуживание на рынке вторичных товаров, и не требовали компенсирующего снижения первоначальной цены оборудования до того, как оказались заперты, поскольку были уверены в доступности обслуживания от НОТО в качестве альтернативы. Вот почему

1 [Klein, Crawford and Alchian (1978)].

2 «Systemcare v. Wang» (787 F.Supp. 179 (D. Colo. 1992)). Подобный анализ может также объяснять <решение по делу> «Virtual Maintenance, Inc. v. Prime Computer, Inc.» (1993—2 Trade Cos. 770, 446 (6th Cir. 1993)), исправленное и отмененное в: 995 F.2d 1324 (6th Cir. 1993) после возврата Верховным судом на пересмотр первоначального решения (957 F.2d 1318 (6th Cir. 1992)) в свете <решения по делу> «Kodak» (113 S.Ct. 314 (1992)). В «Prime Computer» утверждали, что не могли нажиться на запертых клиентах, обуславливая предоставление услуг по поддержке применения и обновлению компьютерных программ приобретением услуг по техническому обслуживанию оборудования, ввиду наличия конкуренции за продажи нового оборудования. Однако, с тех пор «Prime Computer» прекратила деятельность по производству оборудования и реорганизовалась под названием «Computervision».

экономически важен тот факт, что успешные НОТО оказались изгнанными с рынка вследствие изменения системы сбыта «Kodak»: он свидетельствует о том, что клиенты могли при принятии первоначального решения о покупке ожидать наличия конкурирующих поставщиков услуг технического обслуживания с более низкими ценами и, соответственно, были готовы первоначально уплатить за оборудование более высокую цену, чем в противном случае. Если дело обстоит так, из этого следует, что изменение системы поставок запасных частей «Kodak» привело к цене комплекта выше, чем конкурентная¹.

Однако, похоже, что в случае с «Kodak» дело было в другом. Прежде всего, на рынке не было никаких очевидных изменений, заставивших «Kodak» выйти в своих отношениях с клиентами за рамки самоисполнения договора. Дело не обстояло так, что покупатели «Kodak» приобретали оборудование, ожидая доступности дешевого рынка услуг НОТО: когда в 1975 г. «Kodak» вышла на этот рынок, она была единственным поставщиком запасных частей и услуг технического обслуживания своих аппаратов². Фактически, можно утверждать, что первоначально, когда со своими аппаратами была знакома только «Kodak», у нее была необходимость оказывать услуги на рынке вторичных товаров, чтобы успешно конкурировать с «Херох». Подобно другим конкурирующим производителям, «Kodak» взимала сравнительно высокие цены за услуги, и соответственно низкие конкурентные цены за свое оборудование (почему ценообразование на комплект в условиях конкуренции приняло такую форму, будет обсуждаться ниже).

Когда на рынок в 1982 г. вышли НОТО, основанные бывшими сотрудниками «Kodak», которые имели доступ к руководствам и инструментам и знали клиентуру «Kodak»³, это стало источником неожиданной выгоды для имеющих запертых клиентов. Клиенты, отказавшиеся от услуг «Kodak» в пользу таких НОТО, уплатили за комплект цену ниже конкурентной (если «Kodak» знала бы *ex ante*, что у нее не будет этих продаж услуг, она бы взимала со своих покупателей более высокую цену оборудования)⁴. Этот отток клиентов побудил «Kodak» в 1985 г. формализовать в писанном виде и настойчиво применять то, что она ранее рассматривала как свою давно установленную систему, а именно, что она будет продавать запасные части только покупателям услуг технического обслуживания «Kodak» или тем, кто обслуживает свои аппараты сами⁵.

1 Фокс [Fox (1994)] уверен, что Суд мог быть мотивирован самим фактом выдавливания с рынка успешных НОТО, и что Суд мог прибегнуть к экономическим понятиям записки и эксплуатации рынка вторичных товаров лишь как к способу достижения того результата, который считал честным и справедливым: защиты малого предприятий и их клиентов.

2 «Kodak» вышла, как и другие конкурирующие производители, на рынок <копировальной техники> после того, как «Херох» была вынуждена решением ФКТ начать лицензировать свои патенты всем новым компаниям по номинальной стоимости (см. Bresnahan (1985) and Xerox Corp., 86 F.T.C. 364, 373—79 (1975)).

3 Festa (1993).

4 Поэтому НОТО в некотором смысле «безбилетничали» на системе ценообразования «Kodak», но не на вложениях основного капитала и не на вложениях в НИОКР (как «Kodak» утверждала в своей записке по делу). Суд справедливо отклонил аргумент «Kodak» о безбилетничестве, поскольку «Kodak» не представила никакой причины, по которой не могла получать отдачу от своих вложений, взимая нормальную цену за свое оборудование и запасные части, т. е. «Kodak» не представила обоснования для занижения цен на оборудование и завышение — за услуги на рынке вторичных товаров как элементы своей конкурентной цены комплекта.

5 Ранее НОТО получали запасные части от клиентов, покупавших их у «Kodak» и перепродававших затем НОТО, от посредников, покупавших их у «Kodak» или разбиравших бывшие в употреблении аппараты, из бывшего в употреблении оборудования, приобретаемого самими НОТО, и (как утверждали истцы-НОТО) от самой «Kodak» напрямую (см. Festa (1993) at 627, n. 31).

Если бы покупатели оборудования «Kodak» неявно полагались бы на дешевые услуги НОТО, приобретая оборудование, мы могли бы ожидать, что клиенты потребуют компенсирующего снижения цен на оборудование после изменения системы сбыта «Kodak» в 1985 г. Напротив, свидетельства указывают, что «Kodak» не меняла цены на новое оборудование в сторону уменьшения, и что продажи «Kodak» не упали после этого изменения. Суд счел данное отсутствие падения продаж «Kodak» свидетельством против теории совершенной конкуренции, предложенной «Kodak»¹. Однако, если даже «Kodak» и имела дела с не вполне эластичным спросом, мы ожидали бы некоторого падения спроса, если бы итоговая цена комплекта в результате изменения системы повысилась. Тот факт, что спрос на «Kodak» не упал, может лишь подтверждать тот факт, что никакого увеличения итоговой цены комплекта вследствие изменения системы не было, т. е. что для сколь угодно существенного количества клиентов эксплуатации не произошло.

Дополнительное свидетельство тому, что эксплуатации в смысле цены комплекта выше конкурентной после изменения системы «Kodak» не было, заключается в том, что условия договора «Kodak» с ее клиентами не изменились. Если покупатели оборудования «Kodak» неявно полагались бы при приобретении оборудования на дешевое техническое обслуживание НОТО, мы бы ожидали со стороны клиентов требования соблюдения договора на рынке вторичных товаров. Но свидетельства значительного изменения условий защиты на рынках вторичных товаров после 1985 г. по сравнению с условиями, на которые покупатели соглашались до 1985 г., отсутствуют.

И наконец, возможно, важнейшим дополнительным свидетельством отсутствия эксплуатации со стороны «Kodak» является тот факт, что «Kodak» предприняла все усилия для заблаговременного извещения об изменении своей системы. В частности, «Kodak» ввела свою ограничительную систему поставки запасных частей только для приобретаемых новых (младше 1985 г.) моделей микрографического оборудования, продолжая поставлять НОТО запасные части для обслуживания моделей до 1985 г. Если бы «Kodak» хотела эксплуатировать своих клиентов, она максимизировала бы свою прибыль, применив ограничительную систему к поставке всех запасных частей, ориентируясь в особенности на запертых клиентов, приобретших старые модели. Ограничение изменения системы сбыта новыми моделями и продолжение поставок НОТО запасных частей к старым — является ясным свидетельством тому, что «Kodak» позаботилась не предпринимать никаких действий, которые могли бы быть поняты как эксплуатация.

4. ЭКСПЛУАТАЦИЯ РЫНКОВ ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ НЕ ЯВЛЯЕТСЯ СВИДЕТЕЛЬСТВОМ РЫНОЧНОЙ ВЛАСТИ В АНТИМОНОПОЛЬНОМ СМЫСЛЕ

Даже если бы в деле «Kodak» имела место эксплуатация, он не был бы применением рыночной власти. Отождествление эксплуатации с наличием рыночной власти предполагает, что рыночная власть имеет место во всех спорах по договорам, включая

1 Судья Блэкман отмечает, что в то время как «цены технического обслуживания для клиентов „Kodak“ выросли, свидетельств или показаний, согласно которым продажи оборудования „Kodak“ упали бы, нет» («Kodak», 112 S.Ct. At 2085). Судья Блэкман утверждает, что «„Kodak“ вообще не утверждала, что взимает за свое оборудование или запасные части цены выше конкурентных и возмещает прибыль за счет технического обслуживания. Вместо этого, она утверждает, что взимает за свое оборудование цены, сопоставимые с ценами конкурентов...» (Ibid.). Судья Блэкман не понимает (а «Kodak», похоже, и не пытается объяснить), что оба эти утверждения истинны, если все производители из данной отрасли «занижают цены» на свое оборудование и «завышают цены» на техническое обслуживание. Судья Скалиа в своем особом мнении ошибочно пытается ответить на довод судьи Блэкмана, утверждая, что «на рынках реального мира наблюдается неполная доступность для потребителей и низкое качество сведений», и что таковые создают «зоны, в которых поставщики, в иных обстоятельствах конкурировавшие бы друг с другом, получают возможность завышать цену на свою продукцию, не теряя заметной доли на рынке» («Kodak», 112 S.Ct. 2097—98).

случаи, которые по всеобщему мнению не связаны с рыночной властью. Для примера¹ я взял гипотетический случай арендатора, снимающего служебные помещения у владельца недвижимости на конкурентном рынке служебных помещений. После того, как арендатор подпишет конкурентное соглашение об аренде и произведет в данные помещения неотделимые вложения, рыночные условия претерпевают неожиданные изменения, так что максимизирующим активы для владельца недвижимости оказывается извлечь выгоду из неполноты контракта (и ограниченности своего репутационного капитала) и поднять тарифы автомобильной стоянки у данного здания. Несогласие арендатора на условия владельца недвижимости будет в данном случае с очевидностью хозяйственным спором, подпадающим под договорное право. Тот факт, что были произведены специфические вложения, запирающие арендатора в определенных помещениях, может быть существенным обстоятельством в спорах по договору, но он не делает владельца недвижимости монополистом и не превращает разногласия между арендатором и владельцем недвижимости в антимонопольный процесс. В частности, экономически бессмысленно определять релевантный рынок аренды служебных помещений так узко, чтобы он включал лишь конкретные служебные помещения отдельного арендатора. Решение владельца недвижимости об эксплуатации рынка услуг стоянки может нарушать неявные условия договора, но оно не связано с использованием рыночной или монополярной властью.

Проблема эксплуатации, такая как разногласия между владельцем недвижимости и арендатором, экономически по ряду параметров отличается от проблемы монополии. Эксплуатация требует, 1) чтобы стороны совершали специфические капиталовложения, 2) чтобы в условиях договора были пробелы, касающиеся взаимоотношений сторон, и, как мы уже видели, 3) чтобы имело место непредвиденное событие, выводящее эти отношения за рамки самоисполнимости с учетом репутационного капитала сторон и оговоренных условий договора. С другой стороны, ни одно из данных трех условий не является необходимым для монополии. Например, если в городе есть лишь один потенциальный арендодатель служебных помещений, такой владелец недвижимости будет в состоянии взимать монополярную цену за служебные помещения даже если арендаторы не делают специфических вложений, даже если договор аренды является полным контрактом и даже если после подписания договора ничего непредвиденного не происходит. Такой арендодатель-монополист не сможет эксплуатировать арендатора на этих условиях, но все же будет в состоянии пользоваться монополярной властью при установлении условий аренды. Кроме того, проблема эксплуатации с необходимостью является одноразовым феноменом, зависящим от наличия *ex post* уникальных рыночных условий, не предвидимых при заключении первоначального договора. Стороны не будут делать новых специфических вложений, если эти условия не сдерживаются (посредством достаточной договорной или репутационной защиты), так чтобы подобная эксплуатация в будущем была предотвращена. Монополия, со своей стороны, не обязательно является одноразовым феноменом, но может существовать в течение длительного времени.

Договорное право лучше, чем антимонопольное, подходит к случаям эксплуатации, поскольку оно явным образом учитывает условия <заключения и исполнения> договора. В частности, договорное право обычно признает распространенность специфических для одной из сторон вложений и контрактную неполноту писанных договоров, а также то, что сторонам обычно известно, что они не могут полностью устранить риск эксплуатации, связанный со сделками, предполагаемыми данными двумя фактами. В частности, договорное право признает, что стороны, принимая условия договора, имеющие в виду защиту от рисков эксплуатации, но не устраняющие их, могут добровольно ставить себя в положение, в котором, как они знают, будут уязвимы к эксплуатации. Таким образом, в

1 В статье [Klein (1993)].

обмен на принятие таких рисков эксплуатации, стороны компенсируются условиями в момент первоначального заключения договора. Более того, даже в тех случаях, когда потребители *ex ante* не осведомлены о рисках эксплуатации, если о рисках эксплуатации *ex ante* осведомлены поставщики, первоначальную компенсацию обеспечит конкуренция. В результате, в договорном праве к проблеме эксплуатации подходят деликатно и не пытаются избавиться (и уж точно не пытаются избавиться посредством троекратной компенсации ущерба) от любой вообразимой эксплуатации, которая может иметь место при долгих договорных отношениях. Вместо этого, договорное право разбирает эксплуатацию в индивидуальном порядке, признавая важность для коммерческой деятельности правовой системы, которая обычно принуждает к исполнению договоров, какими бы «несовершенными» или «несправедливыми» они временами ни казались бы¹.

Антимонопольное право не должно вмешиваться в конкурентный договорный процесс даже несмотря на то, что этот процесс может иногда приводить к эксплуатации. В частности, сторонам не следует препятствовать осуществлять добровольные специфические вложения, которые запирают их у встречной стороны, и применять неполные контракты, при которых они сознательно ставят себя в положение, в котором они могут столкнуться в будущем с эксплуатацией. Если только в момент времени до совершения сторонами специфических вложений и их запираения имеется достаточная конкуренция, любая последующая эксплуатация является частью конкурентного предложения. В этом заключается различие между гипотетической рыночной власти на рынке вторичных товаров и рыночной власти на рынке первичных товаров. Хотя в случае, если эксплуатация, которую повлекло неожиданное изменение рыночных условий, привела к *ex post* росту цен на рынке вторичных товаров и за комплект уплачиваются цены выше конкурентных, это весьма отличается от случая, когда высокая цена на рынке вторичных товаров и, возможно, продажа в нагрузку на рынке вторичных товаров обусловлены властью на исходном рынке. Хотя в обоих случаях кажется, что потребители сталкиваются с уменьшением выбора в момент времени, когда цены на рынке вторичных товаров поднимаются, в первом случае гипотетической власти на рынке вторичных товаров подразумевается, что захваченный на рынке вторичных товаров потребитель знал о риске эксплуатации в первоначальный момент заключения договора на конкурентном рынке <первичных товаров> и, следовательно, получил компенсацию за риск уплаты цены комплекта выше конкурентной. В последнем же случае, при наличии власти на рынке первичных товаров, высокая цена комплекта возлагается на потребителя изначально, когда он сталкивается с ситуацией недостаточной конкуренции и, следовательно, не может избежать уплаты цены комплекта выше конкурентной или потребовать компенсации.

Рассмотрим, к примеру, обсуждавшийся выше случай полностью предсказуемого и свободно заключенного соглашения, ограничивающего деятельность контрагента, в деле «Mozart v. Mercedes». Разумно допустить, что когда дилеры «Mercedes» заключали с «Mercedes» первоначальный договор о поставке запасных частей, рыночной власти у «Mercedes» не было. Однако, принимая условия договора с ограничительными оговорками, они приняли на себя риск эксплуатации. Например, если рыночные условия драматически изменяются, так что ожидаемый в будущем спрос на автомобили «Mercedes» значительно сокращается, для «Mercedes» выгодно эксплуатировать имеющихся дилеров и потребителей, подняв цену на запасные части. Предельным будет пример данного явления при настолько

1 См. [Klein (1980)]. Красуэлл [Craswell (1982)] соглашается, что эксплуатацией должны заниматься скорее договорное право и регулирование, защищающее права потребителя, чем антимонопольное право.

стремительном изменении рыночных условий, что «Mercedes» запланирует скорый уход с рынка, как то, возможно, имело место в делах «Wang» и «Prime Computer»¹.

Дилеры (и покупатели) «Mercedes» предположительно убедили себя, что репутационный капитал «Mercedes» и другие условия, включенные в договор, минимизируют риск такой эксплуатации. Но они знали, что не являются всезнающими и что могут произойти непредвиденные изменения рыночных условий, так что для «Mercedes» окажется выгодным предпринять такую эксплуатацию. Поскольку «Mercedes» предложил, а дилеры приняли данные условия договора на конкурентном рынке, где «Mercedes» конкурировала за дилеров с другими автомобилестроительными компаниями и, возможно, со всеми иными франшизодателями, условия договора, предложенные «Mercedes» и принятые дилерами, должны были адекватно компенсировать дилерам остающийся риск, который они добровольно приняли (возможно, компаниям с более короткой историей успеха и с большей вероятностью ухода в будущем с рынка пришлось бы предоставить своим дилерам еще бо?льшую компенсацию на изначально конкурентном рынке заключения договоров за такой дополнительный риск). Однако, если рыночные условия непредвиденно изменились так, что «Mercedes» оказалось выгодно нажиться на своих запертых дилерах, будем ли мы утверждать, что релевантный товарный рынок изменился, и, в частности, что «Mercedes» стал монополистом на рынке, контролируемом одной фирмой? Это было бы не слишком полезным определением монополии. Такие монополии *ex post* совершенно отличаются от случая, при котором «Mercedes» был бы единственным автомобильным франшизодателем, или, например, единственной компанией, предлагающей договоры франшизы, касающиеся любого товара, и, следовательно, при котором условия договора *ex ante* устанавливались бы монополистическим способом.

В <решении по делу> «Kodak» не утверждается, что эксплуатация всегда является применением рыночной власти, но, похоже, сфера действия антимонопольного права распространяется на один определенный тип эксплуатации: на эксплуатацию неосведомленных потребителей с помощью нагрузки, ведущий к неожиданному повышению цен на рынке вторичных товаров. Когда потребители не осведомлены, можно утверждать, что они не принимали добровольно каких-либо рисков эксплуатации (хотя они могли все же получить выгоду от конкуренции, в том числе некоторую компенсацию за риск эксплуатации, учтенную в первоначальной цене на оборудование, взимаемой конкурирующими <между собой> торговцами). Если эксплуатация осуществляется без применения нагрузки, например, как если бы «Kodak» просто повысил бы цены на запасные части для своих запертых клиентов, не применяя нагрузки и продолжая продавать запасные части НОТО, вряд ли суд счел бы такую эксплуатацию применением рыночной власти². Антимонопольное право и, в частности, <решение по делу> «Kodak», не требует от судов микрорегулирования обоснованности всех цен на рынках вторичных товаров.

В чем же, однако, принципиальное различие между этими двумя случаями, если повышение цены на рынке вторичных товаров непредвиденно и приводит к ценам на комплект выше конкурентных? Единственное отличие в том, что в одном случае эксплуатация осуществлялась с помощью нагрузки, в в другом — без. Хотя нагрузка и является незаконной *per se*, ее незаконность требует рыночной власти при навязывании товаров. А рыночная власть имеет место в обоих случаях эксплуатации только в том обманчивом смысле, что можно объявить записание потребителя созданием рыночной власти на рынке

1 См. прим. 21 выше.

2 Арида и Ховенкамп [Areeda and Hovenkamp (1993) ¶ 1709.2 at 1195—96] уверены, что <решение по делу> «Kodak» относится лишь к определению рыночной власти в делах о навязывании ограничивающих условий. Артур [Arthur (1994)], напротив, полагает, что затруднительно ограничить данное рассуждение делами о навязывании ограничивающих условий.

вторичных товаров от продукции единственной компании — власти, которая существует вне зависимости от размера компании и присутствует только из-за природы рассматриваемой продукции¹. Тем не менее, согласно такому критерию рыночной власти, исходящему из записания потребителя, рост цен на запасные части или, к примеру, непредвиденный рост платы за стоянку автомобилей арендатора представляют собой случаи применения рыночной власти — вывод, противоречащий здравому смыслу и принятой правовой доктрине.

5. ВЫСОКИЕ ЦЕНЫ НА РЫНКАХ ВТОРИЧНЫХ ТОВАРОВ КАК ДИСКРИМИНАЦИЯ ПРИ СБЫТЕ

Называть или не называть эксплуатацию применением рыночной власти, вряд ли наши примеры высоких цен на рынках вторичных товаров — такие как цены на техническое обслуживание копировальных аппаратов «Kodak», или на картриджи с красителем для компьютерным принтеров, или на воздушную кукурузу в кинотеатре — можно объяснить на основе эксплуатации. Такие случаи высоких цен на рынках вторичных товаров явно не являются примерами одноразовой неожиданности, но существуют как долговременные феномены. Как мы увидели, вряд ли высокие цены на рынках вторичных товаров можно объяснить также и неспособностью полностью осведомленных потребителей придумать в момент первоначального приобретения оборудования условия договора, защищающие от высоких цен на рынках вторичных товаров посредством требования компенсирующего снижения цен на оборудование (случай 1). Невероятно и то, чтобы высокие цены на рынках вторичных товаров объяснялись полной неосведомленностью потребителей об условиях на рынках вторичных товаров, поскольку с неосведомленных потребителей конкурирующие за возможность взимать высокие цены на рынке вторичных товаров фирмы взимают высокие цены на рынках вторичных товаров, но компенсационно снижают в то же время цену на оборудование (случай 2).

Высокие цены на рынках вторичных товаров существуют прежде всего не из-за неполноты контрактов, неосведомленности потребителей или неожиданной эксплуатации, а потому что они выполняют роль измерителя интенсивности потребительского спроса. А именно, высокие цены на рынке вторичных товаров являются способом взять с того, кто более интенсивно пользуется товаром, более высокую цену за комплект, а с того, кто менее интенсивно — менее высокую. Ценовая дискриминация, на которую я ссылаюсь здесь, не является ценовой дискриминацией в том смысле, в котором она запрещена Законом Робинсона—Патмана, при которой с конкурирующих покупателей взимают разную цену за один и тот же товар. Это ценовая дискриминация чисто в специальном экономическом смысле, когда компания применяет систему сбыта для побуждения покупателей добровольно разделить на классы по вариантам того блага, которое они решают приобрести, — в данном случае, по интенсивности спроса на рынке вторичных товаров, так

1 Артур [Arthur (1994)] различает «структурную» и «неструктурную» рыночную власть, причем утверждает, что эксплуатация связана с неструктурной рыночной властью, поскольку цена установлена выше издержек не в связи со структурными характеристиками отрасли, такими как рыночная доля компании или входные барьеры, но лишь с отклонениями от модели совершенной конкуренции, в особенности, с неполной осведомленностью потребителя. Хотя, в общем, я сочувствую этому различению и политической рекомендации Артура (согласно которой антимонопольное законодательство должно иметь дело лишь со структурной рыночной властью), это возвращает нас к вопросу о релевантном товарном рынке. В частности, он не обсуждает, но принимает как данное то, что, к примеру, строение, принадлежащее одному владельцу, не составляет рынка. Общий ответ на этот вопрос, опирающийся на определения общих и специфичных для отдельной фирмы элементов любой продукции, обсуждается в: [Klein (1993)].

что компания может косвенно устанавливать разные цены за комплект (и извлекать прибыль различного размера) при продаже разным классам потребителей¹.

Системой сбыта, обычно считающейся примером данного феномена, является продажа бритвенных станков по относительно низким ценам (на самом деле, станки иногда раздаются бесплатно) при продаже бритвенных лезвий по относительно высоким ценам. Делая таким образом «наценку» на лезвия на рынке вторичных товаров, компания может в результате взимать с различных потребителей различные цены за свой бритвенный комплект, основываясь на интенсивности пользования бритвой. Она будет выгодной, если потребители, изводящие больше лезвий за промежуток времени (или потому, что у них гуще борода, или потому, что им чаще требуется гладко выбриваться), больше ценят бритвенный комплект данной компании.

На рынке существует множество подобных примеров дискриминирующих систем сбыта. Например, компания может разделять потребителей на основе их желания обойтись без некоторых конкретных особенностей товара и установить цену на «роскошные» модели товара (обладающие данными особенностями) на более высоком уровне (относительно предельных издержек), чем на «обычные» модели. Другим примером является «завышение цен» рестораном на кофе и десерт, подаваемые после обеда, так что желающие обойтись без этих элементов обеда посетители уплачивают в результате меньшую цену относительно предельных издержек, чем посетители, потребляющие после обеда кофе и десерт. Это также является вероятной причиной нагрузки и завышения цен на воздушную кукурузу в кинотеатрах. Предположительно, те потребители, которые предъявляют высокий спрос на комплект просмотра фильма, с большей вероятностью покупают кукурузу. Таким образом, предлагая кукурузу в нагрузку и завышая на нее цены, кинотеатр может выделить тех потребителей, которые предъявляют более высокий спрос по максимально приемлемой цене, и получать на них прибыль повышенного размера. Другие системы сбыта могут заключаться в разделении компанией потребителей на основе их желания отложить потребление товара и взимание более высокой цены за ранние версии товара, чем за поздние. Примеры включают цены на билеты при первом и последующих прокатах фильма, или на книги в жесткой и мягкой обложке. Другие системы сбыта могут включать разделение потребителей на основе их желания тратить время и силы на поиск скидок, причем, компания, например, может воспользоваться купонами для предоставления скидки подмножеству покупателей. Поскольку сбор и предъявление купонов связаны с издержками для потребителей ввиду дополнительных затрат времени и сил, это является для такой компании способом взимать более низкие цены с потребителей, которые меньше ценят время².

Продажа компанией «Kodak» в нагрузку могла облегчать такого рода ценовую дискриминацию, поскольку скорее всего ценность, которую различные потребители придают оборудованию «Kodak», коррелирует с их спросом на услуги, т. е. покупатели, предъявляющие больший спрос на запасные части и техническое обслуживание, придают этому оборудованию большую ценность. Такое «измерительное» объяснение продаже «Kodak» услуг в нагрузку предположительно осмысленно, поскольку те потребители, которые интенсивнее эксплуатируют оборудование «Kodak» и, следовательно, требуют

1 В экономической литературе это называют ценовой дискриминацией третьей степени (см. [Pigou (1920)]).

2 Хотя во всех этих примерах некоторые покупатели уплачивают более высокую относительно предельных издержек цену, чем другие, данные примеры экономической ценовой дискриминации не нарушают закона Робинсона—Патмана, поскольку в одних случаях товары не являются «благами широкого потребления» <'commodities'>, в других случаях — поскольку эти товары не рассматриваются как имеющие «сходный сорт и качество» <'like grade and quality'>, и во всех случаях — поскольку конкуренции не наносится ни прямого, ни косвенного вреда.

больше услуг на рынке вторичных товаров, предположительно придают большую ценность конкретному комплекту <из оборудования и услуг> «Kodak».

Однако, если продажа услуг в нагрузку к оборудованию «Kodak» объясняется измерением интенсивности потребительского спроса, напрашивается вопрос о том, почему «Kodak» не воспользовалась в качестве измерителя одними запасными частями. Поскольку некоторые запасные части «Kodak» были нестандартными, «Kodak» могла бы взимать дополнительную наценку сверх предельных издержек таких запасных частей, дискриминируя таким образом покупателей на основании интенсивности эксплуатации <оборудования> и не прибегая к нагрузке.

Как я отметил¹, проблема с применением нестандартных запасных частей «Kodak» как единственного средства измерения заключалась в отсутствии фиксированной пропорции между спросом на такие запасные части и на техническое обслуживание². До некоторой степени запасные части и обслуживание являются заменителями друг друга. А именно, замена частей требуется реже, если потребители более тщательно выполняют обслуживание своего оборудования. Поэтому, повышение цен только на запасные части побудило бы покупателей экономить на запасных частях путем более частого технического обслуживания оборудования (и, подобным же образом, повышение только цены на техническое обслуживание побудило бы покупателей сократить пользование услугами технического обслуживания и чаще менять запасные части). Более того, если бы «Kodak» возложила полноту измерения наценок исключительно на запасные части, эффект взаимозаменяемости запасных частей и технического обслуживания скорее всего был бы велик. Это потому, что затраты на нестандартные запасные части «Kodak» являются относительно небольшой долей совокупных затрат на рынках вторичных товаров. Как следствие, «Kodak» пришлось бы значительно повысить цену запасных частей, если бы она захотела измерить интенсивность спроса и дифференцировать различную прибыль от оборудования исключительно посредством ценообразования на запасные части. Это создало бы очень большой стимул заменить покупку запасных частей у «Kodak» услугами технического обслуживания, предоставляемыми конкурентно (НОТО), и вылилось бы в существенное сокращение прибыли «Kodak»³.

Сверх этого, «Kodak» не смогла бы воспользоваться своими нестандартными запасными частями в качестве единственного средства измерения, поскольку спрос на запасные части не является настолько же хорошим измерителем ценности, придаваемой потребителем, как спрос на техническое обслуживание. А именно, некоторые покупатели, например, люди, которые сами обслуживают свое оборудование, могут предъявлять спрос на достаточно большое количество запасных частей «Kodak» за единицу времени, но относительно невысокий спрос по максимально приемлемой цене на комплект «Kodak». В результате, если бы в качестве единственного измерительного средства «Kodak» пользовалась только запасными частями, цены на запасные части были бы выше оптимизирующего прибыль уровня, и «Kodak» потеряла бы значительную долю продаж в сегменте рынка, осуществляющем техническое самообслуживание⁴.

1 В статье [Klein (1993)]

2 В особом мнении судьи Скалиа по делу «Kodak» ошибочно предполагается, что на запасные части и техническое обслуживание спрос предъявляется в фиксированной пропорции (112 S.Ct. at 2097 n.2).

3 Обсуждение экономики ограничительных оговорок <tie-ins> в условиях переменных пропорций см. напр. в: [Warren-Boulton (1974)].

4 Доля продаж, приходившаяся на клиентов, самостоятельно выполняющих техническое обслуживание, была достаточно небольшой (возможно, пять процентов), чтобы одного этого эффекта было недостаточно для удержания «Kodak» от поддержания цены комплекта за счет подъема цен на

И наконец, продажа «Kodak» услуг технического обслуживания в нагрузку как альтернатива наценке только на запасные части, возможно, облегчила другую форму выгодной ценовой дискриминации. Клиенты «Kodak», скорее всего, различаются по ценности, придаваемой ими комплекту «Kodak», на основе не только количества, но и типа технического обслуживания, которое им требуется. А именно, потребители, которым требуется более оперативное обслуживание (например, выезд в течение одного часа, возможность вызова в выходные дни и вечерние часы и т. п.), скорее всего будут предъявлять более высокий спрос по максимально приемлемой цене на комплект «Kodak», чем покупатели, которые требуют менее оперативного отклика (например, выезда в течение суток). Следовательно, с тех покупателей, которым требуется более оперативное обслуживание, можно брать более высокую цену, чем с тех, кому требуется менее оперативное обслуживание. Такую форму ценовой дискриминации можно осуществить только в случае контроля производителя оборудования за оказанием услуг технического обслуживания. В противном случае, конкуренция <на рынке> технического обслуживания приведет к потере производителем значительного числа клиентов, требующих немедленного выезда.

6. ДИСКРИМИНАЦИЯ ПРИ СБЫТЕ НЕ ЯВЛЯЕТСЯ СВИДЕТЕЛЬСТВОМ РЫНОЧНОЙ ВЛАСТИ В АНТИМОНОПОЛЬНОМ СМЫСЛЕ

Наличие дискриминационных систем сбыта — таких как «завышенные цены» на бритвенные лезвия при «заниженных» на станки, «завышенные цены» на воздушную кукурузу при «заниженных» на билеты в кино или «завышенные цены» на техническое обслуживание при «заниженных» на оборудование — не предполагают наличия рыночной власти. Все, что необходимо для применения таких методов, — это наличие у продукции каждой отдельной фирмы некоторых уникальных особенностей. Например, когда в 1975 г. «Kodak» вышла на рынок <множительной техники>, ее продукция обладала некоторыми уникальными характеристиками, такими как собственное усовершенствованное устройство подачи оригиналов¹. Другой уникальной особенностью продукции может быть фирменное наименование или репутация. Если компании производят продукцию, чем-то отличающуюся от продукции конкурентов, они имеют дело с отрицательным уклоном кривых спроса и, следовательно, обладают возможностью ценовой дискриминации. Их конкуренты не способны осуществлять арбитраж дискриминационной системы, поскольку не в состоянии производить аналогичную продукцию.

Неудивительно, что «Kodak» не стала объяснять свое поведение ценовой дискриминацией: ведь существует путаница в вопросе о том, свидетельствует ли ценовая дискриминация о рыночной власти. Например, Арида и Тернер утверждают, что ценовая дискриминация представляет собой «прямое свидетельство» рыночной власти². И даже в особом мнении Скалиа по делу «Kodak» ошибочно заявляется, что из предполагаемого отсутствия у «Kodak» рыночной власти следует невозможность ценовой дискриминации, при утверждении о том,

запасные части и снижения цен на техническое обслуживание после выхода на рынок конкурирующих поставщиков услуг технического обслуживания. Напротив, в деле «Digidyne Corp. v. Data General Corp.» (734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984)) — касавшемся продажи «Data General» оборудования в нагрузку к операционной системе после выхода на рынок подражателей, торгующих конкурирующим оборудованием — у «Data General» было значительное число клиентов (приблизительно 40%), приобретавших одно лишь оборудование. Таким образом, «Data General» не могла в ответ на выход на рынок подражателя с прибылью повысить цену на свою операционную систему, одновременно снизив цену на оборудование, поскольку это привело бы к ценам на оборудование «Data General» существенно ниже максимизирующего прибыль уровня при продажах одного оборудования и оказало бы значительное воздействие на ее прибыльность (см. [Klein (1993), n. 32 and n. 46]).

1 Bresnahan (1985) at 17—18. Суд признал, что копировальные аппараты «Kodak» обладали отличительными особенностями («Kodak», 112 S.Ct. at 2077).

2 Areeda and Turner (1978) Vol. II, ¶ 514 at 342.

что «возможность осуществлять ценовую дискриминацию отсутствует у производителя — такого как „Kodak“, — у которого нет власти на том рынке, на котором конкурируют различные производители»¹.

Но для успешного осуществления фирмой ценовой дискриминации рыночная власть не является необходимой. Все, что необходимо, это то, чтобы фирма сталкивалась со спросом, график которого имеет отрицательный наклон, что справедливо для всех торгующих уникальной продукцией фирм. Хотя такого отрицательного наклона графика спроса и способности к ценовой дискриминации не было бы при совершенной конкуренции, их следует отличать от отрицательного наклона графика спроса и способности к ценовой дискриминации, имеющих место из-за значительной доли на рынке, которой обладает данная фирма. Примером <последних> может служить дискриминационное ценообразование на алюминий со стороны «Alcoa» в зависимости от планируемого применения данного алюминия (так, «Alcoa» взимала более высокую цену за алюминий, применяемый в самолетостроении, чем за применяемый при производстве электрических кабелей), когда «Alcoa» в сущности контролировала производство алюминия <в США>².

Чтобы определить, обладает ли фирма рыночной властью, следует определить, почему график спроса для этой фирмы имеет отрицательный наклон. Случай, при котором наклон графика спроса фирмы отрицателен лишь потому, что она производит уникальный товар (или товары) с конкретными особенностями, которые ценят некоторые потребители, отличается от случая, при котором наклон графика спроса фирмы отрицателен, поскольку она владеет большой долей на рынке³.

Идея о том, что отрицательный наклон графика спроса и способность с выгодой осуществлять ценовую конкуренцию зависят от обладания рыночной властью (в антимонопольном смысле), основана на ошибочном представлении о природе рыночной власти (в антимонопольном смысле) — ошибочном представлении, укорененном в экономической модели совершенной конкуренции. Данное представление, к сожалению, разделяют многие экономисты. Например, Карлтон и Перлофф в своем популярном учебнике по отраслевой организации утверждают: «Если некая фирма в состоянии влиять на цену, выручаемую за свою продукцию, говорят, что данная фирма обладает монополией (иногда называемой рыночной властью)»⁴. При таком определении рыночной власти, я, например, обладал бы рыночной властью при оказании услуг экономического консультирования. Хотя я конкурирую с тысячами других поставщиков услуг экономического консультирования и имею незначительную долю на рынке, при небольшом повышении своих цен я не потеряю всего спроса. Я имею дело с отрицательным наклоном графика спроса, возможно, благодаря своей репутации, следующей из опыта определенных покупателей моих услуг в прошлом, и тому факту, что у меня, возможно, есть определенные таланты, особенно удачно подходящие к выполнению специфических задач.

Карлтон и Перлофф признают, что их экономическое определение рыночной власти бесполезно, поскольку из него следует, что каждая фирма в экономике, за исключением, быть может, зерновых ферм из учебников экономики, обладает рыночной властью. Они

1 «Kodak» (112 S.Ct. at 2099).

2 «U. S. v. Aluminum Co. of America» (148 F. 2d 416 (1945)).

3 Важность источника ренты при определении наличия у фирмы рыночной власти подчеркивается в: [Нау (1992)], где в качестве примера конкурентной фирмы с отрицательным наклоном графика спроса приводится случай успешного ресторана. Это также подчеркивается в: [Fisher (1991)], где утверждается, что термин «монополия» следует использовать только в случаях, когда отрицательный наклон спроса порожден искусственно путем сговора, законодательных ограничений выхода на рынок или хищничества.

4 [Carlton and Perloff (1989) at 97].

пытаются решить данную проблему со своим определением рыночной власти, утверждая, что наличие рыночной власти — вопрос количественный, и что определить количество рыночной власти, которой обладает фирма, можно по той величине, на которую спрос на продукцию этой фирмы отклоняется от кривой совершенно эластичного спроса. Однако, эта широко распространенная экономическая идея о том, что эластичность спроса на продукцию фирмы может применяться для определения степени монополии, имеющейся в любой ситуации, чаще всего ведет к неверным выводам. Например, я, в соответствии с этим критерием, могу обладать большей рыночной властью, чем, скажем, «General Motors». В данном определении с рыночной властью путается свобода ценообразования отдельной фирмы.

Многие относительно небольшие фирмы, работающие в весьма конкурентных отраслях, применяют методы дискриминационного сбыта, описанные выше. Но такие фирмы не обладают существенной рыночной властью. Например, исследования эластичности спроса на многие фирменные продукты в универсамах показывают, что отдельные марки апельсинового сока, кофе, пива и других продуктов в массе обладают собственной эластичностью в 2,5—5, следовательно, цены на них на 25—67% выше предельных издержек¹. Продавцы таких товаров также часто применяют купоны и другие средства дискриминационного спроса. Невероятно, чтобы эти фирмы — с их маленькими долями на рынке, скромной прибыльностью и весьма конкурентными рынками, на которых энергично конкурируют при вполне реальной угрозе выхода новых игроков — владели какой-либо значительной рыночной властью. Хотя такие производители фирменных товаров не являются «ценополучателями», имеющими дело с кривой совершенно эластичного спроса, ни один суд не заключил бы, что эти фирмы обладают рыночной властью. Поскольку фирменные наименования или особенности продукции в разной степени важны для разных потребителей, фирмы имеют дело с отрицательным наклоном кривой спроса и, соответственно, имеют возможность осуществлять ценовую дискриминацию.

Только используя экономическое определение рыночной власти можно вывести наличие рыночной власти из наличия ценовой дискриминации. Однако, из распространенных примеров ценовой дискриминации в реальном мире не следуют выводить распространенности рыночной власти в каком-либо релевантном административном смысле. Разумеется, мы не хотели бы объявить все дискриминационные системы сбыта незаконным применением рыночной власти лишь из-за того, что их не было бы в мире совершенной конкуренции. Из этого вытекала бы настолько мелочная регламентация, что она была бы неэффективной и к тому же несовместимой с действующим законодательством.

Все, что означает распространенность ценовой дискриминации, это то, что большинство фирм на рынке обладают некоторой «свободой индивидуального ценообразования» в том смысле, что у них есть возможность влиять на собственные цены. Однако, вместо того, чтобы определять уровень рыночной власти (в антимонопольном смысле) фирмы в терминах эластичности ее собственного спроса, более полезным было бы определить уровень рыночной власти (в антимонопольном смысле) в терминах того, оказывают ли изменения в ценах, устанавливаемых данной фирмой, какое-либо существенное влияние на объемы рынка и цены на нем. Хотя у фирмы есть возможность изменять собственные цены, это не подразумевает возможности влиять на цены рыночные. Например, хотя мелкий производитель зерновых хлопьев может испытывать спрос, отражаемый кривой с отрицательным наклоном, у него не может в сущности быть власти ограничивать

1 [Telser (1972) at 274—306].

совокупное предложение или поднимать рыночную цену на зерновые хлопья, а следовательно, не может быть и реальной рыночной власти¹.

Определение рыночной власти фирмы через ее способность влиять на рыночные условия, а не через собственную эластичность ее спроса, соответствует определению монополии и рыночной власти в действующем прецедентном праве². Данное определение в точности соответствует авторитетному судебному определению рыночной власти как «власти контролировать цены или исключать конкуренцию»³, данному в делах «Cellophane». Ланде и Познер⁴ ошибочно уверены, что «власть контролировать цены» относится к экономическому определению рыночной власти, т. е. к собственной эластичности спроса фирмы. Однако, они не разрешают неоднозначности, присутствующей в <решении по делам> «Cellophane» и другим подобным судебным определениям рыночной власти. Относится ли «власть контролировать цены» к способности фирмы контролировать свои собственные цены или к способности фирмы контролировать цены на рынке? Вопреки анализу Ланде и Познера, эта неоднозначность явным образом разрешается в делах «Cellophane» за счет отказа от специально-экономического определения и в пользу определения через влияние на рынок. В частности, Суд решил, что несмотря на серьезные свидетельства возможности контроля фирмой «Дюпон» цен, по которым она сама продавала целлофан, «Дюпон» не обладала рыночной властью⁵.

При более общем рассмотрении случая фирм, которые обладали властью контролировать свои собственные цены, поскольку торговали нестандартизированной продукцией, Суд в деле «Cellophane» постановил:

«Можно теоретически соглашаться, что мы сталкиваемся с монополистической конкуренцией за каждый нестандартизированный товар, когда каждый производитель обладает властью над ценой и <объемом> производства своей продукции. Тем не менее, та власть, которой производители, скажем, автомобиля или безалкогольного напитка обладают над товарами под своими товарными знаками, не является той властью, которая составляет незаконную монополию. Незаконная власть должна определяться относительно конкурентного рынка такого товара»⁶.

подавляющее большинство других <решений по> антимонопольным делам, определяющих рыночную власть таким образом, что можно различить упоминания Судом способности фирмы воздействовать на собственные цены и ее способности воздействовать на рынок, ясно определяют рыночную власть в последнем смысле: как способность фирмы влиять на показатели рынка. Специально-экономическое (через собственную эластичность) определение рыночной власти явно принимается в очень небольшом количестве решений.

1 Остается вопрос об определении релевантного товарного рынка (см. прим. 32 выше). Изменения собственной эластичности могут быть подходящим показателем, по которому можно судить о последствиях горизонтального слияния, например, двух производителей зерновых хлопьев, и в некоторых обстоятельствах оно будет предполагать достаточно узко определенные товарные рынки, как указывается в «Руководстве <по горизонтальным слияниям>» [Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41,552 (1992)]. Из этого, однако, не следует, что уровень собственной эластичности является подходящей меркой для того, чтобы судить о наличии у отдельной фирмы рыночной власти. Опять-таки, ключом является источник уровня или изменений эластичности спроса.

2 Более полное обсуждение релевантного антимонопольного прецедентного права можно найти в: [Klein (1993)].

3 «United States v E. I. Dupont de Nemours & Co.» (351 US 377, 391 (1956)).

4 [Landes and Posner (1981)].

5 Обратите внимание, что здесь я озабочен уточнением определения рыночной власти, данного Судом, а не правильностью вывода Суда об отсутствии такой власти в конкретном случае.

6 «United States v E. I. Dupont de Nemours & Co.» (351 US 377, 393 (1956), цитирование опущено).

Судья Познер — возможно, слишком хорошо знакомый с экономикой — является единственным судьей, последовательно пытающимся применять такое экономическое определение. Например, в «Olympia Equipment Leasing v. Western Union» он определяет рыночную власть как «власть поднимать цены, не теряя столь большой доли рынка, что это сделало бы такой подъем цен невыгодным»¹. Это определение однозначно определяет рыночную власть в терминах эластичности собственной цены фирмы. Судья Познер цитирует в подтверждение своего определения рыночной власти решение судьи Истербрука по делу «Ball Memorial Hospital, Inc. v. Mutual Hospital»². Однако судья Истербрук определяет рыночную власть в «Ball Memorial Hospital» как «способность ограничивать общее предложение на рынке и поднимать таким образом цены» — прямая отсылка к альтернативному, более полезному и юридически значимому определению рыночной власти как способности влиять на рынок³.

7. СОВЕРШЕННАЯ КОНКУРЕНЦИЯ — НЕПОДХОДЯЩАЯ МЕРКА ДЛЯ ПОЛИТИКИ

Серьезная проблема при использовании экономического определения рыночной власти (т. е. определения через собственную эластичность спроса) в качестве мерки для определения рыночной власти в антимонопольном смысле заключается в том, что оно заставляет экономистов вешать на любое отклонение реального мира от модели совершенной конкуренции, приводящее к менее чем совершенно эластичному спросу (например, условий, которые порождают дискриминационные системы сбыта), ярлык «несовершенства рынка». Вывод, который, казалось бы, из этого следует, заключается в том, что такое «несовершенство» нуждается в исправлении. Однако, ярлык «несовершенства» на чем-то означает лишь то, что имеются расхождения между реальными условиями и искусственными допущениями экономической модели совершенной конкуренции. Это не является несовершенством в каком-либо подходящем для определения политики смысле.

Экономическая модель совершенной конкуренции есть лишь абстрактная конструкция. Как таковая, она полезна лишь поскольку снабжает нас категориями, полезными при анализе основных экономических сил или причинных связей, действующих во многих ситуациях, а также — во многих случаях — точными предсказаниями. Однако, как и любая абстрактная теоретическая конструкция, модель совершенной конкуренции вряд ли окажется полезным средством при анализе всех вопросов. Аналогично, хотя модель без силы трения из физики крайне полезна, наличие трения не является несовершенством. И принимая решение о постройке моста, следует применять модель, которая изменяет упрощающее допущение нулевого трения.

Подобным образом, Суд в деле «Kodak», отвергая представленное ею описание конкурентных сил, действующих на рынке копировального оборудования, защищал применение более сложной модели, точнее отражающей реалии рынка, нежели модель совершенной конкуренции. А именно, суд был уверен, что упрощающее допущение нулевых издержек осведомления потребителя следует изменить. Однако Суд не утверждал, что из необходимости такого изменения следует какая-либо неконкурентность поведения «Kodak». Следует четко различить отказ конкретной модели в точности или полезности ее описании реальности — и применение отклонений от конкурентной модели в качестве мерки для построения политики. Отклонение условий реального мира от допущений модели совершенной конкуренции наблюдаются по всей экономике. Все, что следует из

1 797 F.2d 370, 373 (7th Cir 1986).

2 784 F.2d 1325, 1335 (7th Cir 1986).

3 Определение Познера не обязательно ведет к ошибочным заключениям, поскольку фирма с высокой эластичностью спроса действительно не имеет возможность влиять на рынок. Высокая эластичность спроса является достаточным (хотя и не необходимым) условием отсутствия рыночной власти.

такого рода отклонений, это то, что для объяснения некоторых явлений может оказаться необходимым применить более реалистичную модель. Из них не следует, что данные отклонения в каком-либо смысле антиконкурентны или неэффективны. Суд не выводил таких заключений, но к несчастью, их выводят многие экономисты.

Некоторые экономисты хотели бы воспользоваться государственным антимонопольным бюджетом для сокращения разрыва между ценой и предельными издержками, взвешенными по объему производства, по всей экономике. Однако, из этого следовало бы, что правительство должно было бы, к примеру, преследовать скидочные купоны универсамов и другие средства дискриминационного сбыта. Действительно ли мы полагаем, что антимонопольное законодательство должно заниматься, к примеру, вполне предсказуемыми «высокими» ценами на воздушную кукурузу в кинотеатрах или высокими ценами на кофе, подаваемый в ресторанах после обеда. Кроме того, что проводить такую политику было бы нереально, такая политика атаковала бы не монополистические проблемы, очерченные в антимонопольном законодательстве, и не те проблемы, которые должны волновать общество. Применение модели совершенной конкуренции в качестве оправдания для борьбы с такими явлениями было бы похоже на выливание смазки на дорогу при строительстве моста, чтобы как можно ближе подойти к физической модели без трения.

Возможно, самым предельным примером «выливания смазки» при анализе рынка вторичных товаров является анализ предполагаемой неэффективности рынка вторичных товаров, выполненный Боренстейном, Макки-Мейсоном и Нетцем¹. Как обсуждалось выше в связи со случаем 1, когда предполагалось, что потребители полностью осведомлены о ценах на рынке вторичных товаров, Боренстейн, Макки-Мейсон и Нетц уверены, что высокие цены на рынке вторичных товаров имеют место из-за неспособности осведомленных потребителей заключать договоры, фиксирующие цены на рынке вторичных товаров. Следовательно, они утверждают, что производители будут повышать цены на рынке вторичных товаров после того, как потребители окажутся заперты, а предвидящие такой подъем цен на рынке вторичных товаров потребители потребуют первоначального компенсирующего снижения цен на оборудование. Как отмечалось выше, это крайне неправдоподобное объяснение высоких цен на рынках вторичных товаров, наблюдаемых нами в реальном мире. Стороны не только не находят необходимым полностью полагаться на писанные договоры, но часто прибегают к неписанным репутационным санкциям для предотвращения действий фирм, противоречащих неписанным условиям. Более того, потребителям было бы достаточно просто более плотно контролировать цены на рынке вторичных товаров, но мы не видим даже попыток потребителей предложить такие договоры. Однако, даже если бы объяснение Боренстейном, Макки-Мейсоном и Нетцем высоких цен на рынке вторичных товаров через неполноту контрактов было правильным, неправильно их утверждение о неэффективности такого исхода, несмотря на тот факт, что потребители платят за комплект конкурентную цену.

Предположительная неэффективность, которую Боренстейн, Макки-Мейсон и Нетц рассмотрели в факте уплаты потребителями высоких цен за услуги на рынке вторичных товаров и низких — за оборудование, согласно их модели заключается в том, что он заставляет потребителей отказываться от услуг рынка вторичных товаров в пользу оборудования — искажение, проявляющееся прежде всего в чрезмерной экономии потребителей на услугах рынка вторичных товаров и в преждевременной замене оборудования. Как отмечено выше, Верховный суд в <решении по делу> «Kodak» не озабочен подобными искажениями сравнительных цен, если потребители уплачивают конкурентную цену за комплект. Суд справедливо не озабочен такими искажениями,

1 [Borenstein, MacKie-Mason and Netz (1994, 1995)].

поскольку конкурентные цены за комплект предполагают, что на первоначальном рынке оборудования имеется конкуренция. Поэтому Суд может быть уверен, что любая система конкурентного ценообразования, действительно являющаяся неэффективной, будет устранена в ходе процесса конкуренции.

Рынок не устраняет предположительной неэффективности завышения цен на рынке вторичных товаров и занижения цен на оборудование, выявленной Боренстейном, Макки-Мейсоном и Нетцем и вызванной гипотетической неспособностью сторон принимать договорные или репутационные обязательства. Однако, даже принимая такое произвольное допущение, их гипотетическая неэффективность существует исключительно в контексте их конкретной нереалистичной модели. А именно, в модели Боренстейна, Макки-Мейсона и Нетца принимаются противоречащее фактам допущения, что при производстве оборудования имеет место постоянная отдача от масштаба, что игнорирует высокие постоянные издержки (включая затраты на НИОКР), обычно связанные с производством оборудования. Следовательно, их модель за счет допущения игнорирует ту «неэффективность», которая снижается при снижении цен на оборудование, а именно, то, что оборудование обычно продается по цене выше предельных издержек. Когда цены на услуги на рынке вторичных товаров поднимаются, а на оборудование — понижаются, этот компенсирующий выигрыш в эффективности от приближения цен на оборудование к предельным издержкам должен включаться — но не включается — в выкладки Боренстейна, Макки-Мейсона и Нетца. В частности, Боренстейн, Макки-Мейсон и Нетц не учитывают сокращения неэффективности, связанной с тем, что высокие цены на оборудование и низкие — на услуги на рынке вторичных товаров могут отпугнуть от покупки некоторых потребителей, эксплуатирующих оборудование с низкой интенсивностью (например, домохозяйства). Данные потребители выигрывают от падения и приближения к предельным издержкам цен на оборудование вследствие подъема цены на услуги на рынке вторичных товаров. Боренстейн, Макки-Мейсон и Нетц могут игнорировать данный фактор только за счет искусственного допущения постоянства отдачи от масштаба.

Если бы регулирование вынудило производителей оборудования отказаться от навязывания своих услуг на рынке вторичных товаров (и любых других методов, допускающих подобную ценовую дискриминацию) и снизить цены на услуги на рынке вторичных товаров, это с неизбежностью сопровождалось бы ростом цены оборудования. (Никаких регуляторных ограничений на контроль производителя за средней ценой комплекта, которую он может взимать с потребителей, не накладывается. Если бы цены на оборудование не возросли, из этого бы следовало, что цена комплекта снизилась бы для всех клиентов, что, как мы знаем, не максимизировало бы прибыли). В результате, от регуляторной перемены, ограничивающей цены на услуги на рынке вторичных товаров, выиграли бы лишь некоторые клиенты, а другие клиенты проиграли бы. А именно, выиграли бы клиенты, интенсивно эксплуатирующие оборудование и требующие качественных услуг, а клиенты, не интенсивно эксплуатирующие оборудование и согласные на услуги более низкого качества, проиграли бы. Например, в случае домашних копировальных аппаратов и компьютерных принтеров, если производителям запретить завышать цены на услуги на рынке вторичных товаров и вынудить их тем самым поднять цены на оборудование, потребители, редко пользующиеся оборудованием, окажутся выброшены с рынка ценовым давлением. Дискриминационный сбыт не обязательно предполагает эксплуатацию неосведомленности потребителей, о которой заявил Суд в деле «Kodak». Именно небольшие (сравнительно менее осведомленные) покупатели получают наилучшие условия при дискриминационном ценообразовании, обеспечиваемом высокими ценами на рынке вторичных товаров. Боренстейн, Макки-Мейсон и Нетц игнорируют фундаментальный конкурентный эффект высоких цен на рынке вторичных товаров — то,

что скорее всего гораздо больше людей купит дешевое оборудование (например, копировальные аппараты) себе домой и на работу¹.

Более важно, что вопрос о том, какие клиенты выиграют, а какие — проиграют при запрете дискриминационных методов сбыта, является вопросом о том, должна ли антимонопольная политика заниматься контролем за дискриминационными методами сбыта, применяемыми конкурирующими фирмами. Абсурдно верить, что тот тип отклонения от уравнения совершенной конкуренции, который выявили Боренштейн, Макки-Мейсон и Нетц, — это то, от чего по замыслу должно охранять потребителей антимонопольное законодательство. В общем случае, если бы такого рода неэффективность была значительной, мы бы ожидали от сторон ее минимизации путем совершенствования условий договоров и повышения репутационного капитала. В противоположность таким случаям, как горизонтальный сговор или горизонтальное слияние конкурентов, здесь попытаться решить данную предполагаемую проблему «монополии» на рынке вторичных товаров в общих интересах потребителей и производителей. Конкурирующий производитель не получает больше, воспользовавшись запертостью потребителей, поскольку эти доходы компенсируются первоначальным снижением цены оборудования, но производитель может ожидать резкого роста спроса и извлечения дополнительной прибыли (в переходный период, пока за ним не последуют другие компании), если найдет решение проблемы отсутствия контроля за ценами на рынке вторичных товаров. Например, производитель и потребитель могут обнаружить, что в их общих интересах указать долгосрочные цены на рынке вторичных товаров, или применить долгосрочную гарантию, или обеспечить со стороны производителя гарантию наличия второго поставщика услуг на рынке вторичных товаров. Хотя такие договорные решения скорее всего будут несовершенными, но если бы анализируемые Боренштейном, Макки-Мейсоном и Нетцем искажения были значительными, конкуренты приложили бы существенные усилия к разработке и применению наилучшего типа договорных гарантий из возможных. То, что мы не видим сторон, принимающих такого рода договорных систем, говорит о том, что такая неэффективность невелика, или же ее вовсе нет².

Что может сделать для улучшения таких усилий конкурентов по формированию договоров антимонопольное законодательство? Нет оснований верить, что, к примеру, Антимонопольный отдел <Министерства юстиции США> может обеспечить наличие второго поставщика более эффективно, чем частная инициатива. И вообще, государственное регулирование подобного рода не имело бы никакого отношения к заявленным целям антимонопольного законодательства. В частности, в деле «Kodak» Суд с очевидностью не намеревался расширять антимонопольное право для устранения предполагаемой неэффективности, выявленной Боренштейном, Макки-Мейсоном и Нетцем. Суд не озаботился тем, что относительные цены в полном комплекте — такие как цены на кофе после обеда — установлены на «неправильном» уровне. Антимонопольное право не требует от нас микрорегулирования экономики с целью устранения всех отклонений от модели совершенной конкуренции. Вместо этого, антимонопольная деятельность должна быть озабочена уровнем конкурентности, имеющей место при формировании условий договоров добровольно взаимодействующими сторонами, а не «неэффективностью» (в соответствии с некими абстрактными мерками совершенной конкуренции) конкретных условий,

1 Поразительно, что они упустили этот эффект, поскольку данный результат, наряду с другими, достаточно широкими условиями повышения общественной эффективности, связанной с дискриминационным сбытом, поощряющим новых покупателей, приведен в статье, соавтором которой является Макки-Мейсон (см. [Hausman and MacKie-Mason (1988)]).

2 Шапиро [Shapiro (1995)] предлагает модель, в которой тип искажений, выявленный Боренштейном, Макки-Мейсоном и Нетцем, вряд ли имеет близкое отношение к завышению цен по типу чистой монополии, для защиты от которой предназначено антимонопольное законодательство.

выбранных в условиях конкуренции конкретными сторонами. Верить в обратное означало бы такую мелочность государственного планирования, которая несовместима с основополагающими целями антимонопольной деятельности, заключающимися в установлении базовых правил, обеспечивающих действие процесса рыночной конкуренции.

Конкурентный процесс заключения договоров не вполне устраняет ценовую дискриминацию, поскольку клиенты, интенсивно эксплуатирующие оборудование и уплачивающие сравнительно высокие цены, придают сравнительно большую ценность специфическим особенностям продукции конкретного производителя, а конкурирующие производители не могут поставить совершенного заменителя. Это не означает антиконкурентности отрицательного наклона кривой спроса, создаваемой такими особенностями данного товара, допускающего ценовую дискриминацию. Фактически, именно создание таких особенностей и является тем, что мы хотим поощрить. Конкурентный процесс — в ходе которого фирмы стремятся поднять спрос на свою продукцию, снабжая ее отличительными особенностями и продавая с бо?льшей маржой между ценой и издержками, — приносит пользу потребителям. Тот факт, что фирма сталкивается с отрицательным наклоном графика спроса на товар, порожденный таким процессом конкуренции, не предполагает, что фирма получила монополию. Он предполагает лишь, что фирма в состоянии запрашивать меньше, чем потребительская ценность, которую она создала, если вынуждена продавать товар по единой цене. (Прибыль фирмы связана с тем, насколько она в силах поднять спрос на свои товары. Крутизна, то есть, тот факт, что спрос, предъявляемый фирме, не увеличивается на одну и ту же величину для всех товаров, не имеет для фирмы никакого значения). Такой динамический процесс конкуренции, в ходе которого фирмы пытаются поднять спрос на свою продукцию, связан с затратами средств на исследования, опытное конструирование продукции, сбыт и рекламу, и все эти занятия приносят пользу потребителям. Следовательно, нововведения в сфере сбыта, придуманные фирмами, включая дискриминационную систему сбыта, посредством которой фирмы пытаются получить от создаваемой ими добавленной потребительской ценности больше, должны поощряться как побуждающие фирмы тратить больше ресурсов на конкурентный процесс совершенствования продукции.

Противоположный аргумент Познера¹ о неэффективности ценовой дискриминации ввиду увеличения за ее счет прибыли монополиста и, соответственно, роста бесполезных трат фирм на достижение монополии, ошибочно отождествляет отрицательный наклон спроса (и, соответственно, способность к ценовой дискриминации) с наличием монополии — путаница, которую опять-таки следует отнести на счет использования модели совершенной конкуренции в качестве мерки монополизации. Необходимо найти источник отрицательного наклона спроса на продукцию фирмы и природу ренты, которую она может получить. В частности, следует отличать расходы, производимые фирмой для получения монополии на уже имеющийся актив (например, актив, созданный правительственным решением, такой как франшиза такси), и расходы, производимые фирмой для создания более ценной продукции, спрос на которую имеет отрицательный наклон. Верно, что ресурсы, затраченные на получение имущественных прав на уже имеющийся актив, например, ресурсы, затраченные на взятки государственным чиновникам за исключительное право держать такси в населенном пункте, являются всего лишь бесполезным расточением ренты. Однако вложения в создание имущественных прав на новые ценные активы, которые не имеют своим источником правительственных действий, являются не только перераспределительными, но в высшей степени производительными, и их следует поощрять — даже если это ведет к отрицательному наклону графика спроса и к ценовой дискриминации.

1 [Posner (1976)].

8. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ясно, что «Kodak», установив сравнительно высокие цены на техническое обслуживание своего скоростного копировального и микрографического оборудования, открыла для НОТО возможность выхода на рынок. В попытках ответить на вопрос о том, почему в «Kodak» сочли выгодным такие цены на техническое обслуживание, важно признать, что завышение цен на обслуживание подразумевает соответствующее занижение цен на оборудование. Это так не потому лишь, что многие из клиентов «Kodak» являлись крупными и искушенными фирмами, явным образом учитывавшими до принятия решения о покупке <издержки> на протяжении всего срока службы оборудования и требовавшими компенсирующего снижения цены оборудования, как утверждали в «Kodak» и каковое рассуждение было отклонено Судом. Это так еще и потому, что производители оборудования осведомлены о вероятных ценах на рынках вторичных товаров и будут конкурировать между собой, предоставляя компенсирующие скидки при продаже оборудования. В результате, скидки на оборудование будут получены даже теми клиентами, которые не осведомлены о рынках вторичных товаров или вынуждены ввиду положений о государственных закупках при принятии решений о покупках игнорировать всё, кроме цены оборудования. Если рынок оборудования конкурентен, все потребители — как осведомленные, так и неосведомленные — получат все выгоды от конкуренции и уплатят за комплект конкурентную цену.

Единственный случай, в котором потребители уплачивают цену за комплект сверх конкурентной, — это когда производитель взимает за услуги на рынке вторичных товаров цену выше, чем ожидалось при заключении договора. Такое может иметь место, если потребители пытаются ограничивать цены на рынке вторичных товаров за счет договорных и репутационных механизмов (а следовательно, цены на оборудование не будут снижены в полной мере, чтобы учесть максимально возможное в будущем повышение цен на услуги на рынке вторичных товаров, определяемое издержками смены поставщика), а затем неожиданное изменение рыночных условий делает для производителя выгодной эксплуатацию имеющихся запертых клиентов, подняв цены на услуги на рынке вторичных товаров до максимума. Только в таком случае — при непредвиденных изменениях рыночных условий, пересиливающих договорные и репутационные защитные механизмы — окажется, что потребители платят за комплект цену выше конкурентной.

Хотя именно такая эксплуатация обсуждалась Судом в деле «Kodak», высокие цены на услуги на рынке вторичных товаров вряд ли объясняются в этих терминах. Хотя на эксплуатацию и указывают некоторые свидетельства, а именно, тот факт, что «Kodak» изменила правила поставки запасных частей, основная масса свидетельств противоречит гипотезе эксплуатации. Не похоже, чтобы имело место серьезное изменение рыночных условий (как то было, например, в деле «Systemcare v. Wang»¹), и «Kodak» предприняла все возможное, чтобы заранее оповестить о переменах. Более того, оказывается, что не было никакого скачка в цене комплекта или падения спроса на <оборудование> «Kodak». «Kodak» всего лишь попыталась формализовать и провести в жизнь свою давно установленную систему ценообразования. Именно поэтому большинство НОТО отказалось от части своего иска, связанной с эксплуатацией. НОТО делали упор не на изменениях в системе отпуска запасных частей «Kodak», как Верховный суд, но на самой этой системе, утверждая, что она сводилась к незаконному отказу от заключения сделки, вылившемуся в монополизацию рынка обслуживания аппаратов «Kodak»².

Чтобы защититься от такого обвинения в монополизации, «Kodak» имело бы смысл представить правдоподобное деловое обоснование своей системе ценообразования. В противоположность оправданиям через гарантии качества и <защиту от>

1 См. прим. 21 выше.

2 «Kodak» (DCN Calif, No. C87 1686 AWT, 9/18/95).

безбилетничества, которые были отклонены в решении Суда, объяснение через ценовую дискриминацию полностью согласуется с фактами. Однако с учетом путаницы относительно того, является ли ценовая дискриминация свидетельством рыночной власти, неудивительно, что «Kodak» не представила такого объяснения завышению цен на обслуживание и фактической продаже обслуживания в нагрузку к запасным частям. Тем не менее, дискриминационные системы сбыта широко распространены в экономике и встречаются в весьма конкурентных отраслях. Такие системы выживают в условиях конкуренции, поскольку продукция каждого производителя уникальна. Извлечение преимуществ из такой уникальности при ценообразовании на собственную продукцию не является антиконкурентным, но на самом деле поощряет вложения в создание продукции, обладающей отличительными чертами, и в репутацию компании, которую ценят потребители. Более того, такие системы ценообразования как правило благосклонны к потребителям, менее интенсивно эксплуатирующим оборудование (например, к домохозяйствам), которые иначе не приобретали бы данных товаров.

Это правда, что при совершенной конкуренции не было бы дискриминационных систем сбыта. Однако, антимонопольное право, включая прецедент «Kodak», не считает рыночной властью в антимонопольном смысле любые отклонения от модели совершенной конкуренции. «Kodak», скорее всего, могла бы сдавать свои аппараты клиентам в аренду и включать прямые выплаты, зависящие от интенсивности их эксплуатации в сумму арендной платы, не испытывая проблем с законом. Это было бы подобно плате за пробег, взимаемой при прокате автомобилей, или проценту от продаж, выплачиваемых франшизополучателями франшизодателю. Хотя таких примеров дискриминационных схем сбыта, порожденных конкуренцией, при совершенной конкуренции не было бы, их запрет предложили бы только те экономисты, которые пользуются моделью совершенной конкуренции как меркой для политики.

ЛИТЕРАТУРА

- P. Areeda and D. Turner (1978). *Antitrust Law* New York: Little, Brown.
- P. Areeda and H. Hovenkamp (1993). *Antitrust Law, Supp. 1993*, New York: Little, Brown.
- T. C. Arthur (1994). The costly quest for perfect competition: Kodak and nonstructural market power. *New York Univ. Law Rev.* 69, 1.
- S. Borenstein, J. K. MacKie-Mason and J. S. Netz (1994). Market power in proprietary aftermarkets. Unpublished manuscript.
- S. Borenstein, J. K. MacKie-Mason and J. S. Netz (1995). Antitrust policy in aftermarkets. *Antitrust L. J.* 63, 455.
- T. F. Bresnahan (1985). Post-entry competition in the plain paper copier market. *Am. Econ. Rev.* 75, 15.
- D. W. Carlton and J. M. Perloff (1989). *Modern Industrial Organization*, New York: Scott, Foresman/Little, Brown.
- R. Craswell (1982). Tying requirements in competitive markets: The consumer protection issues. *BU L. Rev.* 62, 661.
- J. Farrell and C. Shapiro (1989). Optimal contracts with lock-in. *Amer. Econ. Rev.* 79, 51.
- L. T. Festa III (1993). Comment, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*: The decline and fall of the Chicago empire? *Notre Dame L. Rev.* 68, 619.
- F. M. Fisher (1991). Diagnosing monopoly. *Industrial Organization, Economics and the Law: Collected Papers of Franklin M. Fisher* (John Monz, ed.).
- E. Fox (1994). *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.* - Information failure as soul or hook? *Antitrust L. J.* 62, 759.
- J. A. Hausman and J. K. MacKie-Mason (1988). Price discrimination and patent policy. *Rand Journal* 19, 253.
- G. H. Hay (1992). Market power in antitrust. *Antitrust Law J.* 60, 807.
- P. L. Joskow (1988). Asset specificity and the structure of vertical relationships: Empirical evidence. *J. L., Econ. &*

0%.4, 95.

B. Klein (1980). The borderlines of law and economic theory: Transaction cost determinants of 'unfair' contractual arrangements. *Am. Econ. Rev.* 70, 356.

B. Klein (1993). Market power in antitrust: Economic analysis after Kodak. *Supreme Court Economic Review* 3, 43.

B. Klein (1996). Why "hold-ups" occur: The "self-enforcing range" of contractual relationships. *Economic Inquiry*, forthcoming, October 1996.

B. Klein, R. Crawford and A. A. Alchian (1978). Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process. *J. L. & Econ.* 21, 297.

B. Klein and K. Leffler (1981). The role of market forces in assuring contractual performance. *J. Pol. Econ.* 89, 615.

W. M. Landes and R. A. Posner (1981). Market power in antitrust cases. *Harv. L. Rev.* 94., 937., 939.

T. Muris (1981). Opportunistic behavior and the law of contracts. *Minn. L. Rev.* 65, 521.

A. C. Pigou (1920). *Economics of Welfare*. London: Macmillan.

R. A. Posner (1976). *The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences*, American Enterprise Institute.

S. C. Salop (1992). Kodak as post-Chicago law and economics. Unpublished manuscript, presented at the ALI-ABA Course, *New Directions in Antitrust Law*, 21-22 January 1993.

C. Shapiro (1995). Aftermarkets and consumer welfare: Making sense of Kodak. *Antitrust L. J.* 63, 483.

L. G. Telser (1972). *Competition, Collusion and Game Theory* New York: Macmillan.

D. M. Wall (1992). Kodak: A personal perspective. *Antitrust*, Fall/Winter 1992.

F. Warren-Boulton (1974). Vertical control with variable proportions. *J. Pol. Econ.* 82, 783.

0. Williamson (1979). Transaction cost economics: The governance of contractual relations. *J. L. & Econ.* 22, 233.

6 Optimal Contracts with Lock-In Joseph Farrell; Carl Shapiro *The American Economic Review*, Vol. 79, No. 1. (Mar., 1989), pp. 51-68. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198903%2979%3A1%3C51%3AOCWL%3E2.0.CO%3B2-0>

23 Post-Entry Competition in the Plain Paper Copier Market Timothy F. Bresnahan *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1985), pp. 15-19. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198505%2975%3A2%3C15%3APCITPP%3E2.0.CO%3B2-J>

28 Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements Benjamin Klein *The American Economic Review*, Vol. 70, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Second Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1980), pp. 356-362. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198005%2970%3A2%3C356%3ATCDO%22C%3E2.0.CO%3B2-L>

31 Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak Benjamin Klein *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3. (1993), pp. 43-92. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0736-9921%281993%293%3C43%3AMPPIAEA%3E2.0.CO%3B2-D>

35 Vertical Control with Variable Proportions Frederick R. Warren-Boulton *The Journal of Political Economy*, Vol. 82, No. 4. (Jul. - Aug., 1974), pp. 783-802. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28197407%2F08%2982%3A4%3C783%3AVCWVP%3E2.0.CO%3B2-R>

36 Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak Benjamin Klein *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3. (1993), pp. 43-92. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0736-9921%281993%293%3C43%3AMPPIAEA%3E2.0.CO%3B2-D>

37 Post-Entry Competition in the Plain Paper Copier Market Timothy F. Bresnahan *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1985), pp. 15-19. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198505%2975%3A2%3C15%3APCITPP%3E2.0.CO%3B2-J>

45 Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak Benjamin Klein *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3. (1993), pp. 43-92. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0736-9921%281993%293%3C43%3AMPPIAEA%3E2.0.CO%3B2-D>

References

Post-Entry Competition in the Plain Paper Copier Market

Timothy F. Bresnahan

The American Economic Review, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1985), pp. 15-19.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198505%2975%3A2%3C15%3APCITPP%3E2.0.CO%3B2-J>

Optimal Contracts with Lock-In

Joseph Farrell; Carl Shapiro

The American Economic Review, Vol. 79, No. 1. (Mar., 1989), pp. 51-68.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198903%2979%3A1%3C51%3AOCWL%3E2.0.CO%3B2-0>

Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements

Benjamin Klein

The American Economic Review, Vol. 70, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Second Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1980), pp. 356-362.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28198005%2970%3A2%3C356%3ATCDO%22C%3E2.0.CO%3B2-L>

Market Power in Antitrust: Economic Analysis after Kodak

Benjamin Klein

Supreme Court Economic Review, Vol. 3. (1993), pp. 43-92.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0736-9921%281993%293%3C43%3AMPIAEA%3E2.0.CO%3B2-D>

The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance

Benjamin Klein; Keith B. Leffler

The Journal of Political Economy, Vol. 89, No. 4. (Aug., 1981), pp. 615-641.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28198108%2989%3A4%3C615%3ATROMFI%3E2.0.CO%3B2-K>

Vertical Control with Variable Proportions

Frederick R. Warren-Boulton

The Journal of Political Economy, Vol. 82, No. 4. (Jul. - Aug., 1974), pp. 783-802.

Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28197407%2F08%2982%3A4%3C783%3AVCWVP%3E2.0.CO%3B2-R>

Он [Рокфеллер] применял продажу ниже себестоимости для разрушения рынков конкурентов с такой же обдуманностью и настойчивостью, что характеризовала и все его поступки, а на длинной дистанции он всегда побеждал.

Айда Тарбелл

1. ВВЕДЕНИЕ

Целью настоящей статьи является определить, действительно ли «Standard Oil Company» для установления или поддержания своей монополии прибегала до своего принудительного роспуска к хищническому сбиванию цен. Этот вопрос представляет собой интерес отнюдь не только для любителей старины и теоретиков. Его решение имеет прямое значение для текущей антимонопольной политики. По меньшей мере, установление фактов должно помочь прояснить некоторые туманные понятия, встречающиеся сегодня при обсуждении монополии и рычагов ее влияния.

Дело против «Standard Oil» 1911 г.² является вехой в истории антимонопольного права. Но оно больше чем знаменитый судебный процесс: оно породило легенду. Фирма, со становлением которой оно связано, стала архетипом хищнической монополии.

Иногда утверждают, что процесс против «Standard Oil» стал влиятельным, поскольку вскрыл пагубные и недопустимые методы, посредством которых может быть установлена — и, что, наверное, более важно, удержана — Монополия эпической силы. Историки рассказывают нам, что открывшиеся в этом процессе факты в значительной мере ответственны за антимонопольное законодательство, воздвигнутое против недобросовестных и приводящих к монополии деловых методов.

Возможно, наиболее известным из всех методов монополизации, предположительно применявшихся «Standard Oil», является сбивание цен на местных рынках. С учетом дурной репутации, которой монополии издавна официально пользовались в нашей стране <США>, и общеизвестности хищнического ценообразования из дела «Standard Oil», неудивительно, что данному методу законодательство уделяет особое внимание. Монополии в 1911 г. не были в новинку, но новостью стал гигант, занявшийся хищничеством. Образ гигантской фирмы, применяющей жестоко выверенный и гарантированно действенный метод для достижения и сохранения монополии, должен был возбуждать особые опасения. «Standard Oil» была слишком могущественной. Все, что экономисты были в состоянии сказать о преходящей природе монополии, должно было выглядеть безнадежно оторванным от реальности в свете энергичности и успеха, с которыми, как утверждалось, «Standard Oil» препятствовала выходу на рынок конкурентов.

В любом случае, к 1914 г. хищническая ценовая дискриминация попала в избранную группу перечисленных в Законе Клейтона деловых методов, характер или следствие которых требовали явного законодательного запрета. Поправка Робинсона—Патмана 1936 г. расширила этот список, но явно не ослабила враждебности к местному сбиванию цен. На деле, история ее принятия и последующие толкования демонстрируют продолжающийся страх перед этим методом.

¹ *McGee J.S. Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case // Journal of Law and Economics. 1958. Vol. 1.*

² «Standard Oil Co. of New Jersey v. United States» (221 U.S. 1 (1911)).

Хищническая дискриминация, таким образом, занимает особое и почти не оспариваемое место в предмете права и экономики. Это привело к некоторым затруднениям, в особенности, в связи с Законом Робинсона—Патмана. Некоторые критики утверждают, что данный закон накладывает на соперничество ненужные ограничения, ослабляя тем самым конкуренцию. Но похоже, даже критики боятся, как бы допустив полезные виды дискриминации не открыть дорогу и пагубным ее видам. Большинство считает себя обязанными при различении этих двух ее видов полагаться на неверный критерий умысла.

Эта устрашающая амбивалентность, за которой зловеще встает призрак «Standard Oil», может быть причиной продолжающегося, хотя в определенно смысле и бесплодного, спора о надлежащей роли «добросовестности» в качестве довода защиты в соответствии со ст. 2Б Закона Робинсона—Патмана. Она может также вносить вклад в популярное мнение о том, что сбивание цен в качестве наказания упрощает картелизацию и делает ее выгоды более долгосрочными. Она с определенностью повлияла на рассуждения о малых фирмах, сталкивающихся с крупными конкурентами.

По этим причинам может иметь смысл еще раз рассмотреть дело «Standard Oil».

2. ХИЩНИЧЕСКОЕ СБИВАНИЕ ЦЕН: НЕКОТОРЫЕ ГИПОТЕЗЫ

Общепризнано, что «Standard Oil Co.» из шт. Нью-Джерси установила в Соединенных Штатах монополию на нефтепереработку в значительной мере за счет правильного применения хищнической ценовой дискриминации. «Standard Oil» избавлялась от конкурентов на каждом рынке по очереди, пока не добилась монопольного положения всюду. Подобным образом, она сохраняла монополию, избирательно сбивая цены там, где осмеливались выйти на рынки конкуренты. Ценовая дискриминация, как рассказывают, была как методом, с помощью которого она добилась доминирования, так и средством поддержания такого.

Основная неувязка с этой «историей» — это ее логическая неполнота, и я почти не нахожу или вообще не нахожу свидетельств в ее поддержку¹.

Пониманию фактов должно помочь краткое изложение логики, стоящей за представлениями о хищнической ценовой дискриминации. Изначально нефтепереработка в Соединенных Штатах, как представляется, была конкурентной. Необходимость в капитале была относительно невысокой, поскольку движимый потребительскими предпочтениями спрос предъявлял к качеству нефтепродуктов скромные требования, а также ввиду технической примитивности самого процесса нефтеперегонки. Количество нефтепереработчиков было заведомо велико, раз владельцам «Standard Oil» удалось скупить их более сотни. «Standard Oil» начинала без какой-либо монопольной власти: еще в 1870 г. у нее было лишь 10% рынка нефтепереработки.

Обычная аргументация в пользу того, что сбивание местных цен является методом монополизации, начинается с предположения о том, что у хищника есть заметная монопольная власть, являющаяся его «резервом», допускающим невыгодные рейды и

1 Я глубоко признателен Аарону Директору с факультета права Чикагского университета, в 1953 г. предложившему провести настоящее исследование. Профессор Директор, не обращаясь к фактам, разработал логический подход, в рамках которого предсказал <вывод о том, что> «Standard Oil» достигла и удерживала свои монопольные позиции не посредством хищнического сбивания цен. По правде, он предсказал на чисто логических основаниях, что они вообще не использовали данного метода систематически. Меня эти гипотезы поразили, и я сомневался в их справедливости, но также был впечатлен стоявшей за ними логикой. Как следствие, я решил исследовать вопрос, будучи предубежден против этих выводов, поскольку, как и все остальные, отлично знал, что на самом деле сделала «Standard Oil».

вторжения. С очевидностью, данный прием не мог применяться, пока участники треста «Standard Oil» не добились необходимой монопольной власти. Подобным образом, пока покупатель не дорастет до определенной величины, недоступны и преимущества от монополии при торге¹.

Имеется более простой прием, и «Standard Oil» им воспользовалась. При отсутствии законодательных ограничений любой может монополизировать отрасль путем слияний и поглощений, уплачивая бывшим владельцам приобретаемых активов доли от будущих монопольных поступлений. Поскольку прибыли при этом растут, все участники выгадают даже после выплаты доли инноватору, который первым догадался это сделать.

Как при конкуренции, так и при монополии цена фирмы представляет собой текущую ценность ее будущих доходов. Конкурентные фирмы можно приобрести по конкурентной цене их активов или, в худшем случае, чуть дороже. Даже в случае очень упрямого продавца, для покупателя будет выгодным уплатить любую сумму, меньшую, чем текущая ценность будущей монопольной прибыли от данного имущества, хотя бы она и была чистым подарком его продавцу.

Можно себе представить, что «Standard Oil» не добилась слияниями масштаба, к которому стремилась, но достигла величины, достаточной для применения хищнического метода при дальнейшем росте. Как бы она приступила к его применению? Предположим, что у «Standard Oil» была абсолютная монополия на нескольких крупных рынках, приносящая заметную прибыль. Предположим, что на другом рынке имелось множество конкурентов, которых «Standard Oil» хотела бы полностью устранить со своего пути. «Standard Oil» устанавливает цены ниже издержек. Все несут потери. «Standard Oil», разумеется, несет потери даже при наличии других, прибыльных рынков: она могла получить хотя бы конкурентную прибыль, но не получила. Война продолжается, пока непокрытыми не остаются средние переменные издержки без надежды на их покрытие в дальнейшем, так что конкуренты уходят с рынка. Между тем, чтобы сокрушить их, хищнику пришлось потратить деньги. Если вместо развязывания войны будущий монополист просто поглотил бы своих конкурентов, он был бы в состоянии уплатить им любую сумму вплоть до дисконтированной ценности ожидаемой монопольной прибыли, подлежащей извлечению в результате их устранения. Достаточной для их поглощения была бы любая сумма, превышающая рыночную цену их фирм. При поглощении монопольную прибыль можно было бы начать извлекать сразу, а при хищничестве сперва нужно было бы понести крупные потери. Данные потери подлежат компенсации из предполагаемой монопольной прибыли, надлежащим образом дисконтированной. Даже в предположении, что конкуренты не согласятся продаться по рыночной цене, сложно понять, почему хищник не согласится взять сумму, которую иначе он потратил бы на ценовые войны, и предложить ее в качестве премии.

Поскольку доход, получаемый в течение хищнической ценовой войны, будет всегда меньше, чем тот, который можно получить сразу посредством поглощения, и не повысится после завершения войны, текущая ценность будет в случае приобретения выше. Чтобы хищническая кампания стала осмысленной, прямые издержки ценовой войны должны оказаться ниже, чем издержки поглощения. Необходимо определить, возможно ли такое.

Предположим, что издержки будущего монополиста равны издержкам его конкурентов. На рынке присутствует достаточно независимых продавцов, чтобы он был конкурентен. Иначе проблема его монополизации нас не заботила бы. Это предполагает, что монополист в настоящее время не продает на данном рынке достаточных количеств, чтобы его

1 Например, отложенные железнодорожные скидки. Хотя данная тема лежит вне предмета настоящего исследования, я убежден, что значение отложенных железнодорожных скидок интерпретировалось неверно.

контролировать. Если он пытается снизить цену ниже конкурентного уровня, он должен быть готов продавать повышенное количество, поскольку механизм сбивания цен толкает его к переманиванию покупателей от конкурентов, заставляя тех уравнивать цену с предлагаемой им, или же остаться без покупателей. Чтобы переманить у кого-нибудь покупателей, необходимо быть готовым удовлетворить их самому. Потенциальный монополист таким образом оказывается в положении, когда он продает больше — а следовательно, и несет большие потери, — чем конкуренты. Доля «Standard Oil» на <отдельных местных> рынках составляла зачастую 75 % или больше. В случае 75-процентной доли, потенциальный монополист продаст втрое больше, чем все его конкуренты вместе взятые, и, в предположении равных удельных издержек, понесет примерно втрое большие потери, чем все они вместе взятые¹.

Потери, понесенные за счет этого, являются потерями даже по сравнению с конкурентным доходом. Поскольку в случае прямого поглощения конкурентов сразу последовал бы монопольный доход, данные потери ввиду альтернатив представляется весьма большими². Более того, на некотором этапе данной игры конкуренты могут просто приостановить продажи, позволяя монополисту овладеть всем рынком (и одному нести все убытки), а затем возобновить продажи, когда он вновь поднимет цены. При ценах выше средних переменных издержек, но ниже совокупных удельных издержек, такая «война» может длиться годами.

Поглощение дает дополнительное рыночное преимущество над хищничеством. Промышленное оборудование редко амортизируется сразу полностью. Если цена не покрывает средних переменных издержек, производство приостанавливается. При этом оборудование зачастую остается нетронутым. В долгосрочной перспективе часто причиной остановки завода является лишь выход из строя некоторых ключевых агрегатов, замена которых при текущем уровне цен невыгодна. В любом случае, физически производственные мощности сохраняются и могут быть вновь введены в строй каким-либо искателем удачи после поднятия цен монополистом, чтобы пожать плоды столь дорого обошедшейся тому победы в битве.

В конце концов, поглощение не обошлось бы дороже, чем война на уничтожение, и оказалось бы не только дешевле, но и надежнее. Сперва может показаться, что затраты на хищническое ценообразование более чем окупаются за счет падения цен на скупаемые затем активы. В результате, для этого требуется, чтобы крупные потери снижали ценность активов меньше, чем мелкие. Это не должно быть частым случаем. Более того, в предположении, что такие активы рентабельны³, вряд ли их долгосрочная рыночная цена сильно снизится из-за искусственного занижения цен, которое с очевидностью не продлится долго. Его владельцы могут закрыться на время, отдав монополисту весь ставший весьма убыточным рынок, или просто ждать, пока он не осознает всю ошибку своего образа действия и не приобретет их. Даже если распространятся банкротства, разумный человек увидит ценность для монополиста сосредоточения производственных мощностей под своим контролем, и обнаружит, что выгодно приобрести их по любой цене ниже, чем можно ожидать от монополиста, когда он будет вынужден их купить. Поскольку монополист постоянно заинтересован в прибыли и имеет представление о последствиях

1 Любые предположения о том, что масштаб монополиста дает ему достаточные преимущества в части издержек, быстро уводит нас от предположения о хищническом сбивании цен в область так называемой естественной монополии.

2 Не следует полагать, что, лишь поскольку он извлекает прибыль в другом месте, каждый будет настолько глуп, что посчитает бесплатным применение ее для чего-либо иного, нежели наилучшая из альтернатив.

3 А если нет, они не должны нас заботить, поскольку их устранение при конкуренции должно ожидаться или приветствоваться.

дисконтирующих факторов для будущих доходов, он не может позволить себе ждать вечно. Имущество, контроль над которым необходим для потенциального монополиста, может оказаться привлекательным объектом для капиталовложений.

Таким образом, выгодным хищничество было бы лишь в случае, если бы оно приводило к стоимости поглощения настолько ниже рыночной цены активов, что это с лихвой покрывало бы крупные издержки, необходимые для его осуществления. Одной из эмпирических проверок для тех, кто сомневается в нашей логике, является проверка цен, уплаченных за имущество в случаях, где имеется подозрение на хищническое ценообразование.

Некоторыми из стратегически наиболее важных для монополизации факторов могут оказаться опытные управленческие и технические кадры конкурентов. Подготовка таких кадров может быть более сложным и продолжительным делом, чем создание физических производственных мощностей. Но за исключением убийства (которое тоже влечет высокие издержки, если производится достаточно массово), единственным реалистичным способом предотвратить их возвращение, влекущее смуту и затраты, является их наем, выплата им пенсий или разделение с ними прибыли. Ничто из названного не может быть осуществлено достаточно хорошо или надолго, если этих людей по ходу дела сильно разозлить¹.

Есть еще два критически важных подлежащих рассмотрению вопроса, первый из которых связан со степенью выгоды монополизации, а второй — с условиями, необходимыми для ее успеха. Монополизация как таковая может быть выполнена лишь постольку, поскольку она необходима для максимизации прибыли, — ведь она с неизбежностью связана с определенными затратами на планирование, поглощения и рационализацию. В случае вертикально интегрированной отрасли потенциальный монополист выберет для монополизации звено, приносящее наибольшую чистую прибыль. Это требует выбора того звена, которое, во-первых, дешевле всего контролировать, а во-вторых, контроль над которым вероятнее всего будет долгосрочным. Если, к примеру, монополия может быть установлена над звеном нефтепереработки, малоосмысленно пытаться установить ее над добычей сырой нефти или сбытом нефтепродуктов. «Standard Oil of New Jersey» получила монополию над нефтепереработкой, и монополия в других звеньях была бы для нее избыточна².

Это не следует понимать так, что монополиста не волнует, что происходит в других звеньях; поскольку у него есть все резоны следить, чтобы другие звенья не монополизировал кто-то другой. В звене сбыта, к примеру, он предпочел бы наиболее дешевое распространение, поскольку тогда он смог бы извлекать в полной мере прибыли из того звена, которое он контролирует. Этот момент важен для понимания фактов в деле «Standard Oil».

Необходимым условием успеха являются препятствия для выхода на рынок. Глупо монополизировать область или рынок, выйти на которые можно быстро и просто. Более того, монополизация, итогом которой является фирма размера большего, чем оптимальный,

1 «Как свидетельствовали г. Рокфеллер и г. Аркбольд, большинством объединившихся концернов продолжали управлять бывшие владельцы» (Brief for the U. S., Vol. 1. P. 19.).

Далее: «Есть лишь несколько случаев, в которых владельцы „Standard Oil“ в течение данного периода [1872—80 г.] приобретали акции концерна без включения в число акционеров „Standard Oil“ бывших владельцев или объединения с ними за счет оставления им миноритарной доли в приобретаемом концерне» (Ibid. P. 32).

2 Это отвлекается от любого сокращения издержек, которое может позволить интеграция. Оно не имеет отношения к обсуждаемой проблеме.

См. Bork, Vertical Integration and the Sherman Act, 22 U. of Chi. L. Rev. 157 (1954). «Standard Oil» начала добычу нефти в 1889 г. и к 1898 г. добывала 33% от общего ее количества. К 1906 г. ее доля упала до 11,11% (Transcript of Record Vol., 19. P. 626 (Def. Exh.266)).

ведет к опасной ситуации, даже если выход на рынок требует времени. Вообще, монополизация не окупается там, где для выхода на рынок не требуется особой квалификации или периода обкатки оборудования, необходимого для успеха.

И наконец, следует рассмотреть те данные, которые обычно рассматривают как симптомы хищнического сбивания цен, в то время, как в действительности ничего подобного может и не происходить. Предположим, что монополист торгует на двух рынках, хорошо разделенных ввиду транспортных издержек или других препятствий на пути движения товара, и что на обоих он обладает полной монополией. Предполагается, что эластичность спроса и монопольная цена на обоих рынках одинаковы. Предположим, что конкурент по какой-то неведомой причине вышел на один из рынков, но не на другой. На первом растет предложение и падают цены, на втором цены остаются неизменными. Теперь имеется две различные цены на двух рынках, что отражает наличие конкурента на первом. Кажется, что применима теория доминирующей фирмы, максимизирующей <прибыль> с учетом объема производства своих мелких конкурентах по различным ценам. Объективное установление фактов покажет, что монополист осуществляет ценовую дискриминацию между данными двумя рынками. Горе-теоретик выведет отсюда, что монополист хищничает в отношении кого-либо. В действительности, демонстрируется лишь тот принцип, согласно которому рост предложения влечет снижение цены.

Сравним этот пример со следующим. Предположим, что у нас есть два отдельных рынка, каждый из которых находится в краткосрочном конкурентном равновесии, причем фирмы извлекают прибыль сверх обычной. Предположим, что еще один игрок выходит по каким-то причинам на один, но не на другой рынок. Предложение растет и цены падают на одном, но не на другом. Из данного свидетельства об изменении цен, имеющем место как в примере с монополией, так и в примере с конкуренцией, следует лишь тот вывод, что чем больше предложение, тем ниже цены. Мы не должны выводиться из таких данных о ценах, что какой-либо из этих случаев имеет отношение к хищническому сбиванию цен.

Подведем итог. 1) Хищническое сбивание цен не объясняет, как продавец обретает монопольную власть, необходимую ему для применения данного метода. 2) Хотя можно *представить*, что кто-либо приступит к выполнению хищнического плана, я не вижу, чтобы таковой для него была выгоден, поскольку прямое поглощение конкурентов и дешевле, и надежнее. 3) Поскольку монополизация, вне зависимости от метода, связана с некоторыми издержками, фирма в качестве потенциального монополиста будет распространять ее лишь на самое надежное звено в сложной отрасли, а не на все звенья. 4) Действительно имеющие место вариации цены на разных рынках можно отнести на счет вариаций эластичности спроса, и они не предполагают и не доказывают факта хищничества кого-либо против кого-либо.

3. ПРОВЕРКА ГИПОТЕЗ

Проверить высказанные предположения дает возможность обширное досье процесса о роспуске «Standard Oil of N. J.»¹.

Это досье показывает, что «Standard Oil» установила монополию на нефтепереработку². Сговор между 100—200 различными торговцами не был устойчивым. «Standard Oil»

1 Отчет о заседаниях состоит из более чем 11 тыс. машинописных страниц документов и свидетельских показаний; записки апеллянтов и устные доводы занимают более 900 страниц; встречные записки и возражения — почти 1300 страниц. Полное досье составляет, таким образом, более 13,5 тыс. страниц. Если не указано иное, номера томов представляют собой ссылки на тома отчета.

2 В 1879 г. «Standard Oil» и концерны, находившиеся «в согласии» с ней, по всей видимости,

добилась монопольных позиций путем слияний и поглощений¹. Хотя правительство <США> утверждало, что «Standard Oil» также применяла иные методы, <суд> постановил, что:

«Без сомнений, основным средством, примененным ответчиком для монополизации и ограничения производства и торговли в нефтяной отрасли, является объединение независимых в прошлом концернов²...

..., „Standard Oil“ поглотила 123 нефтеперерабатывающих предприятия (многие из которых занимались также и сбытом), 11 заводов по производству смазочных масел, 24 трубопроводных концерна и 64 концерна, занятых исключительно сбытом; общим числом 223.

Эти поглощения также не имели места все на раннем этапе; примерно половина из них (в количественном выражении) осуществлена после 1879 г., а многие важные — в 1890—1902 гг.³

Из приобретенных ею нефтеперерабатывающих предприятий, „Standard Oil“ демонтировала по меньшей мере 75, и в итоге производила возросшие объемы на всего лишь 20 отдельных промышленных установках⁴».

3.1 СБИВАНИЕ ЦЕН ПРОТИВ КОНКУРИРУЮЩИХ НЕФТЕПЕРЕРАБОТЧИКОВ

«Standard Oil» обладала монополией на нефтепереработку. Имеются ли какие-нибудь свидетельства тому, что добиться ее помогло хищническое сбивание цен⁵? Для проверки того, сыграло ли местное сбивание цен какую-либо роль в множестве поглощений нефтеперерабатывающих предприятий, осуществленных владельцами «Standard Oil», я просмотрел все отчеты целиком в поисках свидетельств, касающихся каждого нефтеперерабатывающего предприятия, о котором известно, что оно было поглощено⁶. Кроме того, я попытался проверить каждый предполагаемый случай местного сбивания цен,

перерабатывали 90—95% всей нефти в США. См. Vol. 6. P. 3303. Точный смысл этих данных неясен. Г. Аркбольд показал, что в 1870 г. «Standard Oil» принадлежало около 10% рынка нефтепереработки в Соединенных Штатах, а в 1888 г. ее доля составляла, вероятно, 75% (Ibid. P. 3246—68). Я полагаю, что чтобы определить, как реальные рыночные позиции «Standard Oil» менялись со временем, предстоит проделать большую работу (см. напр. Vol. 2. P. 783—784).

В любом случае, позиции «Standard Oil» в нефтедобыче были относительно низки; она очень мало занималась розничной торговлей и продавала оптом не всю свою продукцию; несколько крупных железных дорог и трубопроводов, принадлежавших «Pure», «Tidewater», «Texas Co.», «Gulf» и др. конкурировали на рынке транспортировки нефти. Сильнейшие позиции «Standard Oil» с очевидностью занимала в нефтепереработке.

1 «Вопрос: Испытывали ли вы сложности с зарабатыванием денег на данном рынке до того, как вступили в связь с «Standard Oil Company»?

Ответ: Конкуренция всегда была очень жесткой, и всегда находились те, кто хотел продавать продукцию ниже себестоимости, устанавливая цену для всех. Мы сколачивали ассоциацию, собирая всех нефтепереработчиков, пока кто-нибудь из них не восставал, и это разрушало ассоциацию; мы делали такие попытки два или три раза» (Vol. 6. P. 3303).

См. тж. интересные показания г. Рокфеллера о сложности осуществления стабильного сговора (Vol. 16, в особенности, P. 3074—75).

2 Brief for the United States, Vol. 1. P. 169.

3 Reply Brief for the United States. P. 62. См. Appendix C, Sheets 1—11.

4 Ibid. P. 63—64.

5 Первой проблемой является выделить компании, которые действительно были нефтепереработчиками. Достаточно странно, но в названиях многих из упомянутых в досье фирм были слова «Refining Company», но переработкой они с очевидностью не занимались. Примером тому является «Columbia Refining Co.» г. Касла, чисто сбытовой концерн. Возможно, владельцы умозаключали, что покупатели больше любят продавцов, которые сами производят свой товар.

6 Brief for the United States, Vol. 1, Appendices C & D; Vol. 19. P. 662—63; Vol. 17. P. 3290.

касающихся конкурирующих нефтепереработчиков, которых «Standard Oil» не поглотила. Я смог найти несколько конкретных указаний на нефтепереработчиков в связи с обвинениями «Standard Oil» в сбивании цен с целью избавиться от конкурентов. Ниже приведены основные примеры, включая случаи, связанные со сбытовыми подразделениями или филиалами интегрированных конкурентов «Standard Oil». Они наверняка имеют самое большое значение.

3.1.1 «ПОДОЗРИТЕЛЬНЫЕ» СЛУЧАИ ПОГЛОЩЕНИЯ

Кливлендские поглощения. В 1871—72 гг. структуры Рокфеллера приобрели по крайней мере 17 нефтеперерабатывающих предприятий в Кливленде¹. Я не могу обнаружить в данных поглощениях никаких реальных следов хищнического сбивания цен или принуждения иного вида. По г. Рокфеллеру, консолидация кливлендских нефтепереработчиков была удачей для всех, кого она касалась, и прошла

«самым естественным путем. ... Все мы были соседями, приятелями, друзьями, вместе пришедшими к процветанию в удачные годы и начавшими в целом осознавать грядущие перемены и снижение шансов хорошей прибыли в отрасли нефтепереработки в связи с перепроизводством нефтепродуктов или перепроизводством нефтеперерабатывающего оборудования»².

С другой стороны, г. Луис Эмери-мл., долгое время добывавший и перерабатывающий нефть в Брадфорде (шт. Пенсильвания), передавал по данному вопросу следующие показания с чужих слов: «После я разговаривал с довольно многими из них, и они говорили, что считали дело безнадежным, и потому пошли на объединение»³.

К данным поглощениям, даже в версии г. Эмери, хищническое сбивание цен отношения не имеет. К свидетельствам г. Эмери в любом случае есть вопросы: он давал показания в 1908 г. о событиях, имевших место 36 годами ранее. Кроме того, очевидно, что в то время его не было в Кливленде и он не обладал знанием дел из первых рук⁴.

Есть все причины полагать, что в кливлендских поглощениях не было принуждения никакого вида. Записи о сделках и большое количество свидетельств подтверждают, что обычной практикой «Standard Oil» в тот период было нанимать управляющих и владельцев поглощаемых ею фирм, зачастую предоставляя им также долю в капитале. Из чувствующих себя жертвами бывших конкурентов выходили бы плохие сотрудники и упрямые акционеры (или же таковые не захотели бы стать акционерами).

Собственный опыт г. Эмери. Луис Эмери вышел на рынок как нефтедобытчик в 1865 г. К 1870 г. он приобрел долю в «Octave Oil Company and Refinery». В 1975 г. Эмери закрыл «Octave», а в 1876 г. продал ее владельцам «Standard Oil» за 45 тыс. долл.⁵ Эмери утверждал,

1 Reply Brief for the United States, Appendix C, Sheet 1.

2 Vol. 16. P. 3065.

3 Vol. 6. P. 2625. Согласно Эмери, нефтепереработчиков толкнули на консолидацию «преференции» в железнодорожных тарифах, предоставленные «Standard Oil» тарифным планом «South Improvement Company» и последующим соглашением о пуле перевозок 1874 г. План «South Improvement», кажется, так и не вступил в действие, а договор 1874 г., решивший, по утверждению Эмери, судьбу независимых пенсильванских разработчиков, всего лишь уравнивал грузовые тарифы из Кливленда и от западнопенсильванских нефтеперерабатывающих предприятий (Ibid. P. 2724, 2732. См показания Аркбольда в: Ibid. P. 3244—45).

4 Хотя это ничего и не доказывает, интересно, что Эмери был прежде всего нефтедобытчиком, и как любой производитель сырья, не испытывал теплых чувств к противостоящей ему монополии. Он был также успешным политиком в тот период, когда антимонопольная тематика пользовалась широкой народной поддержкой (Ibid. P. 2642).

5 Ibid. P. 2610, 2640. Она была небольшой, и ее издержки должны были быть высоки, поскольку

что с рынка его — и ряд других мелких западнопенсильванских нефтепереработчиков — выбила оптовая сделка с железной дорогой в 1874 г. Хищническое сбивание цен с очевидностью не имело к этому никакого отношения¹.

Каковы бы ни были причины продать «Octave», г. Эмери они не обескуражили. Поскольку в 1879 г. он с двумя партнерами организовал «Logan, Emery & Weaver» и запустил новое нефтеперерабатывающее предприятие в Филадельфии². Предприятие было готово к 1880 г.³ Но, как он свидетельствовал, у его фирмы вскоре возникли проблемы с пустыми железнодорожными вагонами⁴. Семью годами позже «Logan, Emery & Weaver» была продана «Standard Oil»⁵. Согласно Эмери, изначальные издержки на предприятие, земли и причалы составили 350 тыс. долл. «Standard Oil» приобрела предприятие за 275 тыс. долл. и немедленно его демонтировала, хотя Эмери утверждал, что оно было «во всех отношениях первоклассным»⁶. Он признал, что нефтеперерабатывающее оборудование изнашивается в среднем на 10—15% в год⁷. Эмери утверждал, что запродавался, поскольку не мог приобретать сырую нефть. Проблема, по Эмери, заключалась в том, что «Standard Oil» сговорилась с нефтедобытчиками о сокращении добычи нефти после чрезмерной ее добычи в 1887 г.⁸

Г. Эмери также владел долей в «Equitable Company», построившей в 1878 г. нефтепровод и в 1979 г. продавшей ее владельцам «Tidewater» за 178 тыс. долл. В 1889 г. г. Эмери приобрел за 5 тыс. долл. маленькое нефтеперерабатывающее предприятие в Брандфорде, начав дело с 250-баррельных колонн⁹. К 1908 г. его производительность составляла 1,5 тыс. баррелей в день. «Emery Manufacturing Company» из Брандфорда (шт. Пенсильвания), таким образом, владела весьма расширившимся нефтеперерабатывающим предприятием ценой в 200—400 тыс. долл. и магистралями ценой в 200 тыс. долл. Продажи выросли с 20 тыс. долл. до

впоследствии «Standard Oil» ее демонтировала.

1 См. прим. 19 выше. Кажется, даже те отложенные скидки, которые по утверждению Эмери, создали «Standard Oil», были доступны этому небольшому нефтепереработчику:

«На самых первых шагах „Octave Oil Company“, когда мы закрывались, мы пошли к железнодорожникам, и те сказали, что дадут нам отложенную скидку в 25 центов ... за баррель нефти» (Ibid. P. 2772—73).

См. тж. показания Аркбольда (Ibid. P. 3244—45) и Иосии Ломбарда, независимого предпринимателя: «Они предоставляли ... всем, кто пользовался услугами грузовых перевозок по данной дороге, отложенную скидку в 10%, которую мы получали наряду с другими» (Vol. 1. P. 265). См. тж. прим. 37 ниже.

2 Г. Эмери был к тому времени членом пенсильванского законодательного собрания и оставался на посту еще 10 лет (Vol. 6. P. 2642).

3 Достаточно интересно, что г. Эмери случилось занять 25 тыс. долл. ни у кого иного, как у «Standard Oil Company» (Ibid. P. 2643).

4 Ibid. Общая нехватка железнодорожных вагонов не была в те дни редкостью. Некоторые старожилы утверждают, что некоторые железнодорожные узлы привлекали нефтепереработчиков, поскольку там обычно были в изобилии пустые грузовые вагоны.

5 Ibid. P. 2645.

6 Ibid. P. 2646. Эмери запросил за нефтяной завод 750 тыс. долл., но согласился на 275 тыс. долл. (Ibid. P. 2768). Эмери считал, что предприятие стоит таких денег, «поскольку у нас была значительная экспортная торговля, поскольку там были независимые нефтепереработчики и очень хорошая возможность получать маржу, если мы могли установить ту же цену, что и „Standard Oil Company“» (Ibid.).

Неясно, приобрела ли «Standard Oil» за 275 тыс. долл. лишь нефтеперерабатывающий завод, или вдобавок и причалы с недвижимостью.

7 Ibid. P. 2738.

8 Ibid. P. 2646. Представляется странным, чтобы «Standard Oil», будучи крупным нетто-покупателем нефти, принимала участие в каких бы то ни было махинациях, направленных на повышение цены ее основного сырья. В любом случае, незадачливые картели нефтедобытчиков пытались время от времени монополизировать и закрывать скважины. См. показания Рокфеллера о закрытиях 1872—74 гг. (Vol. 16 P. 3073 et seq.), а также показания Тарбелла (Vol. 3. P. 1430).

9 С вероятной суточной производительностью 90—150 баррелей.

480—600 тыс. долл. в год. «Хищническая» тактика «Standard Oil», если таковая имело место, с очевидностью не смогла ни обескуражить г. Эмери, ни разорить его собственный бизнес¹.

Кроме того, Эмери стал президентом «United States Pipeline Company», построившей в 1891 г. нефтепровод. «United States Pipeline Company» была затем продана «Pure Oil Company»². Продав эту компанию, Эмери получил порядка 100 тыс. долл. в капитале «Pure Oil Company», сохраняя долю в 15 тыс. долл. в «U. S. Pipeline». К 1893 г. «Standard Oil» приобрела бы долю в 4/10 капитала «United States Pipeline», но Эмери с коллегами угрожали проголосовать против³. В 1908 г. принадлежащее Эмери филиладельфийское нефтеперерабатывающее предприятие обладало производительностью в 2 тыс. баррелей в день, были у него и другие обширные интересы в нефтяной отрасли. Эмери с очевидностью сделал успешную карьеру, важной частью которой была продажа компаний «Standard Oil» и другим <трестам>. Какими бы сильными ни были конкурентные бури, Эмери уверенно шел своим курсом.

Единственное обвинение в сбивании местных цен, предъявленной им, связано с его сбытовой фирмой в Филадельфии, которую он в конце концов отдал в аренду «Pure Oil Co.». Он признал, что не знает наверняка, кто начал данную филиладельфийскую ценовую войну⁴.

«Holdship & Irwin». В 1878 г. эта фирма из г. Аллегейни (шт. Пенсильвания), производившая 1 тыс. баррелей нефтепродуктов в день, отдала свое предприятие на 5 лет в аренду «Standard Oil»⁵. По условиям аренды, партнеры продолжали управлять предприятием за зарплату до 1883 г., когда ее срок истек и Холдшип и Ирвин возобновили деятельность в своих собственных интересах⁶. В 1886 г. они продали нефтеперерабатывающее предприятие «Standard Oil» под условием, что не вернуться в нефтеперерабатывающую отрасль. Показания г. Ирвина не свидетельствуют о применении «Standard Oil» какого-либо принуждения⁷.

«Empire Oil Works» и «Globe Refining Co.». В 1875 или 1876 г. г. Дэвид П. Рейхард запустил в Питтсбурге завод «Empire Oil». После того, как «Holdship & Irwin» продана «Standard Oil», Рейхард также продал свою фирму этой компании⁸. Рейхард не занимался нефтяным бизнесом до 1887 г., когда он основал в Питтсбурге «Globe Refining Company»⁹. Он управлял «Globe» 18 или 20 месяцев, затем продал и ее «Standard Oil». Одновременно он продал и большое строящееся нефтеперерабатывающее предприятие в Филадельфии¹⁰. Данная сделка ничуть не разочаровала его, как говорил и сам г. Рейхард:

1 Vol. 6. P. 2769—70.

2 Эмери подводит итог бизнесу «Pure Oil», говоря, что «они делали деньги в основном на сырой нефти» (Ibid. P. 2718). Согласно Эмери, продажи «Pure Oil» за 1900—08 гг. выросли по меньшей мере на 15—20%; дивиденды составляли 8% годовых.

3 Ibid. P. 2659—60.

4 Ibid. P. 2668—69. Эмери признал, что сбивал цены ниже «Standard Oil» (P. 2785 ff).

5 Ibid. P. 3013 — Показания Луиса Ирвина.

6 Ibid. P. 3014.

7 Ibid. Показания Ирвина интересны и в других отношениях. 1) Он утверждал, что «Standard Oil» добивалась значительной экономии на масштабе. 2) В период 1872—74 гг., когда и железные дороги, и нефтяные отрасли были чрезмерно развиты и «деморализованы», все участники нефтяной отрасли получали отложенные скидки на грузоперевозки («возвраты»). По словам Ирвина, «существовали возвраты, и возвраты возвратов. ... Возвратами в те дни пользовался каждый» (Ibid. P. 3026—27).

8 «Empire» и «Holdship & Irwin» были совладельцами системы трубопроводов (Ibid. P. 3131).

9 У нее было 12 нефтеперегонных кубов, каждый по 600 баррелей, и несколько трубопроводов (Ibid. P. 3134).

10 Ibid. P. 3136.

«Итак, причиной, по которой я продался, было то, что премия, которую я запросил с этих господ („Standard Oil“), составляла столько, сколько я бы мог извлечь в виде прибыли за 15 или 20 последующих лет»¹.

Рейхард выручил 1 224 800 долл. в сертификатах треста и 50 тыс. долл. наличными². Каждое из двух последних проданных «Standard Oil» нефтеперерабатывающих предприятий обошлось в 200—250 тыс. долл. Таким образом, г. Рейхарду удалось построить и продать «Standard Oil» три нефтеперерабатывающих предприятия, и всякий раз на отличных условиях.

«Woodland Oil Company» (г. С. Дж. Касл). Г. Касл был важным свидетелем со стороны правительства по обвинению в хищническом сбивании цен и другой недобросовестной конкуренции. Ранее он был нефтепереработчиком, а на момент дачи своих показаний все еще занимался сбытом нефтепродуктов. Сейчас мы рассмотрим лишь его более раннюю роль как нефтепереработчика, продавшего фирму группе Рокфеллера.

В 1883 г. г. Касл с партнером основали «Woodland Oil Company», небольшое нефтеперерабатывающее предприятие в Кливленде³. Они начали с капитала в 8—10 тыс. долл. К 1886 г. бухгалтерский капитал составлял 14 тыс. долл., и «Woodland» была продана за ту же сумму группе Рокфеллера. Касл дал понять, что одной из причин продажи стала невозможность получать нефть из трубопровода «Standard Oil». Но он не утверждал, что в продаже какую-либо роль сыграло хищническое сбивание цены, и не жаловался на сумму, уплаченную «Standard Oil» за его собственность⁴. На самом деле, продав предприятие, он устроился в «Standard Oil» и оставался их сотрудником в течение почти 14 лет.

Касл рассказал несколько других историй о хищническом сбивании цен со стороны «Standard Oil» в течение времени, когда он работал на них⁵. Тем не менее, я считаю символическим, что уйдя в 1900 г. из «Standard Oil», он вовсе не был запуган: он немедленно открыл конкурирующую нефтесбытовую фирму.

«Rocky Mountain Oil Company». Краткая, но насыщенная версия этой истории, рассказанная г. И. М. Уилхойтом, предполагает умысел и способность сокрушить конкуренцию. Уилхойт во время данного инцидента был сотрудником «Standard Oil» и утверждал, что знает о нем все. По его словам, до того как это нефтеперерабатывающее предприятие было введено в строй, «Standard Oil» начала битву за «Rocky Mountain Company», и «Union Pacific» оказалась в руках получателя, а данное предприятие было впоследствии демонтировано — разумеется, вследствие выхода из строя⁶.

1 Ibid. P. 3135.

2 «Ну, они не хотели, чтобы мы вообще получали сертификаты. ... Я заставлял их, или ходил за ними несколько раз, пока они не выдали мне несколько сертификатов» (Ibid.) Сумма, полагавшаяся за сертификаты треста, равнялась их номиналу. Рыночная цена была выше (Vol. 17. P. 3332). Правительство называет «рыночную цену» данных двух объектов собственности Рейхарда в 832 тыс. долл. (Reply Brief for the United States, Appendix C, Sheet 8).

3 Мощность: 200 баррелей в сутки (Vol. 6. P. 3060). К 1908 г. мощность принадлежавшей «Standard Oil» нефтеперерабатывающей фирмы в Уайтинге (шт. Индиана) составляла 25—30 тыс. баррелей в сутки.

4 Ibid. P. 3029.

5 Соответствующие истории анализируются в разделе «Сбыт» настоящей статьи.

6 Vol. 3. P. 1216. Позиция правительства относится меньше к умыслу и причинам, и больше к истории событий. Так, правительство сообщает: «Стороны, связанные с „United Company“ решили основать еще одно нефтеперерабатывающее предприятие под названием „Rocky Mountain“. ... Между сбытовой компанией „Standard Oil“, „Continental“ и этой компанией началась ожесточенная ценовая конкуренция ... „Rocky Mountain Company“ проиграла и ушла с рынка» (Volume 2 of Brief for the United States. P. 157).

С первого взгляда, из всего, что я нашел в досье, данный инцидент больше всего походит на хищническое сбивание цен. Но есть причины предполагать, что дело не ограничено тем, что бросается в глаза.

Во-первых, любопытно, что в деле отсутствует жалоба со стороны владельцев «Rocky Mountain». Во-вторых, «Continental» (региональный участник треста «Standard Oil») ранее заключила соглашение с «Florence Oil and Refinery Company» и «United Oil Company» (обе из которых были расположены в Флоренс, шт. Колорадо)¹, в соответствии с которым эти две нефтеперерабатывающие компании продавали всю свою продукцию компании «Continental». Цены были предположительно привлекательными для нефтепереработчиков, хотя, ввиду почти полной монополии на региональный сбыт со стороны «Standard Oil», объемы должны были быть ограничены².

«United» начала нефтепереработку в 1887 или 1888 г.³ Через некоторое время после заключения эксклюзивного соглашения между «Florence», «United» и «Continental», акционеры «United» и «Florence» основали в Пуэбло (шт. Колорадо) «Rocky Mountain Company». Началась ценовая война с «Continental». Примерно в 1894 г., почти через два года после конфликта, «Rocky Mountain» продала свои связанные с сырой нефтью активы «Western Oil Company» — добывающему подразделению «United» и «Rocky Mountain». Неясно, что стало с самим нефтеперерабатывающим предприятием, кроме того, что «Rocky Mountain» больше им не управляла⁴.

Что означает данный эпизод? Хотя факты не столь просты, как нам хотелось бы, есть одно предположение, являющееся и логичным, и полностью согласующимся с имеющимися фактами: «Standard Oil» обладала в регионе сбытовыми возможностями, но у нее не было местных поставщиков. «Standard Oil» была вынуждена возить нефтепродукты из Уайтинга (шт. Индиана). У владельцев «United» и «Florence» были добывающие и перерабатывающие мощности. На рынке могли быть и иные конкурирующие нефтепереработчики.

«Standard Oil» согласилась приобретать определенное количество нефтепродуктов у «United» и «Florence» по оговоренным ценам, за что данные нефтепереработчики обязались не продавать никому другому. Ограничение объемов нефтепереработки было выгодным всем заинтересованным сторонам. Но для того, чтобы его добиться, «Standard Oil» пришлось поделиться монопольными прибылями с нефтепереработчиками.

Таким образом, можно было избежать дублирования сбытовых и нефтеперерабатывающих мощностей.

В данном случае, как и при других подобных соглашениях, у производителя должно было иметься искушение продать в его нарушение еще немного продукции тайком на сторону, получив прибыль сверх обычной на бо?льших объемах. Это был бы лучший из возможных миров: от «Standard Oil» получать монопольную цену за ограниченный объем, а кроме того, продавая на сторону дополнительные объемы, брать за них цену выше конкурентной. Поскольку у «United» и «Florence» было соглашение с «Standard Oil» об ограниченных количествах, одним из способов его обойти или добиться более высокой доли в прибыли картеля было бы основать новую фирму. Это они и сделали в форме «Rocky Mountain

1 Позже «Standard Oil» приобрела 17% акций «United» (Ibid.). Это может поднять вопросы, связанные с интересами миноритарных акционеров.

2 Правительство утверждало, что независимыми предпринимателями обеспечивалось чуть более одного процента рынка, а «сбыт нефти на данной территории исключительно прибылен» (Ibid.).

3 Vol. 1. P. 155.

4 Ibid. P. 181.

Company». Г. Уэсли Г. Тилфорд, казначей «Standard Oil Company of New Jersey», объяснял функцию «Rocky Mountain» следующим образом:

«Их не удовлетворяла их доля в «United», и они построили другое нефтеперерабатывающее предприятие, чтобы передать ему часть своих дел»¹.

Г. Генри М. Тилфорд, президент «Continental» с 1893 г., подтвердил и развил воспоминания Уэсли Тилфорда об этом инциденте:

«В начале 1891 или 1892 г. г. Дэниел Илз пришел к нам в контору и имел беседу с У. Г. Тилфордом и мною, в которой рассказал, что он с друзьями собирается построить нефтеперерабатывающую компанию в Колорадо и спросил, купит ли „Continental Oil Company“ ее продукцию. Ему ответили, что „Continental Oil Company“ получает от „Florence Oil and Refining Company“ и „United Oil Company“ столько нефти, сколько может продать в данной местности. Некоторое время спустя он опять пришел в контору и сказал, что нефтеперерабатывающее предприятие построено, и опять спросил, купит ли „Continental Oil Company“ ее продукцию, но ему было отвечено, что нет, что ситуация такова же, какой она была ранее. ... Они начали производство и положили начало сбиванию цен»².

То, что произошло после приобретения «Rocky Mountain», также согласуется с предположением о картеле: нефтепереработчики подняли цены нефтепродуктов для «Continental». Каков бы ни был их замысел, в результате «United» и «Florence» вышли из конфликта на более благоприятных условиях договора в ущерб «Standard Oil»³. Тилфорд считал, что «Rocky Mountain» не потерпела неудачи, но просто вернулась в собственность тех, кто ее основал⁴.

С течением времени в районе Скалистых Гор строились еще нефтеперерабатывающие предприятия. К 1907 г., когда г. Генри Тилфорд давал свои показания, нефтеперерабатывающие предприятия были построены в Шуга-Крике и Эванстоне (шт. Вайоминг), Спринг-Вэлли и Боулдере (шт. Колорадо). По меньшей мере два из них — построенные в Спринг-Вэлли и Боулдере — были независимыми и созданными в 1905—06 гг.⁵ Это предполагает либо короткую память, либо то, что те, кто был в курсе событий вокруг «Rocky Mountain», не считали их примером хищнического сбивания цен.

Поглощения 1895 г. Джеймс У. Ли, вице-президент и директор «Pure Oil», показал, что в 1890-е гг. группа пенсильванских нефтепереработчиков засылала в «Standard Oil» гонцов, чтобы ослабить разорявшую их «разрушительную конкуренцию»⁶. «Standard Oil» предложила приобрести их трубопроводы и производственные мощности с премией 12% сверх себестоимости. На этих ли условиях, или на других, но некоторые из данной группы согласились, включая г. Рэмиджа⁷. Любопытно, что никто из согласившихся не пришел свидетельствовать, что их каким-либо образом обидели.

1 Ibid. P. 156.

2 Vol. 2. P. 730—31.

3 Возможно, что в данный картель входили и другие нефтепереработчики помимо «United» и «Florence», поскольку Тилфорд сказал, что «в нефтяной отрасли были и другие люди, продававшие нефть „Continental“, и разумеется, косвенно это их затрагивало» (Vol. 1. P. 177, см. тж. 180).

4 Ibid. P. 181.

5 Vol. 2. P. 731—32.

6 Vol. 6. P. 3169—70. Ли не называет в числе факторов сбивание местных цен.

7 Рэмидж с очевидностью получил некоторое количество акций «Standard Oil», поскольку присутствует в реестре акционеров «Standard Oil». Продались также и гг. Фертиг и Бёруэлл.

Большинство отказались продаваться, но объединились и образовали в 1895 г. «Pure Oil Company»¹. В результате «Pure Oil» оказалась крупнейшей независимой нефтяной компанией в Соединенных Штатах. Кроме того, она приносила прибыль².

Хотя Ли не выдвигал обвинений в местном сбивании цен, он утверждал, что «Standard Oil» притесняла независимых нефтепереработчиков, поднимая цену на сырую нефть в 1895 г.³ Однако выходит, что — поскольку «Standard Oil» покупала 90% рассматриваемых объемов нефти — такой маневр обошелся бы «Standard Oil» гораздо дороже, чем тем, кого она стремилась наказать⁴.

«Argand Refining Company». Несмотря на «постоянную жестокую конкуренцию со стороны „Standard Oil“ в течение всего времени»⁵, это нефтеперерабатывающее предприятие было прибыльной компанией. Оно приносило «чуть более 35 тыс. долл.» в год чистыми, обладая 600-баррельным объемом колонн и 50 тыс. долл. начального капитала⁶. Дивиденды выплачивались регулярно из расчета 25% в квартал.

В числе акционеров «Argand» присутствовали несколько железнодорожных деятелей⁷. В соответствии с Крэмом,

«не было угроз относительно того, что? они [„Standard Oil“] могли бы сделать, откажись мы продаваться. Наши железнодорожные акционеры убедились, что мы потеряли бы свой железнодорожный бизнес, с которого мы получали половину чистой прибыли»⁸.

Нефтеперерабатывающее предприятие было в конце концов продано [„Standard Oil“] на условиях 10-летней аренды. Позднее была согласована сумма компенсации, в результате чего наши акционеры, наша компания получила 180 тыс. долл.»⁹.

К данному поглощению хищническое сбивание цен с очевидностью не имеет отношения¹⁰.

1 В соответствии с логикой, но не с теорией хищничества, находятся неустанные попытки «Standard Oil» приобрести контрольный пакет подразделений «Pure Oil Company» (Vol. 6. P. 3176—79).

2 Ibid. P. 3191.

3 Ibid. P. 3192—93.

4 Ibid. P. 3192—3194. Помимо данного элементарного факта, приводились вполне понятные и логичные альтернативные объяснения.

5 Показания Крэма (Volume 3. P. 1349). Ранее он заявлял: «Ничего большего, чем обычная конкуренция в их отраслях, насколько я могу судить. ... Ну, я не могу сказать, что они снижали цену именно по сравнению с нашей; они были более крупным концерном, чем мы, и мы следовали за их ценами» (Vol. 5. P. 2422).

6 Vol. 3. P. 1351. В то время нефтеперегонная колонна «заканчивалась» в лучшем случае раз в три или четыре дня. Это соответствовало бы 200-баррельной суточной производительности, или 73 тыс. баррелей в год без учета простоев и «оборота». Реальные объемы, вероятно, были ниже (См. Vol. 5. P. 2419—20).

7 Vol. 3. P. 1349.

8 Ibid. P. 1350. Около половины учредительного капитала общей суммой в 200 тыс. долл. принадлежало должностным лицам «B&OSW» и «Marietta & Columbus Northern Railroads». Эти железные дороги приобретали от четверти до одной пятой общего объема продукции «Argand».

9 Ibid. P. 1352. Данная сделка, похоже, завершилась в 1897 г. Крэм, как и некоторые другие, согласился отойти от дел в нефтяной отрасли (Vol. 5. P. 2424).

10 Забавно, что в гораздо более ранних показаниях Крэм не называл возможную потерю железнодорожного бизнеса в числе причин продажи. В то время, как в более поздних показаниях, он на самом деле не настроен против «Standard Oil» и вовсе не утверждает, что имело место сбивание местных цен, кажется, что он меньше доволен сделкой. Возможно, он стал о ней жалеть. Существует вероятность, что Крэм почувствовал обиду, когда щедрый «синекуры», выплачиваемые «Standard Oil» управляющим согласно первоначальному соглашению, сменились на выплаты наличными

«*Scofield, Shurmer and Teagle*». Эта фирма была одним из последних крупных нефтепереработчиков, приобретенных «Standard Oil» до ее роспуска. «SS&T» владела нефтеперерабатывающим предприятием в Кливленде¹ и продавала около 200 тыс. баррелей нефтепродуктов в год в штатах Мичиган, Иллинойс, Индиана, Айова, Небраска, Канзас и Миссури². «SS&T» и «Standard Oil» были давними соперниками и у них было несколько столкновений на протяжении многих лет. В 1986 г. «Standard Oil» и «SS&T» завершили одну конкурентную битву подписанием договора о разделе рынков. В соответствии с его условиями «Standard Oil» гарантировала «SS&T» минимальную прибыль в обмен на сокращение объемов производства и делилась остающейся прибылью в установленном соотношении³. Но в 1880 г. «SS&T» нарушила этот договор, а когда «Standard Oil» попыталась добиться его выполнения, денонсировала его как средство незаконной монополии⁴.

Тем не менее, после продажи «SS&T» Уолтер Тигл устроился в «Standard Oil», как и его бывшие сотрудники. Согласно Уолтеру С. Тиглу, сыну главы «SS&T», после поглощения в «Standard Oil» продолжили работу все сотрудники «SS&T», за исключением трех человек⁵. «Standard Oil» управляла производственными активами «SS&T» под маркой «Republic Oil Company» до 1905 г.⁶ Утверждения о том, что «Standard Oil» держала «SS&T» как «подставного конкурента» только подтверждают предположение о том, что сделка не была связана с принуждением. Поскольку невозможно сохранить секрет, если молчать о нем должны те, кто может, выдать его, отомстить своему врагу.

В любом случае, свидетельств тому, что к поглощению «SS&T» или к условиям, на которым она была приобретена «Standard Oil», имеет какое-либо отношение хищническое сбивание цен, нет⁷.

Заключение. В досье не указано, что какого-либо нефтепереработчика вынудило продаться хищническое сбивание цен. Единственным сомнительным эпизодом остается случай «Rocky Mountain Company», но, как мне кажется, этот инцидент не составляет исключения из правила. Более того, нет свидетельств тому, что хищническое сбивание цен применялось для занижения стоимости активов хотя бы одного из более чем 120 конкурирующих нефтеперерабатывающих предприятий, приобретенных «Standard Oil»⁸. Насколько я могу понять, условия поглощения «Standard Oil» были как правило весьма привлекательны, а иногда роскошны. Отвлекаясь от поглощений, доля выхода из бизнеса в нефтепереработке после достижения «Standard Oil» монополии была с очевидностью низкой.

акционерам.

1 Как говорил Тигл: «У нас было нефтеперерабатывающее предприятие в Кливленде, но кливлендская нефтеперегонка была старой и несовременной, и ее производительность была ограничена по меркам наших продаж. Я сомневаюсь, что мы перерабатывали в годы, непосредственно предшествовавшие нашему поглощению, больше, чем 35 или 40% от объема продаваемых нами нефтепродуктов. Кливленд перестал быть центром нефтепереработки» (Vol. 3. P. 1467).

2 Ibid. P. 1468.

3 Vol. 16. P. 3204.

4 Ibid. P. 3205.

5 Vol. 3. P. 1150. «SS&T» поглощена в 1901 г. (Ibid. P. 1153). После роспуска г. Тигл стал президентом «Standard Oil of New Jersey».

6 Ibid. P. 1153 ff.

7 Один из независимых участников рынка высказал следующее наблюдение об «SS&T»: «У них был завод, который они содержали, а содержали они его, пока им не удалось продаться „Standard Oil“» (Vol. 2. P. 987; курсив мой).

Нет реальных свидетельств и тому, что ценовые кампании развязывала и «подставная» «Republic». См. напр. показания Креншоу о полюбившем разрешении одного недоразумения со сбиванием цен в 1902 г. (Vol. 3. P. 1173—74).

8 См. показания г. Ломбарда об «очень добросовестных» ценах, уплачиваемых «Standard Oil» поглощаемым нефтепереработчиком (Vol. 1. P. 250).

3.1.2 «ПОДОЗРИТЕЛЬНЫЕ» СЛУЧАИ, НЕ ПРИВЕДШИЕ К СЛИЯНИЮ ИЛИ ПОГЛОЩЕНИЮ?

Остается вероятность того, что «Standard Oil» применяла местное сбивание цен для разорения конкурирующих нефтепереработчиков без их поглощения. Быть может, «Standard Oil» просто уничтожала их без необходимости приобретать?

Нижеперечисленные интегрированные нефтепереработчики в то или иное время вступали в местные или общие стычки с «Standard Oil». «Standard Oil» не поглощала ни одной из этих фирм и не сливалась с ними. Свидетельства об этих инцидентах зачастую расплывчаты, что не слишком удивительно с учетом долгого периода времени, в течение которого происходили эти события¹. Присутствует также большое количество показаний с чужих слов, а многие факты в высшей степени противоречивы.

Фезенфельд (владелец «Red C»). Г. У. Г. Фезенфельд был президентом «Red C Oil Manufacturing Co.» из Балтимора². «Red C» была сбытовой компанией, но Фезенфельд был также президентом «Island Petroleum», нефтеперерабатывающей фирмы³.

Фезенфельд показал, что примерно до 1897 г. «Red C» и «Standard Oil» конкурировали на рынке бочковых нефтепродуктов в южных штатах. После 1897 г. «Standard Oil» все больше полагалась на доставку железнодорожными цистернами. «Red C» продолжала делать упор на бочковую доставку⁴. По Фезенфельду, «Standard Oil» систематически предлагала торговцам скидки, чтобы помешать полной 60-бочечной загрузке вагонов товарами «Red C» и иногда добивалась отмены заказов клиентами «Red C»⁵.

Время от времени «Red C» сталкивалась с конкуренцией со стороны пяти различных «подставных конкурентов», за которыми стояла «Standard Oil»⁶. Согласно Фезенфельду, «они продавали по любой цене, лишь бы отобрать у нас рынок. ...»⁷. По крайней мере, в некоторых случаях сбивать цены начинала «Red C». Разумеется, «Red C» с очевидностью применяла сбивание цен там, где оно служило ее интересам. Как объяснял Фезенфельд:

«Я всегда сбивал цены, чтобы получить рынок. ... Если требовали обстоятельства, то есть, чтобы начать продажи на какой-либо территории, мы должны были предлагать что-то заманчивое. ... Иногда я продавал — это целиком зависело от качества нефти — дешевле, чем „Standard Oil“, иногда продавал дороже, чем „Standard Oil“»⁸.

Как говорил С. Т. Коллингз, второй вице-президент «Standard Oil Company of Kentucky», «Red C» всегда сбивала цены. «Standard Oil», со своей стороны, считала сбивание цен непривлекательным методом. По словам Коллингза:

«У „Red C“ было обыкновение время от времени посылать одного-двух человек объехать Южную Каролину и собрать заказы на автомобильную доставку, перебивая наши цены на полцента—полтора цента за галлон. ... Мы потеряли в прошедшие годы за счет такой системы великое множество заказов. ... Как вы можете видеть из каждого из этих писем, где упомянуты цены, они от полуцента до полтора центов ниже наших.

1 Показания касаются периода 1865—1908 гг.

2 Vol. 5. P. 2302.

3 Ibid. P. 2330. Фезенфельд был также президентом «Columbia Oil Co.» и вице-президентом «Richmond Oil Co.». Все эти компании, кроме «Island», занимались только сбытом. «Island» владела долями в различных сбытовых компаниях.

4 «Red C» продавала цистернами в Балтиморе и окрестностях, и имела комиссионеров и маклеров по всей стране.

5 Ibid. P. 2303.

6 Ibid. P. 2311.

7 Ibid. P. 2319.

8 Ibid. P. 2341 (курсив мой).

...Мы не опускались до их низких цен за исключением, мне кажется, одного случая, в Юнионе (шт. Ю. Каролина). ... Мы не начинали сбивать цены. Мы опираемся на свое первенство в бизнесе, поставку качественной нефти современными способами, и если конкурент хочет забрать себе наш рынок, он оказывается вынужден снижать цены или делать другие заманчивые предложения, чтобы переманить наших клиентов. Поэтому, нам цены сбивать не обязательно»¹.

Хотя и утверждая, что конкурировать 30 лет с «Standard Oil» было трудно, Фезенфельд признал, что с той поры, как в 1878 г. они начали скромный бизнес, владельцы «Red C» постоянно богатели и преуспевали². До 1903 г. «Standard Oil» дважды неудачно пыталась приобрести группу «Red C»³.

«Cornplanter Refining Company». Основанная примерно в 1888 г., «Cornplanter» была старым соперником «Standard Oil». Хотя ходило много слухов о том, что «Standard Oil» многие годы «нападает» на «Cornplanter», ясно, что время от времени «Standard Oil» и «Cornplanter» договаривались об отказе от конкуренции⁴. Г. Тодд, управляющий «Cornplanter», показал, что «Standard Oil» угрожала «Cornplanter» уничтожением, но не реализовала своей угрозы⁵. «Cornplanter» была нефтеперерабатывающей компанией из Уоррена (шт. Пенсильвания), но, помимо других мест, торговала также и в области Сент-Пола⁶. Управляющий нефтеперерабатывающим предприятием «Standard Oil» в Уайтинге сказал, что «Cornplanter» продает на территории Сен-Пола слишком много керосина, и что если он не согласится сократить производство и ограничить продажи, «Standard Oil» выбьет его с рынка. Г. Тодд хорошо понимал экономику местного сбивания цен, поскольку ответил ему, согласно своим показаниям, так:

«А я ему и говорю: „Мистер Моффет, я очень рад, что вы об этом говорите, поскольку что до вас, то не видать вам его [этого рынка], не сбивая цены, а собьете цены — я собью их на 200 миль вокруг, и пушу вас с молотка“, и говорю ему: „Пущего праздника мне и не надо, валяйте, если хотите“, попрощался с ним, да и пошел»⁷.

Угроза со стороны «Standard Oil» так и не была выполнена.

Тодд также показал, что около 1898 г. начальник из «Standard Oil» говорил ему, что «Standard Oil» решила выбить с рынка всех независимых конкурентов⁸. «Standard Oil» затем развязала против «Cornplanter» ценовую войну в Нью-Йорке. Тодд сказал, что начала ее «Standard Oil», хотя признал, что вокруг Бостона кампанию по сбиванию цен начала «Cornplanter»⁹ «Война» дорого обошлась обеим сторонам, так что они заключили соглашение о разделе рынка на территории Бостона. Цены поднялись «с 6S до 10 центов в

1 Vol. 12. P. 895—96. См. тж. Vol. 13. P. 1536—37. Имеется множество подтверждающих показаний. См. напр. Vol. 13. P. 1306 et seq., 1322 et seq., 1362 et seq., 1364—65, 1440. Досье буквально ломится от свидетельства и историй о конкуренции между «Red C» и «Standard Oil». См. напр. Vol. 5. P. 2303, 2307, 2310, 2313, 2316, 2406—9, 2476; Vol. 10. P. 1747—58, 1760—1775; Vol. 12, p. 913; Vol. 13. P. 1110—13, 1139—44, 1158 et seq., 1167, 1239, 1250, 1305—07; Vol. 15. P. 2443—44; Vol. 20 P. 100—101, 146—48, 152—3, 156—68, 212 et seq. На самом деле, этому соперничеству посвящена большая часть томов 13 и 20.

2 Vol. 5. P. 2333. «Island» была учреждена в 1901 г., когда «Red C» «обратным ходом» интегрировала в себя нефтепереработку (Ibid. P. 2337). «Island» владела контрольным пакетом «Richmond Oil Co».

3 Ibid. P. 2329.

4 См. напр. Vol. 6. P. 3209 et seq.

5 Ibid. P. 3212.

6 Ibid. P. 3213.

7 Ibid. P. 3214, и тж. 3227.

8 Ibid. P. 3215—16.

9 Ibid. P. 3216. Объем продаж в (галлонах) «Cornplanter» в Бостоне утроился (Ibid. P. 3231).

следующие же несколько дней и оставались такими в течение долгого времени»¹. Это соглашение, заключенное сперва на три года, а затем продленное на пять, оставалось в силе примерно до 1906 г. К этому времени «Cornplanter» продала свои сбытовые активы в Бостоне агрессивному независимому концерну «Gulf Refining Company».

Тодд рассказал о других конфликтах² и других соглашениях³ с «Standard Oil». Несмотря на сложности с «Standard Oil», капитал «Cornplanter» вырос за 20 лет существования с 10 тыс. до 450 тыс. долл. Тодд признал, что компания <на момент слушаний> все еще была живой и вполне процветающей⁴.

«Crew-Levick». Несколькими нефтеперерабатывающими предприятиями владела «Crew-Levick»⁵. Джордж Дж. Уолфф, управляющий из Балтимора, свидетельствовал о ценовой войне против них со стороны «подставного» концерна, за которым стояла «Standard Oil». Уолфф признал, что сам сбивал цены по сравнению с ценами «Standard Oil» в Балтиморе⁶, и согласился, что каковы бы ни были мотивы «Standard Oil», уничтожить «Crew-Levick» ей не удалось:

«Вопрос: Вы же не считаете, что вам нужна защита от «Standard Oil Company», чтобы продолжать дела, не правда ли?»

Ответ: Нет же, черт побери. Не считаю»⁷.

«Crew-Levick», видимо, неплохо чувствовала себя в Балтиморе, поскольку, как свидетельствовал Уолфф:

«Вопрос: С 1904 г. до недавнего времени вы испытывали практически непрерывный рост, не так ли?»

Ответ: Так точно. В день, когда я приступил к работе, я продал лишь 400 галлонов, и все из них сам.

Вопрос: И в неделю это составило бы примерно 2 тыс. галлонов?»

Ответ: Да.

Вопрос: А теперь вы продаете около 20 тыс. галлонов в неделю?»

Ответ: Так точно»⁸.

Некоторые другие нефтеперерабатывающие компании. Вещественное доказательство ?277⁹ со стороны ответчика указывает на то, что в 1908 г. в Соединенных Штатах насчитывалось

1 Ibid. P. 3217. «Cornplanter» приобрела мощности в Бостоне при поглощении «New England Oil Company» примерно в 1897 г. (Ibid. P. 3228, 3230).

2 Ibid. P. 3220—21. См. тж. показания Хопкинса (Vol. 3. P. 1030) о сбивании цен «Standard Oil».

3 Vol. 6. P. 3207—8, 3220, 3223—28.

4 Ibid. P. 3221. У «Cornplanter» был также ряд других вложений в нефтяную отрасль (Ibid. P. 3232 et seq).

Они торговали под разными вывесками, включая «Tiona Oil».

Есть множество упоминаний конкуренции между «Cornplanter» и «Standard Oil» (см. напр. Vol. 20. P. 45, 61—62, 114; Vol. 6. P. 3213—18; Vol. 15. P. 2383—87; Pet. Exh. 635).

5 См. Vol. 20. P. 105—106. Достаточно интересно, что они работали под разными вывесками: «Crew-Levick», «Glade Oil Works», «Muir Works», «Seaboard Oil Works».

6 См. напр. Vol. 20. P. 118 et seq., 122, 126, 131. См. тж. Vol. 16. P. 2612 et seq.

7 Vol. 20. P. 126.

8 Ibid. P. 109.

9 Vol. 19. P. 662—63.

123 независимых нефтепереработчика. Данный список включает фирмы, на сегодня являющиеся крупными компаниями, и которые были велики уже тогда. Самыми известными примерами, видимо, являются «Pure Oil», «Tidewater», «Gulf», «The Texas Company», «Sun Oil Company» и «Union Oil». К 1908 г. «Texas Company» владела нефтеперерабатывающим предприятием мощностью 12 тыс. баррелей в день, «Gulf» — двумя — 10,8 тыс. и 41,6 тыс. баррелей в день¹. «Pure», «Tidewater», «Gulf» и «Texas» владели крупными системами нефтепроводов.

«Standard Oil Company» владела около 31% акций «Tidewater» и была связана с данной фирмой различными соглашениями². Существенной долей она владела и в нефтетранспортном подразделении «Pure Oil», но контроля над ним не добились.

Независимые нефтепереработчики были всегда³. По крайней мере 10 независимых нефтеперерабатывающих предприятия, построенных до 1890 г., непрерывно функционировали до 1908 г.⁴ К 1995 г. было 88 конкурирующих нефтепереработчиков⁵, к 1906 г. их число выросло до 123⁶.

«Pure Oil Company», образованная в 1895 г., является лишь одним примером роста и процветания независимого нефтепереработчика⁷.

Нефтепереработка: заключение. Я не могу найти ни одного примера тому, как «Standard Oil» применяла хищническое сбивание цен для принуждения конкурентов к поглощениям, для снижения цены активов при поглощении или для изгнания конкурента с рынка. Я не верю, что «Standard Oil» когда-либо делала такие попытки, а если и делала, они не сработали.

«Standard Oil» поглотила множество форм, и за них она хорошо платила. Эти поглощения продолжались практически до ее принудительного роспуска и были, вероятно, необходимы для поддержания монополии, которой она добилась. В дополнение к поглощению множества конкурентов, «Standard Oil» практиковала соглашения о разделе рынков и фиксации цен с другими нефтепереработчиками⁸.

С самого начала власти «Standard Oil» и в течение всего периода ее наивысшей власти появлялись и процветали новые фирмы, старые фирмы выживали и росли.

3.2. СБИВАНИЕ ЦЕН, КАСАЮЩЕЕСЯ МАКЛЕРОВ И РОЗНИЧНЫХ ТОРГОВЦЕВ

Примечательно, что по большей части свидетельства, касающиеся сбивания цен, связаны с маклерским и розничным звеньями. Большинство фирм, с которыми предположительно было связано сбивание цен со стороны «Standard Oil», были неинтегрированными

1 Нефтеперерабатывающее предприятие производительностью в 40 тыс. баррелей в день выглядит внушительно даже сегодня, а в то время оно было очень крупным. Свидетельство Эмери (Vol. 6 P. 2704, 2710—12).

2 См. напр. свидетельство Аркбольда (Vol. 17. P. 3321).

3 Vol. 1. P. 243—44; Vol. 3. P. 1467; Vol. 5. P. 2542; Vol. 6. P. 2626, 2642, 2705, 3015, 3131, 3132; Vol. 16. P. 3139; Vol. 17. P. 3446; Vol. 20. P. 31.

4 Vol. 5. P. 2542; Vol. 6. P. 2651, 2705, 2840, 3015, 3061, 3207; Vol. 20. P. 106—107.

5 Vol. 6. P. 2690—2712.

6 Vol. 2. P. 651; Vol. 5. P. 2543—45; Vol. 6. P. 2691, 2700, 2704, 2710, 2711—12; Vol. 8. P. 1002 (Pet. Exh. 396); Vol. 17. P. 3290; Vol. 19. P. 627 (Def. Exh. 269), 662; Brief For Appellants, Vol. 1, Appendix III. P. 266.

О более быстром росте конкуренции в экспортной торговле см. Vol. 8. P. 904 (Pet. Exh. 377). Быстрее всего росли конкуренты, торгующие нефтепродуктами иными, нежели керосин (Brief for Appellants, Vol. 2. P. 102—03).

7 Расписки за нефть, отпущенную «Pure», более чем удвоились за 1900—06 гг. (Vol. 3. P. 1443, 1451). Другой интересный пример — «New York Lubricating Co.» (Vol. 2. P. 532—33, 766—67, 773).

8 О некоторых из таких соглашений см. Vol. 1. P. 175—76, 214—23; Vol. 2. P. 734, 738, 946, 950; Vol. 3. P. 1130; Vol. 17. P. 3321; Vol. 12. P. 955.

сбытовыми фирмами; в массе своей они были розничными и разъездными торговцами. Сбытовые подразделения конкурирующих нефтепереработчиков уже обсуждались выше.

Сбыт нефтепродуктов, хотя и отличавшийся от того, что мы знаем сегодня, уже испытывал перемены. Приблизительно до 1890 г. нефтепереработчики продавали большую своей продукции в бочках маклерам, которые затем занимались ее сбытом на местах¹. Приблизительно в это время «Standard Oil» начала доставлять их в цистернах в бакалейные лавки и другим розничным торговцам. В рамках этого метода «Standard Oil» строила оптовые склады, куда доставляла продукцию бочками или цистернами, и откуда цистернами развозила напрямую розничным торговцам. Цистерна <tank wagon> представляла собой то, что подразумевает ее имя — лошадь, запряженную в повозку <wagon>, на которой крепился деревянный или железный бак <tank>. Каждая цистерна обслуживала 30—50 определенных клиентов из числа розничных торговцев. Извозчики цистерн сливали или выкачивали бензин и керосин в их баки, взимая наличные за доставку. «Standard Oil» в конце концов пришла к продаже большей части своей продукции через канал цистернового сбыта². Коллингз из «Standard Oil of Kentucky» показал, что продавал данным способом до 90%³. Остальное продолжало поступать к маклерам и разъездным торговцам.

Разъездные торговцы обычно подъезжали к оптовому складу и наполняли свои цистерны. За счет экономии на доставке а также бо?льшей средней закупки разъездные торговцы обычно платили на S—1 цент меньше за галлон, чем составляла цена с доставкой⁴. Розничные разъездные торговцы делали 150 или более остановок в день.

Таким образом, маклеры вытеснялись интегрированным методом сбыта, внедряемым «Standard Oil», за которой быстро последовали конкуренты. Разъездных торговцев также застигли стремительные перемены. Газ и электричество начали теснить рынок осветительного керосина, от которого зависели разъездные торговцы. Распространение автомобилей только началось. Эти факторы в конце концов сделают керосин, бывший основным товаром, топливом четвертого разряда.

В то самое время, пока происходили такие перемены, нефтепереработчики лихорадочно искали еще более выгодных путей сбыта своей продукции. Даже в то время, как внедрялась доставка цистернами, «Standard Oil» продолжала экспериментировать с собственной разъездной торговлей. Она пыталась скрыть наличие собственных торговцев. Они и составляли большую часть «подставных конкурентов», о которых мы уже так много слышали. Почти все остальные были маклерскими концернами, обычно небольшими. Количественно они никогда не представляли собой большой силы⁵. И, в чем бы ни

1 Показания Аркбольда (Vol. 17. P. 3467—68).

2 Данное соотношение варьировало в зависимости от территории. Сбыт в бочках через маклеров и комиссионеров был более важен для маленьких населенных пунктов и в некоторых гористых местностях. Еще в 1904 г., к примеру, «Standard Oil» не закончил внедрение развозки цистернами в небольших населенных пунктах шт. Нью-Йорк. Во всех регионах доставка цистернами должна была стать господствующим методом.

3 Vol. 12. P. 896.

4 Конкуренты «Standard Oil» также предлагали такие условия.

5 Более чем половина «подставных» концернов были заведениями, торгующими исключительно вразвоз. Большинство было очень маленькими, в среднем имевшими где-то две или три повозки. Кроме того, большинство из них просуществовало не слишком долго. «Они были экспериментом по прямым продажам нефтепродуктов потребителям, который — в основном, вследствие необходимости кредитования — провалился» (Brief for Appellants, Vol. 2. P. 192. См. тж. Vol. 13. P. 1523—25). Большинство из них постепенно выходило из бизнеса по мере износа оборудования. Те немногие, что выжили, превратились в «Канистровые отделы» различных компаний, входивших в «Standard Oil».

заклучался их смысл, «Standard Oil» не была единственной компанией с «подставными» разъездными торговцами и маклерами¹.

«Standard Oil» называла несколько причин не рекламировать своей связи с такими фирмами. Во-первых, постоянные публичные атаки на ее монополию и высокую прибыль настраивали часть торговцев против закупки продукции «Standard Oil»². Во-вторых, некоторые из поглощенных ею сбытовых концернов обладали хорошей репутацией и более удачным положением на местном рынке, чем «Standard Oil» могла себе позволить приобрести. В-третьих, чтобы разрушить местные картели розничных и разъездных торговцев и чтобы победить в конкуренции с другими разъездными торговцами, «Standard Oil» обнаружила пользу открытия местных отделений, торгующих по конкурентным ценам. Но чтобы это делать, не настраивая против себя покупателей продукции из цистерн, требовалась секретность³. В-четвертых, такой подход позволял «Standard Oil» экспериментировать с новыми методами работы с персоналом и сбыта, не отказываясь от старых и не осуществляя значительных затрат.

По мере вытеснения доставкой цистернами отправки бочек маклерам «Standard Oil» стремилась углублять интеграцию. Как сказал об этом г. Сквайрз:

«Мы достигли точки, в которой стал возможен еще один шаг навстречу потребителю, чтобы сэкономить ему деньги. Выяснилось, что розничный торговец извлекал от 50 до 100% прибыли, и мы решили, что сможем сэкономить половину этих денег потребителю. Такой шаг требовал осторожности и внимания, так, чтобы не рассориться с торговцами, которых мы снабжали, а также на случай, если что-то пошло бы не так, и от такого образа действий пришлось бы отказаться. Поэтому на пробу было выбрано несколько населенных пунктов, а именно, названные выше. ...

Но вскоре дало о себе знать очень серьезное препятствие, а именно, предоставление кредита. Лавочники отпускали своим покупателям в кредит, в то время, как нам они платили наличными. Это стало столь значимым фактором, что продавать через этот канал в таких больших количествах, как планировалось, было практически невозможно. Для преодоления этого препятствия было испытано множество путей — например, талоны, подобные продаваемым молочниками, — но они не работали. Затем мы начали предоставлять кредит, но наших потерь от невозвратов самих по себе хватило бы для разорения предприятия. Кроме того, мы обнаружили значительные потери от износа оборудования. В том смысле, что мы одалживали канистры покупателям, но, относясь к ним как к нашему, а не своему имуществу, те не берегли их как следует. Некоторое количество из-за такой небрежности повреждалось, а некоторые терялись вовсе. Таким образом, после очень внимательного разбора опыта в различных населенных пунктах, от этой идеи было решено отказаться. Постепенно мы изъяли из них оборудование, за исключением двух мест, а именно, Янгстауна и Кливленда, которые всегда были известны среди нефтепереработчиков

Более того, возникают вопросы о том, насколько секретными такие фирмы должны были быть, и большие сомнения в том, что они вообще были секретными. В конце концов, правительство и свидетели с его стороны ошибочно обвинили «Standard Oil» во владении и управлении фирмами, которые реально не имели к ней никакого отношения (см. напр. Vol. 5. P. 2412, Vol. 12. P. 779—80, 790—91; Vol. 13. P. 1218—20, 1279—83, 1307, 1533—35).

1 Есть много примеров, включая фирмы под управлением г. Касла, «National Refining Co.», «Red C», «Crew-Levick» и др.

2 Невозможно узнать, насколько важен был на деле этот предрассудок, но ясно, что он имел место. Одним из возможных симптомов является оттенок названий, выбранных некоторыми конкурентами: «Antitrust Oil Co.»; «Freedom Oil»; «Uncle Sam Oil Co.» и т. п.

3 Коллингз: «Мы бы с радостью предпочли продавать розничным торговцам. Это та деятельность, которой мы в основном занимались и которую готовы были вести» (Vol. 12. P. 887).

как пункты разъездной торговли, поскольку там в течение многих лет имелось некоторое количество разъездных торговцев, и покупатели привыкли к такому способу доставки»¹.

Были ли мотивы «Standard Oil» действительно таковы, или это хитрая рационализация, понять невозможно, да и не нужно. Достаточно сказать, что такой образ действия рационален в свете развития отрасли. Ее развитие, на самом деле, ускорило после 1911 г., когда принудительный роспуск «Standard Oil» повысил конкуренцию. Оно не было последствием монополии. В конце концов, где сегодня разъездные торговцы керосином? Альтернативное объяснение, согласно которому «Standard Oil» пыталась монополизировать оптовую и розничную торговлю, с очевидностью менее логично и хуже соответствует известным нам фактам.

В розничной торговле количество игроков всегда было велико, а выход на рынок — дешевым и быстрым. «Standard Oil» никогда не имела, а скорее всего, и не добивалась, монополии на розницу. Таковой было бессмысленно пытаться и, скорее всего, невозможно достичь. При монополии на нефтепереработку, в интересах сбыта «Standard Oil» должна была сохранять розницу эффективной и высококонкурентной².

Из всех «звеньев» нефтяной отрасли розничную торговлю монополизировать «Standard Oil» было бы всего труднее, и такая монополия была бы в высшей степени преходящей. Причина проста. В розницу керосином торговали продавцы двух сортов: бакалейщики (и другие розничные торговцы), державшие баки или бочки, из которых разливали керосин покупателям, и разъездные торговцы, у которых была одна или несколько цистерн, разъезжающих от дома к дому по одному и тому же маршруту, как сегодня молочники или раньше мороженщики.

Навыки и ресурсы, необходимые для разъездной торговли нефтепродуктами, не были ни дорогими, ни редкими, ни специальными. Повозка, лошадь, кучер и несколько канистр или бак — вот и торговец вразвоз³. В крупном разъездном концерне могло быть две или три цистерны. Ресурсы могли быстро вводиться и выводиться из разъездной торговли нефтепродуктами вслед за надеждой на прибыль.

Подобным же образом, никогда не был сложным выход на рынок бакалейной и прочей розничной торговли. Еще на раннем этапе г. Рокфеллер осознал, что монополия на нефтедобычу невозможна⁴. Он должен был понимать, что монополия на розничную

1 Vol. 13. P. 1523—24. Г. Сквайр не преувеличивал розничную маржу, которую с избытком подтверждает досье. Была ли величина маржи обусловлена картелем или высокими издержками, значения не имеет. Что имеет значение, так это то, что «Standard Oil», как и все нефтепереработчики, была заинтересована в ее снижении (см. тж. Vol. 2, pp. 7S7-S8; Vol. 3, p. 1109; Vol. 5, pp. 2583, 2602, 2584).

2 Монополист-производитель предпочел бы нулевые издержки и конкурентность сбыта. В такой ситуации производство в состоянии принести наивысшую монопольную прибыль.

3 Ши свидетельствовал, что вышел на рынок разъездной торговли в 1892 г. с 25 долл. собственных средств, 25 долл. заемного капитала и заемной лошадей. Он быстро рос и распространил деятельность, кроме розничной торговли, на маклерство. «Я бы предположил, что мы продаем раз в 30 больше, чем в 1892 г., когда мы только начали» (Vol. 5. P. 2493).

4 Описание Рокфеллером незадачливого сговора нефтедобытчиков 1872 г. стало классикой: «Я не мог бы сказать, как долго оно продлилось, или реально действовало, но высокие цены на нефть вылились, как это было и раньше и как это будет до тех пор, пока из земли течет нефть, в наращивание добычи, и нефти оказалось слишком много. Мы не могли найти для нее сбыта.

Разумеется, те, кто не входил в данную ассоциацию, стремились добыть столько, на сколько хватало сил, а что касается тех, кто участвовал в ассоциации, многие из которых были людьми чести и занимали высокое положение, то искушение добыть чуть больше, чем они обещали своим товарищам или нам, оказалось слишком велико. Стало очень сложно предотвращать поступление нефти по этой

торговлю еще более безнадежна. Надолго монополизировать такого рода занятия в силах лишь правительства. Более того, «Standard Oil» с очевидностью решила, что в ее высших интересах отдать функцию розничной торговли кому-то другому.

Таким образом, еще до роспуска «Standard Oil» маклеры и розничные торговцы испытали действие сил эволюции отрасли в целом. После роспуска их действие сохранилось, а на деле даже усилилось¹. Кроме того, маклеры и розничные торговцы были подвержены всем напастям и сварам, характерным для мелкой торговли, где размеры предприятия невелики, а участников много. Таким образом, неудивительно, что большинство жалоб на сбивание цен шло от неинтегрированных участников сбыта².

Здесь совершенно невозможно рассмотреть все инциденты, касающиеся маклеров и розничных торговцев. Досье полно многими очень схожими примерами, и комментировать каждый из них — ненужная и трудоемкая задача³. Для настоящих целей достаточно разобрать несколько наиболее важных и представительных примеров. Эти инциденты удобно разделить на три категории: 1) предполагаемое сбивание цен, затрагивающее конкурирующих сбытчиков, не приведшее ни к чему; 2) предполагаемое сбивание цен, сопровождавшееся поглощением конкурирующих сбытчиков; 3) предполагаемое сбивание цен, сопровождавшееся уходом с рынка конкурирующих сбытчиков. Предполагаемые случаи первого класса многочисленны, но не подтверждают теории хищнической монополизации. Примеры второго и третьего классов были бы для такой теории более полезны, но их очень мало⁴.

Подробно обсуждаются только несколько представительных инцидента; остальные лишь упомянуты.

3.2.1 СБИВАНИЕ ЦЕН БЕЗ ОСОБЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ?

В своей массе свидетельства и утверждения устанавливают лишь тот факт, что «Standard Oil» торговала по разным ценам в одном и том же или в разных населенных пунктах, и что усиление конкуренции часто влекло снижение цен⁵.

цене. ... Был предел, дальше которого мы, как переработчики нефти и коммерсанты, не могли пойти. Мы были их слугами в деле передачи потребителю продуктов переработки, и ограничение налагалось тем, сколько мы могли в то время продать» (Vol. 16. P. 3074).

1 В 1911 г. продажи бензина впервые превысили продажи керосина.

2 В «Standard Oil» утверждали, что ее цистернами обслуживалось 37 тыс. населенных пунктов в США. Количество маклеров и разъездных торговцев также должно было быть велико.

3 В примечательной степени досье перегружено случайными свидетельствами с чужих слов, мелочными жалобами мелких торговцев и бесчисленными маловажными обвинениями и встречными обвинениями. По всей видимости этим мы обязаны природе разбирательств, в ходе которых брались показания. Свидетели отвечали на вопросы ведомственного следователя, а не судьи, и он чувствовал, что не вправе судить о допустимости свидетельств. Значительный объем свидетельств со стороны правительства поступил со стороны бывших сотрудников «Standard Oil», большинство из которых были уволены или принуждены к увольнению. Некоторые из них признали, что обижены на руководство «Standard Oil». Часть таких свидетелей давала показания о той деятельности «Standard Oil», которая не была им известна напрямую (напр. Vol. 5. P. 2347, 2364, 2381; Vol. IS. P. 2472).

4 Поскольку фирмы зачастую выступали одновременно и как маклеры, и как разъездные торговцы, а свидетельства о них скудны, не представляется возможным отделить инциденты на относящиеся к маклерам и относящиеся к разъездным торговцам. Такое различие в любом случае не обладало бы большой ценностью.

5 См. напр. Vol. 8. P. 905—1011 (Petitioner's Exhibit 379—96); Vol. 10. P. 1624—16S9 (Pet. Exh. 628—635). Но ср. Vol. 8. P. 664; Vol. 10. P. 1624; Vol. 21. P. 133 (Pet. Exh. 962). См. тж. Vol 2. P. 937; Vol. 3. P. 1046; Vol. 5. P. 2484, 2490—91; Vol. 17. P. 3620—2, 3628; Vol. 20. P. 229—31, 233.

«Hisgen Brothers». Типичным примером сбытовой фирмы, жаловавшейся на местное сбивание цен, является «Hisgen Brothers». Тип представленных свидетельств представителен также для всего данного класса инцидентов.

«Hisgen» начали в 1889 г. с торговли тавотом¹. В 1900 г. они начали продавать в розницу и оптом керосин, который покупали у независимых нефтепереработчиков. Они жаловались, что в 1901 г., когда они начали торговать керосином в различных маленьких городках вдоль р. Гудзон, «Standard Oil» снизила цены, чтобы они ушли с рынка². О ценах в прочих местах утверждалось, что они оставались высокими. Записи «Standard Oil» показывают, что их цены на керосин в шести упомянутых городках на самом деле росли в период, о котором «Hisgen» утверждают, что «Standard Oil» их снижала³. В любом случае, в «Hisgen» признают, что иногда снижали цены ниже, чем «Standard Oil»⁴, но весьма неопределенно относительно сбивания цен со стороны «Standard Oil»⁵. Более поздние эпизоды, имевшие место в Спрингфилде (шт. Массачусетс), доказывают, что по крайней мере на протяжении некоторого времени цены снижала «Hisgen»⁶.

Вне всякой связи с вопросом о том, кто начал данные ценовые войны, дела «Hisgen», по всей видимости, шли успешно. В течение 1904 г., к примеру, «Hisgen Brothers» обладали в Спрингфилде 21% рынка, а в 1905 г. увеличили свою долю до 30%⁷. После 1900 г. они значительно расширили территорию и бизнес, и по всей видимости преуспели⁸.

1 Vol. 4. P. 1795. Но на второй год бизнес вырос вдвое и продолжал расти. К 1900 г. продажи составляли 80—100 тыс. долл. Хисген дважды баллотировался в губернаторы Массачусетса на антимонопольной платформе (против «Standard Oil») (Vol. 4. P. 1800, 1841, 1848—49, 1852).

2 Vol. 12. P. 713, 813—15. Одно время цены падали, предположительно вследствие их сбивания со стороны «Тюпа», сбытового подразделения «Cornplanter Refining Co.» (Ibid. P. 716).

3 Vol. 12. P. 780—82, 812—13, 818—19, 822—24, 826—27, 830—31, 833—35; Vol. 4. P. 1894—95, 1963—66.

4 Vol. 4. P. 1813—15, 1856 et seq., 1888—89, 1898, 1977—78. См. тж. Ibid. P. 1932—37, 1952, 1964—72; Vol. 12, 729—37, 782—88, 810—17, 822—37.

5 Vol. 4. P. 1861, 1874.

6 В 1904 г. «Hisgen» начала торговать по 10S центов за галлон, снизив цены на S цента по сравнению с «Standard Oil». Последовавшее снижение отчасти объясняется общим падением цен на обширной территории, отчасти — дальнейшим сбиванием цен со стороны «Hisgen». В 1905 г. «Hisgen» его прекратила, и цены «Standard Oil» поднялись (Vol. 10. P. 1636).

7 Brief for Appellants, Vol. II, p. 177. См. тж. Vol. 12. P. 782—85, 809—810; Vol. 10. P. 1636.

8 Vol. 4. P. 1836—44.

Имеется и множество других примеров инцидентов того же рода. См. напр. «Г. С. Боурдмен». В 1904 г. когда «Standard Oil» его уволила, Боурдмен открыл в Августе сбытовую фирму (Vol. 5. P. 2189). Цены упали (Ibid. P. 2169—71). Боурдмен захватил и удержал треть рынка. Как он говорил:

«Сумев получить треть рынка, я был доволен. Я сознавал, что „Standard Oil“ тоже нужно жить, и что им тоже нужны деньги, так что я подумал, что дам им жить. Поэтому я остановился на 11 центах» (Ibid. P. 2171).

В 1906 г. Боурдмен открыл оптовый склад в Денмарке (шт. Ю. Каролина). Когда он строил баки, «Standard Oil» сбивала цены (Ibid. P. 2175). Но и при сниженных ценах Боурдмен захватил около 40% рынка. Хотя он в основном ограничился одной территорией и был поэтому, как нас уверяют, особенно уязвим к «дискриминационному целевому преследованию», Боурдмен преуспевал. Его фирма была прибыльной с самого начала; к 1908 г. у него было 75% рынка смазочных масел в Августе и треть рынка нефтепродуктов <в целом> (Ibid. P. 2171, 2181). Боурдмен начал дело с капиталом в 3 тыс. долл., включая бак и повозку. В первый год его продажи составили 40 тыс. долл., во второй — 50 тыс. долл., а в третий — 60 тыс. долл. «У меня не было и месяца без хорошей прибыли, даже начиная с самого первого» (Ibid. P. 2181).

С. Дж. Касл. Vol. 6. P. 3040, 3044—46, 3055—57, 3067—68, 3088; Vol. 13. P. 1483, 1517—18.

«*St. Louis Oil Co.*» Vol. 2. P. 891, 894, 896, 899, 900. Подобный случай см. в: Vol. 15, pp. 2411—2415, 2425; Vol. 20, pp. 229—33.

И. М. Уилхойт. Vol. 3. P. 1037—38 et seq., 1269—70. «При выходе на новый рынок я обычно сбивал цену по сравнению с „Standard Oil“» Ibid. P. p. 1227.

3.2.2 СБИВАНИЕ ЦЕН И ПОГЛОЩЕНИЯ

Имело место несколько обвинений «Standard Oil» в применении сбивания цен для принуждения независимых сбытчиков к продаже компании. По большей части, такие свидетельства сводились лишь к тому, что имело место снижение цен и те, кого оно каким-то образом затронуло, продались «Standard Oil». В нескольких случаях показания были более содержательными. Ниже приведен ряд самых важных и относящихся к делу примеров.

Дж. Т. Уоффорд. В 1898—1902 гг. г. Уоффорд был главным клерком и помощником управляющего бирмингемского отделения «Standard Oil Company of Kentucky»¹. Он показал, что «Standard Oil» предоставляла отложенные скидки за отмену заказов или заключение договоров на исключительные поставки. Коллингз отверг эти обвинения². Приблизительно в конце 1902 г. Уоффорд с несколькими сотрудниками основал в Бирмингеме сбытовую фирму «Southeastern Oil Company». По Уоффорду, цены на керосин неуклонно падали с 14 до 11 центов за галлон. «Southeastern» теряла деньги, и примерно в 1904 г. продана «Standard Oil». Есть несколько убедительных причин, по которым это *не* является случаем успешного хищничества. Во-первых, Уоффорд признал, что неприбыльным его бизнес сдало не сбивание цен со стороны «Standard Oil»: «Мы извлекали разумную прибыль на этой конкретной фракции нефти, но теряли деньги на деле в целом»³. Во-вторых, как утверждали в «Standard Oil», и о чем есть дополнительные свидетельства, поглощение было предложено «Standard Oil» самой «Southeastern»⁴. В-третьих, есть даже несколько свидетельств о том, что «Standard Oil» в действительности не сбивала цен до поглощения «Southeastern»⁵.

В-четвертых, правительственный <обвинитель> утверждал, что бирмингемские операции «Standard Oil» в течение 1903 г. были прибыльными⁶.

«People's Oil Company». И. Н. Вутен, бывший сотрудник «Standard Oil», показал, что в 1892—98 гг. «Standard Oil» серьезно сбивала цены в Атланте, чтобы выбить с рынка «People's» и «Commercial», и что обе компании были вынуждены продаться «Standard Oil»⁷. Коллингз отрицал, что «Standard Oil» начинала ценовую войну или пыталась выдавить последних с рынка⁸. Имеются как косвенные, так и прямые свидетельства, что они не были *вынуждены* уйти. Во-первых, Вутен сказал, что поглощение было тайным, но тайну обычно сохранить невозможно, если стороны в ссоре. Во-вторых, «People's» была *клиентом* «Standard Oil». В-третьих, бывшая владелица «People's» прямо отрицала, что ее вынудили уйти, или что ей недоплатили⁹. В-четвертых, Вутен признал, что цена «People's» и «Commercial» не была более высокой в какой-либо момент иной, нежели в момент их продажи¹⁰.

«Cooper Brothers». Vol. 5. P. 2358—59, 2392—2400; Vol. 15. P. 2434, 2453, 2472—73, 2542—46.

Показания Мэксона и Керхера: Vol. 5. P. 2459—70; Vol. 6. P. 2811—13, 2815—33. Но см. Vol.

12. P. 922—23, 969.

1 Vol. 5. P. 2150.

2 Ibid. P. 2155—56; Vol. 12. P. 908.

3 Vol. 5. P. 2156.

4 Vol. 12. P. 848.

5 Ibid. P. 847—48, 908.

6 Brief for the United States, Vol. 2. P. 486. После поглощения Уоффорд основал еще одну успешную нефтяную фирму.

7 Vol. 5. P. 2096—2103. Компанией «Commercial» владела «Peerless Refining Company of Cleveland». В «Standard Oil» утверждали, что уволили Вутена из-за его предполагавшейся привычки к наркотикам (Vol. 12. P. 906).

8 Ibid. P. 897—901.

9 Vol. 18. P. 253 (Def. Exh. 92i).

10 Vol. 5. P. 2149. Другим примером является приобретение у г. Джозефа двух предприятий, занятых оптовым сбытом. Согласно Куку, свидетелю со стороны правительства:

«„Standard Oil“ очень хотели получить место ... и они понимали, что места двум компаниям

Показания г. Касла. Касл показал, что будучи сотрудником «Standard Oil», он принудил независимого торговца из Порт-Гуруна (шт. Мичигана) г. Кэмпфилда продаться «Standard Oil» после 1889 г.¹ Переписка показывает, что Касл должен был выплачивать торговцам отсроченную скидку, удерживая цены на керосин в Порт-Гуроне на уровне 6 центов за галлон, чтобы противостоять Кэмпфилду². Неясно, кто начал данное сбивание цен, и я не могу найти других свидетельств, касающихся этого инцидента. Нет сомнений, что Касл широко пользовался отсроченными скидками на территории Огайо³, именно за это его и уволили, как говорили в «Standard Oil». Касл также показал, что он принудил продаться торговца из Кайахога-Фоллз по имени Блэкбёрн⁴. Для того, кто, по его утверждениям, вел такие широкие и продолжительные боевые действия, даже достижение результатов, о которых сообщал Касл, представляет собой весьма скромный итог⁵.

3.2.3 СБИВАНИЕ ЦЕН И УХОД С РЫНКА

Остается вероятность того, что сбытчиков уничтожали, а не поглощали. Свидетельства тому редки и неубедительны.

Упадок развездной торговли в Кливленде. В соответствии с показаниями Касла, в 1903 г., когда «Standard Oil» направила развозные цистерны в Кливленд, независимые развездные торговцы были обречены⁶. Хотя до этого независимые торговцы процветали, их количество сильно снижалось:

«К этому времени развездные торговцы получали неплохие отсроченные скидки, а розничные цены не опускались низко. Вначале дела у них шли неплохо. ... После того, как туда привезли эти цистерны ... маржа стала совсем маленькой, и в результате в деле на сегодняшний день остается очень мало развездных торговцев. Из, наверно, ста пятидесяти в то время, я не думаю, что сейчас можно найти пятьдесят»⁷.

Сквайр из «Standard Oil» предложил другое и более разумное объяснение:

«В 1902 г. было 115 торговцев и ни одного подвода натурального газа. В 1903 г. — 90 торговцев и 16 194 газовых подвод. В 1904 г. — 80 торговцев и 30 165 газовых подвод. В 1905 г. — 78 торговцев и 46 819 газовых подвод. В 1906 г. — 61 торговец и

вряд ли нашлось бы (это был небольшой поселок), так что они пошли к Джозефу и предложили ему продаться; и к чести „Standard Oil“ я должен сказать, что они обошлись с ним честно и справедливо, поскольку заплатили за его старый хлам чертовски больше, чем он стоил» (Ibid. P. 2531).

Джозеф согласился не заниматься больше нефтяными делами, но вскоре вернулся, открыл еще один оптовый склад и начал снижать цены.

«Вопрос: И „Standard Oil“ занялась встречным сбиванием? Ответ: Ну, не думаете же вы, что они так и стали бы платить по два раза?» (Ibid.). Джозеф продался опять.

1 Vol. 6. P. 3059—60.

2 Vol. 10. P. 1894—95 (Pet. Exh. 836, 837).

3 Vol. 3. P. 1362—3; Vol. 6. P. 3030, 3037—38, 3039—45, 3071; Vol. 10. P. 1886 (Pet. Exh. 829); Vol. 13. P. 1511—15; 1576.

4 Vol. 6. P. 3044. P. 3041, он говорит, что безымянный развездной торговец из Колумбианы (шт. Огайо) также был принужден к поглощению. Колумбианский эпизод имел место из-за сбивания цен со стороны «Freedom Oil» (Vol. 13. P. 1511—15), как и многие инциденты в Огайо (Vol. 6. P. 3040, 3044).

5 Мале, работавший ранее в «Standard Oil» стенографом, утверждал, что Блаустайн пытался изгнать из Норфолка развездного торговца по имени Фивель (Vol. 5, pp. 2211—12, 2360—62). Блаустайн это отрицал, хотя признал, что купил у Фивеля повозку и принадлежности (Vol. 15. P. 2434—39). Фаркварсон сказал, что Блаустайн в конце концов выкупил дело Фивеля на 50 долл. дорожке «чрезмерной» суммы, запрошенной тем с самого начала (Vol. 5. P. 2211. См. тж. Vol. 2. P. 725—27; Vol. 5, 2100—2, 2107, 2279; Vol. 12. P. 902—05; Vol. 15. P. 2445—7; 2549—52, 2544).

6 Vol. 6. P. 3054—56, 3108—19, 3124, 3201, 3206; см. тж. Vol. 3. P. 1507—10.

7 Vol. 6. P. 3056.

66 743 газовых подвод. В 1907 г. — 43 торговца и 77 646 газовых подводов. В 1908 г. — 40 торговцев и 83 976 газовых подводов.»¹

Природный газ, разумеется, использовался как для отопления, так и для освещения.

Показания Мале. Мале представил большое количество свидетельств с чужих слов. Например, он сказал, что три торговца нефтепродуктами на территории Балтимора были выбиты из бизнеса «Standard Oil»: «Tough-Rutherford», «McNeil» и семья Пёрс из Сифорда (шт. Делавэр). Я не могу найти никаких свидетельств о первых двух, но обвинение, связанное с Персами, ошибочно. «Seaford Company» была концерном, принадлежащим «Crew-Levick», а не подставной компанией «Standard Oil»², и, по словам семейства Перс, с рынка их выбило сбивание цен со стороны «Red C».

Другие инциденты. Г. С. Боурдмен работал в «Standard Oil» в Августе (шт. Джорджия) в 1886—1904 гг., и он свидетельствовал, что в течение данного периода «Standard Oil» сбивала цены с целью очистить рынок от конкурентов³. Боурдмен сообщил, что один из сбытчиков, Дж. Т. Торнхилл, «в конце концов ушел из бизнеса», и что другие крупные интегрированные конкуренты «Standard Oil» покинули данную территорию. Эти показания были опровергнуты⁴. Даже Боурдмен признал, что «Standard Oil» снижала цены только «в качестве крайнего средства»⁵.

Мейвуд Мэксон, бывший сотрудник «Standard Oil», показал, что в 1899 г. некий неназванный независимый торговец нефтепродуктами в Париже (шт. Иллинойс) был выбит из бизнеса после года отложенных скидок и ценовых войн⁶. Коллингз отрицал данный эпизод полностью⁷. В другом случае, Керхер утверждал, что из бизнеса ушел разъездной торговец по фамилии Вагнер⁸.

С. М. Лайнз показал, что в 1900—03 гг. держал колонну подставных цистерн для разъездной торговли для «Standard Oil»⁹. Он утверждал, что думал, что эти концерны теряют деньги¹⁰. Джордж Лейн, работавший на Лайнза, сообщил, что в Янгстауне Лайнз «открыл охоту» на бизнес другого разъездного торговца, а всех остальных, кроме этого человека, из бизнеса вышиб¹¹. С другой стороны, Уэхи — тот торговец, который предположительно был мишенью боевых действий со стороны Лайнза, — показал, что когда группа «Standard Oil» атаковала его, он прекрасно себя чувствовал¹². Он не только не ушел из бизнеса, но, по всей видимости, процветал.

1 Vol. 13, 1532.

2 Vol. 13. P. 1218, 1278—79, 1281, 1283, 1307. Cf. Vol. 5. P. 2412; Vol. 13. P. 1219—20.

3 Vol. 5. P. 2163—67.

4 См. напр. Vol. 12. P. 910; Vol. 5, 2163. Боурдмен и сам несколько расплывчат: «Я не знаю, были ли они поглощены, но впечатление такое, что их купила „Standard Oil“» (Vol. 5. P. 2166). Боурдмен утверждал, что «Tidewater», «Crew-Levick» и «Blodgett, Moore & Co.» ушли с рынка.

5 Ibid. P. 2164.

6 Vol. 3. P. 1291, 1293, 1294, 1313. Мэксон с очевидностью хотел отомстить «Standard Oil» (Ibid. P. 1294).

7 Vol. 12. P. 890. См. тж. Vol. 5. P. 2466—69.

8 Vol. 6. P. 2832—3. Но см. Vol. 10 P. 1846 (Pet. Exh. 798). Керхера уличали в лжесвидетельствовании. Он также был зол на «Standard Oil» и, кажется, пытался их шантажировать (Vol. 6. P. 2949 et seq., 2969 et seq., 2990).

9 Vol. 6. P. 3201 et seq.

10 Ibid. P. 3205.

11 Vol. 3. P. 1356—61.

12 Vol. 3, pp. 1366—67. Будучи всего лишь разъездным торговцем, Уэхи не был глупцом. Он заявил, что когда сотрудник «Standard Oil» угрожал выбить его из бизнеса, ответил ему: «...Я уверен, что выбить меня с рынка заняло бы у него не меньше двух лет, а возможно, это не удалось бы. ...»

Сбыт: заключение. Данные показания обширны, противоречивы и запутаны. Многие вещественные доказательства неоднозначны, подлинность других под вопросом. Некоторые выводы, тем не менее, напрашиваются:

1. Если «Standard Oil» ставила задачу монополизации сбыта — а такая задача изначально была бы иррациональной — она потерпела неудачу. Поскольку, если мы отвлечемся от упадка разъездной торговли керосином, последовавшего за газификацией Кливленда, я обнаруживаю менее 10 небольших торговца нефтепродуктами, чье поглощение или уход из бизнеса кажется хоть как-то связанным со сбиванием местных цен. И это при вольном обращении со свидетельствами. Названия некоторых из таких фирм неизвестны; обвинения зачастую расплывчаты; большинство обвинений опровергнуты; некоторые, не будучи опровергнутыми, так и не были подтверждены. Во многих случаях (вероятно, в большинстве) ценовые войны были развязаны независимыми торговцами.

«Возможные» случаи, таким образом, на деле представляют собой необъясненные случаи. Большинство из них связано с разъездными торговцами, среди которых я бы ожидал большого процента неудач и в отсутствие хищнических методов.

«Смертность» в розничной и оптовой торговле нефтепродуктами от всех причин была с очевидностью не слишком большой, что удивляет в свете обычного опыта мелкой торговли. Количество поглощений было велико, но меньше ожидаемого.

2. Переписка и распоряжения управляющим «Standard Oil» показывают, что они были готовы приобретать прибыльные фирмы, но не были готовы чем-либо поступаться для их приобретения¹. Комиссионеров наставляли «быть как можно экономнее при приобретении таких фирм»², их наказывали за сбивание цен там, где это было не нужно³, и за продажу по особым ценам чрезмерных количеств нефтепродуктов⁴.

3. Любопытно, что большинство бывших сотрудников «Standard Oil», свидетельствовавших о смертоносных хищнических методах «Standard Oil», после ухода из нее занялись нефтепродуктами. Они также преуспели.

(Ibid. P. 1367). См. другой пример с братьями Николаи (Vol. 13. P. 1196).

1 Комиссионеры и агенты «Standard Oil» были обязаны испросить разрешение на сбивание цен, заполняя «бланк ? 29» (напр. Vol. 3. P. 1021—22; Vol. 12. P. 962). Разрешения часто не давалось (Vol. 10. P. 1758—59 (Pet. Exh. 690). См. Vol. 12. P. 688, 845, 907). Сотрудники «Standard Oil» в большинстве отличались послушанием. Как говорил один человек из «Waters-Pierce»:

«Наши товары были ничуть не хуже или несколько лучше, чем у конкурентов, и я думал, что мы должны брать за них столько, сколько возможно. [Снижение цен] могло повысить количество отпускаемых галлонов, но по моим прикидкам, мы на этом потеряли бы» (Vol. 3. P. 1170).

Уилмер также показал, что в «Standard Oil» ожидали от своих комиссионеров ведения дел по выгодным ценам, поскольку «раздавать товар даром сумеет любой» (Vol. 13. P. 1250). Метцель, комиссионер конкурирующей фирмы, соглашался, что «они запрашивали столько, сколько могли получить» (Vol. 5. P. 2418). Уилхойт знал, что рентабельность «Standard Oil» обусловлена высокими ценами, а не низкими. Как он говорил:

«Если я мог бы сбывать свой товар по ценам, которые обычно выручала за него „Standard Oil Company“, мне бы не понадобилось более года торговли по их ценам, даже если бы у меня была лишь четверть бизнеса. Одного года хватило бы мне, чтобы заработать на пенсию при их обычных ценах. Мы их обычных цен не выручали» (Vol. 3. P. 1038).

2 Vol. 10 P. 1840 (Pet. Exh. 790).

3 «Я также списался с нашими агентами в Ю. Каролине, и они полностью осознали, что нам желательно сохранить наш бизнес даже снизив цену на 5 цента за галлон, но не утратить рынок в пользу других нефтяных компаний. Но я заставил их понять, что мы не хотим давать такую скидку, пока это не будет совершенно необходимо» (Vol. 10. P. 1758—59. (Pet. Exh. 690)).

4 Vol. 12. P. 1019.

«Standard Oil» по всей видимости построила практичную и склонную к жесткой игре систему сбыта. Она была жизненно заинтересована в настолько дешевом сбыте, насколько это возможно, и стремилась добиться этого результата¹.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Судя по досье процесса, «Standard Oil» не прибегала к хищнической ценовой дискриминации для того, чтобы избавиться от конкуренции в нефтепереработке, и ее методы ценообразования не влекли такого рода последствий. В то время как имелось весьма немного случаев, когда разъездные торговцы керосином или посредники уходили с рынка после или во время сбивания цен, нет никаких реальных свидетельств, что за это ответственны методы ценообразования «Standard Oil». Я уверен, что «Standard Oil» не применял систематически, если и применял вообще, сбивание местных цен в розничной торговле или где-либо еще для снижения конкуренции. Поступать так было бы глупо, а что бы еще о старой «Standard Oil» не говорили, ее редко упрекали в том, что она сделала меньше денег, чем могла.

В некотором смысле даже плохо, что «Standard Oil» для достижения своего монопольного положения не прибегала к хищническому сбиванию цен. При этом она бы наверняка не добилась бы бо?льшей монополии, чем другими путями, но по ходу дела потребители покупали бы нефтепродукты по ценам гораздо ниже. Таким образом, «Standard Oil» не только раздала бы часть своих денег, но и побудила бы раздать еще некоторое их количество своим конкурентам².

Верно, что «Standard Oil» осуществляла ценовую дискриминацию, но она поступала так для максимизации прибыли с учетом эластичности спроса на тем рынках, где она торговала. Она не прибегала к ценовой дискриминации для изменения этой эластичности. Каждый, кто полагается на ценовую дискриминацию для объяснения доминирования «Standard Oil», лучше поискать других объяснений³. Можно начать со слияний.

Должно быть вполне ясно, что это не оправдательный вердикт «Standard Oil»; обвинение в монополии остается в силе. О чем говорит настоящее исследования — это о том, что «Standard Oil» достигла монопольного положения и сохраняла его не посредством ценовой

1 Коллингз сообщил, что инциденты на территории «Standard Oil of Kentucky» имели место в основном из-за чрезмерно высоких цен для розничных продавцов, установленных «Standard Oil» в процессе разделения (Vol. 5. P. 2462; Vol. 12. P. 886—89, 923—927). Согласно Коллингзу, разъездной торговец, работающий на марже в 4 цента за галлон, может преуспевать. Как он говорил:

«4 цента за галлон дадут, при 150 галлонах в день, 6 долл. в день. Человек с лошадей и повозкой, который в состоянии заработать 6 долл. в день вполне преуспевает. ... По нашим подсчетам, 3—4 цента сверх цены, по которой заполняют бак, было честной ценой для разъездного торговца. Они могли хорошо жить на эти деньги. ... А там где они пытались заработать на покупателе еще больше, мы старались так или иначе заставить их снизить цену, разумеется, с целью поднять потребление нефтепродуктов. Мы чувствовали, конечно, что подними они цену до 15 или 20 центов за галлон, люди бы начали более экономно их расходовать» (Ibid. Y. P. 890).

См. тж. Ibid. P. 917—18. Кук, свидетель со стороны правительства, показал, что результатом плана «Capital City Wagons» «Standard Oil» было принуждение разъездных торговцев к тому, чтобы взимать с покупателей оправданную цену.

2 Здесь, разумеется, игнорируются некоторые моральные вопросы. Экономика не слишком полезное средство для их разрешения.

3 Возражая против ходатайства ответчика об отсрочке для подготовки аргументов, представитель правительства, должно быть, считал справедливым тот вывод, к которому я пришел:

«Что значит в данном случае подготовка? Это просто вопрос о недобросовестной конкуренции. Следовательно может увидеть из уже снятых показаний, что это не слишком сложная задача; у них не должно занять много времени подготовка к ответу на данные свидетельства» (Vol. 6. P. 3333).

дискриминации. Проблема того, следовало ли распускать данную монополию, совсем другая.

Я думаю, можно предварительно зафиксировать еще одно наблюдение. Если то особое значение, которое в антимонопольной политике придается «недобросовестным» и «монополистическим» деловым методам, ответственно популярное понимание дела «Standard Oil», это значение ошибочно¹. Настоящее скромное исследование подсказывает, что то, что фирмы предпринимают друг против друга, гораздо меньше относится к монополии, чем то, что они находят полезным предпринять совместно для преследования общих интересов.

1 Легенда о «Standard Oil» может также стоять за натянутой аналогией, проводимой иногда между бизнесом и войной. Аналогия с шахматами кажется мне такой же слабой. Шахматы — это состязательная игра, в которой один игрок выигрывает, а другой проигрывает. Успешная квазимонополия стремится избежать состязательной игры, поскольку все игроки, начав в нее играть, проигрывают.

Рынок объяснений хищнического ценообразования весьма конкурентен. Ученые предлагают мириады норм, определяющих незаконные хищнические методы². Некоторые из этих правил зависят от соотношения между ценой и издержками³, другие — от соотношения между ценой и временем⁴, третьи — от соотношения между объемами продаж и временем⁵. Один из подходов вообще воздерживается от норм и предлагает судам исследовать обстоятельства в их полноте⁶. Сторонники критериев, основанных на издержках, спорят между собой. Должны ли нормы основываться на предельных, на средних переменных или же на средних совокупных издержках? Какова роль умысла, и на что он должен быть направлен? Новейшие подходы предлагают набор критериев, основанных на издержках; применение того или иного из них зависит от структуры данной отрасли и от возможности реализации иных стратегий, которые мог бы преследовать предполагаемый хищник⁷. Этот взрыв количества объяснений поднимает принципиальные вопросы. Является ли причиной такого множества теорий распространенность хищничества при его разнообразии, не допускающем единственного противоядия? Или же их причина подобна причине существования 600 лет назад тысячи версий того, как выглядят драконы? В отличие от большинства недавно писавших на данную тему, я прихожу к выводу, что у антимонопольного законодательства и судов нет достаточных резонов относиться к хищничеству серьезно⁸.

¹ *Easterbrook F.H. Predatory Strategies and Counterstrategies // The University of Chicago Law Review. 1981, 48 (2).*

² Счет текущему поколению трудов по хищническому ценообразованию можно вести от: Areeda & Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 HARV. L. REV. 697 (1975). Авторы подводят итог своей позиции и отвечают на критику в: 3 P. AREEDA & D. TURNER, *ANTITRUST LAW* 11 711—722 (1978). Некоторые из получивших известность изложения конкурирующих точек зрения включают: Baumol, *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*, 89 YALE L.J. 1 (1979); R. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX* 144—60 (1978); Hay, *A Confused Lawyer's Guide to the Predatory Pricing Literature*, in *STRATEGIC RATIONALE OF ANTITRUST LAW* (S. Salop ed. 1981) (forthcoming); Joskow & Klevorick, *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, 89 YALE L.J. 213 (1979); McGee, *Predatory Pricing Revisited*, 23 J.L. & ECON. 89 (1980); NATIONAL COMMISSION FOR THE REVIEW OF ANTITRUST LAWS AND PROCEDURES, *REPORT TO THE PRESIDENT AND THE ATTORNEY GENERAL* 149—51 (1979); Ordoover & Willig, *An Economic Definition of Predatory Product Innovation*, in *STRATEGIC RATIONALE OF ANTITRUST LAW*, supra; R. POSNER, *AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 84—96 (1976); Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 925, 939—44 (1979); Scherer, *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*, 89 HARV. L. REV. 69 (1976); Scherer, *Some Last Words on Predatory Pricing*, 89 HARV. L. REV. 901 (1976); Williamson, *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, 87 YALE L.J. 284 (1977); Williamson, *Williamson on Predatory Pricing II*, 88 YALE L.J. 1183 (1979). Some of my own views on predation have previously appeared in R. POSNER & F. EASTERBROOK, *ANTITRUST: AN ECONOMIC PERSPECTIVE*, 2ND ED. (1981); Easterbrook, *Predatory Pricing and Innovations: A Comment*, in *STRATEGIC RATIONALE OF ANTITRUST LAW*, supra.

³ См. напр. 3 P. AREEDA & D. TURNER, supra note 1, 71 711—722; R. POSNER, supra note 1; Joskow & Klevorick, supra note 1; McGee, supra note 1; Ordoover & Willig, supra note 1.

⁴ См. напр. Baumol, supra note 1.

⁵ См. напр. Williamson, *Predatory Pricing*, supra note 1.

⁶ См. напр. Scherer, *Comment*, supra note 1.

⁷ См. напр. Joskow & Klevorick, supra note 1; Ordoover & Willig, supra note 1. Если довести данный подход до логического предела, он приведет, в сущности, к принятию туманного подхода, облюбованного в: Scherer, *Comment*, supra note 1.

⁸ В работах R. BORK, supra note 1, и McGee, supra note 1, также выражается сомнение в необходимости нормы, направленной против хищничества. Но оба автора ограничиваются обсуждением отдельных рынков, и ни один из них не рассматривает подачу сигналов с одного рынка на другой или другие хищнические стратегии, обсуждавшиеся в более ранней литературе. Критику доктрин хищнического ценообразования с других позиций см. в: Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. LEGALS

В части 1 настоящей статьи рассматривается природа нескольких возможных стратегий хищничества и их шансы на успех. Я прихожу к выводу, что каждая из возможных стратегий, даже первоначально представляющаяся правдоподобной, вряд ли принесет прибыль, с учетом рисков, с которыми сталкивается хищник, и возможной реакции со стороны конкурентов. В разделах 1.1 и 1.2 обсуждается классическая модель хищничества и показывается, что конкуренты в состоянии защитить себя, подписав долгосрочные договоры и просто пережив хищника. В разделе 1.3 рассматривается возможность применить хищничество на одном рынке для отправки сигналов конкурентам на других рынках; в ней показывается, что конкуренты не будут запуганы такими сигналами, поскольку хищник угрожает осуществить иррациональное поведение. В разделе 1.4 обсуждается предварительное ассигнование средств (например, строительство крупных избыточных производственных мощностей или перестройка заводов для работы в условиях высоких фиксированных и низких предельных издержек, что, как утверждают, отпугивает потенциальных новых конкурентов. Но обсуждение показывает, что не отпугивает, если только не делать крайне нереалистичных предположений. Затем, в разделе 1.5, мы разбираем недавние утверждения о том, что в определенных обстоятельствах следует запрещать более эффективным фирмам исключать с рынка менее эффективные; данный аргумент отвергается на том основании, что потери для благосостояния от сохранения неэффективного производства превысили бы любые потери от возможной монополизации. Темой раздела 1.6 является проблема хищнических изобретений, и в нем делается вывод, что даже в том маловероятном случае, если некоторые из изобретений являются «хищническими», не существует удовлетворительного способа отличить желательные изобретения от нежелательных. В последнем разделе части 1 задается вопрос о том, согласуются ли с утверждениями из предшествующих разделов имеющиеся свидетельства, и демонстрируется, что согласуются.

В части 2 обсуждается способ, которым могли бы осуществляться возмещения за хищничество, если бы таковое существовало. Я показываю, что практически невозможно вообразить оптимальное возмещение ущерба от хищничества. Грубые опосредованные меры, применяемые при судебных тяжбах сегодня, создают стимулы для чрезмерного количества исков со стороны фирм, недовольных жесткостью конкуренции. Даже небольшой процент ошибок в таких делах приводит к заметному наказанию за жесткую конкуренцию. В части 2 делается вывод о том, что если за хищничество и должно устанавливаться возмещение, размер ущерба должен ограничиваться вредом, нанесенным потребителям за время удержания монополии хищником. Иски от конкурентов приниматься не должны.

И наконец, в части 3 обсуждаются издержки, связанные с судопроизводством по делам о хищничестве. Процессы по делам о хищничестве крайне сложны, поскольку каждая сторона поднимает вопросы, касающиеся определения рынков и рыночных долей, а также издержек производства. В части 3 я утверждаю, что совокупные общественные издержки хищничества — потери для благосостояния, причиняемые монополией, плюс потери, причиняемые сдерживанием конкуренции посредством нормы, направленной против хищничества, и издержки применения такой нормы — были бы минимизированы посредством объявления низких цен законными *per se*. Теоретические доводы в пользу наличия нормы против хищничества слишком слабы, определение размера ущерба слишком грубо, а издержки правоприменения слишком высоки, чтобы оправдать вмешательство, задуманное с целью контроля за ценами, взимаемыми конкурентами.

1. ХИЩНИЧЕСКИЕ СТРАТЕГИИ

1.1 КОГДА ВЫГОДНО ХИЩНИЧЕСТВО?

Один из уроков, предположительно извлекаемых из наблюдения за крупными трестами, заключается в том, что большие фирмы с толстой мошной в состоянии изгонять конкурентов с рынка путем занижения цен. Обычно считалось, что, например, «Standard Oil Trust» широко прибегала к хищничеству. Посредством занижения цен она доводила конкурентов до банкротства. Затем она скупала за бесценок активы конкурентов и демонтировала их заводы. Хотя Верховный суд так и не рассмотрел законность такого поведения, очевидно, предполагается, что хищническое ценообразование незаконно потому, что является эффективным средством монополизации¹. Конгресс проголосовал за главу 2 Закона Клейтона², исходя из той же веры в эффективность хищничества³.

Сложность с любыми попытками наказать хищничество заключается, однако, в том, что крайне тяжело отличить «хищнические» стратегии от обычной конкуренции. Антимонопольные законы разработаны для максимизации благосостояния посредством защиты конкуренции, а не конкурентов⁴. Метод, вредящий конкурентам, таким образом, не должен становиться предметом антимонопольной деятельности, если только он не снижает также и благосостояния потребителей. В любой экономике, за исключением статической модели из учебников, цены и объемы выпуска непрерывно подстраиваются к изменениям предложения, спроса и издержек производства. Цены и поставляемые объемы флуктуируют. Фирмы планируют строительство новых заводов, предвидя изменения спроса или просто страхуясь от сбоев производства. Фирма, научившаяся сокращать издержки, может расти за счет своих конкурентов. Все это естественно и желательно, несмотря на потенциальные неблагоприятные последствия для некоторых из фирм и их хозяев⁵.

Утверждение о «хищническом» характере некоторого метода будет, скорее всего, обосновываться в точности тем же, что обычно указывает на экономное поведение. Истец,

1 «Standard Oil Co. v. United States» (221 U.S. 1, 47, 76 (1911)). Вскоре после этого Луис Д. Брандейс назвал хищнические цены «самым грозным оружием монополии» (L. BRANDEIS, OMPETITION NATK ILLSI N BUSINE--A PROFESSIO2N3 6, 254 (1914)). См. т.ж. уточнение данной точки зрения в: Edwards, Conglomerate Bigness as a Source of Power, in BUSINESSC ONCENTRATIAONND P RICEP OLICY33 1, 334—35 (National Bureau of Economic Research ed. 1955).

2 U. S. C. ? 13 (1976).

3 H. R. REP. No. 627, 63d Cong., 2d Sess. 89 (1914); см. «FTC v. Anheuser-Busch, Inc.», 363 U.S. 536, 543 & n.6 (1960).

4 Имели место серьезные споры о назначении антимонопольных законов; имеются решения Верховного суда, также, как и эпизоды законодательной истории, поддерживающие, как представляется, каждую из всех вообразимых позиций. Я согласен с Робертом Борком (R. BORK, supra note 1, at 15—89) в том, что, как бы ни понимать эту историю, антимонопольные законы следует рассматривать так, как если бы они не служили цели иной, нежели экономическая эффективность. Любой другой подход делает данные законодательные акты непостижимыми. См. т.ж. 1 P. AREEDA & D. TURNERS, upra note 1, 11 103—113. Похоже, Верховный суд недавно согласился с Борком. См. «Reiter v. Sonotone Corp.» (442 U.S. 330, 343 (1979)) («Конгресс принял Закон Шермана как средство защиты потребителя» (цитируется R. BORKs, u pra note 1, at 66)); «Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.» (441 U.S. 1, 7—8, 19—20 (1979)); «National Soc'y of Professional Eng'rs v. United States» (435 U.S. 679, 689—92 (1978)); «Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.» (433 U.S. 36, 53 n.21 (1977)).

5 Уильямсон утверждает, что нормы против хищничества должны обеспечивать «честность» (Williamson, Predatory Pricing II, supra note 1, at 1197). Это подразумевает, что некоторым количеством эффективности следует пожертвовать в пользу «честности», но не указывается, каким образом должен совершиться обмен или почему для принятия такого рода решений оптимальным средством является антимонопольное законодательство. Точка зрения Уильямсона противоречит не только утверждению, что антимонопольное законодательство должно применяться для максимизации благосостояния общества, но также и долгой традиции обычного права. Уже сотни лет ясно, что у фирмы есть право уничтожать конкурентов, поскольку таковое уничтожение является результатом конкуренции на рынке (см. Mogul S.S. Co. v. McGregor, Gow & Co., 23 Q.B.D. 598 (1889), aff'd, [1892] A.C. 25 (1891); O. HOLMEST, HE COMMON LAW 144—45 (1881); Epstein, supra note 7, at 423—43).

принося обвинение в хищничестве, назовет снижение цен, повышение выпуска, строительство нового завода и т. п. доказательствами злого умысла ответчика. Если только у нас не будет некоторых мощных средств, чтобы отличить хищничество от его близкой родственницы, жесткой конкуренции, любое судебное следствие обречено приносить больше вреда, чем пользы¹. С учетом общепризнанности того, что почти любое снижение цены, рост продаж, наращивание производственных мощностей и т. п. благотворны, нам, конечно же, нужны очень надежные основания, чтобы объявить определенный пример такого поведения незаконным. Бремя предоставления таких оснований должны нести сторонники судебного вмешательства.

Для такого рода доказательства существует несколько необходимых условий. Во-первых, истец должен показать, что вменяемый метод снизил благосостояние потребителей. Таким образом, чтобы считаться «хищническим», поведение должно вести к монополии. Мы можем сразу отклонять иски, в которых хищник так этого и не добился, поскольку такое безрезультатное поведение не причиняет вреда потребителям; снижение цен, не ведущее к монополии, например, просто приносит выгоду потребителям, позволяя им экономить деньги. Второе необходимое условие: хищничество должно быть выгодно хищнику. Антимонопольные законы не предназначены для того, чтобы поставить вне закона любые действия, уменьшающие благосостояние. Они служат лишь тому, чтобы принудить фирмы сполна нести общественные издержки своих методов. Как доказывается в части 2, оптимальное антимонопольное наказание лишает фирмы всех прибылей, полученных путем нарушения норм права и принуждает их уплатить штраф, равный снижению благосостояния потребителей, вызванному их поведением. Но если фирмы не извлекают прибыли из какого-либо поведения, и если они к тому же берут на себя потери потребителей как частные убытки, со стороны правовой системы нет необходимости вмешательства. Если сформулировать это по-другому, в случаях, когда рынок принуждает фирму сполна нести издержки своего поведения, он автоматически накладывает штрафы и делает такое поведение непривлекательным.

Предположим, например, что «Еххон» решает разрушить прибыльный нефтеперерабатывающий завод. Такое разрушение уничтожает ресурсы и с очевидностью снижает благосостояние. Если отвлечься от вопросов, связанных с недобросовестными притязаниями на страховые выплаты и возможностью того, что разрушение завода представляет собой часть плана картеля по сокращению выпуска, нет причин наказывать поведение «Еххон» посредством правовой системы. Такое разрушение невыгодно; отрицательный стимул присущ ему изначально. Было бы глупо тратить дополнительные ресурсы на предотвращение поведения, которое само себя наказывает². По той же причине

1 Это соображение стоит за предложенной Аридой и Тернером нормой (Areeda & Turner, *supra* note 1) и, в меньшей мере, за предложениями Джоскоу и Клеворика (Joskow & Klevorick, *supra* note 1). Один из судов отказался следовать предложениям Ариды и Тернера, поскольку они были разработаны в целях как снизить вероятность ошибочного осуждения жесткой конкуренции, так и удержать издержки правоприменения на низком уровне. Этот суд пришел к такому заключению, поскольку «статья 2 Закона Шермана не делает исключений для случаев, представляющих сложности с точки зрения ее применения» («Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.», 615 F.2d 427, 432 (7th Cir. 1980)). В деле «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (481 F. Supp. 965, 993—95 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)) районный суд занял сходную позицию. К такому мнению сложно относиться серьезно. Антимонопольная практика полна нормами *per se*, каждая из которых принималась с целью снизить издержки и повысить предсказуемость судебных разбирательств. Как я обсуждаю ниже в части 3, обоснование такого рода норм *per se* поддерживает норму о законности *per se* снижения цен.

2 Если бы издержки не играли никакой роли в решениях управляющих «Еххон», они не остановились бы. Но если бы они проявили такую иррациональность, подключать антимонопольное законодательство все равно не имело бы смысла. Если руководство не чувствительно к издержкам разрушения завода, оно не будет чувствительно и к издержкам уплаты штрафа.

антимонопольные законы не преследуют вывод на рынок неуспешных товаров. Фирмы постоянно выбрасывают на рынок — неся значительные издержки — товары, нравящиеся лишь немногим. Как только фирмы это обнаруживают, они прекращают производство данного товара и списывают потери. На неудачные товары растрачиваются инвестированные такими фирмами ресурсы, но антимонопольное законодательство никак не реагирует на такое расточительное поведение. Фирмы учитывают возможность неудачи как встроенное наказание за вывод на рынок непривлекательной продукции; поскольку фирмы сами несут издержки своего поведения, правовой системе нет нужды накладывать дополнительное наказание. Следовательно, антимонопольное законодательство должно запрещать только те из хищнических методов, которые сокращают экономность, будучи в то же время прибыльными для хищников.

Картели и другие монополистические методы изначально прибыльны; фирмы поднимают цены и сразу получают выручку. Хищничество, напротив, включает жертву выгодой в краткосрочной перспективе с целью добиться монополии и взимать в будущем цену выше конкурентной. Хищнику приходится делать значительные вложения без уверенности, что они окупятся.

Можно вообразить выгодное хищничество. Краткосрочная жертва в расчете на вознаграждение в будущем часто является рациональным способом максимизации прибыли, как это происходит при рекламе нового товара или подготовке штата сотрудников. В плодотворной статье Джона Макги в 1958 г. показывается, что прибыльное хищническое снижение цен должно быть необычным явлением¹. Занижение цены приносит весьма большие издержки хищнику, жертвующему разницей между конкурентной и хищнической ценами. После снижения цены хищник, чтобы удовлетворять спрос, вынужден продавать больше. Эти дополнительные объемы как правило должны производиться с повышенными удельными предельными издержками. Чем больше рыночная доля хищника, тем быстрее он теряет деньги. Конкурирующие фирмы не несут аналогичных издержек; они могут сокращать производство, и даже если они этого не делают, они обычно будут производить лишь <небольшую> долю общего объема рынка.

Что хищник получает в обмен за свои хлопоты? Он должен попытаться возместить свои потери, взимая монопольную цену после того, как жертва покинет рынок. Но любая стратегия типа «вечером низкие цены, утром высокие цены» уязвима к ответным мерам. Хищник сможет возместить потери только при содействии со стороны своих конечных жертв, потребителей. При рациональном поведении потребители будут запасаться на этапе низких цен товаром, большую часть которого планируют израсходовать на этапе возмещения². При таком их поведении период возмещения может и не наступить. Хищник может ответить, ограничивая количество, предлагаемое по низким ценам, но тогда спрос не будет удовлетворен. Это снижает давление на намеченную жертву. Если хищник откажется продавать столько, сколько запрашивают покупатели, по низкой цене, жертва может заполнить разрыв, предлагая дополнительные количества товара по более высокой цене³.

1 McGee, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, 1 J.L. & ECON 1. 37 (1958)

2 Финансировать такие запасы должны покупатели, но у них должна быть возможность сделать это по текущей процентной ставке. Разумеется, поскольку такие ссуды будут обеспечены ценой складских запасов, покупателю средства должны быть доступны по более низкой ставке, чем хищнику, чьи вложения в хищничество в высшей степени спекулятивны.

3 Хищник, торгуя по сниженным ценам, осуществляет первые продажи. Это оставляет жертве остающийся спрос, исчисляемый разностью кривой рыночного спроса и объемов поставок хищника по определенной цене. Остающийся спрос, доступный жертве, будет зависеть от того, сколько товара не хватает хищнику для удовлетворения всего спроса по хищнической цене. Однако, реальные вычисления здесь не важны, поскольку каждый раз, когда хищник сокращает поставки настолько, чтобы сократить свои потери, жертва столкнется с некоторым спросом на свою продукцию по

Хищник, который ограничивает продажи, оказывается хищником, преследующим самого себя.

На многих рынках накопление товарных запасов невозможно¹. К тому же, потребители могут и не догадаться, что данное снижение цен вызвано хищничеством. Но и в этом случае хищник при попытке возмещения потерь сталкивается еще с одной проблемой: жертва может не уйти с рынка. У конкурента хищника, в конце концов, есть те же мотивы, что и у самого хищника, повести ценовую войну и извлечь монопольную прибыль после того, как один из них будет разбит. Инвесторы должны быть готовы поддержать намеченную жертву, поскольку в случае выживания ее прибыль будет выше, ведь ей пришлось нести меньшие потери во время войны (хищник теряет больше, поскольку для удовлетворения спроса при снижении цены вынужден расширять продажи). Хищник «с тугой мошной» может привлекать для финансирования войны внутренние ресурсы. Казалось бы, это дает ему преимущество, позволяя избежать уплаты процентной ставки и т. п. Но такие внутренние ресурсы на самом деле не достаются даром; в качестве статьи издержек хищник должен учесть тот факт, что они могли бы быть употреблены на другие цели. Издержками хищника будет прибыль от альтернативного применения данных фондов, предположительно по меньшей мере равная цене их заимствования. С другой стороны, у крупного банка не должно быть причин отказать в ссуде намеченной жертве. Правда, жертва может проиграть, но сама ссуда уменьшает этот риск, и банк, обладая диверсифицированным ссудным портфелем, может взимать уместную ставку процента и принять остающиеся риски. Кроме того, даже если некоторые из намеченных жертв не смогут найти достаточного финансирования — а ни одна из теорий хищничества не объясняет, почему жертвы должны лишиться доступа к капиталу, — хищник не может расслабиться. Намеченную жертву могут приобрести крупные фирмы со своей собственной тугой мошной, либо на рынок могут выйти сами диверсифицированные фирмы. Нет причин, по которым рынок капиталов должен отказать жертве в финансировании, но даже и в этом случае хищник может преуспеть лишь если поглощения фирм-неудачников (жертв) незаконны, а жертва обладает каким-либо уникальным свойством, которое новые участники рынка не в состоянии скопировать.

Предположим, однако, что рынок капиталов для жертвы закрыт, слияния запрещены, а новых участников рынка не находится. У намеченной жертвы все еще есть другие ресурсы. Она может обратиться за помощью к своим покупателям. Поскольку окончательными жертвами будущих монопольных цен хищника выступают эти покупатели, у них должно быть желание помочь намеченной первой жертве. Простейшим способом это сделать является покупка по старым ценам при презрительном отказе от более низких, предложенных хищником. Такое может с первого взгляда показаться невероятным, поскольку каждый покупатель будет слишком мал, чтобы обеспечить выживание жертвы; каждый, таким образом, будет покупать по низким ценам у хищника, пытаясь «проехать» за счет тех, кто поддержал жертву². Но жертва может решить проблему «любителей

выгодным ценам (в случае, если ее собственные издержки столь же низки, как и издержки хищника).

1 Накапливать скоропортящуюся продукцию невозможно. Может показаться, что нельзя накапливать услуги, но это заблуждение. Эквивалентом создания складских запасов является заключение долгосрочных договоров об обслуживании. Если наш хищник не предложит таких договоров, хищничество не сможет выдавить жертву с рынка, поскольку жертва их предложит (см. прим. 19—20 ниже). А если хищник предложит долгосрочные договоры по хищнической цене, он не сможет возместить своих потерь.

2 Краткий анализ реакции покупателей на хищничество см. в: Posner, *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, 41 U. CHI. L. REV. 506, 515—16 (1974). Яркий пример таких реакций представлен в деле «Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.» (551 F.2d 790, 794 (10th Cir.), cert. denied, 434 U.S. 879 (1977)). Покупатели, с целью сохранить конкуренцию, обеспечили намеченную жертву заказами по ценам выше хищнических, позволяя жертве «выжить».

прокатиться за чужой счет», предложив долгосрочные договоры по конкурентной цене, ниже той, которую взимал бы хищник, добившись монополии. Как только жертва обеспечит свое выживание посредством долгосрочных договоров, хищник должен прекратить предлагать хищническую цену (не прекратив, он просто растранижит свое состояние). Таким образом, каждый покупатель, подписавший договор, выгадает за счет предотвращения монопольного ценообразования в будущем. В о же самое время, проблема «любителей прокатиться за чужой счет» исчезает. Покупатели, подписавшие долгосрочные договоры, не дают другим покупателям никаких преимуществ, поскольку всем покупателям выставляют одну и ту же (конкурентную) цену.

Если кого-то из покупателей волнует, что ему придется отказаться от низких цен на время, пока жертва формирует пул договоров, и уступить это преимущество своим конкурентам, жертва может сделать договоры действительными лишь в случае получения достаточной поддержки для полной загрузки своих производственных мощностей. При достижении этого и обеспечении таким образом выживания намеченной жертвы, договоры вступят в действие и хищничество практически сразу прекратится. Если конечные покупатели приобретают товары редко (как, например, на розничном рынке телевизоров), их защитят оптовые и розничные торговцы и другие участники сбыта, подписавшие долгосрочные договоры с целью обеспечить себе поставки по наинизшим из возможных цен. На рынке, где покупатели часто меняются, договоры можно сделать по-настоящему долгосрочными, предусмотрев, что право покупки является обратным. Смысл этого в следующем: пока ожидание будущего поведения хищника у жертв и покупателей рационально, и сам хищник ведет себя рационально, у намеченной жертвы всегда будет возможность предложить условия, более привлекательные, чем предложение монополиста, заключающееся в сперва заниженных, а затем монопольно завышенных ценах. Потенциальные хищники будут понимать, что жертвы способны на такого рода ответ, и поэтому будут воздерживаться от угрозы хищничества.

Если рациональные ожидания не распространены, а у жертвы нет доступа к капиталам или возможности подписать долгосрочные договоры с покупателями, она может оказаться вынуждена покинуть рынок. Она может уйти и в случае, если способна быстро переключиться с производства одного товара на другой, не являющийся предметом хищничества. Но, обрати жертва свое внимание в другую сторону или объяви о банкротстве, хищник выиграет лишь битву, но не всю войну. Активы жертвы никуда не делись. Приобрести завод обанкротившейся жертвы новые владельцы смогут по дешевке, учитывая очевидную неспособность жертвы добиться прибыльности. Такие новые владельцы будут нести меньшие издержки, нежели хищник, поскольку завод обошелся им дешевле, и, таким образом, в долгой перспективе смогут торговать дешевле, чем он. Если жертва переключится на другую продукцию, после попытки хищника извлечь монопольную прибыль у нее будет стимул переключиться обратно. В любом случае, возмещение <своих потерь хищником> представляется в весьма маловероятным.

Поэтому, хищник сможет извлечь из своего хищничества прибыль только в случае, если активы жертвы окажутся деконцентрированы, а монополия хищника — защищена входными барьерами. Хотя входные барьеры и монопольное положение после акта хищничества являются необходимыми условиями для возмещения¹, эти условия еще не

1 См. Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 225—31, 242—49. См. тж. 3 P. AREEDA & D. TURNERS, *supra* note 1, 1711b. Важно не путать «входные барьеры» с высокими издержками выхода на рынок или эффективными приемами производства. Иногда Верховный суд решает, что эффективное производство старой фирмы представляет собой входной барьер (см. «FTC v. Procter & Gamble Co.», 386 U.S. 568, 578—79 (1967)). Эта точка зрения, даже если и была частью закона, ныне оставлена («Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.», 429 U.S. 477, 488 (1977)). Лучше всего провести четкую границу между входными барьерами (производственными издержками, с которыми сталкивается

достаточны. Средства, выручаемые в будущем, после гибели жертвы, следует дисконтировать к текущему моменту и сравнить с текущей ценностью дохода, теряемого вследствие хищничества. Хищник должен еще больше дисконтировать будущие поступления из-за риска изменения спроса, изменения входных барьеров или наступления других непредвиденных обстоятельств. Риск неудачи при возмещении должен складываться с риском того, что жертва переживет хищника. Поскольку потери во время акта хищничества могут быть значительны, а риск невозмещения велик, даже возможности извлечь монопольную прибыль после выбивания жертвы с рынка может оказаться недостаточно для оценки хищничества как прибыльного *ex ante*.

Возьмем, к примеру, хищника, который не только обладает 75% рынка, но также несет издержки ниже, чем у конкурента. Обе фирмы продают штуковины, и каждая несет постоянные издержки в 1 тыс. долл. в год¹. В Табл. 1 показаны предельные издержки обеих фирм. Годовой спрос на штуковины показан в Табл. 2. Этот график спроса не меняется с началом акта хищничества. Иными словами, потребители не покупают штуковины впрок (создание запасов повлекло бы рост спроса при любой заданной цене, поскольку график спроса отражал бы спрос не только на текущее потребление, но и на потребление будущих периодов). Я абстрагировался от покупки впрок и снабдил хищника менее эффективным конкурентом, чтобы пример оказался как можно более благоприятным для хищника.

Табл. 1. Предельные издержки на одну штуковину

Кол-во	Хищник, долл	Жертва, долл.
1—1 000	3	3
1 001—2 000	2	4
2 001—3 000	1	5
3 001—4 000	2	6
4 001—5 000	3	7
5 001—6 000	4	8
6 001—7 000	5	9
7 001—8 000	6	10
8 001 и больше	7	10

Табл. 2. Спрос на штуковины

Цена одной штуковины, долл	Кол-во
3	12 000

новичок, но не сталкивается старый участник рынка), и входным порогом <entry hurdles> (однократными затратами, которые вынуждена нести любая фирма, пожелавшая выйти на данный рынок). См. G. STIGLER, THE ORGANIZATION OF INDUSTRY 7-70 (1968); Ordover & Willig, *supra* note 1; Salop, Strategic Entry Deterrence, 69 AM. ECON. REV. 35 (May 1979); von Weizsacker A, Welfare Analysis of Barriers to Entry, 11 BELL J. ECON. 399 (1980).

1 Предположение «постоянных ежегодных издержек» эквивалентно предположению, что каждый завод фирмы служит один год и обходится в 1 тыс. долл.

4	8 000
5	7 000
6	6 000
7	5 000
8	4 000
12	2 000

Если спрос таков, как показано в Табл. 2, он удовлетворяется конкурентным рынком при цене в 4 долл. за штуковину и продажах 8 тыс. штуквин в год.

Хищник будет поставлять 6 тыс. штуквин, а жертва — 2 тыс. Совокупные издержки жертвы составят 8 тыс. долл. (1 тыс. долл. постоянных издержек, 1 тыс. штуквин с предельными издержками 3 долл. за каждую и 1 тыс. штуквин — с 4 долл. за каждую), что равняется ее доходу от 2 тыс. штуквин, продаваемых по 4 долл., так что экономической прибыли не образуется.

Хищник понесет издержки в 16 тыс. долл. и доход в 24 тыс. долл. при продаже своих 6 тыс. штуквин, так что он извлечет 8 тыс. долл. экономической прибыли.

С целью выдвить жертву с рынка хищник снижает цену до величины, стремящейся снизу к 3 долл. за штуковину. По этой цене спрос будет удовлетворен при продаже 12 тыс. штуквин в год. Жертва остановит производство, как потому что продажа по 2,9999 долл. за штуковину не покрывает ее предельных издержек, так и потому, что знает, что закрытие заставит хищника поставлять все запрашиваемое рынком количество, увеличивая потери хищника. Издержки хищника составят 55 тыс. долл., а выручка — 36 тыс. долл. Прямые потери составят 19 тыс. долл., но реально потери хищника составят 27 тыс. долл., поскольку он отказывается от 8 тыс. долл. прибыли, которую получил бы, продолжая торговать по 4 долл. за штуковину. Его конкурент в то же время теряет лишь 1 тыс. долл. в год, так что потери хищника в 27 раз выше, чем потери его «жертвы». В конце года жертва гибнет, и ее производственные активы исчезают (опять-таки, я сделал пример особенно удачным для хищника, поскольку обычно жертва будет пытаться выжить до периода возмещения, чтобы принять участие в извлечении монопольной прибыли).

Способен ли наш хищник возместить потери? Поток монопольной прибыли должен дисконтироваться к текущей стоимости. Если текущая стоимость этого потока выше, чем 29 123,72 долл., данное капиталовложение выгодно¹. При учетной ставке 15% и гарантированной 10-летней монополии хищника после гибели жертвы отдача за каждый из этих лет должна составить 13 802,96 долл., чтобы хищничество оказалось выгодным. Это включает 8 тыс. долл. той прибыли, которую получил бы хищник без хищничества, плюс 5 802,96 долл. дополнительной прибыли, необходимой для возмещения потерь, понесенных в течение ценовой войны². Монопольное производство на рынке штуквин находится в

1 Сумма не составляет 27 тыс. долл. Данная сумма вкладывалась в хищничество постоянно на протяжении года, и хищник потерял проценты, которые мог бы получить. Если каждый день вкладывались равные суммы, к концу года при 15-процентной ставке дисконта ценность вложенных средств составит 29 123,72 долл.

2 Обычный способ определения, является ли некоторый эпизод хищничества выгодным, заключается в определении текущей ценности хищнического вложения и предполагаемой

пределах от 4 до 5 тыс. в год. При выпуске 4 тыс. штукovin хищник будет нести издержки в 9 тыс. долл. и получать доход в 32 тыс. долл.; при 5 тыс. штукovinaх издержки составят 12 тыс. долл., а доход — 35 тыс. долл. В любом случае, хищник извлечет монопольную ренту в 23 тыс. долл., что, казалось бы, более чем достаточно для того, чтобы затеять такое предприятие.

Но если мы учтем неопределенность, картина изменится. Предположим, что по подсчетам хищника имеется лишь 50-процентная вероятность того, что от жертвы удастся избавиться (или того, что удастся установить монополию). Чтобы уравновесить гарантированные потери и надежду на прибыль, хищник должен считать свои вложения в хищничество вдвое большими, чем реально потрачено¹. В нашем примере, если вероятность возмещения составляет S , а период возмещения — 10 лет, хищник все еще в выгоде. Если же, однако, монополию не удастся удержать более 6 лет, вся прибыль исчезает.

В несколько другом изложении: если хищник уверен, что избавится от жертвы и станет монополистом, он выходит в ноль даже при 2,46-летней монополии. Если шанс возместить потери лишь 50%, монополия должна продлиться 6,25 лет, чтобы хищничество не принесло потерь. Если вероятность успешно расправиться с жертвой и получить монополию менее 29%, даже вечная монополия не принесет хищнику прибыли. Хищничество, таким образом, представляет собой не слишком удачную игру, поскольку крайне необычно, чтобы фирме без патента удавалось надолго удерживать 100% рынка и взимать монопольную цену; а 6 лет будет экстраординарной продолжительностью такой монополии. При монопольном производстве из нашего примера предельные издержки монополиста составляют 4 долл., а продает он по 7 долл. Это чрезвычайно большой разрыв, который наверняка привлечет новых конкурентов, даже если входные барьеры высоки.

Даже при стопроцентной вероятности возмещения и гарантированной монополии на 10 лет текущая стоимость данного потока прибыли для хищника составила бы лишь 8 516,80 долл., что эквивалентно 29-процентной прибыли от «вложенных» в хищническую кампанию средств. Поскольку такая отдача возможна только при невероятном стечении допущений — невозможности покупок впрок, невозможности долгосрочных договоров, гарантированной гибели неэффективной жертвы, отсутствия новых конкурентов в течение 10 лет, — крайне маловероятно, чтобы потенциальный хищник предпочел бы столь высокорисковую отдачу тем из доступных предприятий, отдача от которых более вероятна.

Многое из сказанного хорошо знакомо читателям литературы о хищничестве, написанной в 1958—75 гг.² Верно, у изначального рассуждения Макги были недостатки³; он упустил возможность того, что издержки финансирования жертвы могут быть выше, чем хищника, и подчеркивал невыгодность хищничества как метода монополизации по сравнению с поглощением. Некоторые критики отмечали, что поглощения в целях монополизации незаконны, и утверждали, что поэтому анализ Макги ошибочен⁴. Но выгодность

монопольной отдачи на день начала хищничества. Я пошел по несколько иному пути, вычислив сумму хищнического вложения и текущую ценность на день завершения хищничества, чтобы четко различить результат отдачи в различных обстоятельствах. Оба метода эквивалентны.

1 Я предполагаю, что хищник нейтрален к рискам. Если, как некоторые утверждают, фирмы избегают рисков, тогда хищнику потребуется дополнительная компенсация рискованности хищнической компании.

2 Более свежие аргументы, связанные с высказанными мною здесь, см. тж. в: R. BORK, *supra* note 1, and McGee, *supra* note 1.

3 См. McGee, *supra* note 15.

4 См. напр. R. POSNER *supra* note 1, at 185—86; Williamson, *Predatory Pricing*, *supra* note 1, at 286—87. Работа Telser, *Cutthroat Competition and the Long Purse*, 9 J.L. & ECON. 59 (1966) полностью посвящена сравнению хищничества со слияниями, поэтому опровержения выводов автора особенно важны.

хищничества по сравнению с поглощениями не критически важна для рассуждения, согласно которому хищничество почти всегда невыгодно. Приведенная мною выше аргументация никоим образом не зависит от законности или выгоды слияний.

Когда к спорам в 1975 г. присоединились Арида и Тёрнер, они не приложили серьезных усилий для установления того, является ли хищничество, снижающее благосостояние, распространенным или выгодным. Вместо этого, они попытались определить ряд норм, которые позволили бы судам отличать снижение цен, снижающее экономность, от повышающего ее. Другими словами, они исходили из предположения о том, что изначально имеется веская причина предпринимать такое расследование¹. Многочисленные последователи статьи Ариды и Тернера также обходят вопрос о том, насколько вероятно, что хищничество составляет серьезную проблему. Однако, если резонов думать, что хищничество — серьезная проблема, нет, обсуждение наилучшей формулировки определяющей его правовой нормы малоуместно. Поэтому, важно рассмотреть различные подходы, предлагавшиеся в последнее время, чтобы определить, устанавливает ли какой-либо из них существование и значительность определяемого в них явления. В остающихся разделах части 1 возможные хищнические стратегии исследуются на предмет определения, может ли хоть одна из них представлять существенную угрозу благосостоянию потребителей.

1.2 МАКСИМИЗАЦИЯ БЛАГОСОСТОЯНИЯ НА БЛИЖНЮЮ ПЕРСПЕКТИВУ И ХИЩНИЧЕСТВО

Привлекшие наибольшее внимание подходы к хищничеству опираются на микроэкономическую теорию максимизации богатства. Они сосредоточены на поведении фирм на одном рынке и задаются вопросом, является ли некоторое поведение несовместимым с конкуренцией. Фирма, действующая на конкурентном рынке, продает по ценам, равным предельным издержкам; все остальное глупо, поскольку фирма в состоянии повысить свою прибыль, подстраивая объем выпуска. Установление цены ниже предельных издержек, таким образом, выглядит как хищничество. Как иначе объяснить отступление от норм конкуренции? Арида и Тернер подчеркивают это рассуждение как основу своего подхода, хотя они готовы позволить судам использовать в качестве косвенного показателя предельных издержек средние переменные издержки².

На конкурентном рынке цена равняется средним общим издержкам, а также предельным издержкам. Цена выше предельных издержек, но ниже средних общих издержек не может удерживаться бесконечно, поскольку устанавливающие такую цену фирмы не смогут заменять оборудование по мере его износа. Более того, ни одна максимизирующая прибыль фирма не наращивает выпуска, не надеясь возместить дополнительные долгосрочные издержки такого решения. Поскольку предельные издержки обычно равны средним совокупным издержкам при объеме выпуска, соответствующим конкурентному рынку, любая цена, удовлетворяющая критерию предельных издержек, удовлетворяет также и критерию средних совокупных издержек. Но предельные издержки могут правомерно быть ниже, чем средние совокупные издержки, если спрос падает (так, что фирмы изымают капиталовложения) или если фирмы не вполне реализуют экономию на масштабе производства. Цены ниже средних совокупных издержек могут быть оправданы также если фирмы только осваивают производство данного товара и ожидают, что продажа

1 См. Areeda & Turner, *supra* note 1. Разумеется, теперь авторы утверждают, что сомневались в том, что хищничество совершается часто (3 P. AREEDA & A. D. TURNER *supra* note 1, ? 711b). Тем не менее, они приходят к выводу, что, поскольку хищничество иногда выгодно, и поскольку при любых продажах ниже себестоимости происходит жертва благосостояния, должны иметь место правовые нормы, направленные против данного метода.

2 См. 3 P. AREEDA & D. TURNERS, *supra* note 1, ? 715b.

дополнительных его количеств — даже по ценам, не покрывающим средних совокупных издержек — позволит им сократить издержки в будущем. Сформулировав норму, запрещающую все продажи по цене ниже, чем средние совокупные издержки, если за снижением цены стоит умысел на хищничество, Ричард Познер попытался отразить тот факт, что цены обычно равняются средним совокупным издержкам или превосходят их, но что иногда они не обязаны быть такими¹.

Почти во всех недавних судебных процессах применялись эти или подобные им критерии². Но подходы к хищничеству, сосредоточенные на причинах, по которым отход от максимизации краткосрочной прибыли выглядит подозрительно, упускают критически важную проблему: как выгодное установление низкой цены может повлечь уход конкурента с рынка?³ Хотя низкие цены влекут уход с рынка конкурентов и оставляют хищника с прибылью, здесь нет нужды в судебном возмещении. Арида и Тернер не объясняют, почему вообще хищничество может быть выгодно; на самом деле, хотя и указывая определенные «предварительные условия» выгодного хищничества (быстрый уход конкурентов и входные барьеры, защищающие возникающую монополию), они предлагают норму, которая не включает указанных предварительных условий⁴. Познер утверждает, что установление одной из фирм цены ниже средних совокупных издержек может повлечь уход с рынка более эффективного конкурента, создавая тем самым издержки, не несомые самим хищником. Но он не объясняет, почему хищник, теряющий деньги быстрее, чем его более эффективный конкурент, не уйдет с рынка первым⁵.

1 См. R. POSNER, *supra* note 1, at 189.

2 См. напр. «Pierce Packing Co. v. John Morrell & Co.» (633 F.2d 1362, 1367 (9th Cir. 1980)); «National Distrib. Co. v. United States Treasury Dep't» (626 F.2d 997, 1017 n.64 (D.C. Cir. 1980)); «Janich Bros., Inc. v. American Distilling Co.» (570 F.2d 848, 855 (9th Cir. 1977), cert. denied, 439 U.S. 829 (1978)); «Americana Indus., Inc. v. Wometco» (556 F.2d 625, 627—28 (1st Cir. 1977)); «Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.» (551 F.2d 790 (10th Cir.), cert. denied, 434 U.S. 879 (1977)); «International Air Indus., Inc. v. American Excelsior Co.» (517 F.2d 714, 722—26 (5th Cir. 1975), cert. denied, 424 U.S. 943 (1976)); «Telex Corp. v. IBM» (510 F.2d 894 (10th Cir.), cert. dismissed, 423 U.S. 802 (1975)). Но см. «Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.» (615 F.2d 427, 432 (7th Cir. 1980)); «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)) и «Borden, Inc.» (92 F.T.C. 669, 803- 05 (1978), appeal docketed, No. 79—3028 (6th Cir. Jan. 12, 1979)), в каждом из которых критикуются подходы, основанные на предельных издержках.

3 См. Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 222—23; Posner, *supra* note 1, at 940 n.46; Williamson, *Predatory Pricing II*, *supra* note 1, at 1184—86.

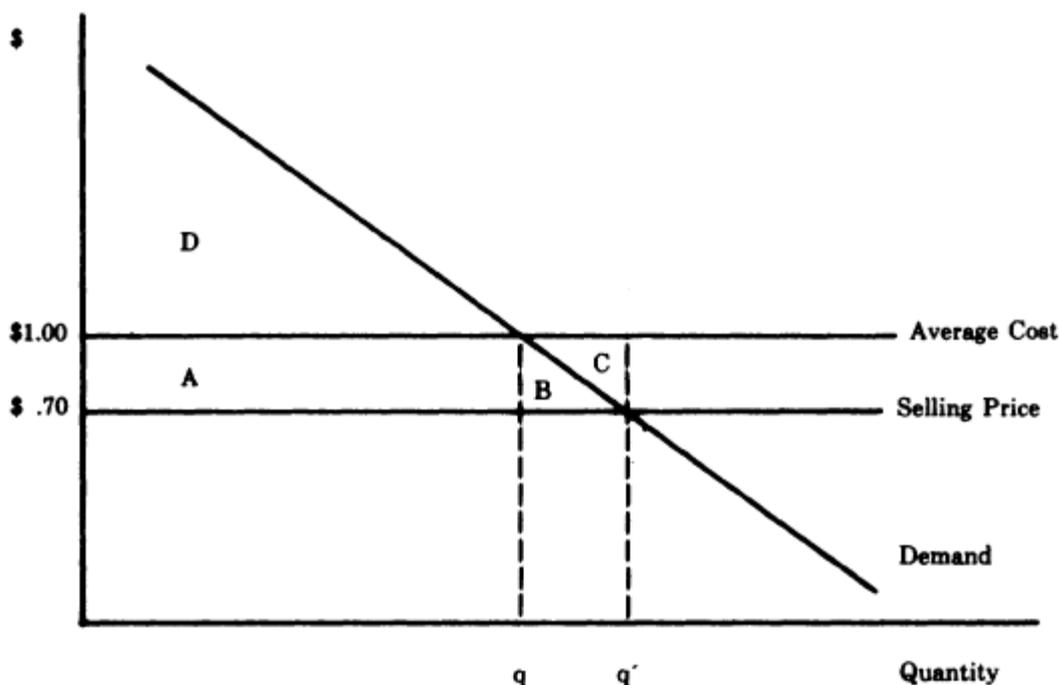
4 Ср. 3 P. AREED & A. D. TURNER, *supra* note 1, ? 711b (где излагаются требования) и *id.* ? 711d (где формулируется предлагаемая норма). Истец может установить нарушение данной нормы в ? 711d, не доказывая, что жертвы хищничества не могли получить финансирования, что они ушли с рынка, или что входные барьеры защитили бы монополиста после ухода с рынка жертв. Арида и Тернер признают (*id.* ? 711b), что «шансы на адекватную отдачу в будущем ... редко будут достаточны, чтобы мотивировать хищничество», но их определение «хищничества», наказуемого деяния, не включает упоминания мотива или извлечения выгоды.

5 См. R. POSNER, *supra* note 1, at 187—91. То же самое наблюдение делает Макги (McGee, *supra* note 1, at 300—04) и высказывает соображение о том, что «хищник» всегда уйдет с рынка первым, если столкнется с более эффективным конкурентом. Познер, вероятно, возразил бы, что Макги упускает возможность того, что жертва, несмотря на свою эффективность, может не найти капитала, необходимого для выживания в период хищничества. Отсутствие доступа к капиталу играет важную роль в любом подходе к хищничеству, не учитывающем стратегии (см. Posner, *supra* note 1, at 939). Я уже указал, почему доступ к капиталу вряд ли представит серьезную проблему: необходимое финансирование могут предоставить покупатели посредством заключения долгосрочных договоров. Кроме того, даже если у фирмы А не хватает необходимого капитала или финансирования, неясно, почему то же несчастье постигнет фирмы Б, В и так далее. За исключением случая, когда фирма с недостаточным капиталом обладает уникальной способностью производить со столь же малыми издержками, что и хищник, а фирма с достаточным капиталом не может приобрести жертву посредством поглощения, волноваться о том, что хищник может устранить более эффективного

Однако, таким подходам существует одно возможное оправдание. Арида и Тернер замечают, что отказ от ценообразования, соответствующего предельным издержкам, сам по себе является нерациональной тратой ресурсов, и утверждают, что именно это и стоит за законодательным запретом¹. Возможно, понять это поможет пример. Если предельные издержки изготовления фунта печенья составляют доллар, цена на конкурентном рынке также составит доллар. Если пекари по какой бы то ни было причине снизят цену до 70 центов, тогда печенье начнут покупать те, кто ценит <фунт> печенья выше 70 центов, но ниже доллара. Это уменьшит благосостояние, поскольку такие потребители получают от <фунта> печенья, изготовление которого потребовало ресурсов на доллар, ценность, меньшую доллара. Норма, запрещающая продажу ниже предельных (а следовательно, и средних совокупных) издержек, предотвратила бы такое уменьшение благосостояния.

Данный подход, разумеется, не имеет отношение к монополиям или монополизации. Поэтому, будет правомерным возразить, что он не имеет отношения и к антимонопольному законодательству, которое не может иметь дела со всеми снижающими благосостояние занятиями. Достаточно того, чтобы, как и в ранее приведенном примере с разрушением компанией «Еххон» своего завода, фирмы целиком несли причиняемый их деятельностью урон благосостоянию в качестве собственных издержек².

Рис. 1



Почему дело обстоит так, проще всего показать на графике. На Рис. 1 изображен случай продаж ниже предельных издержек, которые я полагаю равными средним <совокупным> издержкам. Если пекарни торгуют печеньем по доллару <за фунт>, потребители купят q фунтов. Его купят все те, кто ценит его по доллару за фунт и выше, и никто из тех, кто ценит его по 99 центов за фунт и ниже. Пекарни в точности покроют свои издержки. Потребители реализуют излишек, показанный площадью D, равной ценности, придаваемой

конкурента мало оснований.

1 См. 3 P. AREEDA & D. TURNERS, *supra* note 1, ? 711a («Фирма, выдавливающая конкурента путем продажи по не возмещающим <издержек> ценам, не конкурирует добросовестно. ... Таким образом, для включения „хищнического ценообразования“ в число преступлений, учитываемых антимонопольными нормами, есть веские основания», *Id.* ? 715b).

2 Этим моментом я обязан Уильяму М. Ландесу.

им печенью, за вычетом цены покупки. Если пекарни снизят цену до 70 центов, потребители приобретут q' <фунтов> печенья. Будет иметь место потеря для благосостояния, равная площади C , представляющей ценность, потерянную при покупках теми потребителями, которые не захотели бы заплатить цену, равную издержкам производства этого печенья.

Такого рода потери для благосостояния представляют собой растрату ресурсов в чистом виде. Но сам факт растраты ресурсов не представляет собою достаточного основания для правовой нормы. Обратите внимание, что потребители не несут потерь. На самом деле, они значительно выигрывают по сравнению с тем, когда цена составляла доллар, а излишек — только площадь D . Если цена установлена в 70 центов, излишек потребителей равен сумме площадей A , B и D . Потери благосостояния, таким образом, падают целиком на владельцев пекарен, теряющих 30 центов на каждом из q' фунтов печенья. Таким образом, владельцы пекарен теряют сумму, равную $A+B+C$. А они теряют на снижении цены уже имеющегося объема продаж (q), а $B+C$ — на дополнительных продажах. Убытки владельцев пекарен в несколько раз выше, чем потери для благосостояния. Эти убытки возлагаются на них автоматически в ходе работы рынка. Возможно, возмещение полагается акционерам, но это не забота антимонопольного законодательства. Пекарни несут издержки, намного превышающие оптимальное наказание за такое деяние¹. Нет необходимости в антимонопольном возмещении, поскольку отрицательный стимул уже присутствует в самом поведении. Рынок возлагает серьезные штрафы на каждую фирму, попытавшуюся, но не сумевшую вытолкнуть конкурента. Издержки приведения в действие правового механизма и взимания штрафа были бы напрасными потерями для общества, усугубляющими уже понесенные потери (площадь C). Такой анализ применим не только к продажам ниже предельных издержек, но также и ко всем случаям предпринятых, но не удавшихся попыток хищничества².

Злой умысел хищника не в силах увеличить экономические последствия его поведения. Оптимальный штраф за умышленную продажу ниже себестоимости является поэтому таким же, как и за неумышленную (нулевым). Познер предлагает свой критерий умышленности только для ограничения нормы, которая иначе смела бы изрядное количество желательных методов ценообразования³. Однако, даже ограниченный таким образом, умысел не играет никакой полезной роли в аргументации, касающейся хищничества. Что

1 Если вероятность обнаружения и наказания составляет единицу, оптимальный штраф приблизительно равняется сумме, перешедшей от жертвы правонарушителю плюс потери для благосостояния, причиненные правонарушением (см. R. POSNER, *E CONOMAINCA LYSIOS F LAW ?* 7.2 (2d ed. 1977); Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POLE. CON1.6 9 (1968)). Более подробно я рассматриваю этот момент в части 3.

2 Ср. «Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y» ([1980—1] Trade Cas. 78,152 (9th Cir. 1980)) (где объявлено, что соглашение об установлении максимальной цены не является незаконным *per se*), cert. granted, 49 U.S.L.W. 3663 (U.S. Mar. 9, 1981) (No. 80—419).

3 См. R. POSNER *supra* note 1, at 189—91. 40 Id. At 47—77. Верховный суд постановил, что умысел является необходимым для уголовной, но не гражданской антимонопольной ответственности («United States v. United States Gypsum Co.», 438 U.S. 422, 436 & n.13 (1978)). Однако, упоминаемый Судом «умысел» — это умысел вызвать антиконкурентные последствия. Суд ввел это требование, чтобы отличить случайные антиконкурентные последствия умышленных действий от умышленных антиконкурентных последствий умышленных действий (Id. At 441). Суд считает исследование наличия умысла способом определения, осуществляли ли фирмы некоторый метод хотя бы отчасти ввиду конкретных ожидаемых антиконкурентных последствий. Такое применение умысла не поможет в случае хищничества. Любые продажи ниже предельных или средних издержек осуществляются, поскольку торговец предвидит, что это поможет изгнать с рынка другие фирмы. Иногда <их> уход желателен, например, когда имеется запас производительных мощностей или фирмы еще не реализовали в полной мере экономию на масштабах производства (см. «Pacific Eng'r & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.», 551 F.2d 790 (10th Cir.), cert. denied, 434 U.S. 879 (1977)). Знание об «умысле» таких фирм не поможет определить, был ли уход с рынка их конкурентов желателен (см. Williamson, *Predatory Pricing*, *supra* note 1, at 287—88 & n.16).

представляет собой «умысел на хищничество»? Все фирмы хотят максимизировать долгосрочную прибыль, поднять продажи — и стать монополистами, если этого можно достичь с выгодой. Норма, основанная на умысле, таким образом, смела? бы все или ничего. Если у двух фирм издержки и цены равны, тот факт, что у одной из них есть умысел исключить с рынка в равной степени или более эффективного конкурента, а у другой — нет, представляет для нас мало интереса. Либо стратегия фирмы уменьшает благосостояние, принося ей прибыль, либо нет. Ответственность не должна зависеть от субъективных убеждений ее руководства. Критерий, основанный на умысле, когда щедрое вознаграждение побуждает извлекать выводы из расплывчатого языка внутренней корпоративной переписки, является той самой игрой в «воров и полицейских», которую Познер справедливо осуждает в другом контексте¹.

Таким образом, я согласен с Оливером Уильямсоном в том, что любой подход к хищничеству, опирающийся на снижение цен ниже себестоимости как средство избавиться от конкурентов, бесплоден². Ни к одной теории хищничества не следует относиться серьезно, пока она не даст внятного объяснения, зачем следует запускать правовую машину. А подходы, основанные на теории краткосрочного ценообразования, не дают и не могут дать такого объяснения.

1.3 ПОДАЧА СИГНАЛОВ МЕЖДУ РАЗНЫМИ РЫНКАМИ

Блефовать дешевле, чем хищничать. Если фирма прославилась конкуренцией на удушение, ей легче убедить соперников не выходить на ее рынки или прекратить на них конкурировать. Если такая репутация и имплицитная угроза правдоподобны, «хищник» сможет достичь всех целей хищничества, не неся его издержек.

Хищничество, под этим углом зрения, является близким родственником угроз со стороны правительства посадить грабителей банка в тюрьму. Тюремное заключение не приносит правительству никакой пользы, и оно связано с высокими затратами, но оно вполне может припугнуть потенциальных грабителей. Это имеет место в той степени, в которой угрозам со стороны правительства можно верить. Если предупреждающая функция выполняется, грабителей банков настолько мало, что правительству лишь изредка приходится исполнять свои угрозы, и общество выигрывает посредством снижения количества ограблений больше, чем издержки тюремного заключения. Является ли угроза снижения цен со стороны доминирующей фирмы столь же правдоподобной и действенной, как и угроза тюрьмы для грабителей со стороны правительства?³

1 Джоскоу и Клеворик предлагают другую функцию умысла. Они бы поискали «тщательно продуманные долгосрочные планы сохранения монопольной власти посредством сокращения количества фирм на рынке и усложнения выхода на рынок новых фирм» (Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 259). Но поиски таких планов могут занять годы, и зачем? План исключить конкуренцию со стороны менее эффективных фирм не является антиконкурентным, а план исключить конкуренцию со стороны более эффективных — обречен на провал. План сокращения издержек производства можно рассмотреть как план усложнения выхода на рынок. Более того, поскольку в фирмах, где есть отдел планирования, обычно рассматривают воздействие на конкурентов принимаемых решений, касающихся цен, выпуска и параметров продукции, может оказаться, что у каждой большой фирмы есть «план», который обладающий ресурсами истец сумеет охарактеризовать как демонстрирующий умысел на хищничество (см. Spence, *Competition, Entry and Antitrust*, in STRATEGIC RATIONALE AND ANTITRUST ANALYSIS, *supra* note 1). Поэтому, поиски такого плана не стоят усилий, ведь их результат скорее сойдет с толку, чем подскажет правильный ответ.

2 Williamson, *Predatory Pricing II*, *supra* note 1, at 1184—86.

3 Первым предположил, что хищническое ценообразование и тюремное заключение основаны на одинаковых принципах, Гэри Бекер. Он высказал догадку, что хищничество могло бы использоваться для принуждения к исполнению незаконных соглашений, когда обычное взыскание договорных неустоек невозможно (Becker, *supra* note 37, at 205—07).

Такая угроза кажется полезной, если доминирующая фирма действует на многих рынках, а потенциальная жертва — только на одном из них. Тогда доминирующая фирма может снизить цены на одном рынке, причинив серьезный (но необязательно фатальный) вред своим конкурентам на нем и послав таким образом сигнал наблюдателям с других рынков и потенциальным участникам первого рынка. Этот сигнал предположительно уведет с рынка некоторых из имеющихся конкурентов или отпугнет потенциальных, поскольку те будут опасаться стать мишенью для подобной тактики. Если хищник обладает монополией на десяти рынках, его выгода от сокращения конкуренции на девяти из них может намного превышать потери от ценовой войны на одном. Познер характеризует хищничество со стороны фирмы, действующей на нескольких рынках, как «правдоподобную политику, которой может следовать максимизирующий прибыль продавец»¹ и полагает, что это может объяснить поведение «Standard Oil» и других диверсифицированных предприятий «с тугой мощью». Более того, фирме, раз приобретшей репутацию хищника, нет необходимости повторять такую демонстрацию слишком часто². На самом деле, повторение может быть невыгодно; сам дух данной стратегии заключается в том, что «хищнику» нет необходимости снижать цены более одного раза. Это могло бы объяснить, почему мы редко наблюдаем подлинное хищничество.

Аргумент, касающийся хищничества как отправки сигналов с одного рынка на другой, не является абсурдным, но он также и не убедителен. Рассмотрим снова угрозу тюрьмы для грабителей со стороны правительства. Правительству доступно недорогое, даже принудительное, финансирование; капитал достается ему гораздо дешевле, чем частному хищнику. Оно может быть разборчивым относительно обстоятельств, в которых приводит в исполнение свою угрозу, устанавливая наказание достаточно высоким, чтобы достичь отпугивающего эффекта, даже если в тюрьму попадает лишь малая часть всех грабителей. Монополист, со своей стороны, не может выбирать момент для действия по своему усмотрению. Он должен реагировать каждый раз, когда какая-либо фирма проигнорирует угрозу, поскольку при выходе на какой-либо рынок конкурента, монопольная прибыль исчезает.

Правительство заинтересовано в общественном благополучии, так что оно не возражает, если большая часть выгоды от наказания грабителей достанется банкам и их клиентам. Если хищник не является монополистом, однако, часть выгоды, извлекаемой из наложения «наказания» на конкурентов будет удержана другими фирмами, торгующими на рынке хищника. Если, скажем, хищник осуществляет 60% продаж шутоквин в каждом из 10 городов, и репутация хищника, которую он заработал, удерживает ряд фирм от выхода на данные рынки, тогда 40% (небольшой) <монопольной> выгоды достанется более мелким фирмам, уже действующим на данных рынках³. Хищничество является в лучшем случае

1 Posner, *supra* note 1, at 939—40; cp. 3 P. AREEDA & D. TURNER, *supra* note 1, ? 711b, at 151 n.5 (крупная фирма в состоянии «продавать в убыток», чтобы наказывать мелких конкурентов за снижение цен, 5 *id.* ? 1137 (same)).

2 См. F. SCHERERIN, *DUSTRIAMLA RKETS TRUCTURAEN DE CONOMIPCE RFORMAN3C3E8* -39 (2d ed. 1980). Ричард Познер и я высказывали тот же самый аргумент в: R. POSNER & F. EASTERBROOK, *supra* note 1, at 683. По причинам, обсуждаемым далее по тексту, ныне я считаю это утверждение ошибочным.

3 Я предполагаю, что хищник получает низкие монопольные прибыли. Это щедрое предположение. Обычные представления о монопольных поступлениях крупных фирм покоятся на теории олигополической взаимозависимости, которая логически противоречива и эмпирически не подтверждается (см. R. BORKs, *u pra* note 1, at 101—04, 178; R. POSNER & F. EASTERBROOK, *supra* note 1, at 331—36, 913—21; Peltzman, *The Gains and Losses from Industrial Concentration*, 20 *J.L. & ECON.* 229 (1977)). Однако, см. Weiss, *The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust*, 127 *U. PA. L. REV.* 1104, 1106 (1979) («46 исследований ... показали существенную положительную корреляцию между концентрацией и прибылями»). Степень, в которой какая-либо фирма в состоянии получать прибыли

маргинальной ситуацией. Оно даже менее реалистично в случае, если хищник несет все издержки, но извлекает лишь часть выгоды.

И наконец, правительству давно известно, что его угрозы тюремным заключением бессильны перед лицом гражданского неповиновения. Если завтра грабить банки пойдет десять процентов населения, система наказаний рухнет. То же самое может произойти и с хищником. Угроза причинить вред конкурентам выгодна только если она правдоподобна, но не приводится в исполнение. Если монополист вынужден исполнять такую угрозу, он теряет деньги (здесь я предполагаю, что, по вышеизложенным причинам, хищничество на единственном рынке невыгодно). Если фирма обладает монополией на десяти рынках, она может извлечь выгоду, хищничая на одном или двух, чтобы подавать сигналы участникам остальных, но очевидно, что она не может получить выгоду от подачи сигналов, если вынуждена хищничать на каждом рынке. Монополисту потребовалось бы суметь убедить конкурентов, что он причинит себе убыток посредством хищничества, во что конкурентов заставить поверить будет сложно.

Предположим, что А обладает монополией на 10 рынках, А его потенциальный конкурент, А извлекает 10 долл. монопольной прибыли на каждом из рынков и может хищничать (уничтожить конкурента) ценой убытков в 60 долл. Чтобы показать свою готовность к хищничеству, А резко снижает цены на одном из рынков, теряя 60 долл. Страхует ли тем самым А свою монополию на всех десяти рынках? Вряд ли: А может выходить на любой из этих рынков, зная, что если А снизит цены еще раз, вся его стратегия окажется убыточной — она повлечет 120 долл. издержек хищничества, защищая 100 долл. монопольной прибыли. В заключит, что угроза А осуществить хищничество во второй раз является лишь блефом.

Данный случай, однако, не столь прост. А будет рассматривать уже потраченные на хищничество 60 долл. как безвозвратные потери. Теперь А потеряет монополию на одном из рынков (а возможно, и на всех десяти, если примеру А последуют другие), если откажется от очередного акта хищничества при выходе А на рынок. А, таким образом, ответит на выход на рынок А сокращением цен, даже если оно означает потерю А 120 долл. для защиты 100-долларовой прибыли. А, зная, что А рассуждает таким образом, может счесть его угрозы правдоподобными и поэтому не выходить на рынок. В таком случае, А отделается тратой всего лишь 60 долл.

Выход А на один рынок не может оказаться, таким образом, выгодным, но в распоряжении А есть контрстратегия. Предположим, что Б угрожает выходом на рынок и предлагает А сделку: если А просто выплатит 59 долл., А не станет выходить на этот рынок. Вся стратегия А зависит от его готовности пойти на хищничество (и потерять 60 долл.), если А действительно выйдет на этот рынок. Как уже отмечалось, для А рационально потерять данные 60 долл. Выплатить 59 долл. А представляется экономией для А по сравнению с теми 60 долл., которые он потеряет, если А выйдет на рынок, хотя это потери в сравнении с тем, чего ожидает А (что А испугается). А, таким образом, выплатит 59 долл., если угроза А правдоподобна¹.

выше конкурентных, зависит от эластичности рыночных спроса и предложения. При любых реалистичных предположениях об этой эластичности, рыночная власть доминирующей фирмы существенно меньше, чем монополиста (R. POSNER & F. EASTERBROOK, *supra* note 1, at 347—54; Landes & Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1981)). Если недоминирующая фирма в концентрированной отрасли и способна получать значительные монопольные прибыли, вероятным объяснением тому является картель (скрытый или явный), к которому следует применять обычные нормы, касающиеся картелей, а не какую-либо доктрину, осуждающую хищничество.

1 Жертва вымогательства может расплатиться не деньгами (что было бы легко замечено акционерами и антимонопольными чиновниками), а косвенным образом, продав вымогателю активы по цене ниже рыночной или купив лицензию на патент по завышенной цене.

Угроза \hat{A} будет правдоподобной, если \hat{A} даст связывающее его обязательство выйти на рынок в случае неуплаты ему со стороны \hat{A} . Если \hat{A} не может связать себя безусловно, \hat{A} будет оценивать правдоподобность его угрозы другими способами. \hat{A} в случае \hat{A} в случае \hat{A} последний, вероятно, сочтет его угрозу правдоподобной. \hat{A} находится теперь в неудобном положении: выплатить 59 долл. в случае невыхода \hat{B} на рынок или <потери> 60 долл. в случае выхода. Что еще хуже, \hat{A} будет знать до того, как отправить окончательный хищнический сигнал, что после безвозвратной потери 60 долл. найдется еще один \hat{B} (а возможно, и не один), стремящийся добиться вымогательством выплаты. Хищническая стратегия, таким образом, невыгодна даже для монополиста на десяти рынках.

\hat{A} может рассудить так: «Я не могу выплатить требуемое \hat{A} , поскольку если я это сделаю, найдется \hat{A} и предъявит такое же требование, и его угроза будет столь же правдоподобна, что и угроза \hat{A} . Поэтому, чтобы избежать шантажа со стороны каждой фирмы, способной выйти на данный рынок, я откажусь выплачивать \hat{A} . Если \hat{A} уверен, что я ни за что не заплачу, он не будет выходить на рынок, даже, если теряет на нем меньше денег, чем я, поскольку \hat{A} принимает в расчет лишь выгоду или убытки. Стратегия \hat{B} невыгодна, и следовательно, \hat{A} не будет ее придерживаться».

\hat{A} может догадаться, что \hat{A} рассудит таким образом, и соответствующим образом сформулировать свою угрозу. Например, он может связать себя обязательством выйти на рынок в случае, если \hat{A} свяжет себя обязательством не платить. Каждая из фирм может пройти несколько уровней блефа и контрблефа, и каждая из них в состоянии предъявлять серьезные угрозы. Поскольку в данную игру играют n фирм, каждая из которых в состоянии выступать со схожими угрозами, вряд ли какая-либо из данных стратегий станет среди них доминирующей. Решение остается неопределенным; \hat{A} , таким образом, не знает, сможет ли выиграть за счет предъявления угрозы хищничества¹.

Но нам не требуется пытаться решить всю игру разом, чтобы увидеть фундаментальную проблему, связанную с угрозой со стороны \hat{A} . Такая угроза разоблачает себя. Если, по какой-либо причине новый игрок открывает магазины на девяти рынках, \hat{A} не будет хищничать на десятом. У \hat{A} не остается рынков, чтобы их защищать. Таким образом, \hat{A} всегда может выйти на десятый рынок, что бы не предпринимал \hat{A} на девятом. Но после того, как \hat{A} поймет, что \hat{A} всегда может выйти на десятый рынок, ему нет смысла тратить даже 10,01 долл. для защиты своей монополии на девятом рынке; эта трата не в силах предотвратить выход ни на девятый, ни на десятый рынок. Поэтому, \hat{A} не будет хищничать и на девятом рынке. Эту процедуру можно повторить, чтобы доказать, что \hat{A} вообще не будет хищничать².

До сих пор я предполагал, что \hat{A} и \hat{A} обладают полным знанием издержек и <возможных> стратегий друг друга. Но решение данной игры становится еще туманнее, если каждому из игроков невозможно определить, являются ли потери нового участника любого конкретного рынка результатом хищничества или же более высоких, чем у старых участников, издержек. Если новый участник уверен, что все его потери вызваны

1 Шеллинг предполагает, что стратегические игры такого рода разрешимы при двух участниках, и что старая фирма (\hat{A}) выигрывает, поскольку имеет возможность последнего хода, а \hat{B} стремится избежать риска иррациональной реакции (SHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960)). Но как показал Телзер, введение третьего игрока устраняет данное преимущество. Решения редки для игр описанного рода с n участниками (L. TELSER, COMPETITION, COLLUSION, AND GAME THEORY 175—217 (1972); см. тж. Telser, A Theory of Self-enforcing Agreements, 53 J. Bus. 27 (1980)).
2 Этот момент отмечен в: R. Masson & R. Roberts, Predation: The “Noisy” Pricing Strategy (Oct. 1980) (доклад, представленный на Конференции по информационному и статистическому поведению в Национальном экономическом бюро (National Bureau of Economic Research Conference on Information and Statistical Behavior in Economics)) (on file with The University of Chicago Law Review).

хищничеством, он может просто оставаться на рынке или даже наращивать свою долю, будучи уверен, что хищничество рано или поздно прекратится. Если, с другой стороны, он подозревает, что его издержки выше, чем у старых участников рынка, он может уйти с рынка даже в случае, если его потери на самом деле вызваны хищничеством. В этом случае, как кажется, неполная информация приводит к успеху хищника¹. Но ведь хищник сталкивается в своих расчетах с подобной проблемой. Он не знает с определенностью издержек нового участника и, поэтому, не в состоянии определить, насколько затратной окажется хищническая кампания или каковы его шансы на успех. С учетом такой неопределенности, потенциальный хищник может решить не ввязываться в бой. У потенциального нового участника рынка также вряд ли есть полное знание издержек хищничества, несомых хищником, или размеров его монопольной прибыли. Если ни одна из фирм не уверена в своей оценке издержек другой, ни у одной из них не будет очевидно выигрышной стратегии.

Основной риск для хищника, с учетом неполной информации, заключается не в реакции отдельной фирмы А на отдельном рынке. Самая серьезная угроза со стороны Б связана с согласованным поведением на нескольких рынках или совместно с другими конкурентами. Предположим, что А угрожает выйти на два или более рынков (не обязательно одновременно, для А достаточно убедить А, что рано или поздно это произойдет). Тогда выполнение своей угрозы обойдется А в 120 долл.; это чистая потеря для А, так что она откажется от монополии на этих двух рынках. В конце концов, разумеется, А отступит на всех десяти рынках. Процедура будет той же самой, вне зависимости от того, составляют ли издержки <исполнения> угрозы для А на каждом рынке 60 или лишь 11 долл. Угроза хищничества не только не предотвратит выход на рынок, но увеличит его масштаб. Угроза хищничеством является, в данном отношении, полным подобием вертикальной интеграции или существенной экономии на масштабе в какой-либо отрасли². Если каждый из имеющихся участников рынка интегрирован, новичок должен запускать одновременно несколько звеньев производственной цепочки. Если экономия на масштабе велика, новичку придется строить более крупный завод. Потребность выходить на рынок с большими объемами в ответ на угрозу хищничества может удержать от выхода Б, но не блокирует выхода на рынок <как такового>.

Кредиторы должны охотно ссужать новичка, ведь на монополизированных рынках можно получить большую прибыль. Покупатели также должны иметь желание поддерживать выход А на новые рынки. Клиенты А на конкретном рынке страдают от монопольных цен. Они знают, что будут продолжать их уплачивать, если на рынок не выйдут другие фирмы. Таким образом, у них должно быть желание поддержать выход А — возможно, путем подписания долгосрочных договоров. Что более важно, клиенты А с других монополизированных рынков также будут желать поддержать выход на рынок А. Они знают, что если А в состоянии выйти на любой из рынков, угроза хищничества со стороны А станет неправдоподобна для любого из рынков, и монополия рухнет на каждом из них. Разумеется, и здесь есть проблема любителей прокатиться за чужой счет: зачем покупателю Х поддерживать А, если он может получить все плюсы от выхода А на рынок даром? Так что договоры должны вступать в действие по достижении А достаточных объемов для того, чтобы покончить с хищничеством и предоставить равные преимущества всем покупателям. Если некоторые из покупателей могут выбирать между рынками, это облегчается. Если у А монополия в десяти городах, ему может противостоять в каждом из них одна и та же группа

1 См. Id.

2 См. R. POSNER & F. EASTERBROOK *supra* note 1, at 869—76; O. WILLIAMSON, *MARKETS AND HIERARCHY* 2-31 (1975). Ср. R. POSNER *supra* note 1, at 196—201 with F. SCHERER *supra* note 44, at 300—06. *Id.* von Weizsacker *supra* note 20, at 401—06, где доказывалось, что если имеется экономия на масштабе, входные барьеры помогают избавиться от излишних выходов на рынок.

оптовых и розничных торговцев. Это позволит договорам, вступающим в действие при подписке на достаточные объемы поставок, решить проблему любителей прокатиться за чужой счет¹.

Предположим, по какой-либо причине \hat{A} не в состоянии выйти более, чем на один рынок. Это еще не означает уступки десяти монополий \hat{A} . То, что \hat{A} слишком мала, еще не означает, что \hat{A} может спать спокойно. \hat{A} также приходится состязаться с гигантами, подобными «Eххон» и «Procter & Gamble», давно демонстрирующими готовность осваивать новые рынки, обещающие высокие прибыли. Тот факт, что \hat{A} и сотни других фирм слишком малы для выхода на несколько рынков, еще не сообщает нам ничего интересного, пока слишком маленькими не оказываются все фирмы. Возражение здесь, таким образом, вполне подобно возражению против доктрины потенциальной конкуренции. Слияние, устраняющее одного из потенциальных конкурентов, как и неспособность \hat{A} выйти более чем на один рынок, не представляет антимонопольного интереса, если только нет существенных входных барьеров, которые устраняемая фирма была в состоянии преодолеть, а остающиеся фирмы — нет². Если такое и случается, то редко.

Даже если ни одна фирма не в состоянии выйти более чем на один рынок \hat{A} самостоятельно, \hat{A} может попытаться организовать других новичков. \hat{A} , \hat{A} , \hat{A} и \hat{A} знают, что, выйдя они на один рынок каждая, \hat{A} не сможет извлечь выгоды из хищничества. Такие фирмы, следовательно, могут организовать и скоординировать свой выход на рынок, так что у \hat{A} не будет приемлемого ответа. Правда, такая кооперация может рассматриваться как имеющая отношение к разделу территорий или клиентуры, в особенности, если \hat{A} обладает монополией на различных географических рынках одного и того же товара, но было бы исключительным извращением осуждать как незаконное соглашение, имеющее целью обрушить сразу несколько монополий.

Многие из контрстратегий, имеющих в распоряжении конкурентов хищника, связаны со значительными издержками. Координировать выход на несколько рынков или нескольких новичков недешево. В некоторых случаях данные издержки будут столь высоки, что угроза хищника некоторое время будет работать. Тем не менее, хищник не может быть в этом уверен, и каждому игроку доступна продуманная последовательность блефов и контругроз. Неизбежен вывод: не доказано, что подача сигналов путем хищничества представляет собой выгодную стратегию. Если, как я предложил выше, возложить бремя обоснования на тех, кто предлагает заставить правовую систему наказывать за «слишком низкие» цены³, непоследовательной аргументации, касающейся подачи сигналов, недостаточно, чтобы оправдать законодательное вмешательство.

1.4 СТРАТЕГИЧЕСКИЕ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЯ

1 См. текст и прим. 19. Таким образом, для B легче выйти на новый рынок, если 10 монополий хищника тесно связаны, чем если они различны. Это отвергает предположение Шерера о том, что «чтобы хищничество несло предотвращающий эффект в таких случаях [в случаях многих рынков], важно достаточно близкое сходство условий на различных рынках, обслуживаемых такими конгломератами» (F. SCHERER *supra* note 44, at 338). Шерер постулирует, что эффект демонстрации будет выше всего, если A обладает доминирующей позицией на различных географических рынках одного и того же товара (*Id.* At 338—40). Но именно в этом случае покупатели с других рынков будут наиболее склонны помогать выйти на рынок B .

2 5 P. AREEDA & D. TURNER, *supra* note 1, ¶1 1116—1126; Comment, Toehold Acquisitions and the Potential Competition Doctrine, 39 U. CH. L. REV. 156 (1972). Но см. O. WILLIAMSON, *supra* note 50, at 165—70. D последнее время суды с неохотой объявляют слияния незаконными лишь потому, что они устраняют одного из многих потенциальных конкурентов («United States v. Marine Bancorp.», 418 U.S. 602 (1974); «United States v. Siemens Corp.», 621 F.2d 499, 506—10 (2d Cir. 1980); «BOC Int'l Ltd. v. FTC», 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977); «FTC v. Atlantic Richfield Co.», 549 F.2d 289 (4th Cir. 1977)).

3 См. прим.13 выше.

Стратегии, связанные со спорадическим снижением цен и подачей сигналов с помощью низких цен, скорее всего, невыгодны, но из этого не следует, что невыгодным будет связывающее обязательство осуществлять хищничество. Если любой отдельный эпизод хищничества невыгоден, в интересах потенциального хищника капитулировать, когда его блеф раскрыт. Но если хищник в состоянии изменить свои параметры таким образом, что ему окажется рациональным хищничать в случае выхода на рынок, возможно, тогда его угрозы станут правдоподобными и, как следствие, действенными? Проблема заключается в том, чтобы придумать работающее вложение.

Одно приходящее на ум вложение, отпугивающее новичков, заключается в строительстве слишком большого завода. Детальную модель выбора производственной мощности, отпугивающей новых участников рынка, разработал Майкл Спенс¹. В его модели монополист выбирает мощность настолько большую, что в случае полного ее использования старым игроком новичок не в состоянии осуществить никаких продаж по выгодным ценам. Хотя содержать избыточные производственные мощности расточительно, старый игрок считает такие траты выгодными, пока они не поглощают всей монопольной прибыли. Ему после строительства такого завода остается некоторая часть монопольной прибыли, в то время, как она упала бы до нуля, построй он завод поменьше, который допускал бы выход на рынок новых игроков. Следовательно, по Спенсу, монополист будет защищать свое положение и, в процессе этого, пустит большую часть монопольной прибыли на общественно бесполезные траты². Другие экономисты строили подобные модели выбора <типа> товара, патентования и рекламы³.

Подход Спенса напоминает аргумент, высказанный судьей Лернедом Хэндом в процессе против «Alcoa»⁴. Правительство утверждало, что «Alcoa» монополизировала рынок алюминия посредством, среди прочего, строительства новых заводов, предвосхищающего рост спроса. Суд счел, что такое наращивание производственных мощностей нарушает Закон Шермана, объяснив, что «мы не можем придумать более действенного способа исключения <конкурентов с рынка>, чем систематически пользоваться каждой открывающейся возможностью»⁵. Решение судьи Хэнда было подвергнуто опустошающей критике. Среди многих прочих, Арида и Тёрнер утверждали, что судья Хэнд признал «Alcoa» виновной за поведение, характерное для конкурента, а не монополиста. Максимизирующий прибыль монополист, утверждали они, сокращал бы выпуск. «Alcoa» вместо этого строила новые заводы, показывая, что не пользуется своим <монопольным> положением, и со стороны судьи Хэнда было абсурдным называть такое поведение «исключающим»⁶. Если аргумент Спенса верен, он реабилитирует решение судьи Хэнда⁷.

1 Spence, Entry, Capacity, Investment and Oligopolistic Pricing, 8 BELL J. ECON 5. 34 (1977). См. тж. Spence, Investment Strategy and Growth in a New Market, 10 BELL J. ECON 1. (1979). Спенс никогда не утверждал, что его теоретические модели имеют значение для антимонопольной практики, но на них опирались другие авторы (см. напр. Schmalensee, On the Use of Economic Models in Antitrust: The ReaLemon Case, 127 U. PA. L. REV. 994 (1979); Williamson, Predatory Pricing, supra note 1, at 293 n.31. См. тж. Eaton & Lipsey, Exit Barriers Are Entry Barriers: The Durability of Capital as a Barrier to Entry, 11 BELL J. ECON 7. 21, 728 (1980) (где используется модель спенсовского типа, но с оговоркой, что ее «применение в антимонопольной практике преждевременно»)).

2 См. Posner, The Social Costs of Monopoly and Regulation, 83 J. POL. ECON 8. 07 (1975).

3 См. напр. Gilbert, Patents, Sleeping Patents and Entry Deterrence, in STRATEGIC PREDATION AND ANTITRUST ANALYSIS, supra note 1; Salop, supra note 20; Schmalensee, Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry, 9 BELL J. ECON 3. 05 (1978); Schmalensee, supra note 54.

4 «United States v. Aluminum Co. of Am.» (148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)).

5 Ibid. at 431.

6 3 P. AREEDA & D. TURNER, supra note 1, i 608d.

7 ФКТ недавно отказалась от прецедента «Alcoa» (См. «E.I. du Pont de Nemours & Co.», 987 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) F-1 (F.T.C. Oct. 30, 1980), где было установлено, что фирма вправе

Но у любой теории хищничества, построенной на изменениях производственных мощностей или иных неценовых атрибутов производства, есть серьезная проблема. Как указал сам Спенс, на практике невозможно отличить хищническое наращивание мощностей (то есть, подъем средних производственных издержек, выгодный лишь постольку, поскольку исключает фирмы с меньшими издержками) от эффективного¹. При растущем спросе некоторые фирмы вынуждены расширять производство; кроме того, рациональная конкурентная фирма будет стремиться строить с таким расчетом, чтобы удовлетворить спрос, или чтобы иметь некоторые «избыточные» мощности на случай поломки оборудования. Самые большие примеры роста производственных мощностей могут оказаться наиболее желательными, поскольку будут связаны со значительным ростом спроса или новыми технологиями, снижающими издержки². Любые попытки осудить решения по выбору производственных мощностей как хищничество несут с собой неизбежный риск удержать фирмы от выбора наиболее желательной реакции на перемены. Никто не в состоянии установить с какой-либо долей вероятности, что конкретный строящийся завод не должен был строиться, поскольку единственным мотивом к его строительству послужило хищничество. И никуда не годится позволять фирме строить новый завод, а затем поручать правовой системе оценивать «адекватность» его использования через пять лет, в предположении, что неиспользуемые мощности являются признаком хищнического капиталовложения. Решения о строительстве основываются на прогнозах, подверженных значительной неопределенности. Осуждение расширения в случаях, когда предположения оказываются ошибочными или изменяются рыночные условия, сделало бы любое подобное капиталовложение гораздо более рискованным, и таким образом предотвратило бы также и доброкачественное наращивание производственных мощностей.

Имеются еще базовые заблуждения во всех теориях отпугивания новых участников рынка. Я рассматриваю здесь теорию выбора производственной мощности. Имеются два способа, которыми за счет выбора производственной мощности можно исключить конкуренцию со стороны в равной степени или более эффективных фирм. Во-первых, фирма с большими производственными мощностями может получить преимущество просто потому что окажется первой; я отложу на время обсуждение данного «преимущества первого хода». Во-вторых, фирма может выбрать для своего большого завода необычный проект. Такому заводу могут быть присущи большие постоянные издержки, но очень малые предельные; он «неэффективен» в том смысле, что средние совокупные издержки производства выше, чем при отсутствии умысла на исключение конкурентов. Если конкурент выходит на рынок, имея обычный (и более эффективный) завод, у которого ниже постоянные издержки, но выше предельные, хищник просто увеличивает выпуск и заставляет новичка работать себе в убыток. Потенциальный новичок, понимая способность хищника причинить такие убытки, воздержится от выхода на рынок.

Эта стратегия работает (если работает вообще) только для давно работающих фирм. Она покоится на допущении того, что стоимость завода хищника «тратится безвозвратно», в то время как издержки новичка будут иметь место лишь в будущем. Только при таком сочетании хищник сможет игнорировать постоянные издержки и принимать решения об объеме производства с учетом лишь предельных, поскольку только в этом случае ему настолько же дешево производить в точке, где предельные издержки равны цене, как и не

значительно наращивать свои производственные мощности и даже становиться монополистом, если делает это без применения откровенно исключаящих конкурентов методов). См. тж «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263, 272—75, 285—87 (2d Cir. 1979)) (где отклонено суждение из дела «Alcoa» о том, что монополисту незаконно расти), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980).

1 Spence, supra note 40. См. тж. 3 P. AREEDA & D. TURNER, supra note 1, ? 718b.

2 См. «E.I. du Pont de Nemours & Co.» (987 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) F-1 (F.T.C. Oct. 30, 1980)), где «Дюпон» первой внедрила требующую больших масштабов, но сокращающую издержки технологию.

производить вообще. Хищник не может надеяться, построив новый большой завод, способный производить с низкими предельными ценами, выбить с рынка старого игрока, поскольку в этом случае уже затраты последнего окажутся безвозвратными, а высокие издержки хищника ему еще только предстоят. Хищник должен тогда принимать решение об объеме производства с учетом совокупных издержек, в то время как его конкурент может обернуть ситуацию в свою пользу и учитывать лишь предельные издержки. Такое ограничение предмета теории рассеивает опасения, касающиеся множества хищнических стратегий. И это ограничение существенно — оно означает не только то, что молодая фирма не в состоянии хищничать против старой, но также и то, что хищник не в состоянии удержать монополию при росте спроса. Каждый прирост спроса можно рассматривать как новый «рынок», на котором старая фирма должна конкурировать на тех же условиях, что и ее конкуренты. Кроме того, это означает, что монополия не может длиться дольше, чем некая доля срока службы первого завода хищника. Как только дело доходит до реконструкции, хищник и потенциальный новичок встают на одну доску и на рынок будет претендовать та, что сумеет построить завод с наименьшими средними совокупными издержками¹.

Однако, даже для старой фирмы практичность стратегии строительства завода с высокими постоянными и низкими предельными издержками сомнительна. Не может быть такой технологии, которая снижает предельные издержки до степени, делающей выход на рынок новых игроков невозможным. Движущей силой такой стратегии является предполагаемая способность хищника превратить себя в естественного монополиста посредством изменения функций издержек. Если имеющаяся технология не допускает естественно-монополистической структуры <отрасли>, никого не должна волновать угроза хищничества этого сорта. Если монополист всего лишь строит большой завод, не обеспечивая возможности производить с долгосрочными предельными издержками ниже, чем у любого из потенциальных конкурентов, на данный рынок выйдет такой конкурент и подорвет его монополию. Хищник не смог бы исключить с рынка такого конкурента, не совершая самоубийства, а так поступать нет смысла, поскольку обе фирмы могут выжить при более высоких ценах².

Даже если хищник в состоянии построить большой завод, который, несмотря на высокие средние издержки, может производить с низкими предельными издержками, из этого не следует, что такая стратегия позволит исключать с рынка конкурентов. Конкурент может распознать блеф хищника и выйти на рынок; как только это произошло, бывший монополист может заключить, что его благосостояние максимизируется при принятии выпуска конкурента как данности и монополистическом поведении по отношению к остающемуся спросу. То, что хищник сможет продавать с меньшими издержками, чем конкурент, еще не означает, что он будет так поступать; в большинстве моделей дуополий ни одна из фирм не продает по цене, равной предельным издержкам³. Поэтому конкурент не обязан воспринимать способность хищника продавать по низкой цене как связывающее

1 Формальное доказательство этих утверждений см. в: von Weizsacker, *supra* note 20, at 405—06. Разумеется, стратегия старого участника точно так же может разворачиваться как стратегия подачи сигналов — см. прим. 42—53 выше, поскольку на последнем этапе до того, как завод старого участника полностью износится, он потеряет всякую способность к «хищничеству»; последний этап может быть продлен любым конкурентом, пожелавшим построить более крупный и долгоживущий завод (см. Eaton & Lipsey, *supra* note 54, at 722).

2 Dixit, *The Role of Investment in Entry Deterrence*, 90 *ECONJ.* . 95 (1980); Stigler, *The Dominant Firm and the Inverted Umbrella*, 8 *J.L. & ECON.* 67, 171 (1965). Спенс также допустил, что новичок мог бы построить завод таким способом, чтобы вынудить первую фирму выбрать меньшие производственные мощности или не задействовать все имеющиеся у нее мощности (см. Spence, *Investment Strategy*, *supra* note 54, at 9, 12—14).

3 J. HIRSHLEIFER, *PRICE THEORY AND APPLICATIONS* 396—402 (2d ed. 1980); Dixit, *supra* note 64.

последнего обязательство так поступать. Выход на рынок может оставаться выгодным; если дело обстоит так, тогда хищнику изначально не было смысла создавать неэффективные производственные мощности. Это неизбежно возвращает нас к последовательности блефов и контрблефов, рассматривавшейся выше. По тем же причинам, что и приведенные в том разделе, заведомо выигршной стратегии здесь не существует.

Другая проблема данной теории заключается в том, что новички могут заключать долгосрочные договоры для обеспечения того, чтобы хищник с низкими предельными ценами не задействовал избыточных мощностей, которые у него могут иметься. Клиенты хищника уплачивают монопольную цену. Новичок может предложить покупателям лучшую сделку: долгосрочный договор по цене, равной своим предельным издержкам, которые, по условиям модели Спенса, равны конкурентной цене и, таким образом, ниже, чем монопольная цена неэффективного хищника. Как только новичок подписал долгосрочные договоры на весь объем выпуска завода эффективного размера, он неуязвим к снижению цен хищником. Единственным рациональным ответом хищника будет сокращение производства и монополизация остающегося спроса. Эта процедура может повторяться другими новичками, пока продажи хищника не ограничатся объемом выпуска завода эффективного размера, который он будет продавать по конкурентной цене (предельным издержкам своих конкурентов). Потенциальный хищник, знающий о такой процедуре, не стал бы строить крупного, неэффективного завода.

Альтернативой для хищника является заключение долгосрочных договоров по более низкой, чем у конкурента, цене. Поскольку хищник в состоянии производить с более низкими предельными (хотя и с более высокими средними) издержками, чем конкуренты, хищник всегда сможет перебить предложенный конкурентом долгосрочный договор. Это, разумеется, исключило бы конкуренцию, но только потому, что хищник связал бы себя обязательством взимать цену ниже конкурентной в течении долгого периода. Таковая процедура непривлекательна для монополиста, как бы она ни нравилась потребителям.

Однако, если хищник может перебить долгосрочные договоры, предлагаемые новичком, зачем новичку предлагать такие договоры? С одной стороны, издержки заключения таких договоров невелики. Они могут быть составлены так, чтобы вступать в силу лишь после того, как новичок наберет достаточную клиентуру для строительства эффективного завода, что гарантирует ему отсутствие убытков вследствие договорных обязательств; такая попытка имела бы смысл для новичка, поскольку хищник вполне мог бы прореагировать посредством монополизации остальной клиентуры, а не продажей по ценам новичка (хотя это привело бы в итоге к утрате монополии хищника, это также максимизирует его прибыль в краткосрочной перспективе). Кроме того, начинающий подписывать долгосрочные договоры новичок оказывается в положении, выгодном для торга; он может причинить существенные убытки старому игроку посредством исполнения своей угрозы выйти на рынок. В результате, старый игрок может захотеть уплатить «левые» деньги (взятку), чтобы побудить конкурента остановиться. Надежды на получение такой взятки может оказаться достаточно, чтобы запустить процесс подписания договоров и подорвать таким образом прибыль хищника. Разумеется, взяткодатель в конце концов привлечет рой потенциальных конкурентов, только и ждущих, чтобы им уплатили, что еще больше уменьшит прибыль. Чем сильнее «связывает» обязательство хищника увеличить выпуск в случае выхода на рынок <нового игрока>, тем больше стимул конкурентов предложить долгосрочные договоры клиентуре хищника. Новичок получит либо прибыльное предприятие в то время, как хищник будет терять деньги, либо взятку от хищника за то, что воздержится от выхода на рынок.

В чем, тогда, заключается «преимущество первого хода» первой фирмы, выходящей на рынок с большими производственными мощностями? Оливер Уильямсон утверждает, что

издержек начала деятельности новичком самих по себе будет достаточно, чтобы исключить его выход на рынок, даже если старый и новый участники рынка имеют доступ к одной и той же технологии¹. Старые фирмы уже вложили свои стартовые затраты, которые поэтому рассматриваются как безвозвратные. Поскольку новичок должен возместить свои стартовые затраты, у старой фирмы есть преимущество; если она увеличивает выпуск в случае выхода на рынок <другого игрока>, она сможет покрыть свои предельные издержки, помешав в то же время новичку возместить свои стартовые затраты. Более того, в предположении, что как старая фирма, так и потенциальные новички в состоянии производить с одинаковыми издержками, и что удельные издержки на некотором отрезке падают, прежде чем стать константой, старая фирма может также действовать на наименее затратном участке <кривой издержек производства> и производить достаточно, чтобы заставить новичка продавать при больших удельных издержках. Новичок поймет, что неспособен продавать достаточно, чтобы достичь части кривой средних издержек с наименьшими издержками, и поэтому воздержится от выхода на данный рынок. Следовательно, утверждает Уильямсон, старой фирме не следует позволять наращивать выпуск после выхода на рынок новой.

Данная теория представляет собой весьма слабое объяснение поведению, обычно называемому «хищническим». По определению, оно применимо только к монополизированным рынкам. Если на рынке присутствуют две фирмы, обе потратили свои стартовые издержки безвозвратно) у обеих есть заводы, магазины, знание дела, списки клиентов и т. д. Подход Уильямсона не объясняет, почему одна из этих фирм не испытывает бурного роста, если другая пытается взимать цены выше конкурентных. Но почти все случаи, когда бросается обвинение в «хищничестве», касаются рынков, на которых конкурируют две или более фирм.

Данная теория содержит также несколько невероятных допущений. В модели Уильямсона и подобных ей потенциальные новички не действуют как стратегические максимизаторы прибыли. Стратегически ведут себя только старые фирмы. Новички следуют жесткому правилу принятия решений того или иного сорта. Потенциальные новички по Уильямсону всегда предполагают, что старый участник рынка в состоянии выполнить и действительно будет выполнять угрозу нарастить выпуск², и что он будет продавать все, что выпустит³. Тогда новичок будет производить лишь столько, чтобы удовлетворить остающийся спрос. Если новичок, столкнувшись со стартовыми издержками и производством на части кривой средних издержек с высокими издержками, не может покрыть своих издержек при таком объеме выпуска, он воздерживается от выхода на рынок.

Новички никогда не стали бы следовать такого рода правилам принятия решений. Они не обязаны ограничиваться удовлетворением остающегося спроса. У них есть вариант войти на самом эффективном масштабе производства и начать продажи с ценами, лишь немногим превышающими издержки, оставляя старого участника перед неприятным выбором между отказом от монополии и самоубийством через увеличение объемов производства по всевозрастающим предельным издержкам, в то время, как рост производства понижательно действует на цены. Угроза старого игрока увеличить выпуск перед лицом такого новичка будут нереалистичными, если только, как в подходе Спенса, предельные издержки старой фирмы ниже.

Другой недостаток анализа Уильямсона обнаруживается при рассмотрении необычных кривых издержек, свойственных, как предполагается, таким фирмам. Если долгосрочные

1 Williamson, Predatory Pricing, supra note 1, at 295 & n.36.

2 Уильямсон делает явное предположение, что старые участники всегда производят столько, сколько позволяет им действующая норма (Ibid. at 294).

3 Ibid.

средние совокупные издержки падают с каждой единицей выпускаемой продукции, а затем становятся неизменными, как это происходит в его модели, данная отрасль является естественной монополией. Весь объем выпуска при наименьших издержках мог бы быть достигнут одной фирмой, поскольку только одна фирма способна понести стартовые затраты и высокие удельные издержки при начале производства. Если в какой-либо точке предельные издержки начинают расти, тогда естественной монополии не будет, но у старой фирмы также исчезнет возможность с выгодой отпугивать новичков. В некоторой точке на графике роста издержек доминирующей фирмы производство дополнительной единицы продукции окажется более дорогостоящим, чем у новичка, даже с учетом стартовых затрат последнего. Другими словами, если у старой фирмы на соответствующем участке данной кривой плоские средние совокупные издержки, оплакивать отсутствие новых конкурентов нет резона, а если ее издержки растут, у нее не будет возможности предотвратить появление на рынке новичков.

Уильямсовский подход «первого хода» практически не находит эмпирических подтверждений. Почти всегда на конкретном рынке мы наблюдаем конкуренцию двух или более фирм. Мы также имеем некоторые свидетельства того, что происходит, когда истекает срок патентов, порождающих легальную монополию и поощряющих сделавшего первый ход. Доля такого монополиста на рынке обычно резко падает; если не падает доля, то падает цена¹. Фирма не может одновременно держать монопольную цену и постоянную монопольную долю на рынке. Доминирующие фирмы, возникающие вследствие поглощений, также теряют в последующие годы свою рыночную долю². Фирмы, создающие совершенно новую, но непатентованную продукцию, обнаруживают, что не в состоянии удержать свою монополию. Например, после вывода на рынок компанией «Kodak» своих фотоаппаратов «Instamatic» конкуренты быстро скопировали устройство и начали торговать «копиями» по более низким ценам. Доля «Кодак» на рынке фотоаппаратов сейчас ниже, чем до того, как они предложили «Instamatic» серий 126 и 110³. Новички не только не оказались исключены за счет «преимущества первого хода», но еще и даром воспользовались частью результатов исследовательских и опытно-конструкторских работ, проведенных «Kodak», выйдя на рынок с меньшими издержками, чем «Kodak»⁴.

И, наконец, предлагаемое Уильямсоном лекарство может оказаться хуже болезни. Сам Уильямсон утверждает, что фирма, столкнувшись с предлагаемой им нормой, запрещающей наращивать выпуск после выхода на рынок нового участника, будет наращивать выпуск до такого выхода с целью либо предотвратить выход, либо обеспечить более высокую долю на рынке в случае выхода. Это эквивалентно установлению «предельной цены»⁵ выше конкурентной, но ниже монопольной. Уильямсон признает, что предельная цена может продлить монополию первого игрока и аллокативные потери, но утверждает, что это

1 Например, «American Viscose» обладала в 1920 г. 100% рынка искусственного шелка, когда истек ее патент, через девять лет ее доля снизилась до всего лишь 50%; а кто сегодня слышал об этой фирме? (См. J. MARKHAM, *О МРЕТrIONIN THER AYONI NDUSTR4Y6 -47* (1952)).

2 Изначальная доля «American Can» в 85% в 1901 г. к 1914 г. упала до 50% (1 S. WHITNEYA, *NTITRUSPTO LICIESA:M ERICAENX PERIENCIEN TWENTYIN DUSTRIE2S8 9* (1958)). Доля «International Harvester» при ее основании в 1902 г. составляла 75%, а через 20 лет — всего 45% (J. DIRLAMA, . KAPLAN& R. LANZILLOrPTR, *ICINGA NDB IG BUSINESSA: CASEA PPROACH* (1958)). Доля «U. S. Steel» снизилась с 66% в 1901 г. до 42% в 1925 г. (Stigler, *supra* note 64).

3 Некоторые данные о продажах собраны в «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)).

4 Обзор см. в: Kitch, *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9 J. LEGAL STUD. 683 (1980).

5 Статьи Уильямсона много почерпывают из исследований по сдерживающему ценообразованию <limit pricing> (см. Williamson, *Predatory Pricing*, *supra* note 1, at 292 n.26), а Джон Макги доказал эквивалентность положений Уильямсона и сдерживающего ценообразования (McGee, *supra* note 1, at 307—16).

предпочтительнее, чем общие потери, причиняемые монополистом при установлении им монопольной цены и попытках отпугнуть новичков.

Однако, вовсе не очевидно, что предлагаемая Уильямсоном норма повлечет предсказываемые им следствия. Можно привести веские доводы в пользу того, что ограничение цен ни при каких обстоятельствах не исключает конкурентов¹. Даже если ограничение цен будет срывать, то не всегда. Поэтому старая доминирующая фирма, столкнувшись с запретом на увеличение выпуска после выхода на рынок новых участников, может прийти к выводу о том, что она в состоянии максимизировать свои прибыли, установив монопольную цену, собирая монопольную выручку, пока это возможно, терпеливо перенося выход на рынок новых игроков, а затем корректируя цены и максимизируя прибыль на остающемся спросе². Чем дольше, по оценке монополиста, займет выход на рынок новичка, тем более монополист будет склонен к такой стратегии³. Предложенная Уильямсоном норма, таким образом, подтолкнула бы доминирующие фирмы к монополистическому ценообразованию.

1.5 ХИЩНИЧЕСТВО ПРОТИВ МЕНЕЕ ЭФФЕКТИВНОГО КОНКУРЕНТА

До сих пор я обсуждал возможные хищнические стратегии фирмы против в равной степени или более эффективных производителей. Они уязвимы к контрстратегиям, а часто и изначально невыгодны. Уничтожить неэффективного конкурента фирме гораздо легче⁴, поскольку доминирующей фирме нет необходимости снижать цену, чтобы показать менее эффективному конкуренту, что оставаться тому на рынке невыгодно.

Большинство теорий хищничества не уделяют внимание менее эффективным конкурентам. Арида и Тёрнер, например, явным образом указывают, что монополисту должно быть позволено изгонять менее эффективную фирму, поскольку он в состоянии это сделать посредством доброкачественной конкуренции. Антимонопольные законы, утверждают эти

1 См. P. Milgrim & J. Roberts, *Equilibrium Limit Pricing Doesn't Limit Entry* (Discussion Paper 399, Northwestern University Center for Mathematical Studies in Economics & Management Science, Oct. 1979) (on file with The University of Chicago Law Review).

2 Похоже, что такую стратегию избрала «U. S. Steel», и результатом стали десятилетия завышенных цен и неэффективного производства (Stigler, *supra* note 64). Анализ Стиглером фактов по делу «U. S. Steel» был оспорен (Parsons & Ray, *The United States Steel Consolidation: The Creation of Market Control*, 18 J.L. & EcoN. 181 (1975)), но его экономический анализ ценообразования доминирующими фирмами устоял (см. тж. L. Lewis & R. Reynolds, *Predatory Pricing Rules: A Fundamental Difficulty* (1980) (неопубликованная рукопись on file with The University of Chicago Law Review), где утверждается, что норма Уильямсона заставила бы монополистов переключиться на стратегию «U. S. Steel»).

3 Pashgian, *Limit Price and the Market Share of the Leading Firm*, 16 J. INDUS. ECON. 65 (1968); ср. Easterbrook, *supra* note 1 (critique of Ordovery & Willig, *supra* note 1, on the same point). См. тж. Baumol, *supra* note 1, at 4, 5 n.13. Бомол пытается применить к данной проблеме подход Уильямсона, допуская неограниченное снижение цен и наращивание выпуска доминирующей фирмой, пока она на несколько лет вновь не поднимет цены. К сожалению, подход Бомола жестоко наказал бы ошибочные догадки фирм, столкнувшихся с неизвестными изменениями эластичности спроса. Новички представляют собой сложную проблему; норма Бомола заставила бы фирмы держаться своей первоначальной реакции, даже если бы это было самоубийственным (о случайном хищничестве см. Easterbrook, *supra* note 1). Вследствие этого фирмы избегали бы вполне конкурентной реакции на выход новичков на рынок, и норма Бомола привела бы к столь же вредным последствиям, как и норма Уильямсона. Кроме того, при применении подхода Бомола возникли бы весьма серьезные проблемы. Что делать с инфляцией? С изменениями графика спроса за период замороженных цен? С выходами на рынок естественной монополии? Попытка Бомола преодолеть некоторые из данных проблем показывают, что он готов применить модель регулируемых общественных благ к экономике в целом.

4 Однако даже в таких обстоятельствах извлечь выгоду из хищничества трудно (см. прим. 20—25 выше).

авторы, не предназначены для защиты неэффективных производителей¹. Изгнание неэффективного производителя всегда повышает благосостояние в краткосрочной перспективе, которая, по Ариде и Тернеру, лишь одна и имеет значение.

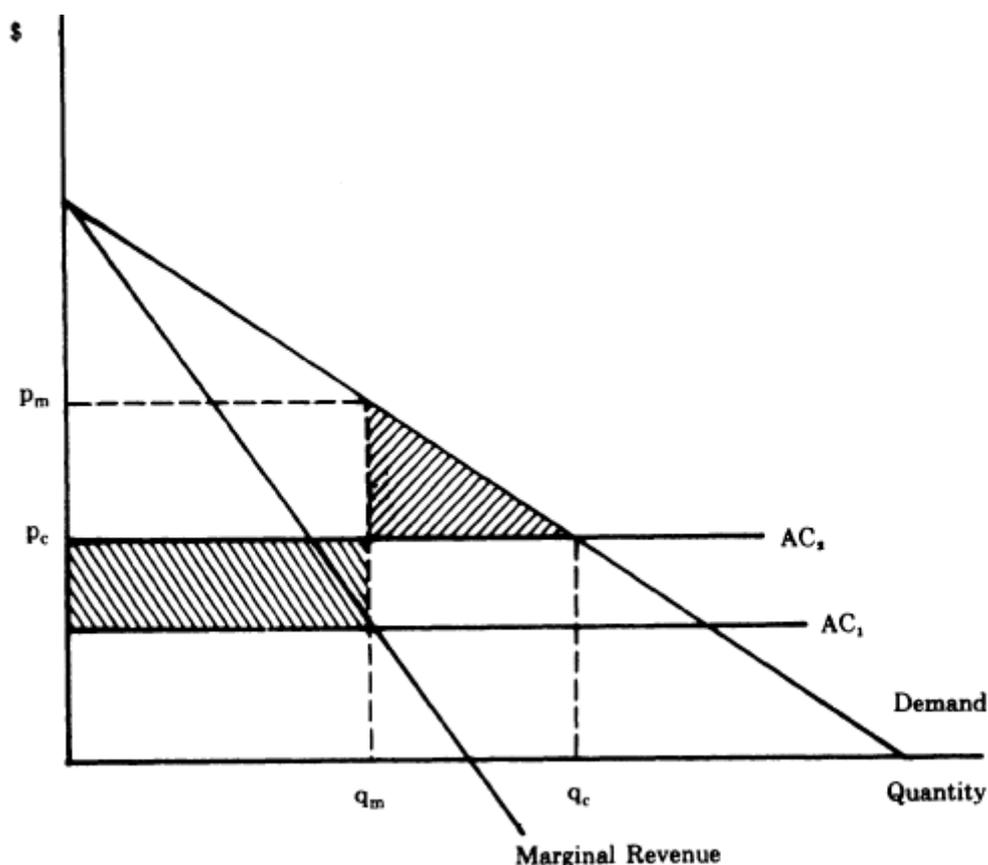
Данный тезис разделяют не все. Некоторые ученые и как минимум один суд утверждали, что уход с рынка даже менее эффективного производителя уменьшает благосостояние потребителя². Их аргументация заключается в том, что имеется два вида экономической эффективности: аллокативная и производственная. Рынок аллокативно эффективен, когда он доставляет блага всем тем, кто ценит их выше себестоимости. Он производственно эффективен, если все товары производятся с наименьшими из возможных средними издержками.

На Рис. 2 показаны потери для благосостояния вследствие монополии и вследствие неэффективности производства. Предполагается, что монополист в состоянии произвести товар за AC_1 , в то время, как по какой-либо причине фирмы на конкурентном рынке не в состоянии произвести его меньше, чем за AC_2 . Потеря от монополии включает невозможность приобретения данного товара покупателями, ценящими его выше, чем P_c (конкурентная цена), но ниже, чем P_m (монопольная цена). Это потеря показана в виде серого треугольника. Потеря производительности от конкуренции представляет собой повышение издержек производства товаров по AC вместо AC_1 , умноженное на qm (количество товаров, которое произвел бы монополист). Потери показаны в виде серого прямоугольника.

Рис. 2

1 3 P. AREEDA & D. TURNER, supra note 1, 11 715a, 717. См. тж. R. POSNER, supra note 1, at 188; Posner, supra note 1, at 942—44; Williamson, Predatory Pricing, supra note 1, at 289—92.

2 Hay, supra note 1; Scherer, Comment, supra note 1, at 883—89. См. тж. «In re IBM Peripheral» (E DP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)⁴), 81 F. Supp. 965, 993 (N.D. Cal. 1979) («аргумент от максимизации благосостояния в близкой перспективе близорук. ... Как только угроза со стороны конкурентов исчезнет, монополист вернется к повышенным ценам и прибыли. Когда это произойдет, общество понесет большие потери для благосостояния»), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980); «ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM», 458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978), aff'd per curiam sub nom. «Memorex Corp. v. IBM», 636 F.2d 1188 (9th Cir. 1980).



При необходимости выбрать между аллокативной и производственной неэффективностью общество сравнивает размер этих двух потерь. Если площадь серого треугольника меньше, чем серого прямоугольника, мы должны предпочесть монополию с эффективным производством¹. С другой стороны, если площадь серого треугольника больше, мы должны предпочесть неэффективное производство ради аллокативной эффективности. Хищничество против менее эффективных фирм с очевидностью требует от общества произвести такого рода вычисления. Если на монополизированный рынок выходят неэффективные фирмы, они могут побудить монополиста снизить цены, устраняя тем самым аллокативные потери, но создавая потери в производственной эффективности; если монополист в состоянии снизить цены и изгнать новых участников рынка, это продлевает аллокативные потери. Аргументация, таким образом, сводится к тому, что антимонопольное законодательство должно предотвращать хищничество на тех рынках, где изгнание менее эффективных фирм (или предотвращение их выхода на рынок) привело бы к продлению аллокативной неэффективности большей, чем производственная неэффективность от необходимости терпеть менее эффективного конкурента. Более того, «хищничество» теперь определяется соотношением с издержками такого новичка, а не самого монополиста. В таких обстоятельствах, со стороны фирмы было бы «хищничеством» взимать цену ниже, чем средние совокупные издержки новичка.

Простейший способ показать неубедительность такой аргументации — развернуть ее обратно. Предположим, имеется 20 фирм, у каждой из которых 5% рынка колючей

1 Обсуждение компромисса между аллокативной эффективностью и производственной эффективностью (или X-эффективностью) см. в: Leibenstein, Allocative Efficiency vs. "X Efficiency," 56 AM. ECON. REV. 392 (1966); Stigler, The Existence of X-efficiency, 66 AM. ECON. REV. 213 (1976); и ответ Лейбенштейна: X-efficiency Xists-Reply to an Xorcist, 68 AM. ECON. REV. 203 (1978). См. тж. Muris, The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act, 30 CASE W. RES. L. REV. 381 (1979); Williamson, Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 58 AM. ECON. REV. 18 (1968); Williamson, Economies as an Antitrust Defense Revisited, 125 U. PA. L. REV. 699 (1977).

проволоки. Одна из этих фирм изобретает секретный производственный процесс, снижающий издержки, или нанимает очень эффективного управляющего. В результате, производство колючей проволоки обходится ей дешевле, чем конкурентам. Она устанавливает цену ниже предельных издержек конкурентов но выше своей себестоимости. Это вполне может вышибить прочие 19 фирм с рынка, поскольку они больше не в состоянии продавать по текущей цене, не снижая собственных издержек. Как только изобретатель добьется монополии, он сможет опять повысить цены. Данный процесс снижения цены и роста крайне желателен: никто всерьез не предлагает запретить изобретателю расти за счет конкурентов. Остановить такой рост означало бы снизить или устранить стимулы вообще сокращать издержки, поскольку изобретатель не сможет получить полную общественную выгоду от своего изобретения. Кроме того, общественно желательно, чтобы производственный процесс с низкими издержками применялся как можно к более высокой доле производимой колючей проволоки¹.

Если желательно, чтобы наш изобретатель рос, может ли быть желательно также заставлять его терпеть выходящих на рынок менее эффективных конкурентов, как то предполагает запрет на действительную конкуренцию, вводимый после захвата большей части рынка нашим изобретателем? Их повторный выход на рынок сократил бы долю производства, осуществляемого с помощью экономных приемов, и снизил бы стимулы к изобретательству. В то же время, предложение сравнивать аллокативную эффективность с производственной иногда потребовало бы, чтобы новая доминирующая фирма, победившая в конкуренции, отступила бы и уступила защищенный рынок тем же самым менее эффективным конкурентам, которых она только что превзошла. Поскольку такой возвратно-поступательный процесс с очевидностью нежелателен, сторонник сравнения двух разновидностей эффективности по логике должен настаивать на том, что экономный производственный процесс изначально не должен применяться, или, по крайней мере, что фирме, сокращающей издержки, не следует позволять снижать цены или иным путем вредить конкурентам. Такое положение, продолжающееся в течение долгого времени, серьезно повредило бы процессу конкуренции.

В любом случае, крайне маловероятно, что потери аллокативной эффективности часто будут превышать потери производственной эффективности от того, что терпят неэффективных новичков. Если монополист не взимает цены?, превышающей предельные издержки более чем на 20%, даже небольшое сокращение производственной эффективности с лихвой компенсирует потерю аллокативной эффективности от монополии². Даже если монопольные наценки существенны, а неэффективные новички малы, обычно имеет смысл позволить монополии продолжаться.

Здесь может оказаться полезен пример. Предположим, что «Octopus Industries» производит колючую проволоку. Ее предельные (и средние совокупные) издержки составляют 10 долл. за моток проволоки. Она обладает монополией, возможно, поскольку ее исключительно низкие издержки позволили изгнать с рынка конкурентов. Она продает 1 тыс. мотков в год

1 См. «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)); «E. I. du Pont de Nemours & Co.» (987 ANTITRUST & TRADER EG. REP. (BNA) F-1 (F.T.C. Oct. 30, 1980)).

2 См. Williamson, *Economies Revisited*, supra note 80, at 709. Это так, поскольку аллокативная неэффективность имеет место только на разности между конкурентным выпуском и меньшим монопольным выпуском. Производственная неэффективность, с другой стороны, относится к выпуску в целом. См. Рис. 2 и объяснение в тексте к прим. 80 выше. Хотя теоретически монопольные цены могут быть намного выше конкурентных, на практике так происходит редко (возможно, из-за опасения привлечь внимание сотрудников правоохранительных органов). Поэтому представляется маловероятным, что аллокативная неэффективность будет превышать производственную неэффективность часто.

по монополюной цене 15 долл. за моток. Затем на рынок выходит «Fringe Producers». Ее предельные и средние совокупные издержки составляют 14 долл. за моток при выпуске первых 100 мотков <в год> и 15 долл. за каждый дополнительный моток. «Octopus» может среагировать на ее выход на рынок двумя способами. Она может снизить цену до 14,9999 долл. за моток, уступая 100 мотков <в год> «Fringe» и удовлетворяя оставшийся спрос, превышающий 900 мотков в год¹, или же снизить цену до 13 долл. за моток, продавая 1100 мотков <в год> и изгоняя «Fringe» с рынка. Если «Octopus» последует первой стратегии, она соберет 4,5 тыс. долл. монополюной ренты в год и в каждый последующий год до выхода на рынок следующего игрока; если второй — 3.3 тыс. долл. в первый год и по 5 тыс. долл. в последующие до выхода следующего игрока. Вторая стратегия приносит в жертву 1,2 тыс. долл. в первый год в обмен на 500 долл. каждый последующий год до выхода на рынок следующего игрока.

В этом примере, несмотря на 50-процентную монополюную наценку к предельным издержкам «Octopus», с выдавливанием «Fringe» не связаны аллокативные потери для благосостояния. Между тем, потери от производственной неэффективности при замене 100 мотков проволоки, производившейся «Octopus» по 10 долл. 100 мотками, производимыми «Fringe» по 14 долл. составят 400 долл. Даже если выход «Fringe» на рынок повлечет падение цены на заметную величину (скажем, до 14,95 долл. за моток) и рост продаж до 1 700 мотков <в год>, это все еще не компенсирует снижения производственной эффективности, вызванного выходом «Fringe» на рынок². Аллокативные потери от ухода «Fringe» с рынка, вызванные снижением продаж с 1 700 до 1 тыс. мотков составят 17,5 центов³, что значительно меньше, чем рост производственной эффективности, вызванный ее уходом. Если «Fringe» вышла на рынок, имея возможность производить более 100 мотков по 14 долл., увеличивая тем самым потенциальную производственную неэффективность, экономия от выдавливания «Fringe» с рынка составит еще больше.

Кроме того, нет достаточных причин полагать, что суды в состоянии сравнить потери для благосостояния от монополий с потерями от сохранения менее эффективных фирм⁴. Ни одну из этих величин невозможно определить, не зная эластичности спроса. Без надежных сведений, касающихся эластичности, суд не сможет исчислить ни потери для аллокативной эффективности при монополюной цене, ни потери для производственной эффективности

1 Совокупный выпуск «Octopus» и «Fringe» всегда будет превышать выпуск одной «Octopus» из-за небольшого падения цены и небольшого роста эластичности предложения. В некоторых обстоятельствах для «Octopus», возможно, будет иметь смысл расширять производство. См. поясняющий график, представленный Макги (McGee, *supra* note 1, at 325). Однако, в большинстве случаев новые мотки «Fringe» просто займут место мотков «Octopus» при попытке доминирующей фирмы сохранить монополюный выпуск для данного рынка. Я для простоты изложения предполагаю, что здесь имеет место такое замещение; анализ не изменится, если после выхода «Fringe» на рынок «Octopus» будет выпускать не 900, а 920 мотков.

2 Почему 1 007 мотков? Если эластичность спроса составляет 2, снижение цены на 1% приведет к росту продаж на 2%. В данном случае снижение с 15 до 14,95 долл. составляет приблизительно 0,33%, а рост с 1 тыс. до 1 700 мотков — приблизительно 0,7%, что указывает на эластичность, близкую к 2. Обратите внимание, однако, что такое снижение цены для «Octopus» невыгодно. По цене 14,95 долл. «Octopus» продаст 907 мотков, получив общую прибыль в 4 489,65 долл. (исчисленную как $907 \cdot 14,95 = 13\,559,65$, за вычетом издержек в \$9 070). При сохранении цены 15 долл., «Octopus» получил бы 4,5 тыс. долл. прибыли.

3 Если график спроса представляет собой прямую линию и если монополист производит при постоянных средних издержках, потери аллокативной эффективности составят площадь серого треугольника с Рис. 2 выше, или $S(\Delta Q \Delta P)$. В данном случае ΔQ составляет 7, а ΔP — 5 центов. Обратите внимание, что изгнание «Fringe» с рынка увеличивает эффективность, если издержки «Fringe» превышают 10,005 за моток для первых 100 мотков.

4 Борг убедительно доказывает, что судам невозможно исчислить данные два типа потерь (R. BORK, *supra* note 1, at 122—53). См. тж. Р. AREEDA & D. TURNER, *supra* note 1, ? 715b; Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 234 n.50.

при конкурентной цене, поскольку не будет в силах определить ни конкурентную цену, ни количество товара, которое было бы приобретено по данной цене¹. К сожалению, как то признают и суды, измерять эластичность чрезвычайно тяжело². Экономист мог бы, теоретически, измерить эластичность, собрав ряд пар цены и количества на одном и том же рынке и нарисовав кривую, соответствующую данным наблюдениям. Он мог бы, к примеру, заметить, что по цене 15 долл. покупатели приобрели 1 тыс. мотков колючей проволоки, а по цене 14,95 долл. — 1 007 мотков. Он вывел бы отсюда эластичность равную 2 (что означает двухпроцентный рост продаж при однопроцентном снижении цены). Но это было бы лишь грубой прикидкой. Возможно, за это время изменились рыночные условия; эластичность могла составлять 0,5, а изменение объемов продаж могло включать в себя повышение спроса. Даже если бы экономист смог вычислить эластичность надежно, она была бы справедлива только в ближайших окрестностях наблюдавшихся пар из цены и количества. Наблюдения за эластичностью в районе 1 тыс. мотков сообщит немного об эластичности в районе 1,5 тыс. мотков.

Практически невозможным сравнение этих двух эффективностей делает еще одна проблема. Сравнить следует не а) эффективность с «Fringe» с б) эффективностью без «Fringe» при монополии, установленной «Octorus», но (а) с в) эффективностью при присутствии на рынке некоторой третьей фирмы. Как только любая другая фирма узнает способ производить колючую проволоку с такими же низкими издержками, что и «Octorus», она сможет безнаказанно выйти на рынок. Аллокативные потери от выдавливания «Fringe» должны, таким образом, исчисляться для периода между уходом «Fringe» и приходом на рынок какой-либо другой фирмы. Суду не удалось бы определить, когда какая-либо третья фирма сможет сравняться в издержках с «Octorus», и, следовательно, исчислить сумму аллокативных потерь. С другой стороны, при запрете хищничества выход на рынок второго эффективного производителя не изгнал бы «Fringe». Производственная неэффективность, таким образом, продолжалась бы.

Предложение всерьез сравнивать аллокативную эффективность с производственной заставило бы суды следить за сведениями об изобретениях и снижении издержек, чтобы определять, перевешивают ли долгосрочные потери от монополии краткосрочную выгоду от снижения издержек. Суд должен был бы определять надлежащие (конкурентные) цены фирм, исходя из эластичности, относительно чего суды уже неоднократно выражали недовольство. Суд должен был бы исследовать доступные технологии и управленческие ресурсы, чтобы определять, когда изгонять неэффективную фирму с рынка безопасно, поскольку более эффективный конкурент уже на подходе. Невероятно, что приемы судебного следствия достаточно утончены для выполнения столь точных расчетов.

1.6 ХИЩНИЧЕСКИЕ ИЗОБРЕТЕНИЯ

1 Разумеется, если предельные издержки постоянны на всем выпуске, суд смог бы определить конкурентную цену. Но он не смог бы определить конкурентное количество, не зная эластичности рынка.

2 См. Landes & Posner, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, 46 U. Cm. L. REV. 602, 615—21 (1979). Верховный суд в нескольких случаях признал данную сложность. Например, в деле «Illinois Brick Co. v. Illinois» (431 U.S. 720, 741—43 (1977)) он признал теоретическую справедливость формулы, показывающей долю монопольной прибыли со стороны прямых и косвенных потребителей монополизированного товара, но отказался применить данную формулу, поскольку она опирается на эластичность, которую Суд нашел практически неисчисляемой. Опять-таки, в делах, касающихся слияний, рыночную власть возможно исчислить непосредственно из эластичности, не прибегая к таким грубым опосредующим параметрам, как определение рынка и рыночная доля (см. R. POSNER & F. EASTERBROOK *supra* note 1, at 347—53; Landes & Posner, *supra* note 45). Однако Суд раз за разом ссылается на рыночные доли и отказывается исследовать эластичность.

Цена – не единственный инструмент конкуренции фирм. Она лишь один из компонентов совокупности, рассматриваемой потребителем, принимающим решение о том, покупать ли товар. Хотя экономисту удобно считать прочее, например, качество товара, константой и говорить о воздействии изменения цен на конкуренцию, на практике фирма может решить изменить любой элемент смеси цены и <других атрибутов> продукции. Повышение качества товара при неизменной цене является таким же «снижением цен», как и падение цены при неизменном качестве продукции. Если возможно хищническое ценообразование, то возможны и аналогичные хищнические изменения качества товара.

Тогда изобретения вроде бы должны рассматриваться в точности так же, как хищническое ценообразование, поскольку изобретение дает возможность либо повышать качество производимых товаров, либо снижать предельные издержки того же качества конечной продукции¹. Первый результат дозволил бы хищническое изменение качества; второй — создал бы возможность обычного хищнического ценообразования. Если хищническое ценообразование невыгодно, невыгодным окажется и хищническое изобретение.

Но изобретения привносят в тему дополнительный поворот. Некоторые товары являются комплементарными исходными материалами для производства конечных благ, соединяемыми воедино кем-либо другим. Левые и правые туфли суть исходные материалы для перемещения ног; фотоаппарат и фотопленка — для фотоснимков; центральные процессоры («компьютеры»), модули памяти и устройства ввода-вывода («периферийные устройства») — исходные материалы для вычислений. Цена и доступность одного из комплементарных товаров неизбежно влияет на цену и доступность другого. Так, если аппаратов не было бы в продаже, никто бы не стал покупать пленку. Рынок левых туфель зависит от доступности правых. Если бы периферийные устройства были бесплатны, спрос на компьютеры повысился бы. Наличие комплементарных товаров делает возможным, по крайней мере, в принципе, использование изобретений для хищничества даже при невозможности хищничества ценового. Если, к примеру, периферийные устройства, производимые фирмами А и Б, подходили бы только к компьютерам, производимым фирмой В, у В была бы возможность изменить характеристики своих компьютеров так, чтобы сделать периферийные устройства конкурентов несовместимыми с системным блоком и, соответственно, бесполезными. В смогла бы затем добиться монополии на производство периферийных устройств, даже если бы этого результата нельзя было достичь никакой ценовой стратегией со стороны В. Для В это могло бы быть рациональной стратегией: если потребители применяют для производства вычислений компьютеры и периферийные устройства в разных пропорциях, вторая монополия повысила бы прибыль В.

В нескольких недавних делах рассматривались утверждения о том, что конкретные изобретения были хищническими, с разным исходом. В одном пришли к выводу, что, в соответствии с законом, изобретение не может быть хищническим². В другом постановили, что хищничество будет иметь место, если истец докажет, что изобретение монополиста было «необоснованным ограничением конкуренции»³. В третьем дали возможность истцу выиграть, доказав, что пакет изобретений был придуман, чтобы воспользоваться монопольным положением фирмы как «рычагом» для достижения конкурентных преимуществ на другом рынке⁴. Арида и Тёрнер заключают, что споры о хищничестве

1 Даже изобретение ранее не существовавшего товара может мыслиться как снижение цены на данный товар с бесконечной до некоторой более низкой.

2 «ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM» (458 F. Supp. 423, 443 (N.D. Cal. 1978), aff'd on other grounds per curiam sub nom. Memorex Corp. v. IBM, 636 F.2d 1188 (9th Cir. 1980)).

3 «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (481 F. Supp. 965, 1003 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)).

4 «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263, 275—76, 285—88, 286 n.30 (2d Cir. 1979)),

посредством изобретений слишком сложны, чтобы решать их в судах, и потому убеждают суды отклонять подобные иски без детального рассмотрения¹. Оривер и Уиллиг, с другой стороны, утверждают, что хищнические изобретения представляют собой мощное средство исключения конкурентов, которое при судебном рассмотрении следует считать незаконным².

Арида и Тернер подчеркивают одну несомненно важную проблему. Слишком легко спутать желательное усовершенствование с хищническим изобретением (в предположении, что такое хищничество бывает). Большинство современных подходов к хищничеству называют в качестве показателя хищничества соотношение цена-издержки³. Продажа ниже предельных издержек обычно может быть объяснена лишь как попытку пожертвовать текущей прибылью с целью добиться монополии. Измерить издержки может быть трудно, а жертва может оказаться неоправданной, но по крайней мере имеется четко определенное явление. Жертва очевидна, и она определяет нарушение закона.

Для выявления «жертвы» прибылью со стороны изобретателя, задумавшего выдать конкурентов и добиться монополии, ничего похожего на соотношение цены и издержек не существует. Изобретения включают некоторую краткосрочную жертву — сумму затрат на исследования и опытное конструирование. Все изобретатели надеются возместить эти вложения путем продажи как можно большего количества товаров и при возможности установления монополии. И изобретатели товаров, больше всего понравившихся потребителям, в том преуспевают. Поэтому, оценивая *ex post*, любое изобретение может показаться хищническим; никакая теория не скажет нам, *ex ante*, какое количество исследований и опытных конструкций является «чрезмерным». На самом деле, наиболее желательные изобретения показались бы наиболее хищническими, поскольку велики могут быть как издержки НИОКР («жертва»), так и рыночная доля (результат).

Сложности различения хищнического и невинного в судебном процессе продемонстрированы в деле «Transamerica»⁴. Суд не пытался оценить издержки НИОКР и

cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)).

1 3 P. AREEDA & D. TURNER, *supra* note 1, I 718a.

2 Ordovery & Willig, *supra* note 1. Предложение этих авторов критикуется в: Easterbrook, *supra* note 1. В ряде экспертных работ, комментирующих вопрос, выражена точка зрения, близкая Ордоверу и Виллигу (см. напр. Comment, Physical Tie-ins as Antitrust Violations, 1975 U. ILL. L.F. 224; Note, Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.: The Predisclosure Requirement—A New Remedy for Predatory Marketing of Product Innovations, 10 RUT.-CAML. J. 395 (1979); Note, An Economic and Legal Analysis of Physical Tie-ins, 89 YALE L. J. 769 (1980); Comment, 93 HARV. L. REV. 408 (1979)). Все эти работы обладают существенными недостатками. Например, иллинойский «Комментарий...» сосредоточивается на то, «запрещают» ли изобретения фирмам производить определенные товары с прибылью; из-за этого благосостояние конкурентов путается с наличием конкуренции. В рутгерсовской работе утверждается, что изобретения, снижающие качество, могут быть хищническими, но в ней упускается то, что фирмы, выводящие на рынок низкокачественную продукцию обычно испытывают сложности с ее сбытом. Низкое качество снизило бы репутацию фирмы и повредило бы также и продажам других видов продукции) обычно это не является желательной стратегией. «Записка...» из йейльского журнала гораздо более продумана, в ней с опорой на подход Спенса—Уильямсона (обсуждавшийся в части 1.4 выше) доказывалось, что изобретатель может извлечь преимущества первого хода. Но если аргумент, касающийся первого хода, неубедителен в отношении производственной мощности, он также неприменим и к изобретениям. Гарвардский «Комментарий» следует Ариде и Тернеру в их сомнениях в способности судов определять, какие из изобретений снижают благосостояние, но в нем также предполагается, что изобретения иногда могут применяться как «рычаг» для распространения монополии фирмы с одного рынка на другой. Я обсуждаю такую возможность в тексте к примечаниям 99—102 выше.

3 См текст к примечаниям и прим. 1—6 выше.

4 «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)).

определить, были ли они связаны со «слишком большой» жертвой, или определить, привело ли данное изобретение к чрезмерной концентрации. Вместо этого, он постановил, что если монополист выводит на рынок новый товар, оказывающий серьезное негативное влияние на конкурентов, такое изобретение будет сочтено хищническим, за исключением случая «обоснованных» изменений продукции¹. Но что такое «обоснованное»? Недостаточно сказать, что изобретение «необоснованно» вредит конкуренции только потому, что очищает рынок <от конкурентов>, иначе придется осудить прежде всего изобретения, наиболее полезные для потребителей (и наиболее ими желаемые). Также не годится и основывать определение «обоснованности» на том, влечет ли товар в итоге монополизированные последствия; расследование должно сосредоточиться на обстоятельствах *ex ante* в момент, когда принималось соответствующее решение. Оценить такие обстоятельства суду может быть сложно, поскольку они могут касаться физических или технических тонкостей. Даже если суд был бы в состоянии разрешать диспуты о том, было ли изобретение «шагом вперед», или определять, когда потребители находят изобретение желательным, это не дало бы нам нужных сведений. Изобретение должно быть «обоснованным», но относительно чего? Требование, чтобы изобретение не несло бы «необоснованных» ограничений конкуренции просто переводит вопрос на то, что считать «обоснованным» ограничением². Иногда потребители высоко оценивают изобретение, снижающее качество, если оно снижает также и издержки. Пример более узких сидений в самолетах, экономящих расход топлива на человеко-милю, тому свидетельство. Кроме того, столь туманная доктрина, как «обоснованность», повысила бы риски исследовательских и опытно-конструкторских работ как таковых. Чем больше риски, связанные с исследованиями, тем менее привлекательными они становятся, и тем медленнее идет технический прогресс. Этих проблем применения теории хищнических изобретений достаточно, чтобы счесть такой подход неразумным.

Основная проблема утверждения о том, что изобретения могут быть хищническими, заключается, однако, не в сложности сформулировать правовую норму. Она состоит в отсутствии убедительного объяснения того, как изобретения могут снизить благосостояние потребителя. Хищнические изобретения выглядят несколько схоже с продажей в нагрузку. Изобретатель, начиная с монополии на товар X, затевает (посредством изменений товара) побудить покупателей приобретать также и товар Y. «IBM», как говорили, использовала изменения в мультиплексирующей системе своих компьютеров для склонения покупателей к приобретению периферийных устройств также ее производства³; «Kodak» предположительно изобретал новые фотоаппараты, «Instamatic» и «Pocket Instamatic», с целью добиться преимуществ на рынке фотопленки⁴. Единственным правдоподобным возражением против такого исхода является выдвигаемое против продажи в нагрузку: монополист пользуется «рычагом», предоставляемым одной монополией, для достижения второй⁵.

1 Ibid. P. 1002—1008.

2 В деле «Transamerica» открытый критерий обоснованности, примененный судом, кажется, означает, что технически отсталая продукция может быть незаконной, но «усовершенствование» будет законным, вне зависимости от его последствий для конкурентов или конкуренции (Ibid. P. 1004). Это упрощает задачу суда, исключая все вопросы, кроме технических. Неясно, однако, почему хищническим в рамках такого определения суда не может быть техническое усовершенствование, если оно позволяет монополисту одного товара контролировать также и рынок комплементарного блага.

3 Ibid. P. 973.

4 «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263, 269 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)).

5 См. «United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.» (429 U.S. 610, 617—22 (1977)) (попытожены решения по более ранним делам).

«Рычажное» возражение против изобретений неправдоподобно¹. Рычаг не работает, поскольку монополист возлагает на покупателей товаров издержки. Например, изменения в продукции «IBM» уменьшили ценность периферийных устройств других производителей, приобретенных клиентами «IBM». Покупатели воспримут это (или такую перспективу) как повышение цены новых, несовместимых товаров «IBM», и купят меньшее их количество. Другие поставщики будут продолжать поставлять комбинации компьютеров и периферийных устройств, предпочитаемые потребителями, при необходимости используя старую технологию. «IBM» не сможет и получать полную монопольную прибыль на рынке компьютеров, и заставлять своих клиентов покупать периферийные устройства своего производства. «IBM» осталась бы с издержками новых разработок и снизившимися продажами. Если бы она тем не менее пользовалась изобретениями для закрепления монополии на периферийные устройства, она бы не смогла взимать монопольную цену за них, не снижая спроса на компьютеры. «IBM» в состоянии сохранять поступления только от одной монополии.

Нагрузка, вызванная изобретением, таким образом, должна иметь применения иные, нежели просто установление монополии на втором рынке ради себя самой. Например, возможно, что данное изобретение позволяет фирме воспользоваться различной эластичности спроса со стороны покупателей, применяющих данные товары в разной пропорции. Это объяснение продажи в нагрузку через ценовую дискриминацию. Хотя ценовая дискриминация повышает прибыльность монополии, она не обязательно вредит покупателям. Разумеется, поскольку монополист, способный дискриминировать с небольшими издержками, может увеличивать выпуск, дискриминация на самом деле снижает безвозвратные потери эффективности, связываемые обычно с монополией.

Возможно также, что изобретение в комплексе из товара и его цены, предлагаемом монополистом, является действенным способом убрать с рынка менее эффективных конкурентов². Если функция изобретения заключается в этом, против него нечего возразить и его можно только приветствовать по причинам, приведенным в части 1.5. Выгода для эффективности такого рода может быть достаточно велика, чтобы оправдать даже откровенную продажу в нагрузку, при которой «IBM» отказалась бы продавать компьютеры всем, кто не пообещает покупать только ее периферийные устройства. Поскольку даже откровенная продажа в нагрузку может увеличить благосостояние потребителей, логических оснований для возражения против неявной нагрузки, осуществляемой посредством изобретения, не существует.

Было бы опрометчиво, однако, предполагать, что антимонопольный анализ хищнических изобретений зависит от надлежащего отношения к явной продаже в нагрузку. «Продажа в нагрузку», в соответствии с традиционной доктриной, является вынужденным пакетом сделок <package deal>. Монополист на рынке продукта А отказывается продавать А за исключением случая, когда покупатель соглашается взять также и Б. Если монополист предлагает как пакет из А и Б, так и А отдельно, «нагрузки» нет, и нет повода для антимонопольной жалобы³. Монополист волен сделать пакет из А и Б привлекательным для покупателей, например, снизив цену А; не существует правовых препятствий, если этот

1 W. BOWMAN, ATENTA NDA NTITRUSTL AW 116—18, 163—82 (1973); Bowman, Tying Arrangements and the Leverage Problem, 67 YALE L.J. 19 (1957); Ferguson, Tying Arrangements and Reciprocity: An Economic Analysis, 30 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 52 (1965). Формальное утверждение о возможных последствиях и применениях ограничительных условий см. в: Telser, A Theory of Monopoly of Complementary Goods, 52 J. Bus. 211 (1979). См. тж. R. BORK, supra note 1, at 365—81; R. POSNER & F. EASTERBROOK, supra note 1, at 802—10.

2 R. POSNER, supra note 1, at 194—96.

3 См. напр. «Sorbato v. Prudential Ins. Co.» (632 F.2d 786 (9th Cir. 1980)); «Kentucky Fried Chicken Corp. v. Diversified Packaging Corp.» (549 F.2d 368 (5th Cir. 1977)).

пакет настолько привлекателен, что покупатели всегда покупают А и Б вместе, а не раздельно¹.

У изобретений, касающихся комплементарных товаров, отсутствует принудительность, необходимая для состава продажи в нагрузку. Когда «IBM» выводит на рынок компьютер с новой системой мультиплексирования, она не принуждает всех владельцев систем «IBM» переходить на новую систему и не запрещает им присоединять периферийные устройства других фирм к своим новым компьютерам. Когда «Kodak» предлагал фотоаппараты новой системы, он не принуждал фотографов использовать в этих камерах пленку «Kodak». Правда, изобретатель может выиграть ход у производителей комплементарных товаров: у «Kodak» уже будет новая пленка, когда он предложит новые аппараты, и догнать его займет у конкурентов время. Но ничто не вынуждает ни одного покупателя приобретать как фотоаппарат, так и пленку у одного продавца.

Неявная «нагрузка», создаваемая изобретением и подвергаемая эрозии в результате реакции конкурентов, может создать ряд преимуществ потребителям. Что самое важное, она позволяет изобретателю сократить количество желающих даром прокатиться на его НИОКР. В компьютерной отрасли и отрасли фотооборудования НИОКР представляет существенную часть производственных издержек. Однако, как только «IBM» пускает товар в продажу, конкуренты могут исследовать его, узнать, как он устроен и воспроизвести без выплат «IBM». Если конкуренты могут задаром пользоваться исследованиями изобретателя, изобретатели обнаружат, что выводить на рынок некоторые сложные товары невыгодно, и пострадают потребители². Хотя до некоторой степени такое даровое использование ограничивается патентным правом, многие важные разработки (и большинство «всего лишь» технических усовершенствований) непатентуемы. Непатентуемые аспекты вычислительной техники и фототехники, в частности, могут быть гораздо более важны, чем патентуемые, что делает «бесплатный проезд» серьезным препятствием на пути изобретений³. Даже когда получить патент можно, принудить к его соблюдению может оказаться невозможным. Неявная «нагрузка», производимая за счет изобретения, ограничивает продажи конкурентов и, таким образом, объем «бесплатного проезда» на трудах изобретателя⁴.

Второй функцией продаж комплементарных товаров, вызванных изобретением, является возможность большего контроля над качеством новой продукции со стороны изобретателя. Для потребителей может быть весьма сложно определить источник недостатков нового товара; по определению, им еще не знакомого. Но успех изобретения может зависеть от первоначального восприятия его качества потребителями. Они повторят покупку только если останутся довольны. Если изобретение представляет собой просто один из товаров, применяемых для производства конечного блага, единственным практичным для

1 См. «United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.» (429 U.S. 610 (1977)).

2 Верховный суд признает это, хотя и в условных выражениях, в деле «Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co.» (100 S. Ct. 2601, 2621—25 (1980)).

3 Тот факт, что определенная добавка к знаниям непатентуема, не влечет ее свободной доступности. Суд признал это, поддержав доктрину коммерческой тайны на уровне штата («Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.», 416 U.S. 470 (1974)). Патентное законодательство устанавливает предел исключительным правам на изобретения, защищаемым с помощью правоприменения, но фирмы вольны удерживать ценность новой информации, которую они получают, самостоятельно (например, посредством тайны). Изобретение, касающееся товара А, повышающее способность изобретателя присваивать выгоду от своих НИОКР, связанных с товаром Б, является просто еще одним средством такой самостоятельной защиты ценности вложений в информацию.

4 Широко признано, что расширение рыночной доли позволяет фирмам возмещать большую часть своих вложений в информацию и, таким образом, поддерживает изобретение. См. F. SCHERER *supra* note 44, at 423—38; Ginsburg, Antitrust, Uncertainty, and Technological Innovation, 24 ANTITRUST BULL. 635 (1979).

изобретателя способом обеспечить отсутствие ошибок восприятия качества товара является поставка также и комплементарных товаров. Когда «Kodak» предложила новый фотоаппарат, потребители могли бы разочароваться, если бы он плохо работал со старой пленкой конкурентов. Потребители не смогли бы определить, относится ли данный недостаток к аппарату, пленке, проявке или их сочетанию. У конкурирующих поставщиков пленки и услуг по проявке не было бы достаточного стимула поставлять пленку, лучше всего подходящую к новому аппарату, поскольку они не несли бы полных издержек неудовлетворительных результатов. Они бы испытывали некоторое падение продаж, но испытывала бы его и «Kodak». Если, с другой стороны, «Kodak» заставила покупателей пользоваться со своими аппаратами пленкой и проявкой только от «Kodak», потребители смогли оценить всю систему. Как только система приобрела репутацию за свое качество, необходимость совместных продаж исчезла; потребители могли заменять пленку (или камеру) товаром другого производителя и могли обнаруживать причину любого изменения качества. Издержки или отдачу от уровня качества своего товара несли бы тогда другие поставщики¹.

Во многих случаях должно быть возможным определение того, существуют ли такие преимущества. Критерий не должен зависеть от свидетельств инженеров или других технических экспертов. Вместо этого, он должен ставить единственный вопрос: вырос ли выпуск после изобретения? Если выпуск вырос, о монополизации рынка изобретателем говорить нельзя, поскольку «возмещение» зависит от монополистического сокращения выпуска. Во многих случаях предположительно хищнического поведения конкуренция со стороны фирм, поставляющих старые товары, предотвратила бы любое сокращение выпуска. Хотя рост выпуска однозначно свидетельствует об отсутствии монополизации, падение выпуска не обязательно указывает на хищничество. Новая продукция может быть просто более долгоживущей (например, лезвия для бритв, остающиеся острыми в десять раз дольше, чем раньше) или более мощной (например, компьютеры, работающие в десять раз быстрее, чем предыдущее поколение).

Таким образом, я прихожу к выводу, что изобретения нельзя называть «хищническими» только потому, что они могут позволить некоторой фирме контролировать рынок комплементарной продукции, или даже потому, что они могут привести к сокращению выпуска. Начальный контроль таких рынков изобретателем может быть благотворным для потребителей, поскольку делает изобретательство менее рискованным, дает фирмам стимулы предпринимать дополнительные исследования и позволяет потребителям более точно оценивать товар. Любая рыночная власть, создаваемая изобретением, подвержена эрозии с течением времени и по реализации названных преимуществ для данного товара. Неявная нагрузка, прилагаемая посредством определенной стратегии вывода товара на рынок, может нести более высокие издержки, чем явная нагрузка; если так происходит, причиной данных издержек является норма, запрещающая нагрузку (а не сама стратегия). «Хищнические изобретения» лучше всего понимать как иллюстрацию к утверждению, что если антимонопольное право запрещает одно средство (например, явную продажу в нагрузку), фирмы найдут другие, влекущие большие издержки, средства ему на смену².

1 Интерес изобретателя в том, чтобы позволить потребителям отличать качество нового товара от качества комплементарных товаров, повышается ввиду того, что часто изобретатель предлагает на продажу сходные товары. Если «IBM» выводит на рынок новый компьютер, плохо функционирующий из-за подключения к низкокачественным периферийным устройствам, что повредило бы репутации «IBM», заслуженной качеством и, таким образом, помешало бы продажам других, старых товаров. Такой риск достаточно велик, чтобы не позволять ему дополнительно повышаться в результате решений, принимаемых конкурентами, не несущими полного бремени последствий своих собственных решений, касающихся качества.

2 Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 240—41; Spence, *supra* note 40. Такие заменители с

На самом деле, даже в предположении, что изобретательские стратегии иногда (или всегда) сокращают благосостояния, мало толку в том, чтобы пытаться их подавить. Предположим, что изобретательские стратегии не обладают ни одним из тех преимуществ, которые я описал, но лишь увеличивают размер монопольной прибыли фирмы, посредством ли «рычага», или позволяя данной фирме осуществлять ценовую дискриминацию. Если продажа в нагрузку к компьютерам периферийных устройств позволила «IBM» извлечь <дополнительно> 100 долл. монопольной прибыли, это привело бы к омертвленным затратам приблизительно в 50 долл.¹ Осуществлять саму нагрузку может оказаться относительно недорого; возможно, «IBM» потратит на ее организацию 10 долл. из названной прибыли. Если мы запрещаем откровенную нагрузку, «IBM» перейдет к более дорогостоящим способам наращивания своей монопольной прибыли. Она может решить, например, потратить 30 долл. на реализацию изобретательской стратегии, которая не вполне точно имитирует нагрузку. Такая изобретательская стратегия может принести отдачу в 80 долл. Это оставляет «IBM» 50 (80–30) долл. и приводит к омертвлению 40 долл. затрат. Совокупные общественные издержки нагрузки составляли 60 долл., а общественные издержки изобретательской стратегии — 70 долл. Норма, запрещающая изобретательские стратегии могла бы побудить «IBM» вложить 60 долл. еще в один подход, который принес бы лишь 65 долл. дополнительной монопольной прибыли, но привел бы к аллокативным потерям в 32,50 долл. Общественные издержки такой третьей стратегии составили бы 92,50 долл. Было бы лучше позволить «IBM» явную нагрузку, чем запускать дорогостоящие правовые процедуры, всего лишь заставляющие фирму принимать все более и более дорогие стратегии повышения своей прибыли.

1.7 ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

До сих пор, обсуждение оставалось в основном на теоретическом уровне. Я задавал вопросы о том, может ли фирма рассматривать предполагаемые хищнические стратегии как сулящие перспективы значительной прибыли, и заключил, что потенциального хищника ожидают существенные риски и мало возможностей извлечения прибыли. Но заключать из этого, что хищничество всегда невыгодно, нельзя. В конечном итоге данный вопрос эмпирический. Поэтому следует определить, имеет ли место выгодное хищничество на практике достаточно часто, чтобы стать предметом серьезного внимания.

В этом отношении, полезно сравнить хищничество с другим экономическим явлением, которое не подлежит исключению единственно на теоретическом уровне: проблеме «второго по предпочтительности»². Немногие рынки, если такие есть вообще, удовлетворяют критериям совершенной конкуренции. Каждая фирма обладает некоторой властью над ценой; правительства создают препятствия для выхода на рынок; и никакая фирма не смогла бы нарастить выпуск немедленно и плавно. Из-за этих и других отклонений от модели конкуренции, распределение ресурсов иногда улучшается ввиду монополии. Например, если монополизирован забой домашней птицы, должны ли мы разрушать данную монополию? Мы не можем дать теоретического ответа на этот вопрос, пока не узнаем, монополизировано ли выращивание птицы или розничная торговля ею. Монополия на забой может оказаться «вторым по предпочтительности» выбором — не настолько хорошим, как конкуренция на всех рынках, но лучше, чем если конкурентную отрасль забоя взяли в окружение монополия и монополия.

неизбежностью являются более дорогостоящими и менее эффективными; иначе, монополист использовал бы их вместо ограничивающих условий.

1 Формулу расчета аллокативных потерь см. в прим. 85 выше. Объяснение того, почему эти потери приблизительно равны половине монопольной переплаты, см. в прим. 144 ниже.

2 Описание проблемы следующего по предпочтительности см в: 2 P. AREEDA & D. TURNER, *supra* note 1, I 411; R. POSNER *supra* note 1, at 13—14; F. SCHERER *supra* note 44, at 24—29; Lipsey & Lancaster, *The General Theory of Second Best*, 24 REV. ECON. STUD. 11 (1956).

Серьезно подходя к проблеме «второго по предпочтительности», мы не смогли бы разрешить ни одного антимонопольного дела, пока суд не исследовал всех поставщиков и потребителей ответчика. Вместо этого, суды игнорируют проблему второго по предпочтительности по двум причинам, каждой из которых достаточно. Во-первых, она поднимает вопросы, слишком сложные для судебного разрешения; во-вторых, нет причин полагать, что проблема следующего по предпочтительности является серьезной. У большинства экономистов есть сильные подозрения, даже если нет доказательств, что политика объявления всех картелей незаконными приносит больше пользы, чем вреда.

Те же причины, которые заставляют суды игнорировать проблему второго по предпочтительности, должны заставить их отклонять обвинения в хищничестве. Выше я показал, что судебный разбор обвинений в хищничестве заставляет погружаться в весьма сложные материи. Каждый из предлагающих критерии хищничества утверждает, что критерии, предлагаемые другими учеными, непрактичны. Я думаю, что все они правы. В частях 2 и 3 я более подробно разбираю причины, по которым сложность применения любой нормы, запрещающей хищничество, должна удерживать от введения таковых вообще.

Имеющиеся свидетельства также указывают на то, что хищничество случается редко, если случается вообще. Изучение многих отраслей обнаруживает мало свидетельств выгодных примеров хищничества в Соединенных штатах и за рубежом¹. Такое изучение соответствует результатам судебных процессов; обычно суды постановляют, что хищничества не было². Процессы находят такой исход не только потому, что приняли критерий Ариды—Тёрнера — весьма жесткий, с точки зрения истцов, — но и потому, что они раз за разом приходят к выводу, что ответчик не продавал ниже себестоимости и не жертвовал как-то иначе краткосрочной прибылью, чтобы добиться монополии. Даже в случаях, когда от подхода Ариды и Тернера отказывались в пользу нормы, более благосклонной для истцов, хищничества все же не обнаруживалось³. Такое отсутствие доказательств хищничества —

1 См. напр. V. FOG, *INDUSTRIAL PRICING POLICIES* 47—51 (1960); Elzinga, *Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust*, 13 J.L. & ECON. 223 (1970); Kamerschen, *Predatory Pricing, Vertical Integration and Market Foreclosure: The Case of Ready Mix Cement in Memphis*, 2 *INDUSTRIAL ORGANIZATION* 143 (1974); Koller, *The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study*, *ANTITRUST & ECON. REV.*, Summer 1971, at 105 (расследован 31 предполагаемый эпизод хищничества); McGee, *Government Intervention in the Spanish Sugar Refining Company*, 18 *J. L. & ECON.* 39 (1969); McGee, *Ocean Freight-Rate Conferences and the American Merchant Marine*, 27 *U. CHI. L. REV.* 191 (1969).

Один из примеров, к которым иногда прибегают для доказательства существования хищничества, является международный картель перевозчиков, ставший предметом разбирательства в деле «Mogul S.S. Co. v. McGregor Gow & Co.» (23 Q.B.D. 598 (1889), *aff'd*, [1892] A.C. 25 (1891)). См. F. SCHERER *supra* note 44, at 337—38, 338 n.13; Yamey, *Predatory Rice Cutting: Notes and Comments*, 15 *J.L. & ECON.* 29 (1972). Макги, однако, утверждает, что «затопление кораблей», применяемое картелем, было конкурентным ответом на излишнюю пропускную способность и падение спроса (McGee, *Ocean Freight-Rate Conferences*, *supra*, at 249—50; см. тж. A. FERGUSON, LERNER, MCGEE, WOI, L. RAPPING & S. SOBOTKA, *THE ECONOMIC VALUE OF THE U.S. MERCHANT MARINE* 406—13 (1961)). Даже если Макги ошибается, хищничество картеля перевозчиков не дает существенной поддержки утверждению о том, что хищничество обычно скорее всего окажется прибыльным. Этот пример связан с настоящим картелем, который мог быть осужден в рамках обычных антимонопольных доктрин вне зависимости от того, прибегал ли он к хищничеству. Против данного картеля не выступали антимонопольные правоприменительные органы; напротив, он защищался регуляторными ведомствами от выхода на рынок новых участников. Монополия, защищаемая государством, является наиболее удачной средой для хищника.

2 См. дела, названные в прим. 31 выше.

3 См. «Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.» (615 F.2d 427, 432 (7th Cir. 1980)); «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (4, 81 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)). См. тж. «E. I. du Pont de Nemours & Co.», 987 *ANTITRUST & TRADE REG. REP.* (BNA) F-1 (F.T.C. Oct. 30, 1980), в котором «Федеральная» комиссия «по торговле»

согласно любой теории — знаменательно. Возможность троекратной компенсации ущерба и стремление защитить свое положение на рынке дают сторонам, пострадавшим от какого бы то ни было хищнического поведения, серьезные мотивы отыскивать и наказывать хищничество в случаях, когда оно происходит. Если и настолько мотивированные истцы не находят убедительных свидетельств хищничества, таковые вряд ли существуют.

Против этих соображений можно выдвинуть три возражения. Во-первых, суды и ученые могут ошибаться, заключая, что в изучавшихся ими случаях не было хищничества. Во-вторых, хищничество может остаться незамеченным и не стать предметом судебного разбирательства или научного изучения. В-третьих, имеющиеся нормы против хищничества могут действительно сдерживать данный метод, но будь хищничество законно, оно бы случилось <чаще>.

Второе возражение слабо. Возможно, хищничество трудно доказать, но скрыть его совсем непросто. Жертва, которую вытолкнули с рынка, знает, что потерпела вред. Она может не знать, причинен ли этот вред законной конкуренцией (в противоположность хищничеству), но это и не важно. Такая фирма может подать иск и потребовать исследования издержек своего конкурента. Кроме того, одна из теорий, наиболее часто выдвигаемых в объяснение хищничества, модель подачи сигналов¹, на самом деле требует, чтобы конкуренты хищника были в курсе его поведения. Любые сообщения, подаваемые фирмой, обладающей монополией на нескольких рынках, бесполезны, если их не получают. Подобным образом, любая стратегия, зависящая от влияния ожидаемой отдачи потенциальных новых игроков, с необходимостью включает подачу сигналов, которая помогла бы в судебном преследовании.

Третье возражение тоже является слабым. Известно немного (если вообще известно) случаев выгодного хищничества до принятия Закона Шермана, а также (в других странах) в отсутствие законов, его запрещающих. Кроме того, ни один отрицательный стимул не является совершенным; некоторые люди всегда придут к выводу, что получают больше от нарушения нормы, чем потеряют в результате наказания. Фирмы фиксируют цены, несмотря на Закон Шермана. Некоторые фирмы должны также посчитать, что хищничество, если оно выгодно, стоит риска антимонопольного <преследования>. Чем более выгоден метод, тем более привлекательно принятие таких рисков². Все, чего добиваются запретом,

решила, что очень большой рост мощностей «Дюпона» по производству диоксида титана не был нарушением антимонопольных законов. Нарращивание мощности в деле «Дюпона», сопровождавшееся внедрением нового производственного процесса, которому были свойственны высокие постоянные издержки и низкие — предельные, стало бы первым кандидатом на то, чтобы быть названным хищническим вложением (см. часть 1.4 выше), если бы такие вложения были реалистичной хищнической стратегией.

Единственными недавними случаями выявленного хищничества являются «Borden, Inc.» (92 F.T.C. 669 (1978), appeal docketed, No. 79—3028 (6th Cir. Jan. 12, 1979)) и «Photovest Corp. v. Fotomat Corp.» (606 F.2d 704 (7th Cir. 1979), cert. denied, 445 U.S. 1093 (1980)). Дело «Photovest» обсуждается в тексте к прим. 121—122 ниже. «Borden» в настоящее время пересматривается, а решение административной инстанции не стоит рассмотрения. «Borden» никогда не снижала цены ниже предельных издержек (72 F.T.C. 753—54, 800—01). Это дело можно было бы рассмотреть как пример подачи сигналов, но члены Комиссии не смогли прийти к согласию, почему ценообразование на «ReaLemon» со стороны «Borden» было незаконно; в деле звучали обертоны права против ценовой дискриминации («Borden» взимала разные цены в разных частях страны) и права против «недобросовестных методов» в соответствии со статьей 5 Закона о Федеральной комиссии по торговле (15 U.S.C. ? 45 (1976)). Еще неизвестно, согласятся ли суды с решением по делу «Borden».

1 См. часть 1.3 выше.

2 Обычно-правовой ущерб в делах о хищническом ценообразовании исчисляется через недополученную жертвой прибыль. Как показано ниже (см. текст и прим. 136—143 ниже), такая недополученная прибыль не связана с выгодой хищника. Если хищничество было бы выгодным, перспективы выплаты недополученной прибыли часто были бы недостаточны, чтобы предотвратить применение данного метода.

это предотвращение минимально или умеренно выгодного хищнического поведения. Дошедшие до суда дела должны, таким образом, представлять собой самые вопиющие случаи хищничества, то есть, наиболее выгодные для хищника. Показать, является ли хищничество серьезной проблемой, должно исследование именно этих случаев.

Это возвращает нас к первому возражению: о том, что суды и ученые ошибались, постоянно упуская случаи хищничества. Было бы утомительно и бесплодно исследовать очень большое количество случаев. Я ограничу свое внимание двумя примерами, которые, как кажется, представляют наилучшие шансы обнаружения выгодного хищничества: одно дело, в котором фирма снизила цены ниже предельных издержек, другое — в котором фирма вытолкнула конкурента с рынка¹.

В деле «United States v. Empire Gas Corp.»² «Empire» продавала сжиженный попутный газ на многих территориальных рынках, в то время, как большинство ее конкурентов торговало только на одном. Это дало возможность «Empire» подавать сигналы о своей готовности снизить цены с одного рынка на другой. Казалось, она пыталась сделать именно это³. Хотя оптовые цены на сжиженный попутный газ составляли 9,7 центов за галлон, «Empire» снижала на некоторых рынках розничные цены до всего лишь 9 центов. «Empire» с очевидностью угрожала конкурентам на других рынках подобным снижением, если они не прекратят оттягивать к себе продажи и не установят свои цены в 15,9 центов за галлон. Свидетельства показали сочетание конкуренции, хищничество и результат в виде повышенных цен на нескольких из рынков.

Поведение «Empire» было хищническим, как ни определяй хищничество. Однако апелляционный суд не усмотрел нарушения антимонопольного законодательства, поскольку «Empire» не добилась «угрожающей вероятности успеха» в монополизации рынка. Ее доля на рынках, выбранных правительством в качестве самых удобных <для иска>, не превышала 50%. Другими словами, «Empire» не имела возможности возместить свои затраты на хищничество. Записи цен показали, что вызванное хищничеством завышение цен быстро прекращалось, оставляя «Empire» в результате чуть ли не со сплошными потерями. Хищничество не удалось, несмотря на, казалось бы, идеальные условия. «Empire» была диверсифицированной фирмой и имела широкий доступ к кредитам, в отличие от своих конкурентов. Она могла воспользоваться эффектом демонстрации для принуждения к кооперации на нескольких рынках, не осуществляя реального хищнического поведения более, чем на одном. Однако конкуренты один за одним выживали в ходе хищничества и продолжали конкурировать. Вошли в практику долгосрочные договоры с потребителями газа, даже если уходил конкурентный конкурент, возникали другие, поскольку входных барьеров на рынке сжиженного попутного газа не было. Поведение «Empire» остается примером самонаказывающего хищничества, которое не должно быть предметом заботы правовой системы.

1 «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)); «In re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation (Transamerica)» (481 F. Supp. 965, 1003 (N.D. Cal. 1979), appeal docketed, No. 80—4048 (9th Cir. Jan. 31, 1980)) и «ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM» (458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978), aff'd per curiam sub nom). Дополнительные примеры по видимости успешного вытеснения конкурентов, которое не было хищническим, находятся в деле «Memorex Corp. v. IBM» (632 F.2d 1188 (9th Cir. 1980)). См. текст и прим. 90—111 выше.

2 537 F.2d 296 (8th Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 1122 (1977).

3 Утверждалось также, что она применяла более сильные методы подавления конкуренции, например, взрывала заводы конкурентов. Однако, президент «Empire» был оправдан по уголовным обвинениям (см. Ibid. P. 298 (n. 1)).

Другое дело — это «Photovest Corp. v. Fotomat Corp.»¹, в котором истец действительно оказался вытолкнут с рынка в результате поведения ответчика, и апелляционный суд постановил, что хищничество в самом деле имело место. Но тем не менее, «Photovest» плохой кандидат в прибыльные хищники. Это дело было связано со сменой франшизодателем магазинов, которыми владели франшизополучатели, на собственные магазины. «Fotomat», франшизодатель, открыл ряд торговых отделений, продающих пленку и проявляющих ее по невысокой цене, и тем самым осложнил жизнь франшизополучателям. Решение суда о том, что это поведение является хищничеством, кажется натянутым. «Fotomat» в результате не получил возможности извлекать монопольную прибыль. Хотя он был единственным франшизодателем с фотокиосками, обслуживающими автомобилистов, возможность потребителей приобрести пленку и отдать ее проявлять в аптеку ограничивало цены «Fotomat». Без монопольной власти «Fotomat» не удалось бы возместить каких-либо своих затрат на хищничество.

Кроме того, даже если суд был прав в том, что релевантным рынком являются услуги киосков по обслуживанию автомобилистов, поведение «Fotomat» не имело потенциала принести вред потребителям. Если франшизополучатель «Fotomat» обладал монополией на местном рынке услуг для автомобилистов, а в конце концов эта монополия перешла бы к самой «Fotomat», потребители ничего не потеряли бы и, хоть немного, но выиграли, сэкономяв на пленке во время ценовой войны. Называть битву между франшизодателем и франшизополучателем хищничеством означает отваживать фирмы от предоставления такого преимущества своим покупателям. В любом случае, «Fotomat» не нуждался в ценовой борьбе для извлечения какой-либо монопольной прибыли, возможной на данном рынке. Он мог получить ее в форме франшизных выплат. Поэтому он мог мало выиграть от хищничества против источников данных выплат.

Одним из возможных объяснений спора между «Fotomat» и «Photovest» является то, что франшизополучатель халтурил. Возможно, франшизодатель даром пользовался репутацией, выработанной другими пользователями торгового знака «Fotomat», предоставляя услуги более низкого качества. «Photovest» мог взимать обычную цену, а бремя недовольства потребителей распределялось бы между всеми лавочками <под вывеской> «Fotomat». Обычно договор франшизы содержит условие своего прекращения, согласно которому франшизодатель вправе наказывать франшизополучателя за снижение качества², но договор с «Photovest» мог требовать слишком многих предупреждений. Открытие «Fotomat» собственных магазинов могло быть задумано для побуждения «Photovest» к повышению качества услуг или освобождению территории, и договор, предусматривающий прекращение при уведомлении за короткий срок, достиг бы той же цели. Прекращение франшизы франшизодателем не является хищничеством в любом разумном смысле. В деле «Photovest» не только не установлено наличие выгодного хищничества, но само это дело, скорее всего, было спором по договору в обличьи антимонопольного процесса.

2. ОПТИМАЛЬНОЕ ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ

До сих пор я доказывал, что хищничество скорее всего будет невыгодным, и что поэтому судебное возмещение не является необходимым. Потенциальные хищники несут в качестве своих частных издержек все сокращение общественного благосостояния, вызванное их деятельностью, и, соответственно, вряд ли будут хищничать. Если это верно, идти далее необходимости нет. Но даже если я ошибаюсь, из этого еще не следует, что правовая система

1 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979), cert. denied, 445 U.S. 917 (1980).

2 Экономическое обоснование положениям о прекращении в договорах франшизы см. в: Klein, Crawford & Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 J.L. & ECON. 97, 302—07 & n.22, 319—22 (1978); Rubin, The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract, 21 J.L. & ECON. 23 (1978).

должна пытаться наказать хищничество. Потеря для общественного благосостояния от выгодного хищничества не является единственной релевантной издержкой.

Благосостояние общества выше всего, когда правовая норма сводит к минимуму сумму 1) потерь для благосостояния от хищничества и любой вызванной им монополии; 2) потерь для благосостояния от ошибочного наказания обычной конкуренции, которую спутали с хищничеством, и связанных с этим потерь, вызванных снижением соперниками конкуренции с целью снизить вероятность наказания; и 3) издержек применения самой антихищнической нормы. В настоящей части данные издержки исследуются в предположении, в интересах дискуссии, что какие-то выгодные хищнические стратегии существуют.

Большинство соглашается с тем, что правовая норма должна формулироваться с учетом минимизации издержек правоприменения, хотя сложность применения до сих пор предлагавшихся критериев драматически различается¹. Защитники запрета на хищничество уделяли меньше внимания проблеме ложных положительных суждений (издержки (2) <в перечне абзацем> выше). К рассмотрению данной проблемы серьезно подошли лишь Джоскоу и Клеворик², причем их подход включал описание зависимости издержек ошибки от различий в структуре отрасли, в не определение их абсолютной величины³. Я подхожу к оценке издержек ошибки и правоприменения с другой стороны. Я обсуждаю способ, которым для проведения в жизнь запрета на хищничество могло бы использоваться возмещение ущерба, присуждаемое частным истцам. Данный анализ показывает, что имеющиеся антимонопольные доктрины, допускающие возмещение «переплаты» или «недополученной прибыли» при исках предполагаемых жертв хищничества, ведут к избыточному правоприменению при любой <формулировке> запрета на хищничество.

2.1 ИСЧИСЛЕНИЕ ОПТИМАЛЬНОГО РАЗМЕРА УЩЕРБА

Антимонопольные нарушения являются чисто экономическими преступлениями. Фирмы совершают хищничество и другие нарушения, стремясь к прибыли, и антимонопольная политика, включая ее карательные аспекты, разрабатывается для предотвращения нарушений путем снижения их выгоды. Таким образом, первой и вероятно единственной целью антимонопольного наказания является предотвращение. Если выплата суммы ущерба пострадавшей стороне также удовлетворяет ее, это лишь приятный побочный эффект⁴.

1 Аморфный подход Шерера и семейство критериев Ордовера и Уиллига требуют учета всех известных факторов (см. Easterbrook supra note 1; Williamson, Predatory Pricing, *supra* note 1, at 288 n.16). Подход Ариды—Уильямсона гораздо проще в применении, поскольку он обращается исключительно к сравнению издержек и цен. Другие критерии находятся где-то посередине.

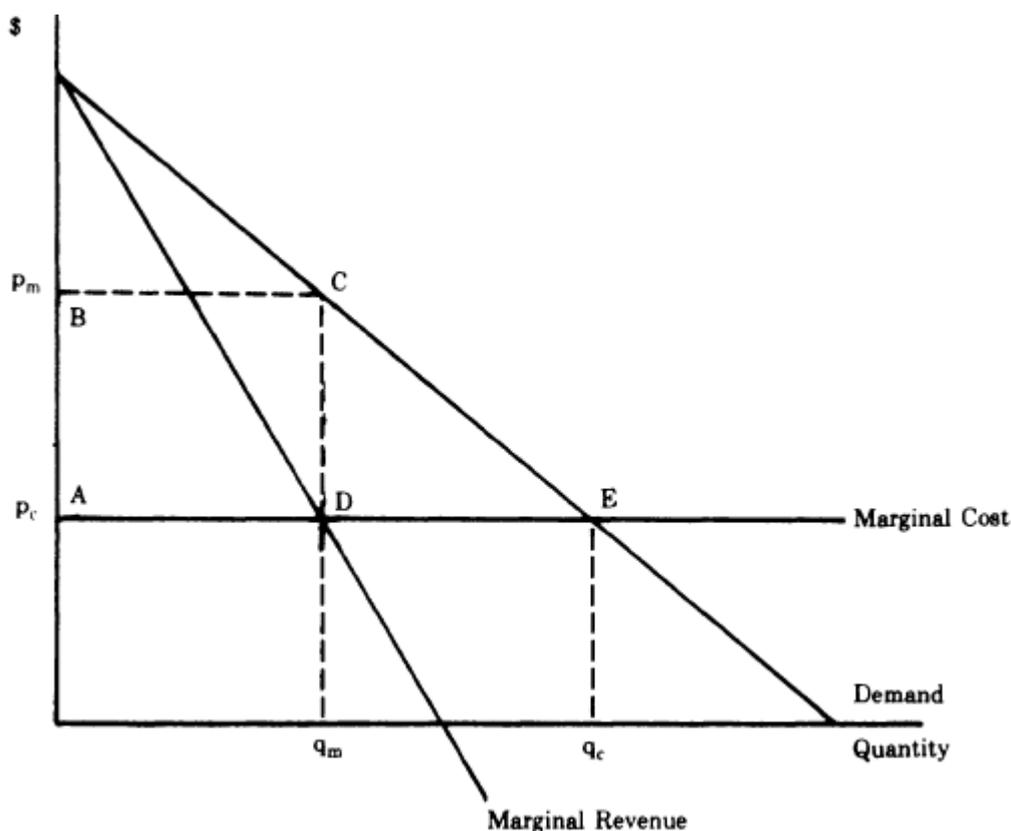
2 Уильямсон, к примеру, согласен, что упустил проблему ложных срабатываний (Williamson, Predatory Pricing II, *supra* note 1, at 1198).

3 Joskow & Klevorick, *supra* note 1, at 223—25.

4 Похоже, что в недавних решениях Верховного суда по антимонопольным возмещениям это признается. В деле «Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.» (429 U.S. 477 (1977)) постановляется, что лицо, потерпевшее вред от нарушения антимонопольного законодательства, не может требовать возмещения лишь потому, что потерпело убытки. Такие убытки должны проистекать из того, что сделало данное поведение незаконным. И в деле «Illinois Brick Co. v. Illinois» (431 U.S. 720 (1977)), где непосредственным покупателям было предоставлено возмещение полного ущерба вследствие сговора о ценах, такое решение было принято в порядке достижения надлежащего предотвращающего эффекта с наименьшими издержками. Это решение присудило возмещение покупателям, которые могли и не понести убытков, и отказало в возмещении конечным потребителям, которым был причинен вред, но Суд постановил, что надлежащий предотвращающий эффект предпочтительнее справедливого распределения компенсации (дополнительную аргументацию в пользу того, что предотвращение должно быть единственной целью возмещения ущерба в антимонопольных делах, см. в: Page, Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to

Первым требованием для предотвращения является то, чтобы возмещение делало нарушение невыгодным. В случае картеля, к примеру, норма должна лишать участников сговора всей монопольной переплаты. Она показана на Рис. 3 в виде прямоугольника ABCD. Монопольный выпуск, реализуемый по цене P_m , составляет q_m . Переплата представляет собой разность цены и предельных издержек (совпадающих с конкурентной ценой, P_c), умноженную на количество, проданное по монопольной цене. Если прибыль монополиста (прямоугольник ABCD) изымается при возмещении ущерба, стимул к монополизации исчезает. Обычная норма, касающаяся возмещения при антимонопольных разбирательствах и присуждающая клиентам монополиста сумму переплаты¹, делает именно это.

Рис. 3



Однако, возмещение ущерба, всего лишь изымающее у нарушителя то, что он получил от жертвы, учитывает не весь вред, причиненный нарушениям потребителям, как это делало бы оптимальное возмещение. В случае монополии, несомые потребителями издержки включают треугольник CDE с Рис. 3. Это омертвленные потери, или потери аллокативной эффективности. Совокупные потери включают также издержки определения и наказания нарушителя. Гари Бекер показал, что все неэффективные нарушения будут предотвращены

Antitrust Injury, 47 U. CHI. L. REV. 467, 472—76 (1980)).

1 См. «Illinois Brick Co. v. Illinois» (431 U.S. 720 (1977)); «Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta» (203 U.S. 390 (1906)).

«Переплата», измеряемая произведением проданного количества на разность цены и предельных издержек, на самом деле преувеличивает монопольную переплату. На Рис. 3 показаны постоянные предельные издержки. Но при более высоких предельных издержках, как это обычно бывает, конкурентная цена будет выше, чем предельные издержки монополиста при его (ограниченном) выпуске. Монопольная переплата на самом деле равняется разности конкурентной и монопольной цен. Однако, не существует удовлетворительного способа определения предельных издержек в отрасли при конкурентном выпуске. Следовательно, на практике необходимо в качестве наилучшего из доступных приближений к переплате пользоваться разностью предельных издержек монополиста и ценой.

штрафом или возмещением ущерба в а) сумме, полученной нарушителем от жертвы, плюс б) потери для общественного благосостояния, причиненных нарушением, минус в) издержки защиты от обвинения (которые считаются автоматическим штрафом)¹.

Оговорка о «неэффективном» нарушении важна, поскольку поведение, формально нарушающее правовую норму, может, тем не менее, нести нетто-выгоду для общества. Лишь немногие правовые нормы формулируются так, чтобы исключить любое поведение, описанное как «незаконное». Обычно, поведение становится незаконным, когда оно снижает благосостояние, и нормы о возмещении ущерба могут выбираться так, чтобы допустить (немногие) благотворные случаи такого поведения. Предположим, две фирмы слились и добились монополии. Возможно, им удалось снизить производственные издержки в то же время, когда они начали взимать монопольную цену. Норма, определяющая возмещение ущерба в размере переплаты плюс омертвленные убытки от монополии, заставило бы фирмы сопоставлять омертвленные убытки с экономии за счет повышения эффективности производства². Мы бы не возражали против любого слияния, при котором фирмы были бы готовы уплатить этот ущерб, поскольку им всем было бы свойственна нетто-выгода для благосостояния. А если размер возмещения установлен слишком высоким, таких слияний вообще не произошло бы. Такая антимонопольная норма снижала бы благосостояние.

Признание того, что возмещение ущерба может быть чрезмерным, является необходимым первым шагом в разбирательстве с теми методами, которые могут быть желательными или нежелательными в зависимости от обстоятельств. Точно так же, как слишком высоким может быть наказание за слияния, если оно предотвратит объединения, сокращение издержек при которых превышает аллокативные потери, наказание за хищническое ценообразование будет слишком высоким, если оно предотвратит снижение цен или изобретения, являющиеся результатом жесткой конкуренции. Разумеется, поскольку теми действиями, которые могут быть названы хищническими — снижением цен, наращиванием выпуска, строительством более крупных заводов, выводом на рынок новой продукции — обычно отмечена желательная конкуренция, особенно важно, чтобы ущерб, возмещаемый в случае хищничества, не превышал оптимального размера³.

1 Becker, выше note 37, at 190—93. Так исчисленный убыток следует также разделить на вероятность успешного выявления и наказания нарушения; рассмотрение этого осложняющего фактора я откладываю на часть 2.4 ниже.

2 Возмещаемый ущерб в случае поглощения будет равен <площади> четырехугольника ABCE с Рис. 4. Экономия издержек, которая также пойдет слившимся фирмам в прибыль, составит <площадь> прямоугольника ADGF. В первом приближении, слияние общественно благотворно в случае, если площадь ADGF больше, чем площадь CDE (омертвленные потери), поскольку представленная прямоугольником ФИСВ монопольная переплата аннулируется (она сначала получается монополистом, а затем выплачивается в виде штрафа). В отличие от обычного случая, рассмотренного в прим. 127 выше, здесь нам известна конкурентная цена: это цена, взимаемая данными фирмами до слияния. Таким образом, нет необходимости прибегать к более низким предельным издержкам монополиста, чтобы исчислить в данном случае переплату. Оливер

Рис. 4

Уильямсон доказывает, что суды должны пытаться вычислять данные площади и разрешать слияния, в которых экономия издержек превышает аллокативные потери (см. Williamson, *Economies Revisited*, выше note 80). Такого трудоемкого предприятия можно избежать посредством нормы, устанавливающей оптимальное возмещение, поскольку фирмы, которые наилучшим образом осведомлены о собственных издержках и экономии, сами способны выполнить необходимые расчеты (см. тж. R. POSNER & F. EASTERBROOK, выше note 1, at 549—53, 920—21).

3 Научная литература о возмещении антимонопольного ущерба в массе своей игнорирует

Я использую термин «ложное срабатывание» по отношению к наложению обязанности возмещения ущерба в размере выше оптимального, поскольку такое возмещение ограничило бы желательное снижение цен. Возможность исчисления ущерба, превышающего оптимальную сумму, ведет и к ложным срабатываниям в более привычном значении этого термина. Число исков растет с ростом размера возмещения. Если норма, отличающая хищничество от жесткой конкуренции, не дает четкого результата в каждом случае, неизменно будут иметь место ошибки судебного урегулирования. Если, к примеру, подано 100 исков, в 10 из которых имело место хищничество, а в 90 — жесткая конкуренция, а вероятность ошибки составляет 10%, будет иметь место 9 ложных срабатываний ($90 \cdot 0,1$) и одно ложное освобождение от наказания ($10 \cdot 0,1$). Правовая система может снизить вероятность ложных срабатываний, сделав применение правовой нормы более предсказуемым, но она может сократить их количество также и путем снижения стимулов к подаче исков. Исчисление оптимального размера возмещения должно сократить количество исков и, следовательно, количество ошибок, даже если правовая норма не повышает своей определенности.

Норму, устанавливающую оптимальный размер возмещения, за монополию или картель сформулировать легко. Такая норма, однако, не подойдет для хищнического ценообразования, несмотря на то, что основное возражение против хищничества заключается в установлении монопольных цен. Картель добивается монопольной прибыли просто снижая производство и поднимая цены; монопольная переплата, таким образом, является обоснованным показателем прибыли картеля. Хищник, со своей стороны, должен сделать существенные вложения в изгнание с рынка конкурентов. Монопольная прибыль, к которой он стремится, равна не переплате целиком, но переплате за вычетом таких

вопрос оптимальности санкций. Арида и Тернер, к примеру, признавая цель предотвращения, имеющуюся у антимонопольных законов, сочетают ее с целью компенсации. Они лишь намекают на соображения, касающиеся оптимизации, и то только в абзацах, посвященных нарушениям, не приводящим к ущербу (2 P. AREEDA & D. TURNER, выше note 1, 1? 343—347).

Элзинга и Брейт (K. ELZINGA & W. BREIT, THE ANTITRUST PENALTIES: A STUDY IN LAW AND ECONOMICS (1976)) игнорируют соображения оптимальности, предлагая, чтобы штрафы измерялись совокупной прибылью нарушителя, а не выгодой, извлеченной из нарушения.

Харрисон (Harrison, The Lost Profits Measure of Damages in Price Enhancement Cases, 64 MINN. L. REV. 751 (1980)) рекомендует основывать возмещаемый ущерб на «недополученной прибыли» покупателей картеля. Харрисон защищает показатель недополученной прибыли, чтобы иметь возможность решить «проблему утраченных объемов», как он сокращенно обозначает сокращение монополистом выпуска с q_c до q_m ; традиционные показатели переплаты, отмечает Харрисон, не учитывают данной потери. Однако, подход Харрисона не учитывает оптимальности предотвращения; недополученные прибыли слабо соотносятся, если соотносятся вообще, с монопольной выгодой (см. часть 2.3 ниже). Кроме того, недополученную прибыль невозможно исчислить без обширных сведений об эластичности предложения и спроса — сведений, которые, как я предположил выше, скорее всего не удастся собрать для судебного процесса (см. тж. Landes & Posner, выше note 88, at 615—21).

В самых недавних статьях о возмещении по антимонопольным делам оптимальные санкции начали рассматриваться. Например, в работе Schwartz, An Overview of the Economics of Antitrust Enforcement, 68 GEO. L.J. 1075, 1081—85 (1980) санкции обсуждаются в экономических терминах, хотя и с несколькими ошибками. Автор предполагает, к примеру, что предотвращаться должны все нарушения, и что оптимальная санкция равняется омертвленным потерям для благосостояния, упуская необходимость изъятия у нарушителя монопольной переплаты, чтобы побудить его сравнивать выгоды для эффективности с суммой данной конфискации. Ноут (Note, Rethinking Antitrust Damages, 33 STAN. L. REV. 101, 117—18 (1981)) хочет установить возмещение ущерба в размере переплаты (без учета потерь для благосостояния) и опосредует данную сумму объемом недополученной жертвой выгоды. Пейдж (Page, выше note 128, at 484—87, 493—96), разрабатывая принцип оптимальности, также утверждает, что надлежащим объемом санкций является сокращение цены действующего предприятия или какой-либо иной показатель недополученной прибыли. Это предложение я обсуждаю в части 2.3 ниже.

вложений. Если хищник тратит 99 долл. на изгнание конкурента, а затем получает монопольную переплату в 100 долл., монопольная прибыль составит лишь 1 долл. Штраф в сумме 1,01 долл., таким образом, должен предотвратить такое нарушение.

Если оптимальный штраф равен перераспределяемой в результате нарушения закона сумме плюс омертвленные потери для благосостояния, причиненные поведением хищника, суд может поступать в делах о хищничестве следующим образом. Он должен исчислить сумму переплаты и размер аллокативных потерь и вычесть из нее вложения в хищничество¹ и судебные издержки фирмы, поскольку такие издержки считаются автоматическим штрафом. В результате получится первое приближение к оптимальному наказанию.

Данную сумму необходимо скорректировать. Начиная кампанию, хищник не знает, увенчается ли она успехом. Намеченная жертва может пережить битву, или же рыночные условия — измениться после ухода жертвы, что не даст возместить затраты. Когда фирма не уверена в успехе хищничества, она начинает кампанию лишь в случае (при оценке *ex ante*) большей ее выгоды, чем законного вложения капитала. Если, к примеру, хищник полагал бы, что у него есть один шанс из двух на успех кампании, он предпринял бы хищничество только в случае по крайней мере двукратного превышения прибылью затрат плюс по крайней мере двукратной отдачи от конкурентного вложения затрачиваемой суммы².

Оптимальный размер возмещения должен исчисляться исходя из той же точки зрения *ex ante*. Предположим, хищническая кампания обошлась бы в 150 долл., имела бы успех в одном случае из пяти и при успехе привела бы к монопольной переплате 1 тыс. долл. (дисконтированной к текущему моменту). Она также причинила бы потребителям омертвленные потери 500 долл. (также дисконтированные). Рассмотрев пять аналогичных дел, мы хотим собрать с хищников 1,5 тыс. долл. (перераспределенные средства плюс омертвленные потери) за вычетом выгоды потребителей, полученной ими за время хищнической кампании (750 долл., потраченных на хищничество). Совокупный оптимальный штраф за пять аналогичных дел составит таким образом 750,133 долл.³

1 Сумма, вкладываемая хищником, приблизительно равна выгоде, получаемой потребителями на протяжении эпизода хищничества. Поскольку оптимальное возмещение ущерба равняется убыткам потребителей (включающим переплату и аллокативные потери для благосостояния), необходимо из переплаты хищника вычесть недоплату в течение первого периода. Эти вложения составят площади A и B с Рис. 1 выше.

Обратите внимание, что это предполагает, что площадь C с Рис. 1 при исчислении ущерба не должна вычитаться из монопольной переплаты хищнику. Те потребители, которые покупали лишь из-за снижения цены хищником, привели к потерям для благосостояния, которые хищник в период хищничества понес в качестве своих частных издержек, поэтому их не следует учитывать при последующем исчислении наказания.

2 «Как минимум двукратно», поскольку фирма может избежать рисков.

3 Показать, как такой штраф работает в случае, если хищник имеет возможность достичь некоторой экономии издержек вследствие того, что стал монополистом, можно на примере. Предположим, такая экономия составляет 400 долл. Хищник исчислил бы свои издержки проведения кампании в 150 долл. (затраты на кампанию) плюс 150 долл. (действительная цена 750-долларового штрафа, если он платится один раз из пяти). Выгода хищника составила бы 200 долл. (актуарная ценность монопольной прибыли, которую удастся извлечь один раз из пяти) плюс 80 долл. (актуарная ценность производственной экономии в 400 долл.). Поскольку издержки в 300 долл. превышают выгоду в 280 долл., возмещение ущерба предотвратит потенциальное хищничество, как и должно, ведь 500-долларовые омертвленные потери превышают 400-долларовую экономию на издержках. Но если бы экономия на издержках составляла бы 501 долл., выгода хищника от своей кампании составила бы 200 (= $1000/5$) долл. плюс 100,20 (= $501/5$) долл., всего 300,20 долл. Тогда хищник решил бы предпринять кампанию, как и должен, учитывая общественную нетто-выгоду в 1 долл. (501 долл. экономии на издержках за вычетом 500 долл. омертвленных потерь). Если, однако,

Однако, распределение данного штрафа по пяти эпизодам поднимает непростые вопросы. Если ответчиками становятся лишь успешные хищники, мы должны взыскивать все 750 долл. с каждого ответчика. Это предпочтительный метод. Четыре незадачливых хищника будут «оштрафованы» автоматически, а рассмотреть в суде одно дело дешевле, чем все пять. Если же представляется вероятным, что некоторые из конкурентов, пострадавшие от хищнической кампании, подадут иск и получат возмещение, оно должно быть ниже 750 долл. Например, если жертвы получают возмещение во всех пяти случаях, возмещение должно составить лишь 150 долл. по каждому иску. Таким образом, если суд не в силах определить, какая доля из всех эпизодов хищничества кончается подачей иска, и какая доля поданных исков удовлетворяется с выплатой возмещения, он не сможет определить, как распределить данную совокупную сумму возмещения в 750 долл. по истцам в тех случаях, когда дело дошло до суда.

Высказанные до сих пор предложения можно подытожить так. Оптимальная компенсация ущерба в любом антимонопольном деле равна сумме, перераспределенной от жертвы к правонарушителю, плюс омертвленные потери для благосостояния, причиненные такой переплатой. В случае хищничества возмещение должно быть уменьшено с учетом а) возможности провала кампании и б) того факта, что понесенные хищником затраты на хищничество являются наложенным на себя самого штрафом. Оптимальным возмещением является *ex ante* ценность перераспределенной суммы и омертвленных потерь за вычетом издержек хищничества, которые приблизительно равны выгодам, извлеченным потребителями. Определить размер этого возмещения, если суд не знает, какая доля всех эпизодов хищничества успешно оспаривается в суде, невозможно.

2.2 ЗАВЫШЕНИЕ ЦЕН КАК УЩЕРБ

При исчислении и присуждении компенсации ущерба имеются серьезные проблемы, которые я описал. Кому полагается возмещение? Не тем потребителям, которые покупали у хищника по низким ценам; им хищничество пошло на пользу, а не во вред. Видимо, и не тем потребителям, которые страдают в будущем, когда хищник попытается возместить свои затраты; их невозможно выявить, и ни у кого нет соответствующих стимулов искать и наказывать нарушения¹. В антимонопольном праве при недостаточности исков со стороны потребителей делу взимания штрафов с правонарушителя служат иски конкурентов. Так, законодательство о хищничестве вырабатывается исключительно посредством исков конкурентов, даже несмотря на то, что конкуренты не несут ущерба (монопольной переплаты и следующих из нее омертвленных потерь), являющегося предметом антимонопольного права.

Но как определить точную сумму, подлежащую выплате конкуренту, ставшему жертвой хищничества? Суду потребуется знать две вещи: вероятность, с которой хищническая кампания, подобная данной, приводит к успеху, и дисконтированную сумму монопольной прибыли в случае успеха. К сожалению, он не будет в состоянии определить ни одну, ни другую. Монопольная прибыль, подлежащая дисконтированию, будет зависеть от эластичности спроса в будущем (каковую, вероятно, нельзя выяснить даже в принципе, тем более, на практике) и от условий выхода на рынок, определяющих продолжительность

ущерб, возмещаемый в случаях успешного хищничества составлял бы 1,5 тыс., а не 750 долл., фирма не стала бы осуществлять своей кампании «благотворного хищничества».

Я не предполагаю, что фирмы на самом деле занимаются такого рода подсчетами. Но в той степени, в которой они ими не заняты, они будут наказаны за такую небрежность рынком и правовой системой (см. Easterbrook, Landes & Posner, Contribution Among Antitrust Defendants: A Legal and Economic Analysis, 23 J.L. & ECON 3. 31, 345 n.40 (1980)). Норма, устанавливающая оптимальное возмещение, создает правильные стимулы для фирмы, отзывчивой к такого рода вещам.

1 См. Landes & Posner, выше note 88, at 608—15. Но см. часть 2.5 ниже.

монополии хищника. Чтобы определить монопольную переплату, суду также потребуется узнать будущие издержки хищника. Данные о текущих издержках не всегда доступны и не всегда полезны; оценки будущих издержек были бы чистой воды спекуляциями¹.

У суда нет также возможности снизить компенсацию с учетом вероятности провала хищничества. У него не будет способа узнать, сколько случаев неуспешного хищничества не попались ему на глаза, поскольку по ним не приносились иски или их не заметили ученые. Суд, таким образом, будет лишен надежных оснований исчисления оптимального возмещения ущерба, и необходимо искать показатель ему на замену. Однако, очевидного такого показателя не существует.

2.3 НЕДОПОЛУЧЕННАЯ ПРИБЫЛЬ КАК КОСВЕННЫЙ ПОКАЗАТЕЛЬ

Одним из возможных косвенных показателей оптимальной суммы компенсации является прибыль, недополученная жертвой в результате хищничества². Однако эта цифра не имеет отношения к оптимальной компенсации. Если рынок конкурентен, «прибыль» жертвы сводится к обычной норме прибыли на его капиталовложения, включая стоимость деловой репутации.

Суды иногда считают, что надлежащим возмещением является сокращение «цены действующего предприятия»³. Цена действующего предприятия — это текущая оценка ожидаемой прибыли фирмы на том рынке, где имело место хищничество, за вычетом текущей оценки прибылей на каком-либо ином рынке, куда она ушла после хищничества. Аналитически сокращение цены действующего предприятия идентично показателю недополученной прибыли. Если активы жертвы специализированы под определенное направление деятельности, тогда сокращение цены действующего предприятия и недополученная прибыль положительны. Но если активы не специализированы, при конкуренции цена действующего предприятия, как и прибыль, равняется нулю. Фирма может настолько же прибыльно применить свои активы на других рынках. Цена действующего предприятия, таким образом, была бы грубой мерой рыночной власти жертвы до хищничества, т. е. способности этой фирмы продавать дороже предельных издержек (поскольку только в этом случае жертва получала бы больше, чем конкурентная норма прибыли, возможная для нее на других рынках). Такое уточнение подразумевает серьезную проблему при использовании недополученной прибыли как показателя ущерба.

Сравним положение жертвы хищничества на двух рынках. На первом рынке первая жертва и первый хищник сформировали картель. Они продают вдвое дороже предельных издержек и получают монопольную прибыль в 1 тыс. долл. каждый. У каждого есть активы, вполне пригодные для применения на конкурентных рынках. На втором рынке хищник и жертва ожесточенно конкурировали и торговали по цене, равной предельным издержкам. Активы и

1 Данная сложность иллюстрируется делом «Aeronautical Radio, Inc. v. FCC» (No. 77—1333 (D.C. Cir. Nov. 5, 1980), petitions for cert. filed, 49 U.S.L.W. 3620 (U.S. Feb. 9, 1981) (No. 80- 1343), 49 U.S.L.W. 3664 (U.S. Feb. 20, 1981) (No. 80—1408)). «AT&T» просила у ФКТ разрешения устанавливать на конкурентном рынке любую цену, превышающую долговременные издержки приращения оказания услуги. ФКТ отклонила данную просьбу, заключив, помимо прочего, что не смает надежно определять такие издержки. Апелляционный суд поддержал решение ФКТ. Если принять надежного решения, основанного на долгосрочных издержках приращения, не может ФКТ, накопившая за годы объемные данные об «AT&T», было бы безнадежно просить суды делать прогнозы будущих издержек фирм, лишь на мгновение оказавшихся перед лицом правосудия.

2 См. «Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.» (395 U.S. 100, 124—25 (1969)), где подтверждается компенсация в объеме недополученной прибыли в случае исключения конкурента с рынка.

3 См. «Standard Oil Co. v. Moore» (251 F.2d 188, 219—20 (9th Cir. 1957), cert. denied, 356 U.S. 975 (1958)); «Vandervelde v. Put & Call Brokers & Dealers Ass'n» (344 F. Supp. 118, 150 (S.D.N.Y. 1972)).

репутация опять-таки вполне пригодны для других рынков. Затем на обоих рынках имеет место хищничество, первая жертва и вторая жертва уходят с этих рынков, решив применить свои активы и репутацию на других рынках. Предположим, что монополии, установленные первым хищником и вторым хищником, защищены входными барьерами. Обе жертвы подают в суд. Если ставка дисконта составляет 15%, первая жертва получит 6,667 долл.¹ — сумму снижения цены работающего предприятия, причиненного переходом с картельного на конкурентный рынок. Вторая жертва не получит ничего; ее активы остались настолько же прибыльны при новом применении, насколько были при старом, так что она не претерпела <соответствующего> снижения цены работающего предприятия.

Это неправильно. От хищничества на первом рынке аллокативных потерь не было, не было и роста монопольных прибылей. Картель всего лишь сменился монополией². На втором рынке, однако, аллокативные потери будут значительны, поскольку хищник добился монополии и начал взимать монопольную цену. Тем не менее отсутствие возмещения второй жертве никак не способствует тому, чтобы предотвратить такой более серьезный случай хищничества.

На практике, активы и репутацию переместить с рынка на рынок без издержек невозможно. Жертва хищничества всегда сможет доказать некоторое снижение своей цены работающего предприятия. Но это не отменяет основного пункта: критерий цены работающего предприятия обратно пропорционален обсуждаемому выше оптимальному возмещению³. Изменение цены работающего предприятия низко там, где аллокативные потери от хищничества высоки⁴.

Ричард Познер и я в дискуссионном порядке предложили другое обоснование возмещения недополученной прибыли в делах о хищничестве. Вместо того, чтобы считать прибыль косвенным показателем оптимального возмещения ущерба, мы предположили, что ее

1 Это равняется текущей ценности постоянного потока ежегодной прибыли в 1 тыс. долл.

2 Имеется, разумеется, шанс на то, что картель распадется и фирмы начнут конкурировать. Хищничество предотвращает такое возобновление конкуренции, и потерям, вызванным устранением такой возможности, следует присвоить актуарное значение. Тем не менее, для настоящего рассуждения это безразлично.

3 Пейдж утверждает, что сокращение ценности действующего предприятия как показатель ущерба уместно, поскольку «чем больше сокращение выпуска успешным хищником, тем больше ожидаемые выгоды исключенной фирмы в случае, если бы она осталась на рынке» (Page, выше note 128, at 487). Пейдж, как представляется, присудил бы жертве сумму монопольной прибыли, которую она получила бы, оставаясь на рынке. Но если жертва остается, тогда хищник не может установить монопольной цены. В большинстве случаев целью хищничества является извлечь монопольную прибыль, а не лишить конкурента возможности извлечь часть ее. И даже если бы оказалось возможным рассчитать ущерб, основываясь на гипотетической доле жертвы на монопольном рынке после ее ухода, возмещение обычно окажется мало? по сравнению с монопольной прибылью. Если у жертвы до хищничества было 10% рынка, ему, видимо, присудили бы в соответствии с данным подходом 10% от монопольной прибыли. Возможность для хищника сохранить остаток все еще может оставить эпизод хищничества прибыльным.

4 Пример хищничества из части 1.1 выше показывает также, почему недополученная прибыль не связана с выгодой от хищничества. В данном примере у жертвы был завод сроком службы 1 год и ценой строительства в 1 тыс. долл. Он не приносил экономической прибыли от продаж. Сокращение ценности действующего предприятия или прибыли, причиненное хищничеством, составило 1 тыс. долл. (стоимость завода). (В конце периода хищничества жертва была вольна построить завод для любого другого рынка). Но, в зависимости от предполагаемой вероятности успеха и продолжительности образовавшейся монополии, данный эпизод хищничества мог бы причинить хищнику убыток или же поднять его прибыль на целых 8 тыс. долл. Возмещение недополученной прибыли лишь слегка омрачило бы успех хищничества; в других случаях присуждение 1 тыс. было бы бессмысленным, поскольку хищничество было бы неудачным.

можно понять как способ сделать любую угрозу хищничества неправдоподобной¹. Возмещение недополученной прибыли, измеренной либо снижением цены предприятия, либо разницей между «хищнической» и конкурентной ценами, <умноженной на количество> товара, реально проданного жертвой², устранило бы для жертвы разницу между тем, чтобы уйти с рынка и тем, чтобы продолжать на нем конкурировать. Поскольку хищничество может сработать только за счет того, что для жертвы имеет смысл уйти с рынка, как мы рассуждали, недополученная прибыль является адекватным косвенным показателем оптимального возмещения ущерба.

Увы, эта наша аргументация также неубедительна. Адекватного способа ограничить возмещение лишь случаями, в которых от выгодного хищничества удерживает лишь риск возмещения ущерба, нет. Фирмы, которые так и не покинули рынок, и, возможно, никогда бы не оказавшиеся вынуждены это сделать вследствие любой мыслимой хищнической кампании, все же получали бы возмещение. Возмещение и в этом случае полагалось бы, несмотря на то, что хищник не извлек выгоды из своего хищничества. Такой показатель ущерба, следовательно, привел бы к значительному количеству ложных срабатываний.

Возможно, еще важнее, что такое оправдание возмещения недополученной прибыли в качестве ущерба предполагает, что перспективы получения возмещения в будущем побудят жертву остаться на рынке. А почему она будет так поступать? Даже если правового наказания не установлено, хищник может надеяться на успех лишь в случае отсутствия у жертвы резервов, адекватного доступа к рынку капитала и возможности заключать долгосрочные договоры. Если жертва в состоянии получить финансирование, она переживет хищника и сама станет монополистом. Перспектива стать монополистом (или получить большую долю на рынке, с которого уйдет хищник) более привлекательна, чем перспектива полного возмещения, исчисляемого относительно конкурентного рынка. Если кредиторы откажутся ссужать по приемлемой ставке ввиду более привлекательной перспективы жертвы после хищничества, они точно не будут ссужать под право требовать возмещения ущерба. Возмещение недополученной прибыли, таким образом, делает угрозу хищничества неправдоподобной только в случае, если она неправдоподобна и так. Разумеется, выплата компенсации недополученной прибыли «жертве», которая не уходила с рынка, подразумевает, что данное хищничество, если оно имело место, никогда не стало бы выгодным. Предлагавшееся возмещение, таким образом, практически бесплодно, но способно при этом повлечь многочисленные ложные срабатывания.

2.4 ЭФФЕКТ МУЛЬТИПЛИКАЦИИ УЩЕРБА

До сих пор в этом обсуждении я предполагал, что при победе в суде истец получает в компенсацию сумму понесенного им ущерба, как бы он не исчислялся. На практике, разумеется, антимонопольные возмещения утраиваются. Это представляет собой адекватное наказание, если успешно наказывается одно нарушение из двух, но если пропорция выше чем один к двум, такое возмещение чрезмерно³. Избыточные возмещения, в свою очередь, будут пресекать желательное поведение.

1 R. POSNER & F. EASTERBROOK *op. cit.* note 1, at 553.

2 Верховный суд намекал на <возможность применения> такого показателя в деле «Story Parchment Co. v. Patterson Parchment Paper Co.» (282 U.S. 555, 561—66 (1931)).

3 Почему один из трех, а не один из двух? Оптимальная сумма возмещения начинается с расчета монопольной переплаты и связанных с ней омертвленных потерь. Если графики спроса и издержек хищника линейны, омертвленные потери составят в точности половину монопольной переплаты (формулу для вычисления омертвленных потерь см. в прим. 85 выше). Если возмещаемый ущерб исчисляется непосредственно от переплаты, игнорируя омертвленные потери, тогда возмещение в трехкратном размере переплаты в половине случаев достигает надлежащего сдерживающего эффекта, поскольку оптимальное возмещение при раскрытии всех нарушений составил бы сумму

Скрыть хищничество невозможно. Жертва хищничества в курсе любых изменений цен на рынке. Если хищник, проводя акцию устрашения на одном рынке или создавая чрезмерные производственные мощности, подает сигналы, другие фирмы воспримут такой сигнал (а если нет, подача сигналов окажется бесплодной и конкуренты будут выходить на рынки). Это предполагает, что практически все случаи хищничества будут замечены намечаемыми жертвами. С учетом стимула, предоставляемого возмещением ущерба в тройном размере, вероятно, что в суд подадут большинство таких жертв (а также некоторые жертвы жесткой конкуренции). Возможность возмещений, превышающих оптимум, в сочетании с частным характером обвинения приводит к существенной растрате ресурсов. Частные истцы будут вкладывать средства в тяжбы вплоть до момента, когда дополнительный доллар судебных издержек будет повышать ожидаемое возмещение ровно на один доллар. Если возможны возмещения вдвое выше, чем они должны быть (как в случае, если все нарушения обнаруживаются и наказываются), затраты на тяжбы — со стороны как истцов, так и ответчиков — значительно превысят общественно желательный уровень¹.

Действующие прецеденты антимонопольного права (решение по перевесу доказательств) вкупе с материально-правовой(?) нормой неопределенного объема допускают существенное количество ложных срабатываний. Большие вложения в тяжбы, в сочетании с такой нормой, возлагают серьезные издержки на фирмы, чье поведение находится на границе хищничества, но не пересекает ее. Поскольку приближение к границе (т. е. продажи по предельным издержкам, строительство новых заводов или снижение издержек за счет изобретений) — это как раз то, что должны делать фирмы при совершенной конкуренции, возможность чрезмерных возмещений неизбежно сокращает, причем до неизвестных пределов, объем конкурентного поведения. Фирмы могут снизить риск наложения такого возмещения только поднимая цены, сокращая выпуск или иным образом действуя скорее как участники картеля, а не как конкуренты. Если, как утверждают некоторые, фирмы склонны избегать рисков, проблема лишь увеличивается, поскольку такие фирмы будут расценивать перспективу осуждения как более вероятную, чем она есть.

2.5 УСТРАНЕНИЕ ИСКОВ КОНКУРЕНТОВ

Решение существует только одно. Мы должны перестать полагаться в применении нормы против хищничества на иски конкурентов. Если бы иски подавали вместо этого потребители, многих из проблем, связанных с исками конкурентов, удалось бы избежать. Правильные потребители — это не те, кто покупает во время хищничества по временно сниженным ценам, но те, кто покупает после того, как хищничество удалось. Их ущерб представляет собой монопольную переплату. Мы могли бы обращаться с удачливым хищником как с любым другим незаконным монополистом. Потребители могли бы получать возмещение ущерба, доказав, что уплатили цену выше предельных издержек (переплату), и что торговец добился монополии путем хищничества (это было бы причиной незаконности данной монополии).

Такое возмещение предотвращало бы хищничество посредством того, что делало бы невозможным возмещение. Более того, оно резко снизило бы число ложных срабатываний. Поскольку существенным элементом <так определяемого> средства стало бы наличие монопольной переплаты, оно устранило бы возмещение в случаях, когда хищничество не удалось и хищник сам себя наказал. Оно исключило бы возмещение в случаях, которые можно легко принять за хищничество (рекламные цены, например, или продажу ниже себестоимости в период практического освоения технологии). И оно исключило бы возмещение в пользу конкурентов, которых стимулирует к подаче исков перспектива не только получить возмещение, но и помешать деятельности своих соперников.

переплаты (X) и омертвленных затрат (X/2).

1 См. Landes & Posner, *The Private Enforcement of Law*, 4 J. LEGALS TUD.1 (1975).

Такое возмещение не оптимально. Оно не учитывает надлежащим образом раны, причиненные неудачливыми хищниками самим себе. При разбирательствах с хищничеством, успешным с позиций *ex post*, было бы весьма затруднительно сократить размер возмещения для приближения к прибыли, ожидавшейся *ex ante*, и добиться таким образом оптимального сдерживающего воздействия.

Такое возмещение ущерба не решает и проблемы, вызванной утроением суммы ущерба за нарушения, которые невозможно скрыть. Однако, оно смягчает данную проблему, поскольку есть серьезные шансы на то, что потребители, в отличие от конкурентов, не обнаружат хищничество, приведшее к переплате. Потребители могут и не знать издержек самих поставщиков. В таком случае, они не смогут отличить хищничество от роста фирмы, научившейся снижать издержки. Если подавать иски были бы вправе лишь конечные потребители, значительная доля всех эпизодов хищничества, скорее всего, оставалась бы незамеченной, поскольку не приводила бы к прямому нанесению вреда таким потребителям. Но поскольку прямые покупатели, такие как оптовые торговцы и производители, могут возместить переплату в полном объеме согласно решению по делу «Illinois Brick Co. v. Illinois»¹, относительная неосведомленность конечных потребителей значения бы не имела². Более того, если можно было бы договориться о приличествующих внесудебных вознаграждениях, конкуренты, ставшие жертвой хищничества, сочли бы оправданным уведомить клиентов хищника о факте хищничества. Разумеется, существенная доля таких уведомлений имела бы место даже и без внесудебных вознаграждений. Потребители замечали бы флуктуации цен своих покупок, во время которого к ним обращались бы конкуренты хищника с предложениями долгосрочных договоров³. Такой процесс должен предупредить покупателей о возможном хищничестве, и они могут выиграть от этого знания, потребовав возмещения при успехе хищника.

В одном из дел о хищничестве, похоже, был применен вариант данного подхода. В деле «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.»⁴ иск «Berkey» против хищнического изобретения основывался в значительной степени на вреде, предположительно причиненном «Berkey» в качестве клиента «Kodak» во время акта хищничества. Суд Второго округа постановил, что «Berkey» может требовать возмещения лишь ущерба, понесенного в результате переплаты; при неудаче хищничества «Berkey» не имела бы на него права ни в качестве клиента, ни в качестве конкурента. В соответствии с таким подходом суда, «Kodak» не совершала нарушения, если она на самом деле не воспользовалась хищническим изобретением для подъема цен⁵. Это подразумевает, что подавший иск во время стремительного внедрения новшества конкурент не мог бы получить возмещения; он не смог бы доказать, что «Kodak» воспользуется своей увеличившейся долей на рынке для извлечения монопольной прибыли.

Как я подчеркиваю, возмещение ущерба, ограниченное покупателями, уплачивающими монопольную переплату, далеко от идеала. Оно не учитывает нанесенных себе ран. Свидетельства хищнических эпизодов могут утратить силу или стать труднообнаружимыми

1 431 U.S. 720 (1977).

2 См. Landes & Posner, выше note 88, at 609—11.

3 Обсуждение причин заключать долгосрочные договоры для конкурентов хищника см. в тексте и прим. 16—19 выше.

4 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980).

5 «Только когда монополист, пожрав своих мелких соперников, пожинает плоды своего налета, поднимая цены на более высокий уровень, покупатель „ощущает вредное воздействие“ нарушения. ... А если монополист так и не завершает своего замысла посредством вождельного последнего шага, у покупателя нет резонан жаловаться» (Ibid. P. 295 (цитируется «Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.», 401 U.S. 321, 339 (1971))).

к моменту, когда фирма попытается завязать цену¹. Было бы сложно оценить, какая доля текущей цены приходится на конкретные хищнические методы². Перечень проблем можно продолжить. Но большая часть таких сложностей встречается в запутанных делах о фиксации цен и в исках, оспаривающих иные методы исключения конкурентов с рынков, нежели хищничество. В делах о хищничестве справиться с ними не должно оказаться сложнее. В то же время, ограничение <права подачи> исков пострадавшими покупателями освободило бы суды от основного источника ложных срабатываний: исков со стороны конкурентов, пытающихся отгородиться от жесткой конкуренции. Оно исключило бы возможность судиться в случае, хоть сколько нибудь напоминающем о конкурентном рынке, или при неудачной попытке хищничества. Такие выгоды кажутся достаточно убедительными, чтобы, при необходимости иметь норму против хищничества, она была бы применима лишь посредством исков, подаваемых потребителями против успешных хищников.

3. ПОЧЕМУ БЫ НЕ ЗАКОННОСТЬ PER SE?

Основной проблемой любой нормы против хищничества — если такое явление существует — является великая сложность различения хищничества и конкуренции. Никто не предложил критерия такого различения, который хотя бы условно можно назвать простым. Совсем наоборот: в тяжбах по делам о хищничестве на сегодня присутствуют практически все сложности, известные антимонопольному праву. Например, дела о хищничестве, так же, как и дела о поглощениях, связаны со сложными вопросами определения рынков. Если только хищник не обрел или не приблизился к обретению монополии или доминирующей позиции, он не может возместить затрат, понесенных в ходе хищничества. Но определять рынки и монопольную власть сложно, как показывают судебные дела на протяжении поколений. Определением рынков в значительной степени можно манипулировать, поскольку для любого конкретного дела не существует очевидным образом наилучшего определения³.

Для того, чтобы определить, является ли конкретный эпизод хищничества выгодным (а не несущим убытки самому <хищнику>), суд должен быть в состоянии спрогнозировать будущие монопольные прибыли. Этого нельзя сделать без какого-либо знания об эластичности спроса на данный товар. Суд должен быть в силах определить также способность хищника защитить свои позиции от эрозии, т. е. определить, препятствуют ли выходу на рынок конкурирующих фирм барьеры. Чтобы узнать, существует ли барьер, суд должен рассмотреть издержки фирм, пока не присутствующих на рынке, и сравнить эти издержки с издержками хищника.

А после этого суду придется с определенной точностью исчислить издержки самого хищника, поскольку большинство подходов к распознаванию хищничества предполагают сопоставление издержек и цен. Однако, определить издержки какой-либо фирмы практически невозможно. Бухгалтерские книги — плохой помощник при решении таких сложных вопросов. Многие фирмы производят более одного товара. Как распределить общие издержки производства таких товаров между ними? Как суду определить экономически корректный темп амортизации оборудования? Обычно для целей налогообложения применяется бухгалтерский метод его определения, а не отражающий конкурентные реалии. Как суд должен оценивать вложения в НИОКР, в подготовку персонала или в иной человеческий капитал? Если он сочтет эти вложения текущими

1 603 F.2d at 294—96.

2 Ibid. at 291—92, 296—98 (где выражается сожаление по поводу сложности исчисления ущерба через разность незаконной части цены, атрибутируемой исключаемому методу, и законной части, атрибутируемой законно обретенной доле на рынке).

3 См. Landes & Posner, выше note 45.

расходами, это повлечет существенный риск осуждения в качестве хищнического любого расширения выпуска, во время которого фирма учится снижать издержки. В течение периода такого научения фирмы быстро наращивают свой человеческий капитал. Если фирма рассматривает его рост как капиталовложение, ожидая отдачи в будущем, ее предельные издержки могут быть существенно ниже, чем если она относит <затраты на> подготовку кадров и эксперименты к текущим расходам. То же справедливо и для рекламы; если затраты на объявления считать текущими расходами, предельные издержки производства выше, чем если относить их к капиталовложениям в репутацию фирмы. И это только начало. Перечень тонких вопросов, касающихся издержек, почти бесконечен. И каждая его позиция может оказаться решающей для определения хищничества или признания фирмы невиновной.

С учетом таких сложностей, неудивительно, что дела о хищничестве чрезвычайно дороги в производстве. «AT&T» подсчитала, что тратит около 100 млн долл. ежегодно для защиты от обвинений в хищничестве¹. Издержки, понесенные в долгосрочных процессах против всех конкурентов и Соединенных Штатов компанией «IBM», также неимоверны. Слушания по делу «Verkey» длились семь месяцев. Иск «Zenith» по обвинению в хищничестве японских производителей телевизоров находился в производстве в течение десятилетия, породив (в дополнение к обычному складу истребованных документов) горы записок и более 200 страниц заслушанных судом мнений². Суд Третьего округа поведаль, что эта тяжба о хищничестве настолько сложна, что слушание дела судом присяжных нарушило бы право ответчика на надлежащую судебную процедуру³. Сложны даже «небольшие» дела о хищничестве. Один специалист по антимонопольной деятельности подсчитал, что среднее дело о хищничестве обходится в 30 млн долл.⁴

В деле «Illinois Brick» Верховный суд не стал требовать от судов оценивать эластичность предложения и спроса для определения, какая доля монопольной переплаты «подавалась» от одного звена производственной цепочки к другому. Он поступил так, поскольку результат не стоил бы затрат⁵. Та же самая забота об экономии стоит за применением нормы о незаконности *per se*, осуждающей некоторые методы вне зависимости от производимого ими эффекта в конкретных случаях. Суд применяет нормы *per se*, когда издержки судебного расследования, необходимого для отделения благотворных от вредоносных случаев применения какого-либо метода превышают выгоду от защиты относительно редких благотворных случаев⁶. Принципиальным показателем незаконности *per se* является то, что «последствия ... данного метода угрожают нормальному

1 В одном из частных исков против «AT&T», практически полностью полагавшемся на рассуждения о хищничестве, присяжные пришли к вердикту ценой в 1,8 млрд. долл. после утроения («MCI Communications Corp. v. AT&T», appeals docketed, Nos. 80—2171, 80—2288 (7th Cir. Aug. 25, Sept. 8, 1980)). В других процессах требовались близкие суммы; в иске правительства требовалось расчленение «AT&T». В свете этого, расходы на юридическую защиту представляются оправданными.

2 «Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co.» (494 F. Supp. 1246 (E.D. Pa. 1980)) (ruling on standing and antitrust injury); «Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co.» (494 F. Supp. 1190 (E.D. Pa. 1980)) (ruling on dumping allegations), interlocutory appeal certified, No. 80—8072 (3d Cir. May 7, 1980); «Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co.» (478 F. Supp. 889 (E.D. Pa. 1979)) (allowing demand for jury trial), *rev'd*, 631 F.2d 1069 (3d Cir. 1980); «Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co.» (402 F. Supp. 244 (E.D. Pa.)) (ruling on price discrimination allegations), *mandamus denied*, 521 F.2d 1399 (3d Cir. 1975).

3 «Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec. Indus. Co.» (631 F.2d 1069, 1084—86 (3d Cir. 1980)).
Дополнительные свидетельства сложности этих вопросов в делах о хищничестве см. в: Jorde, *The Seventh Amendment Right to Jury Trial of Antitrust Issues*, 69 CALIF. L. REV. 1 (1981).

4 Joshua Greenberg, *in* STRATEGIC RATIONALE AND ANTITRUST ANALYSIS, выше note 1. На той же самой конференции я представил более скромную оценку в 3 млн. долл. за обычное дело.

5 «Illinois Brick Co. v. Illinois» (431 U.S. 720, 741—45 (1977)).

6 См. напр. «Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.» (446 U.S. 643, 646—49 (1980)); «Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.» (433 U.S. 36, 50 n.16 (1977)).

функционированию нашей по большей части свободно-рыночной экономики, то есть, данный метод с очевидностью представляется всегда или почти всегда ведущим к ограничению конкуренции и снижению выпуска»¹. Это всего лишь иной способ сказать, что нормы *per se* должны применяться, когда они минимизируют сумму потерь для благосостояния от монополизации, потерь от ложных срабатываний и издержек применения нормы.

Те же соображения, что стоят за нормами о незаконности *per se*, применимы и нормам о законности *per se*. Хотя Верховный суд и не признал норм о законности *per se* в явном виде, они таятся под поверхностью некоторых решений. Похоже, что законно *per se* для фирмы, обнаружившей способ снижения издержек производства, расти — и даже стать монополистом — в результате такого открытия². Даже хотя горизонтальные слияния, приводящие к большей, чем определенная, доле слившейся фирмы, незаконны, похоже, что законно *per se* для фирмы достичь такой доли (и даже большей) за счет собственного роста³. Законно *per se* для фирмы внутреннее фиксирование цен, связывание своих собственных агентов и сотрудников, даже несмотря на то, что любая фирма представляет собой «договор или объединение» многих деятелей⁴. Сделка *per se* для фирмы отказываться от сделки с покупателем, не соблюдающим цену перепродажи или иные правила, установленные фирмой⁵. Каждый из этих методов в определенных случаях может снижать эффективность, но суды справедливо отказались от поиска таких редких случаев. Если метод «представляется таким, что он всегда или почти всегда [повышает] конкуренцию и [наращивает] выпуск», и если урегулирование каждого дела отдельно влечет существенные издержки и влечет значительный риск наказания желательной жесткой конкуренции, такой метод должен быть законным *per se*. Такая норма минимизирует совокупные общественные издержки.

Предположительно хищническое поведение всегда связано с низкими ценами, ростом выпуска, изобретениями или другими чертами, обычно повышающими благосостояние потребителя. Любая попытка применения нормы против хищничества влечет существенный риск осуждения исхода жесткой конкуренции. Издержки судопроизводства по делам о хищничестве неимоверны; более сложных дел невозможно и вообразить. И хотя конкретное снижение цены или расширение завода и может быть хищническим, скорее всего, оно не таково. Подобно этому, фиксирование цен или территориальный раздел рынков могут быть благожелательными, но практически всегда не таковы⁶. Если в

1 «Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.» (441 U.S. 1, 19—20 (1979)).

2 «United States v. Grinnell Corp.» (384 U.S. 563, 570—71 (1966)); «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (603 F.2d 263, 273—75, 286—88 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)); «E. I. du Pont de Nemours & Co.» (987 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) F-1 (F.T.C. Oct. 30, 1980)).

3 В этом смысле часто повторяемых Судом в делах о слияниях замечаний о том, что внутренний рост не был бы незаконным.

4 См. напр. «Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.» (441 U.S. 1, 9 (1979)), подтверждающее решение по делу «United States v. Addyston Pipe & Steel Co.», 85 F. 271, 280 (6th Cir. 1898) (ограничения, «сопутствующие» производительной экономической организации, являются законными), *aff'd*, 175 U.S. 211 (1899).

5 «United States v. Colgate & Co.» (250 U.S. 300 (1919)). Прецедент, установленный в «Colgate», с тех пор подвергся изменениям для случаев, когда продавец получает помощь третьего лица в том, чтобы установленный порядок соблюдался, или когда отказ от заключения сделки выглядит частью более широкой кампании по монополизации, но по крайней мере в пределах, определенных за прошедшие годы, данная норма применялась *per se*. См. «United States v. Parke, Davis & Co.» (362 U.S. 29 (1960)); «Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.» (273 U.S. 359 (1927)); «Official Airline Guides, Inc. v. FTC» (630 F.2d 920 (2d Cir. 1980), cert. denied, 49 U.S.L.W. 3617 (U.S. Feb. 23, 1981) (No. 80—961)).

6 Обзор см. в: R. POSNER & F. EASTERBROOK, *supra* note 1, at 114—18. Фиксирование цен сокращает издержки покупателей на сокращение покупок. Нет необходимости искать самую низкую цену. Если цены фиксированы лишь немногим выше конкурентного уровня, такое сокращение

антимонопольном праве есть место нормам о законности *per se*, таковая должна быть принята в отношении хищнического поведения¹. Такое антимонопольное преступление, как хищничество, должно быть забыто.

издержек получения информации будет благотворно. Подобно этому, раздел рынков по территориальному принципу или по клиентам позволяет производителям сократить штат сотрудников, занятых сбытом, и они могут обеспечить более регулярное поступление заказов, допускающее более эффективное планирование производства. Можно представить, что такая экономия на издержках превысит омертвленные потери от монополизации (см. Dewey, *Information, Entry, and Welfare: The Case for Collusion*, 69 AM.E CONR. EV.5 87 (1979)).

1 Хищничество не единственный кандидат на законность *per se*. После решения по делу «Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.» (433 U.S. 36 (1977)) одним из логичных шагов стала бы законность *per se* ограниченного сбыта и вертикальной интеграции (см. Bork, *Vertical Restraints: Schwinn Overruled*, 1977 SUP. CT. REV. 171; Posner, *The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. CHI. L. REV. 6 (1981)). Другим — законность *per se* деловых деликтов(?) (см. Note, *Antitrust Treatment of Competitive Torts: An Argument for a Rule of Per Se Legality Under the Sherman Act*, 58 TEX. L. REV. 415 (1980)).

ЛОРЕНС УАЙТ. РАСТУЩЕЕ ВЛИЯНИЕ ЭКОНОМИКИ И ЭКОНОМИСТОВ НА
АНТИМОНОПОЛЬНУЮ ПРАКТИКУ: ПОДРОБНОЕ ОБСУЖДЕНИЕ¹

С течением лет наши суды, толкуя антимонопольное законодательство, все больше обращались к экономическим принципам... Применение экономического анализа в качестве обоснования решений становится для американских судов обычным на антимонопольном фронте — и этот благотворный фактор помогает нашим судам принимать здравые решения ... Еще одна область, на которую экономика оказала глубокое влияние — практика антимонопольного отдела [Министерства юстиции]...

[Barnett, 2007]

1. ВВЕДЕНИЕ

Антимонопольная политика в Соединенных Штатах является любопытным сплавом. Разумеется, существует корпус действующего законодательства, начиная с трех важнейших законов: Закона Шермана 1890 г., Закона Клейтона 1914 г. и Закона о Федеральной комиссии по торговле 1914 г.

Далее, поскольку формулировки этих законов крайне расплывчаты и немногословны (по крайней мере, с точки зрения современной юриспруденции), многочисленные решения различных судов более чем за сто лет привнесли толкование и определенное значение в их расплывчатые формулировки. Еще одну грань антимонопольной политики составляют решения федеральных правоприменительных органов — антимонопольного отдела Министерства юстиции и Федеральной комиссии по торговле (ФКТ) — о том, возбуждать ли расследование или отказываться от него² в отношении конкретных случаев.

И, наконец, важную роль играют экономика и экономисты [Kovacic, 1992; FTC, 2003; Barnett, 2007]. В принципе, антимонопольные законы, по крайней мере, в их современном толковании³, направлены на поощрение конкуренции и препятствование картелям и фиксации цен, а также на подавление произвольного становления и применения рыночной власти (часто также называемой «монопольной властью»). Понятия конкуренции и монополии уже более ста лет являются основой основ микроэкономической литургии. Таким образом, казалось бы, влияние экономики на антимонопольную политику естественно.

Однако, как показывается в настоящей статье, влияние экономики на антимонопольную практику является феноменом относительно недавним, и еще тридцать или сорок лет назад вовсе не казалось таким уж «естественным». Так, в начале 1960-х гг. в штате обоих

¹ *White L.J.* The Growing Influence of Economics and Economists on Antitrust: An Extended Discussion // (February 1, 2008). NYU Law and Economics Research Paper No. 08-07;

² Это обычно называется «усмотрением правоприменителя».

³ Ранее существовало еще и давление на антимонопольную практику с другой стороны: со стороны американского популизма, с его опасениями всего большого и стремлением к тому, чтобы хозяйственные институты оставались небольшими и локально ориентированными. Это давление исчезло из современной практики правоприменения и толкования законов.

правоприменительных органов было лишь несколько высокообразованных экономистов, а в качестве экспертов на стороне истца или защитника в антимонопольных судебных процессах экономисты выступали лишь изредка. Сегодня же оба органа содержат внушительный штат хорошо подготовленных экономистов, и при слушании большинства антимонопольных дел экономисты выступают на одной или даже на обеих сторонах. Разумеется, в ответ на возникший «спрос» появилось и «предложение» со стороны ряда специализирующихся на антимонопольной проблематике экономических консультационных фирм.

Далее в статье раскрываются подробности этого развития. В разделе 2 мы представим краткий обзор антимонопольного законодательства. В разделе 3 прослеживается рост влияния экономики и экономистов за прошедший век. В разделе 4 особое внимание уделяется трем областям, в которых экономика стала наиболее влиятельной: анализу слияний, вертикальным ограничениям и хищническому ценообразованию. Раздел 5 содержит краткое заключение и перечисляет некоторые области, в которых экономическому анализу еще только предстоит добиться серьезных результатов.

2. КРАТКИЙ ОБЗОР АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ В США

У современного антимонопольного правоприменения в США есть три основных направления¹. Во-первых, это действия, направленные на предотвращение «тайных соглашений»: явной фиксации цены, нечестных предложений цены на торгах или образования картелей². Такие действия заключаются в основном в подаче ФКТ или частными истцами исков на основании Раздела 1 Закона Шермана, который запрещает «любой договор, объединение, в форме треста или иной форме, а также сговор, для ограничения свободы коммерции на территории нескольких штатов или с зарубежными государствами...». Нарушение Закона Шермана является тяжким преступлением, что подразумевает право Министерства юстиции требовать тюремного заключения для физических лиц и крупного штрафа для компаний. Частные лица, считающие, что им нанесен ущерб посредством фиксации цены, также вправе подавать иски (вне зависимости от того, поданы ли иски со стороны Министерства юстиции или ФКТ), причем сумма доказанного ущерба автоматически утраивается.

Во-вторых, это действия, направленные на предотвращение слияний в случае, если следствием таковых стало бы существенное ослабление конкуренции. В основном это иски, подаваемые Министерством юстиции или ФКТ в соответствии с разделом 7 Закона Клейтона, который запрещает слияния «в любой отрасли коммерции в любой части страны, если результатом такого поглощения может стать существенное ослабление конкуренции или тенденция к созданию монополии». Целью преследования в данном случае является просто предотвращение слияния³.

¹Можно возразить, что существует и четвертое: ограничение ценовой дискриминации в соответствии с Законом Робинсона — Пэтмена, который в 1936 г. ужесточил раздел 2 Закона Клейтона. Однако, Министерство юстиции не подавало исков в соответствии с Законом Робинсона — Пэтмена с начала 1960-х гг., а число таких исков, подаваемых ФКТ, свелось практически (но не совсем) к нулю [Kovacic, 2003]; частные истцы редко выигрывали иски даже в тех исключительных случаях, когда подавали их. Комиссия по совершенствованию антимонопольной практики (2007), назначенная Конгрессом для выработки рекомендаций по поправкам к антимонопольному законодательству, рекомендовала полностью отменить Закон Робинсона — Пэтмена.

²Хотя большинство правоприменительных усилий формулируются в терминах предотвращения антиконкурентных действий продавцов, антимонопольное правоприменение распространяется (в принципе) в равной мере и на антиконкурентные действия покупателей (и, таким образом, на проявления монопсонической, наряду с монополистической, власти).

³Такие иски могут быть урегулированы соглашением сливающихся сторон о распродаже части

В-третьих, это действия, направленные на ограничение односторонних проявлений рыночной власти продавца (или покупателя). Это иски, которые могут подавать Министерство юстиции или ФКТ, а также частные лица. Разделом 2 Закона Шермана (предусматривающим подобные иски со стороны Министерства юстиции и частных лиц) запрещаются действия, которые «монополизируют или пытаются монополизировать любую часть производства или торговли на территории нескольких штатов или с зарубежными государствами...». Таковые действия Закон Шермана также определяет как тяжкие преступления, хотя Министерство юстиции в подобных случаях чаще подает гражданские иски, чем преследует нарушителей уголовным порядком. Частные истцы опять-таки могут требовать возмещения ущерба в тройном размере.

В дополнение к этому, раздел 5 Закона о Федеральной комиссии по торговле предоставляет ФКТ полномочия предотвращать «нечестные методы конкуренции в коммерции или влияющие на коммерцию, а также нечестные или вводящие в заблуждение действия или обычаи в коммерции или влияющие на коммерцию». И, наконец, Министерство юстиции, ФКТ и частные истцы могут подавать иски в связи с навязыванием условий, ограничивающих деятельность контрагента, продажей в нагрузку, исключительным дилерством и тому подобными вертикальными ограничениями в соответствии с положениями раздела 3 Закона Клейтона, запрещающего попытки «при сдаче внаем, продаже или заключении договора о продаже товара ... в пределах Соединенных Штатов ... фиксировать взимаемую плату, или предоставлять скидки, или возвращать переплату на условиях, при соглашении или подразумеваемом условии того, что наемщик или покупатель не будет пользоваться или не будет продавать товары ... конкурента или конкурентов ... в случае, если результатом ... может стать существенное ослабление конкуренции или тенденция к созданию монополии в любой отрасли коммерции».

Менее известно, что в дополнение к преследованию нарушений антимонопольного законодательства Министерство юстиции и ФКТ способствуют проведению политики, поощряющей конкуренцию, еще в трех направлениях. Во-первых, они часто проводят экспертизу в интересах правосудия по антимонопольным искам частных лиц на стадии апелляции, в особенности, по делам, принятым к рассмотрению Верховным судом. Поскольку количество дел по искам частных лиц ежегодно примерно вдесятеро превышает количество дел по искам обоих правоприменительных органов [Viscusi et al., 2005, p. 72], и поскольку решения по частным искам могут иметь такую же прецедентную силу, как и решения по искам последних, подобные экспертные заключения предоставляют правоприменительным органам возможность «лоббировать» суды в интересах принятия решений, поощряющих конкуренцию.

Во-вторых, Министерство юстиции и ФКТ участвуют в «адвокатировании конкуренции»: оказывая публичную поддержку политике, поощряющей конкуренцию, 1) при разбирательствах, связанных с государственным регулированием, в других федеральных органах и 2) при осуществлении регулирования отдельными штатами. Например, за последние несколько лет как Министерство юстиции, так и ФКТ подталкивали штаты (с переменным успехом) к отмене политики регулирования, защищающей брокеров жилой недвижимости полного цикла обслуживания от конкуренции со стороны «дисконтных» брокеров¹.

В-третьих, по мере роста интереса других стран (в особенности после перехода восточноевропейских стран к рыночно-ориентированному хозяйству) к выработке

активов для поддержания достаточно конкурентной среды.

¹См. например [Hahn et al., 2006; White, 2006].

собственной антимонопольной политики эти два американских правоприменительных органа начали предоставлять международную консультативную и техническую помощь.

3. УЧАСТИЕ ЭКОНОМИКИ И ЭКОНОМИСТОВ В АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ. КРАТКИЙ ИСТОРИЧЕСКИЙ ОБЗОР¹

Влияние экономики на антимонопольную практику шло по трем направлениям: 1) путем развития экономической мысли, находящего свое выражение в теоретических достижениях и эмпирической проверке; 2) путем непосредственного участия экономистов в антимонопольных процессах и в разработке правоприменительными органами соответствующей политики, а также участия в антимонопольных судебных процессах на стороне истцов либо ответчиков; 3) путем создания трудов, посвященных конкретным антимонопольным процессам, включая написанные в поддержку одной из сторон. В данном разделе отслеживаются все три направления.

3.1 РАЗВИТИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ МЫСЛИ

До 1930-х гг. трудно говорить об области экономических исследований, которую можно было бы назвать «отраслевой организацией» («ОО»)². Но уже к концу 1930-х гг. эта область начала обретать цельность и принимать определенные очертания³. Этим мы обязаны отчасти Эдварду Мейсону из Гарварда [Mason, 1939, 1957], а также его коллегам и студентам⁴ (включая, в 1930-е гг. и позже Дона Уоллеса, Уильяма Николса, Джесса Мархема, Мертона Дж. Пера, Сэмьюела Лёшера, Ричарда Теннанта, Джеймса Макки, Джона Бейна, Карла Кейсона, Морриса Эдлмена, Дональда Тёрнера и Ричарда Кейвза), а отчасти — отраслевому сбору данных и анализу, начатому во Временном национальном экономическом комитете (Temporary National Economic Committee — ТНЕК; ВНЭК)⁵.

В последующие десятилетия это поле продолжало развиваться. В 1950-х гг. оплотом понятийного аппарата ОО была модель «структура — поведение — результат» («С — П — Р», *structure conduct-performance, S-C-P*), в которой при анализе поведения и показателей отрасли основное значение придается концентрации продавцов. Кроме того, основное

¹Этот раздел частично основан на [White, 1999].

²Мне не удалось определить ни того, когда словосочетание «отраслевая организация» было впервые использовано для описания этой особой области микроэкономики, которая сегодня с ним ассоциируется, ни того, когда оно стало обычным для обозначения этой области. Я обнаружил журнальную статью 1937 г., с близким названием: «Организация отрасли и теория цен» [Burns, 1937]. Работа Маршалла [Marshall, 1920, Book IV, chs. VIII-XII] включает пять глав с названиями, содержащими словосочетание «отраслевая организация», но эти главы сосредоточены на проблемах экономики фирмы (таких как экономия на масштабе и издержки масштаба), а не на проблемах отраслей и конкретных рынков. Шумпетер [Schumpeter, 1954, pp. 948-950], рассуждая о «достижениях в прикладных областях», повлиявших на экономическую мысль «в период с 1870 до 1914 г.» кратко говорит о категории «железных дорог, коммунальных услуг, „трестов“ и картелей», но ограничивается лишь экономикой железных дорог и коммунальных услуг. Более подробное обсуждение можно найти в [Jong and Shepherd, 2007].

³В 1942 был опубликован сборник, озаглавленный «Сборник по общественному контролю за промышленностью» [АЕА, 1942], в котором перепечатаны 15 статей по тематике ОО, обнародованных в 1934—40 гг., ни в одном из названий статей не встречалось слов «отраслевая организация», хотя среди них была и [Burns, 1937]. Вместе с тем, в предисловии к этому сборнику [Homan, 1942, pp. v—vi] говорилось, что отбор статей производился «по принципу ограничения наиболее общей проблематикой отраслевой организации и контроля». См. тж. [Peltzman, 2007].

⁴См. тж. [Shepherd, 2007]. Краткие биографические очерки о некоторых наиболее значительных фигурах в ОО в 1930-х гг. и позже см. в [De Jong and Shepherd, 2007].

⁵ВНЭК был создан законом Конгресса в июне 1938 г. и завершил работу в апреле 1941 г. За три года своего существования он породил 37 томов свидетельств, два тома рекомендаций и 43 монографии. Собранные им данные послужили прецедентом для Промышленной переписи (Census of Manufactures), данные которой публиковались начиная с 1947 г. Пример монографии — [Wilcox, 1940].

значение этой концентрации поддерживалось, в частности, понятийным аппаратом исследования олигополии (см. напр. [Chamberlin, 1929, 1956, ch. 3; Fellner, 1949; Stigler, 1964]), имеющим теоретико-игровые (в особенности, проистекающие из анализа «дилеммы заключенного») (см. напр. [Shubik, 1959; Schelling, 1960]) основания. В 1950-е гг. существенную роль в этой модели получили вопросы входа на рынок [Bain, 1954, 1956]. Эмпирическую поддержку модели дала эмпирическая проверка отношений между нормой прибыли в отрасли как зависимой переменной и структурными характеристиками различных отраслей с опорой прежде всего на данные Промышленных переписей [Bain, 1951], а также большое количество книг, посвященных отраслевым исследованиям¹.

К концу 1950-х гг. парадигма С — П — Р была в систематической форме изложена Бейном в тексте, посвященном ОО [Bain, 1959], в то время как трактат [Kaysen and Turner, 1959] об антимонопольной практике продемонстрировал обширные приложения этой парадигмы². Стоит упомянуть, что предлагаемые Кейзенем и Тёрнером строгие меры по структурной деконцентрации в олигополизованных отраслях в значительной степени основывались на том, что, как показал Бейн [Bain, 1954; 1956], экономия на масштабе, хотя и является существенным барьером для входа на рынок во многих отраслях, похоже, не распространяется на масштаб деятельности крупнейших в своих отраслях фирм — с тем следствием, что уменьшение капитала под действием антимонопольной практики вообще не повлечет, либо повлечет лишь незначительное падение производительности.

Важно упомянуть, что в 1950-е гг. нарастала вторая волна анализа ОО под интеллектуальным водительством Аарона Директора [Peltzman, 2005]. Ее участники были более скептически по отношению к парадигме С — П — Р, с большим пониманием относились к вертикальным ограничениям и в целом сильнее склонялись к поддержке рыночных решений. Ученые-экономисты, связанные с Директором, включали Милтона Фридмана, Джорджа Стиглера, Сэма Пельцмана, Лестера Теслера, Гарольда Деменца, Дона Макджи, Уорда Боумана и Мейера Бёрнстайна.

Антимонопольные победы правительства и судебные решения, поддержавшие эти победы в соответствии с разделами 1 и 2 Закона Шермана в 1940—50-е гг. и затронувшие алюминиевую промышленность, производство сигарет, киноотрасль и производство оборудования для обувной промышленности, отражали это развитие парадигмы С — П — Р. Однако лишь в киноотрасли были предписаны изъятия капиталов, но и они касались вертикальной интеграции, а не горизонтального уменьшения масштаба, рекомендованного Кейзенем и Тёрнером³.

Позднее Поправка Селлера — Кефова (1950 г.) оживила остававшуюся практически мертвой из-за чрезмерно ограничительных формулировок норму раздела 7 Закона Клейтона. Примечательная последовательность борьбы правительства со слияниями — в основном, удачной — основывалась главным образом на С — П — Р (хотя имели место и элементы популистских опасений, относящихся к масштабу предприятий)⁴.

¹Их список см. в [Grether, 1970].

²К концу 1950-х — началу 60-х гг. парадигма С — П — Р была применена и к регулируемым отраслям; см. напр. [Meyer et al., 1959; Caves, 1962].

³Еще в деле «США против „Е. И. Дюпон де Немур и Ко“ и др.» (U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co. et al., 353 U.S. 586, 1957) Верховный суд предписал, что Дюпон должен продать свои 23% в «Дженерал моторз», однако и это было вертикальным разделением.

⁴Основные дела в этой серии включают: «США против „Бетлехем стил“ и др.» (U.S. v. Bethlehem Steel Corp. et al., 168 F. Supp. 576, 1958); «„Браун шу Ко.“ против США (Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 1962); «США против Филадельфийского национального банка и др.» (U.S. v. Philadelphia National Bank et al., 374 U.S. 321, 1963); «США против „Алюминиевой компании Америки“» (U.S. v. Aluminum Company of America et al., 377 U.S. 271, 1964); «США против „Континентал кэн Ко.“ и др.» (U.S. v.

В 1960-е и начале 1970-х гг. происходила дальнейшая разработка парадигмы С — П — Р и массовая проверка связи прибыльности с концентрацией, учитывающая условия входа на рынок (см. напр. [Mann, 1966; Comanor and Wilson, 1967; Collins and Preston, 1968, 1969; Weiss, 1971]), рекламу (напр. [Comanor and Wilson, 1967, 1974]), внешнюю торговлю (напр. [Esposito and Esposito, 1971]), структурные характеристики рынка на стороне покупателей (напр. [Lustgarten, 1975]) и наличие критической доли концентрации (напр. [White, 1976]). Но в то же время назревала контрреволюция «Чикагской школы», утверждавшей, что высокая концентрация может влечь высокую норму прибыли вследствие экономии на масштабе (опровергая более ранние утверждения Бейна)¹. Знаменитое начало спора между сторонниками С — П — Р и Чикагской школой привело к публикации широко читаемого и цитируемого сборника трудов конференции [Goldschmid et al., 1974].

Еще один удар эмпирическим данным в пользу модели С — П — Р был нанесен в начале 1980-х гг. сразу с двух сторон [Benston, 1982; Fisher et al., 1983]; Fisher and McGowan, 1983; Fisher, 1984, 1987] и касался 1) использования и надежности бухгалтерских данных, которые применялись в исследованиях для определения нормы прибыли, и 2) того, насколько вообще относительные нормы прибыли являются подходящим показателем рыночной власти. Проверять парадигму С — П — Р на основе измерения прибыли сразу стали реже, зато вскоре вместо этого начали проводить исследования на основе измерения цен в отдельных отраслях (напр. как в обзорах, представленных в [Weiss, 1989; Audretsch and Siegfried, 1992]) и в целом демонстрировавшие аналогичную прямую связь между ценами и концентрацией. Кроме того, эмпирические исследования аукционов показывали, что на цены подобное действие оказывает количество участников аукционов (которое, в случае конкурса на поставку, примерно соответствует количеству продавцов на рынке) (см. напр. [Brannman et al., 1987; Brannman and Klein, 1992]).

Как обсуждается далее в разделе 4, парадигма С — П — Р с некоторыми основанными на экономике дополнениями стала основой для большинства современных версий «Руководства по анализу слияний» Министерства юстиции (теперь — Министерства юстиции совместно с ФКТ). В области вертикальных связей также произошло столкновение «гарвардской» и «чикагской» традиций. Первая с подозрением, граничившим с враждебностью, относилась к вертикальным слияниям (например, между поставщиками и клиентами) и вертикальным ограничениям (например, к навязыванию условий, ограничивающих деятельность контрагента, продаже в нагрузку, исключительному дилерству, территориальным ограничениям продаж, удержанию розничной цены). В разделе 4 показано, что до начала 1970-х гг. антимонопольные судебные решения были в основном враждебны к вертикальным слияниям и вертикальным ограничениям, но с тех пор по большей части возобладала линия экономических рассуждений, отстаиваемая Чикагской школой.

И наконец, следует отметить появление ряда специальных экономических журналов, посвященных ОО и представляющих собой специализированный канал распространения

Continental Can Co. et al., 378 U.S. 441, 1964); «ФКТ против „Консолидейтед фудз Корп.“» (FTC v. Consolidated Foods Corp., 380 U.S. 592, 1965); «США против „Вонз гросери Ко.“ и др.» (U.S. v. Von's Grocery Co. et al., 384 U.S. 270, 1966); «США против „Пабст Брюинг Ко.“» (U.S. v. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546, 1966); «ФКТ против „Проктор и Гэмбл Ко.“ и др.» (FTC v. Proctor & Gamble Co. et al., 386 U.S. 568, 1968); «„Ситизен паблшинг Ко.“ против США» (Citizen Publishing Co. v. U.S., 394 U.S. 131, 1969) и «США против „Фальстафф бьюинг Корп.“» (U.S. v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526, 1973). Именно в деле «Вонз» судья Поттер Стюарт, выражая несогласие с решением, бросил реплику, характеризовавшую успех правительства в борьбе со слияниями: «Единственная очевидная для меня последовательность в случаях применении раздела 7 [Закона Клейтона] — это то, что правительство всегда право» (384 U.S. 270, 301, 1966).

¹См. [Demsetz, 1973, 1974].

результатов исследований ОО. В этот список можно включить (начиная с первых годов издания) «Журнал отраслевой экономики» (Journal of Industrial Economics, 1952); «антимонопольный бюллетень» (Antitrust Bulletin, 1955); «Журнал права и экономики» (Journal of Law & Economics, 1958); «Журнал „РЭНД“ по экономике» (RAND Journal of Economics, 1970), «Обозрение отраслевой организации» (1977)¹, «Международный журнал по отраслевой организации» (International Journal of Industrial Organization, 1984), «Журнал экономики государственного регулирования» (Journal of Regulatory Economics, 1984) и «Журнал экономики и управленческой стратегии» (Journal of Economics & Management Strategy, 1992). Еще одной вехой взросления экономической мысли в приложении к антимонопольной практике стал выход первого «Справочника по антимонопольной экономике» [Buccirossi, 2007].

3.2 РОЛЬ ЭКОНОМИСТОВ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНАХ И В АНТИМОНОПОЛЬНОМ СУДЕБНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ

Прямое участие экономистов в антимонопольной практике восходит по меньшей мере к началу XX в.², хотя их положение вплоть до 1970-х гг. было часто ограничено лишь поддержкой обвинения — так сказать, ролью подсобных рабочих, — и у них не было возможности участвовать в разработке юридических теорий и определении политики.

Бюро по делам корпораций, созданное в составе Министерства торговли и труда США в 1903 г. и имевшее в штате экономистов, обеспечило ценную исследовательскую поддержку некоторым из ранних антимонопольных дел, инициированных Министерством юстиции, включая «США против „Стандард ойл Ко.“» (U.S. v. Standard Oil Co., 221 U.S. 1, 1911) и «США против „Америкэн тобакко Ко.“» (U.S. v. American Tobacco Co., 211 U.S. 106, 1911) [Scherer, 1990]. Одним из ранних — и, возможно, первым — случаем дачи показаний экономистом в антимонопольном процессе было дело «США против „Юнайтед стил корп.“» (U.S. v. United States Steel Corp., 223 F. Rep. 55, 251 U.S. 417, 1920), переданное в суд в октябре 1911 г. и окончательно разрешенное Верховным судом в 1920 г. не в пользу Министерства юстиции. В решении Верховного суда пренебрежительно цитировались показания «автора трудов и преподавателя экономики, чье ученое рассуждение, похоже, подкреплялось опытом работы заместителем уполномоченного по корпорациям и служащим Бюро по корпорациям» (251 U.S. 417, 448).

Исследовательская и следственная роль Бюро по корпорациям была унаследована экономическим департаментом (впоследствии ставшим экономическим отделом, а затем экономическим бюро, под которым названием он пребывает и ныне) ФКТ, созданной в 1914 г.. Этот департамент также занял помещения и поглотил персонал органа-предшественника [Scherer, 1990].

В Министерстве юстиции ответственность за исполнение антимонопольного законодательства была поручена отдельному подразделению — антимонопольному отделу, несущему ее до сих пор — лишь в 1933 г.³ Через три года отдел нанял первых экономистов

¹«ООО» сперва называлось «Industrial Organization Review». Порядок слов в названии поменялся в 1984 г.

²Как отмечают [Letwin, 1965, pp. 71-77; Scherer, 1970, p. 424], экономисты в 1880-х гг. по большей части не замечали возвышения «трестов» и, как следствие, не были сторонниками принятия Закона Шермана.

³Министерство юстиции получило полномочия антимонопольного преследования в 1890 г. в соответствии с Законом Шермана. До 1903 г. преследование осуществлялось непосредственно службой Главного прокурора, а в 1903—33 гг. — службой Помощника Главного прокурора [White 1984]. Как указано в [Edwards, 1940], где цитируется Трумен Арнольд, «большой поход Теодора Рузвельта против трестов [включавший следствие и судебные процессы по делам „Стандард Ойл“, „Америкэн тобакко“ и другим важным антимонопольным делам] был предпринят силами семи

[White, 1984], однако экономическая группа отдела до начала семидесятых была занята преимущественно сбором данных и статистической поддержкой обращений в суд. В одном из исследований, посвященных работе отдела, приводится следующее описание: «...Сегодня экономисты отдела являются служанками юристов, причем не самыми любимыми служанками» [Posner, 1971]. В другом исследовании начала 1970-х гг. экономисты характеризуются как «...граждане второго сорта. Они не имеют или почти не имеют голоса в вопросах о том, какого рода дела следует возбуждать, какие юридические теории привлекать и какие меры принимать. Как правило, они не проводят долгосрочных исследований и не сотрудничают тесно с персоналом, ответственным за выработку политики. В основном, они помогают прокурорам в подготовке статистических данных к судебным слушаниям и изредка дают показания. Они — технический персонал („статистики“, как их называет большинство юристов) и действуют соответственно» [Green, 1972, p. 128]. Более позднее исследование [Weaver, 1977] лишь мельком упоминает экономистов, что опять-таки указывает на их второстепенную роль.

В середине 1960-х гг. Помощник Генерального прокурора по антимонопольным делам Дональд Тёрнер (получивший, наряду с юридическим, и экономическое высшее образование в Гарварде) учредил должность особого экономического советника при Помощнике Генерального прокурора, и по очереди каждый год ее занимали молодые экономисты, специализировавшиеся в отраслевой организации: Уильям Команор, Оливер Уильямсон, Уильям Дж. Шепед, Х. Майкл Манн, Леонард Вейсс, Кеннет Эльзинга, Джордж Идс и Джордж Хей¹. Но, как это показывают приводившиеся ранее факты, для усиления позиций и повышения роли штатных экономистов отдела до начала 1970-х гг. делалось очень мало.

В ФКТ традиционное отношение к экономике и экономистам, установившееся еще в Бюро по корпорациям, было несколько лучше. Экономическое бюро (ЭБ) имело возможность привлекать ведущих специалистов с высшим образованием, таких как Корвин Эдвардс, Джон Блэр, Джесс Маркхэм и Уиллард Мюллер. На протяжении 1960-х гг. бюджет ЭБ значительно вырос [Mueller, 2004]. Тем не менее, к концу этого десятилетия в независимых обзорах деятельности ФКТ [ABA, 1969; Green, 1972] появлялись отзывы о низкой квалификации персонала ЭБ и недостаточном его влиянии на политику и принятие решений в ФКТ².

Два комитета высшего уровня, сделавшие обзор общей антимонопольной политики в конце 1960-х гг., дали весьма разные оценки экономике и экономистам. В «Отчете Нила» [White House, 1968] мало что о них говорится, хотя в нем приветствуется сбор экономических сведений правоприменительными органами. «Отчет Стиглера» [Task Force, 1969], напротив, настаивает на повышении роли экономики и экономистов в антимонопольном отделе ФКТ и вообще в органах государственного регулирования.

Семидесятые годы принесли общее упрочнение позиций экономистов в этих двух правоприменительных органах и в поддержке антимонопольных судебных преследований³. Перестройка и реорганизация повысили значение и статус ЭБ в ФКТ. На протяжении этого десятилетия директорами ЭБ были Х. Майкл Манн, Ф. М. Шерер, Дариус Гаскинс и Уильям Команор. Усиление позиций ЭБ отмечается в комментариях конца 1970-х гг. [Katzmann, 1980; Clarkson and Muris, 1981]. Джордж Хей, год служивший особым

юристов и четырех секретарш».

¹Обсуждение этого периода см. в [Williamson, 2003].

²Иное мнение см. в [Mueller, 2004].

³О «революции» в приложении экономических рассуждений к антимонопольной практике в 1970-е гг. и позднее рассказывается в работе [Kwoka and White 1989, 1994, 1999, 2004a, 2009], перечисляющей экономистов, участвовавших в главных антимонопольных процессах и проанализировавших дела, в которые они были вовлечены. Некоторые из дел 1970-х гг. обсуждаются ниже.

экономическим советником в Министерстве юстиции, в 1973 г. убедил отдел усилить экономический сектор и преобразовать его в службу экономической политики с Хеем в качестве первого директора, наделенного полномочиями расширять штат и нанимать экономистов с ученой степенью [Kauper, 1984].

Вообще же, в 1970-х гг. экономистов все чаще привлекали к участию в антимонопольных процессах; иногда такое участие приводило к появлению публикаций, рассматривающих экономические аспекты конкретных дел. Эти работы обсуждаются ниже.

Вовлеченность экономистов в антимонопольную политику, равно как и в участие в судебных процессах, резко возросла в начале 1980-х гг. с появлением в антимонопольном отделе и в ФКТ лидеров, всецело поддерживавших роль и значение микроэкономики при выработке антимонопольной политики и при судебном преследовании¹. Впервые в числе членов ФКТ появились экономисты, включая ее председателя в первые годы правления Рейгана. По крайней мере один из членов ФКТ оставался экономистом в 1981—85 и в 1991—95 гг. В самом отделе показателем растущего влияния экономистов в середине 1980-х гг. стало присвоение директору службы экономической политики титула заместителя Помощника Генерального прокурора.

В первом десятилетии XXI в. экономисты продолжают играть важную роль в обоих органах (см. напр. [FTC, 2003; Barnett, 2007; Salinger et al., 2007; Carlton and Heyer, 2007]). В Министерстве юстиции служит около шестидесяти экономистов с ученой степенью под началом заместителя Помощника Генерального прокурора, обычно являющегося ведущим ученым-экономистом в области ОО и как правило занимающего свой пост около двух лет. Подобным образом, в ЭБ ФКТ служат примерно семьдесят экономистов с ученой степенью (хотя около четверти их рабочего времени уходит на вопросы защиты потребителей), а директором ЭБ обычно становится ведущий ученый-экономист, занимающий свой пост около двух лет.

3.3 ТРУДЫ ЭКОНОМИСТОВ ОБ ОТДЕЛЬНЫХ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ СУДЕБНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВАХ

В среде экономистов традиция подробно описывать отдельные важнейшие антимонопольные дела возникает не позднее симпозиума 1949 г., проведенного «Американским экономическим обозрением» [Adelman, 1949a; Nicholls, 1949; Nicols, 1949], и включает, например, обсуждение «целлофановой ошибки» в деле «США против „Е. И. Дюпон де Немур и Ко“» (U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 118 F. Supp 41, 1953; 351 U.S. 377, 1956) [Stocking and Mueller, 1955]. Большинство антимонопольных дискуссий вплоть до 1970-х гг. велось экономистами, просто заинтересовавшимися подробностями и последствиями того или иного антимонопольного процесса. Примечательным исключением стал Карл Кейзен, который, еще во время подготовки диссертации под руководством Эдварда Мейсона в Гарварде, оказывал поддержку антимонопольным судебным разбирательствам в своеобразном качестве: федеральный окружной судья Чарльз Визанский назначил его судебным секретарем для консультирования судьи по экономическим вопросам в процессе над компанией «Юнайтед шу машинери», обвиненной Министерством юстиции в монополизации². Кейзен проработал секретарем два года и написал для судьи Визанского

¹В конце 1970-х — начале 1980-х также значительно возросло число экономических консультационных фирм, имевших обширную практику поддержки участников антимонопольных процессов. Часто такие фирмы возглавлялись «выпускниками» экономических подразделений двух упомянутых органов.

²«США против „Юнайтед шу машинери Корп.“» (U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (1953), 347 U.S. 521, 1954).

обширный отчет, который был защищен затем в качестве диссертации и опубликован как монография [Kaysen, 1956].

К 1970-м гг. экономисты стали все чаще активно участвовать в антимонопольных разбирательствах и писать об этих делах¹. Примерами таких трудов о процессах, начатых в конце 1960-х — 1970-х гг., могут служить [Fisher et al., 1983; DeLamarter, 1986; Houthakker, 1999] об обвинении Министерством юстиции «Ай-Би-Эм» в монополизме, [Brock, 1989] о частных исках против «Ай-Би-Эм», [Evans, 1983; Noll and Owen, 1994] об иске Министерства юстиции с целью разделения «Эй-Ти-энд-Ти», [Hay, 1999] об иске ФКТ против производителей высокооктанового бензина со свинцовыми присадками, [White, 1975] об обвинении Министерством юстиции «Дженерал моторз» и «Форд» в фиксации розничных цен на автомобили, [Schmalensee, 1978; Scherer, 1979] о расследовании ФКТ в отрасли производства злаковых хлопьев, [Hilke and Nelson, 1989] об обвинениях в хищничестве при продаже кофе, которые предъявила ФКТ, [Dobson et al., 1994] об инициированном ФКТ иске в отношении монополии Дюпона на оксид титана [Cox, 1989] о частном иске, оспаривавшем установленные штатом ограничения на рекламу юридических услуг, [Elzinga, 1999] о частном иске, обвинявшем в сговоре и хищничестве японских производителей телевизоров, [Preston, 1994] о частном иске, оспаривающем территориальные ограничения, установленные «Джи-Ти-И-Сильвания», [Warren-Boulton, 1999] о частном иске, обвинявшем «Монсанто» в удерживании перепродажных цен, и [Lynk, 1999] о частном иске, обвинявшем «Больницу округа Джефферсон (шт. Луизиана)» в навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента.

С 1970-х гг. участие экономистов в антимонопольных процессах заметно участилось [Kovacic, 1992; Barnett, 2007], кроме того, продолжают появляться статьи, отражающие опыт такого участия (см. напр. [Kwoka and White 1989, 1994, 1999, 2004a, 2009]).

4. ДОСТИЖЕНИЯ В ОТДЕЛЬНЫХ ОБЛАСТЯХ

Достижения экономистов в части изменения антимонопольной правоприменительной практики и политики особенно примечательны в трех областях: 1) анализе слияний, 2) вертикальных связях и ограничениях и 3) хищническом ценообразовании². Каждое из упомянутых достижений рассматривается ниже.

4.1 АНАЛИЗ СЛИЯНИЙ

Почти каждый современный антимонопольный анализ слияний базируется на «Руководстве по анализу горизонтальных слияний» Министерства юстиции и ФКТ³. Это руководство, впервые опубликованное в 1982 г.⁴ и последовательно пересмотренное в 1987, 1992 и

¹Важные процессы, которые Министерство юстиции вело против «Ай-Би-Эм» (с 1969 г.) и «Эй-Ти-энд-Ти» (с 1974 г.), в итоге вовлекли массу экономистов как со стороны истца, так и со стороны ответчиков, и такое широкое знакомство экономистов с антимонопольной практикой могло послужить стимулом как к их участию в других разбирательствах, так и к написанию трудов об антимонопольных процессах.

²Кроме важнейших достижений, перечисленных в тексте, почетного упоминания заслуживает следующее. 1) Экономисты, занятые антимонопольной тематикой, были в числе первых сторонников дерегулирования рынков ценных бумаг и банковских услуг, рынков транспортных услуг, рынков услуг связи, и рынков электроэнергии и теплоснабжения — см. напр. [Eads, 1975; Mann, 1975; Weiss, 1975]. 2) Экономисты, занятые антимонопольной тематикой, стали основными сторонниками увеличения штрафов и продолжения практики возмещения ущерба в тройном размере в частных антимонопольных исках как инструмента сдерживания — см. напр. [Salop and White, 1986, 1988]. 3) Экономисты, занятые антимонопольной тематикой, стали основными сторонниками отмены Закона Робинсона — Пэтмена — см. напр. [Adelman, 1949a, 1949b, 1959].

³Доступно здесь: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>.

⁴Более раннее издание «Руководства» было опубликовано Министерством юстиции в 1968 г., но

1997 г., определяет два подхода, согласно которым слияние может быть признано имеющим антиконкурентные последствия: «анализ структурных последствий» и «анализ односторонних последствий».

1. Структурные последствия. Это прямое приложение модели С — П — Р, с особой расстановкой приоритетов, предложенной Стиглером [Stigler, 1964]. Основным опасением в соответствии с этим подходом является то, что продавцы-олигополисты после слияния будут в состоянии неявно координировать свое поведение для достижения существенно более высоких цен (или других изменений в характеристиках поведения) и прибылей. Концентрация продавцов, измеренная по индексу Херфиндаля-Хиршмана (ННН)¹, оказывается в центре (как и в модели С — П — Р) по крайней мере по двум причинам. Во-первых, концентрация продавцов с очевидностью является наиболее легко измеримым структурным параметром. Во-вторых, увеличение концентрации продавцов является непосредственным результатом любого горизонтального слияния. «Руководство» устанавливает определенные значения индикаторов концентрации после слияния (и вызванных слиянием изменений в концентрации), которые должны привлечь особое внимание и повлечь возможное вмешательство².

«Руководство» также задействует для анализа другие важные составляющие модели С — П — Р: условия входа на рынок; характеристики рынка на стороне покупателя; природу и сложность товара; прозрачность (или непрозрачность) цены и другой рыночной информации, а также антимонопольное досье продавцов на этом рынке.

Серьезной проблемой претворения в жизнь законодательства о слияниях до 1982 г. был вопрос определения товарных и географических границ релевантных рынков. Модель С — П — Р предполагает, что соответствующий рынок определен, так что доля ведущих фирм на этом *рынке* представляет собой осмысленный показатель вероятности того, что эти фирмы будут коллективно пользоваться рыночной властью. Но сама по себе модель С — П — Р не дает указаний для очерчивания соответствующего рынка.

«Руководство» решает эту проблему так: релевантный рынок определяется как рынок товара или группы товаров, продающихся группой продавцов, которые, действуя согласованно (т. е. как «гипотетический монополист»), могли бы достичь «небольшого, но заметного и постоянного завышения цены» (НЗПЗЦ), причем НЗПЗЦ устанавливается на уровне 5% в течение одного года. Это эквивалентно определению релевантного рынка как такого, на котором можно пользоваться рыночной властью (или такого, на котором рыночная власть может быть усилена)³. В качестве релевантного рынка обычно принимается наименьшая группа продавцов, удовлетворяющая условию НЗПЗЦ. Этот

выявило свою несостоятельность и было в основном отброшено после публикации «Руководства» 1982 г. Экономисты Министерства юстиции сыграли заметную роль в разработке «Руководства» 1982 г., в особенности парадигмы определения рынка, описываемой ниже; см. [White, 2000].

¹В «Руководстве» для измерения концентрации продавцов применяется ННН, а не доля четырёх крупнейших фирм (которая гораздо чаще использовалась до 1982 г.), отчасти из-за более полного отражения этим индексом долей на рынке всех фирм, а отчасти потому, что в [Stigler, 1964] показано, что ННН может служить показателем легкости, с которой продавцы, пытающиеся скоординировать свое ценообразование, могут отличить случайные колебания доли на рынке от изменений, являющихся результатом тайного снижения цен.

²Практика правоприменения показывает, однако, что фактическими пороговыми значениями являются существенно более высокие показатели ННН. См. [Leddy, 1986; Coate, 2005; Coate and Ulrick, 2005].

³Как отмечает Верден [Werden, 2003], первое указание на применение этого подхода к определению релевантных рынков для анализа слияний дал Эдлман [Adelman, 1959]. Другие попытки определения рынков (например, [Elzinga and Hogarty, 1973; Horowitz, 1981]) оказались менее приемлемыми, чем подход, описанный в тексте.

принцип применяется к определению как товарных, так и географических границ рынков. Определяющим фактором в анализе является способность существенной доли покупателей перейти к другим продавцам (других товаров и/или расположенных в других районах) в ответ на завышение цены.

Логика этого подхода проистекает из цели предотвращения создания или наращивания рыночной власти посредством слияний. Проверка на НЗПЗЦ идентифицирует наименьшую группу продавцов, способных пользоваться такой властью. За единственным исключением, эта парадигма определения границ рынков сосредоточивается на продавцах (ибо именно продавцы пользуются рыночной властью). Исключение возникает, когда группа продавцов способна проводить ценовую дискриминацию и существенно завышать цены для определенной группы покупателей (очерчиваемой по географическому признаку или деловой функции). В этом случае такая группа покупателей может также рассматриваться как релевантный рынок.

Эта парадигма определения границ рынка оказалась устойчивой и породила целую «миниотрасль» эконометрических услуг по оценке «критической» эластичности спроса и доли прибыли в цене, которая указывала бы на границы релевантных рынков при разбирательствах, касающихся слияний¹.

2. Односторонние последствия. В редакции «Руководства по анализу слияний» 1992 г. в качестве второй области антиконкурентных угроз при слияниях были добавлены «односторонние последствия». Под ними понимается значительное завышение цены, могущее произойти после слияния исключительно со стороны слившейся фирмы. Такое одностороннее завышение цены может произойти, если две слившиеся фирмы производили товары, достаточно хорошо (хотя и не полностью) замещающие друг друга, и значительное количество потребителей каждой фирмы рассматривали продукцию ее партнера по слиянию как первый потенциальный заместитель в случае повышения цены. Если продукция всех других фирм отличается достаточно сильно, чтобы быть для этих потребителей лишь третьим по предпочтительности заместителем, слившиеся фирмы, вероятно, сочтут уместным общее завышение цены [Ordovery and Willig, 1993], и выиграют еще больше, если смогут идентифицировать и выделить таких «попавшихся» потребителей, чтобы повести против них ценовую дискриминацию².

Заметьте, что антиконкурентные последствия слияний этого типа проистекают не из сотрудничества или сговора между фирмами, конкурирующими со слившейся фирмой. Ущерб конкуренции наносится из-за того, что слившаяся фирма лучше приспособлена для присвоения выгоды от завышения цены. Также заметьте, что для анализа односторонних последствий вопросы определения границ рынков и определения долей на рынке большей частью безразличны, поскольку значение имеет лишь то, в какой степени продукция двух сливающихся фирм является лучшим и вторым по предпочтительности выбором для потребителей (и то, в какой степени продукция других фирм является лишь третьим по предпочтительности выбором). Таким образом, решающим становится прямое измерение

¹См. напр. [Katz and Shapiro, 2003].

²Односторонние последствия могут также наступить, если доминирующая фирма сольется с одним из конкурентов даже в отрасли с однородными товарами [Stigler, 1965]. Пороговые значения индикаторов концентрации после слияния (и изменения концентрации, вызванного слиянием), вероятно, будут достаточными, чтобы выявить такие слияния. В качестве дополнительной меры предосторожности «Руководство» также рекомендует проявлять особое внимание к любым слияниям с участием фирм с долей на рынке в 35% и более.

эластичности и взаимной эластичности, и здесь также возникла миниотрасль, предлагающая такие эмпирические оценки для антимонопольных надобностей¹.

4.2 ВЕРТИКАЛЬНЫЕ СВЯЗИ И ОГРАНИЧЕНИЯ²

Как отмечалось выше, «гарвардская» традиция ОО относилась к вертикальным связям и вертикальным ограничениям враждебно. Например, важный антимонопольный трактат [Kaysen and Turner, 1959] содержит в основном отрицательные взгляды на вертикальные слияния и вертикальные ограничения, такие как навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента³, продажа в нагрузку, исключительное дилерство, договоры о закупках у единственного поставщика, условия распространения полного ряда товаров, территориальные ограничения и удержание розничных цен (УРЦ)⁴. Ранее подобное жесткое отношение к вертикальным ограничениям выказал «Отчет» Национального комитета по исследованию антимонопольного законодательства при Генеральном прокуроре [Attorney General's..., 1955], в который входили экономисты Уолтер Адамс, Моррис Эдлман, Джон М. Кларк, Альфред Кан, Юджин В. Ростоу, Самнер Сличер и Джордж Стиглер⁵, а также ряд ведущих антимонопольных адвокатов и профессоров права⁶.

Однако «чикагцы» под интеллектуальным водительством Аарона Директора начали проводить другой взгляд на вертикальные ограничения. В [Bowman, 1957; Burstein, 1960a] утверждается, что навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, часто выступало инструментом слежки за применением покупателем купленного товара и таким образом служило альтернативным механизмом проведения ценовой дискриминации (благотворное влияние которой в общем случае неясно); то же самое об условиях распространения полного ряда утверждалось в [Burstein, 1960b]⁷. В [Telser, 1960] доказывается, что УРЦ может быть средством преодоления производителем (или иным лицом, стоящим «выше» в цепочке поставок) потенциальных проблем, связанных с «безбилетничеством», сопровождающим предоставление им сведений о продукции, таким образом побуждая розничных торговцев к оказанию большего объема услуг в торговых точках⁸. Аргумент от «безбилетничества» в пользу УРЦ был распространен на оказание других услуг розничными торговцами [Mathewson and Winter, 1984; Marvel, 1985; Marvel and

¹См. напр. [Werden and Froeb, 1994, 2007; Pelcovits, 2004].

²Эта тема ранее рассматривалась в [White, 1989].

³«...Оправданным представляется полный запрет условий, ограничивающих деятельность контрагента, вне зависимости от того, служат ли они полезной цели» [Kaysen and Turner, 1959, p. 159].

⁴По крайней мере отчасти жесткое отношение многих экономистов к УРЦ связано с опытом 1930-х гг., когда мелкие розничные торговцы (и в особенности аптекари) добивались защиты от «нечестной» конкуренции со стороны крупных сетей магазинов. Одним из законодательных ответов стал упоминавшийся выше Закон Робинсона — Пэтмена 1936 г., усиливший запрет, введенный разделом 2 Закона Клейтона, на ценовую дискриминацию (поскольку, как утверждали мелкие торговцы, сетевые магазины добивались от производителей скидок, недоступных менее крупным торговцам). Другим — Закон Миллера — Тайдингса 1937 г., разрешивший штатам легализовать УРЦ (которое также называлось «честной торговлей»), чтобы мелкие торговцы смогли убедить производителей ввести его и принудить сетевые магазины торговать по тем же ценам, что и менее крупные розничные торговцы.

⁵Стоит отметить, что хотя Стиглер впоследствии ассоциировался с «Чикагской школой», во времена «Отчета» он был профессором Колумбийского университета. См. [Peltzman, 2007].

⁶В [White, 1989] приводятся некоторые причины столь жесткого отношения.

⁷Также утверждалось, что навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, и тому подобные вертикальные ограничения могли быть средством удостовериться, что товар функционирует нормально и таким образом защитить репутацию производителя и защититься от недобросовестности партнеров.

⁸См. тж. [Bowman, 1955]. Теслер признает, что УРЦ может быть прикрытием для картеля торговцев или даже производителей. Что важно, так это демонстрация Теслером способности производителя получать одностороннюю выгоду от УРЦ.

McCafferty, 1984, 1985, 1986]. Проблема «безбилетничества» выставлялась также как обоснование для территориальных ограничений [White, 1981] и исключительного дилерства [Marvel, 1982]. Далее последовала масштабная атака «чикагцев» на идею о том, что вертикальная интеграция может иметь серьезные антиконкурентные последствия¹.

До середины 1970-х гг. решения Верховного суда по антимонопольным делам, касающимся вертикальных ограничений и вертикальных слияний, следовали жесткой «гарвардской» позиции. Ранее Верховный суд признал удержание розничных цен *per se* нарушением раздела 1 Закона Шермана в деле «„Д-р Майлз медикал Ко.“ против „Джон Д. Парк и сыновья Ко.“» (Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co., 220 U.S. 373, 1911). Это решение впоследствии подтверждалось в процессах «США против „Бош и Ломб оптикал Ко.“» (U.S. v. Bausch & Lomb Optical Co., 321 U.S. 707, 1944); «США против „Парки, Дэвис и Ко.“» (U.S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29, 1960); «Симпсон против „Юнион ойл Ко.“» (Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13, 1960) и «Альбрехт против „Херальд Ко.“» (Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145, 1968).

Навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, попало под удар в процессах «„Моушн пикчер пэтенс Ко.“ против „Юнивёрсал филм мэньюфакчуриг Ко.“» (Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co., 243 U.S. 502, 1917); «„Юнайтед шу машинери Корп.“ против США» (United Shoe Machinery Corp. v. U.S., 258 U.S. 451, 1922); «„Карбайс Корп.“ против „Америкэн пэтент девелопмент Корп.“» (Carbice Corp. v. American Patent Development Corp., 283 U.S. 27, 1931), «„Интернешнл бизнес машин Корп.“ против США» (International Business Machines Corp. v. U.S., 298 U.S. 131, 1936), «„Мортон солт Ко.“ против „Г. С. Саппигер Ко.“» (Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488, 1942) и «„Интернешнл солт Ко.“ против США» (International Salt Co. v. U.S., 332 U.S. 392, 1947). В 1949 г. Верховный суд признал навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, *per se* правонарушением в деле «„Нозерн пасифик рэйлвэй Ко.“ против США» (Northern Pacific Railway Co. v. U.S., 356 U.S. 1, 1949) и постановил, что «навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, вряд ли служит какой-либо цели помимо подавления конкуренции» («„Стандард ойл Ко. оф Калифорния“ и др. против США», Standard Oil Co. of California et al. v. U.S., 337 U.S. 293, 305-306, 1949). Это наступление на навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, продолжилось в делах «США против „Лёвз Инк.“» (U.S. v. Loew's, Inc., 371 U.S. 38, 1962), «„Атлантик рефайнинг Ко.“ против ФКТ» (Atlantic Refining Co. v. FTC, 381 U.S. 357, 1968), «ФКТ против „Тексако“» (FTC v. Texaco, 393 U.S. 223, 1968) и «„Фортнер энтерпрайзиз Инк.“ против „Юнайтед Стейтс стил Корп.“» (Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495, 1969).

Подобным образом Верховный суд выступил и против договоров о закупках у единственного поставщика в делах «„Стандард ойл Ко. оф Калифорния“ и др. против США» (Standard Oil Co. of California et al. v. U.S., 337 U.S. 293, 1949) и «„Ричфилд ойл Корп.“ против США» (Richfield Oil Corp. v. U.S., 343 U.S. 922, 1952). Еще раньше он атаковал исключительное дилерство в деле «„Стандард фашн Ко.“ против „Мегрейн-Хьюстон Ко.“» (Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co., 258 U.S. 346, 1949) и повторил эту атаку в делах «Стандард ойл» 1949 г. и «ФКТ против „Моушн пикчерс адвертайзинг сервис Ко.“» (FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392, 1953). Позднее, в деле «США против „Арнольд Швинн и

¹См. напр. [Bork, 1954, 1978; Bork and Bowman, 1965; McGee, 1971; Bowman, 1973; Posner, 1976]. Обсуждение некоторой «контрреволюционной» литературы о том, что вертикальные ограничения и вертикальные слияния могут быть не столь доброкачественными, как то утверждали чикагские революционеры, см. [White, 1989]. См. тж. [Пергу, 1989]. Недавний обзор эмпирических свидетельств о вертикальной интеграции, обнаруживший в основном полезные ее следствия, см. в [Slade, 2007].

Ко.» и др.» (U.S. v. Arnold Schwinn & Co. et al., 388 U.S. 365, 1967), Верховный суд признал территориальные ограничения *per se* нарушением Закона Шермана¹.

Верховный суд заклеил практику вертикальных слияний в делах «США против „Е. И. Дюпон де Немур и Ко.“ и др.» (U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co. et al., 353 U.S. 586, 1957), «„Браун шу Ко.“ против США» (Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 1962) и «„Форд мотор Ко.“ против США» (Ford Motor Co. v. U.S., 405 U.S. 562, 1972).

Тенденция обратилась после середины 1970-х гг.², когда верх стала одерживать «чикагская» аргументация. В 1977 г. смена курса проявилась в двух важных решениях. В деле «„Континентал ТВ Инк.“ против „Джи-Ти-И-Сильвания Инк“» (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 1977) Верховный суд постановил, что территориальные ограничения должны оцениваться на основе правила взвешенного подхода, а не автоматически осуждаться как *per se* нарушение в соответствии с решением по делу Швинна десятью годами ранее. А в «„Юнайтед Стейтс стил Корп.“ против „Фортнер энтепрайзиз Инк“» (United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 429 U.S. 610, 1977) тот же суд нашел, что отсутствие рыночной власти на рынке с навязыванием условий, ограничивающих деятельность контрагента, означает, что навязывание таких условий было приемлемо (несмотря на *per se* запрет в деле «Нозерн Пасифик», остававшийся в силе).

События продолжали развиваться в этом направлении и в 1980-е гг. Хотя Верховный суд продолжил осуждение УРЦ как *per se* нарушения в делах «„Монсанто Ко.“ против „Спрей-райт Корп.“» (Monsanto Co. v. Spray-Rite Corp., 465 U.S. 752, 1984) и «„Бизнес электроникс Корп.“ против „Шарп электроникс Корп.“» (Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 1988), он поднял уровень требований к доказательствам, требующимся от истца для победы. В деле «Вторая районная больница округа Джефферсон против Эдвина Дж. Хайда» (Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Edwin G. Hyde, 466 U.S. 2, 1984) Верховный суд вновь нашел, что отсутствие рыночной власти на рынке с навязыванием условий, ограничивающих деятельность контрагента, означает, что навязывание таких условий было приемлемо. При этом особое мнение, подписанное четырьмя его членами, гласило, что правило о *per se* нарушении навязыванием условий должно быть заменено правилом взвешенного подхода.

В 1990-х гг. Верховный суд отступил в вопросе о навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента, в деле «„Истман кодак компани“ против „Имидж техникл сёрвисиз Инк.“» (Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 1992), в котором (в ответ на ходатайство об упрощенном делопроизводстве) постановил, что «Кодак» должен предстать перед судом по обвинению в навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента. Однако, позднее в том же десятилетии в деле «„Стейтойл“ против Хана» (StateOil v. Khan, 522 U.S. 3, 1997) Верховный суд постановил, что удержание максимальной розничной цены должно оцениваться на основе взвешенного подхода (а не осуждаться как *per se* нарушение согласно решению по делу Альбрехта).

¹Четырьмя годами ранее, в деле «„Уайт мотор Ко.“ против США» Верховный суд признавал, что недостаточно осведомлен о территориальных ограничениях, чтобы решить, являются ли они нарушением.

²Описанная выше тенденция судебных решений до 1970-х гг. имела и исключения. Например, в деле «„Тампа электрик Ко.“ против „Нэшвил коул Ко.“» (Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 1961) суд отказался осудить договор о закупках у единственного поставщика и вынес решение о том, что исключительное дилерство должно оцениваться на основе взвешенного подхода. В том же году в деле «США против „Джерролд электроникс Корп.“» суд поддержал мнение суда низшей инстанции, разрешившего навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, в ситуации новой компании. Но эти и еще некоторые решения были исключениями. Общая картина была такой, как она описана выше.

Первое десятилетие XXI в. стало в этом отношении благоприятным. В деле «Иллинойс тул уоркс Инк.» против «Индепендент инк Инк.»» (Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 28, 2006) Верховный суд постановил, что наличие патента на продукцию при навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента, не означает автоматически, что продавец обладает рыночной властью. А в деле «Лиджин криэйтив лезер продактс Инк.» против «Пи-Эс-Кей-Эс Инк.»» (Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705, 2007) Суд решил, что удержание минимальной розничной цены («самая обычная» разновидность УРЦ, осужденная, как являющаяся per se нарушением, в деле «Д-р Майлз») также должно оцениваться на основе взвешенного подхода.

Итак, антимонопольное законодательство по отношению к вертикальным ограничениям (в интерпретации решений Верховного суда и административных решений Министерства юстиции и ФКТ) продемонстрировало значительный прогресс с 1970-х гг., используя достижения экономической мысли, рассмотренные выше. Вертикальные слияния оспариваются редко, как это и должно быть¹. Большинство вертикальных слияний оцениваются на основе взвешенного подхода, и даже решения, касающиеся навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента, номинально остающегося per se нарушением, требуют по крайней мере доказательства наличия рыночной власти. Когда вертикальные ограничения связаны со злоупотреблениями и ростом рыночной власти, как в делах «США против „Майкрософт“» (U.S. v. Microsoft, 253 F.3d 34, 2001) и «США против „Дентсплай интернешнл Инк.“» (U.S. v. Dentsply International, Inc., 399 F.3d 181, 2006), инициируется и имеет успех преследование, как оно и должно быть². Если повезет, в не слишком отдаленном будущем Верховный суд увидит, насколько мудрым будет формально отменить правило «Нозерн пасифик» и оценивать навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, также на основе взвешенного подхода, завершая переход от жесткого отношения судов в 1960-х гг. к более сбалансированной точке зрения на вертикальные связи и вертикальные ограничения, основанной на здоровой экономике.

4.3 ХИЩНИЧЕСКОЕ ЦЕНООБРАЗОВАНИЕ

До 1970-х гг. «рассмотрение хищнического ценообразования как при расследованиях, так и в литературе страдало двумя взаимосвязанными пороками: отсутствием четкого и точного определения того, какие деяния должны составлять правонарушение, и преувеличенных опасений склонности крупных фирм к его совершению» [Areeda and Turner 1975, pp. 697-698]. Подобные пороки можно усмотреть и в обвинениях в ценовой дискриминации (в которых также часто содержится, явно или скрыто, обвинение в хищничестве), примерами которых являются действия ФКТ и решения Верховного суда (например, «„Юта пай Ко.“ против „Континентал бейкинг Ко.“ и др.», Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et al., 386 U.S. 685, 1967). Общим для действий правоприменительных органов и судебных решений является инкриминирование «установления цены ниже издержек», где понятие «ниже издержек» определяется либо расплывчато, либо как «ниже средних издержек» (что обычно также подразумевает некоторый произвольный метод расписывания общих издержек по отдельным видам продукции, например, с использованием относительных показателей выручки по товарам в качестве коэффициентов).

Научная работа по прояснению проблематики хищничества и по экспликации сомнений в эмпирически наблюдаемой частоте хищничества была начата «чикагцами» (под влиянием Аарона Директора) в конце 1950-х гг.³ Была явственно выделена парадигма рассмотрения

¹Обсуждение одного разумного случая препятствования слиянию см. в [White, 1985].

²О деле «Майкрософт» см. [Rubinfeld, 2004], о деле «Дентсплай» см. [Katz, 2002, 2009].

³См. напр. [McGee, 1958; [Telser, 1966]; см тж. [Task Force, 1969; Peltzman, 2005]. Макджи также поставил под вопрос фактические обстоятельства причастности «Стандард ойл оф Нью-Джерси» в конце XIX в. к хищническим действиям — обстоятельства, на основании которых решением

хищничества как «инвестиции» (начальной жертвы) и последующего периода возмещения (завышенные цены позволяют получать прибыль от первоначальной инвестиции). На этой основе Аридой и Тёрнером [Areeda and Turner, 1975] была представлена убедительная критика¹ и предложение считать ценообразование на уровне или выше предельных затрат «спокойной гаванью» для фирм, подозреваемых в хищничестве (косвенным показателем для оценки предельных затрат, обычно не поддающихся измерению, служат при этом средние переменные издержки). Оно впоследствии получило известность как «правило Ариды — Тёрнера»².

На последующие судебные решения, и в особенности на решения Верховного суда — по делам «„Мацусита электрик индастриал Корп. Лтд.“ и др. против „Зенит радио Корп.“ и др.» (Matsushita Electric Industrial Corp., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp., et al., 475 U.S. 574, 1986), «„Брук групп Лтд.“ против „Браун и Уильямсон табакко Корп.“» (Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., U.S., 1993) и совсем недавно « „Вейерхассер Ко.“ против „Росс—Симмонз хардвуд ламбер Ко. Инк.“» (Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc. 127 S. Ct. 1069, 2007) — с очевидностью повлияли парадигма «инвестиции и отдача» и параметр «цены выше предельных издержек»³.

Здесь стоит отметить, что примерно тогда же, когда экономисты, работающие в области антимонопольной практики, уточняли понятие хищничества, те, что работали в области государственного регулирования (см. напр. [Baumol, 1968; Baumol and Walton, 1973]) — писали о подобных проблемах анализа ценообразования в своей области, отводя критерии и решения такого регулирования от полного расписывания издержек и подводя к учету дополнительных издержек.

5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ясно, что за последние два или три десятилетия экономика оказала заметное влияние на антимонопольные судебные решения и политику. Это влияние шло через развитие экономической мысли, повышение статуса и положения экономистов в Министерстве юстиции и ФКТ и через общее расширение участия экономистов в антимонопольных судебных разбирательствах.

Здравомыслящие экономисты могут расходиться в оценке разумности тех или иных из произошедших перемен, так же как и строгости правоприменения (или недостаточности таковой) в последние несколько десятилетий. Но немногие будут спорить с констатацией факта возросшего влияния экономистов⁴.

Верховного суда она была признана в нарушении раздела 2 Закона Шермана («США против „Стандарт ойл Ко. оф Нью-Джерси“ и др.», U.S. v. Standard Oil Co. of N.J. et al., 221 U.S. 1, 1911) и впоследствии принудительно разделена на несколько компаний.

¹Вспомним, что Тёрнер наряду с юридической степенью получил ученую степень и по экономике, и таким образом его результаты можно смело включать в список достижений экономистов.

²Правило Ариды—Тёрнера повлекло массу возражений и уточнений. См. напр. [Scherer, 1976; Williamson, 1977; Baumol, 1979; Joskow and Klevorick, 1979; Brodley and Hay, 1981].

³Однако, как будет показано ниже, строгому подходу «инвестиции и отдача» недостает тонкости, поскольку он не учитывает стратегического подхода, при котором, например, компания готова терпеть убытки из-за ценообразования на уровне ниже предельных издержек, не получая отдачи, чтобы получить репутацию агрессивной и отпугнуть таким образом желающих выйти на другие рынки (или расширить свою долю на них), так что отдача в конце концов получается на других рынках.

⁴Есть интересный вопрос, которого мы лишь слегка коснемся: почему юридическое сообщество — как частнопрактикующие юристы, так и судебские служащие — оказалось готово к принятию роста влияния экономики и экономистов на своей юридической территории. Тому может быть предложено несколько потенциальных (и потенциально дополняющих друг друга) объяснений. 1) Может быть,

Однако nirваны мы еще не достигли. Есть как минимум четыре области, в которых творческое экономическое мышление и влияние экономистов могут привести к совершенствованию антимонопольных решений и политики. Во-первых, остается неразрешенной дилемма, касающаяся учета различного вида отдачи от предлагаемого слияния. Необходимость выбора между потенциальным ущербом благоденствию за счет возрастания рыночной власти и потенциальным ростом производительности была очевидна по крайней мере с момента публикации [Williamson, 1968]. Но о возрастании производительности легко говорить, обеспечить же ее сложнее¹, а «провернуть назад фарш» слияния через несколько лет после того, как его одобрили, а роста производительности не добились, может быть трудно или вовсе невозможно (в дополнение к сложности любых попыток оценки того, повысилась ли производительность).

Во-вторых, одностороннее хищническое поведение нуждается в более тонком подходе. Сегодняшние антимонопольные решения — как они сформулированы в деле «„Брук групп Лтд.“ против „Браун и Уильямсон табакко Корп.“» (Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 1992) и недавно подтверждены в «„Вейерхаузер Ко.“ против „Росс—Симмондз ламбер Корп.“» (Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Lumber Co., 127 S. Ct. 1069, 2007) — рисуют хищничество как стратегию низких цен, в строгом смысле как прямолинейную инвестицию, включающую начальное вложение в ценообразование ниже предельных издержек и последующую отдачу за счет завышенных цен и прибылей после того, как фирма-жертва покинет рынок. При таком узком взгляде на вещи теряются более важные вопросы, касающиеся того, отпугнет ли репутация фирмы, готовой торговать себе в убыток, будущего конкурента, или же только незначительные фирмы, которые иначе все равно не играли бы серьезной роли. Обретение такой репутации может стоить свеч, даже если анализ (ограниченный лишь издержками и отдачей в данном конкретном случае) не выявляет прибыльности этого действия². Более того, применение даже такой узкой парадигмы «издержек — выгоды» к неценовому поведению оказалось трудным³. Так же, как анализ скидок при продажах в нагрузку, фигурировавших в деле «„Лепаж Инк.“ против „ЗМ“» (LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141, 2003) не добавил уверенности понятийному аппарату антимонопольного анализа⁴.

Прояснение экономических понятий и вправду может оказаться полезным. Например, понятие об «отсутствии экономического смысла»: ценовое или неценовое действие может быть осуждено, если оно не имеет для предпринимающей его фирмы экономического смысла, кроме выталкивания с рынка или иного наказания фирмы-жертвы — в этом направлении стоит двигаться (несмотря на то, что это понятие не учитывает вопросов

сами идеи были слишком хороши, чтобы их отвергнуть. 2) Руководители некоторых органов (например, Дональд Тёрнер, Томас Каупер, Уильям Бакстер, Джеймс Миллер, Роберт Пифотский) вышли из научной среды и могли быть заинтересованы в более широком взгляде на вещи, что часто свойственно людям с научной подготовкой; то же может относиться и к некоторым влиятельным судьям (например, Ричарду Познеру, Фрэнку Истербруку и Стивену Брейеру). Некоторые из этих людей прошли дополнительную экономическую подготовку или обладали сильными экономическими инстинктами. 3) Привлечение экономистов к разбирательствам означало рост потребности в юристах (и дополнительные оплаченные человеко-часы), чтобы управлять оравой этих новых участников. В особенности это касалось частнопрактикующих юристов. 4) Некоторую роль могли сыграть специальные программы повышения экономической грамотности судебных служащих. Дальнейшее развитие этих мыслей должно дожидаться своего времени.

¹Пример см. в [Kwoka and White, 2004b]. Об опасностях такого выбора см. [Baker, 2004].

²См. напр. [Brodley et al., 2000].

³См. напр. обсуждение в [Edlin and Farrell, 2004].

⁴Так, отчет Комитета по совершенствованию антимонопольной практики [Antitrust Modernization Commission, 2007] оставляет на удивление широкое пространство выбора как решений, так и принимаемых мер.

стратегической репутации, поднятых выше)¹. Возможны и иные направления, которые способно открыть здоровое экономическое мышление.

В-третьих, состояние вопроса определения границ рынка в делах о нарушении раздела 2 Закона Шермана остается неудовлетворительным. Эта проблема находится в центре так называемой «целлофановой ошибки»: Верховный суд в деле «США против „Е. И. Дюпон де Немур и Ко“» (U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 1956) определил, что релевантным рынком для оценки рыночной доли Дюпона являются «гибкие упаковочные материалы», на рынке которых доля дюпоновского целлофана была менее 20%, а не рынок собственно целлофана, на котором Дюпон доминировал.

Суд пришел к такому решению, обратив внимание на то, что Дюпон воздерживается от завышения цены на свой целлофан из-за опасности отдать слишком многих покупателей поставщикам других гибких упаковочных материалов. Сложность при таком подходе (на которую было указано в [Stocking and Mueller, 1955]) заключается в том, что монополичный поставщик целлофана должен был бы удерживать цену, обладающую точно тем же свойством. Соответственно, такой «критерий» не позволяет отличить целлофанового монополиста от участника рынка гибких упаковочных материалов, находящегося в конкурентной позиции². Тем не менее, такая проверка часто встречается в мотивировочной части решений по делам о монополизации³.

Определения монополии из учебников экономики часто подчеркивают в качестве ее отличительной черты получаемые ею сверхприбыли (и это входило в утверждение Стокинга и Мюллера [Stocking and Mueller, 1955] о том, что Дюпон обладал рыночной властью⁴). Но, как обсуждалось выше, с середины 1980-х гг. бухгалтерские прибыли в основном перестали фигурировать в попытках экономистов определить границы рынков для этих дел по разделу 2 Закона Шермана. Здесь с очевидностью требуется более творческое мышление⁵.

В-четвертых, экономистам следует возглавить усилия по ретроспективной оценке эффективности применения антимонопольного законодательства, в особенности, законодательства о слияниях. Правильно ли Министерство юстиции и ФКТ разграничивали оспариваемые и одобряемые ими слияния?

Ответ на этот вопрос нельзя получить, сравнивая количество ежегодно оспариваемых слияний или исследуя характеристики слияний, которые были оспорены, или слияний, которые были предотвращены (поскольку никто не располагает «противоречащими фактами» в отношении этих слияний). Но изучение ценообразования после разрешенных слияний, в особенности, слияний, находившихся под серьезным вопросом (на что указывает «дополнительный запрос» правоприменительным органом информации от инициаторов слияния) — должно принести интересные данные. Если эти исследования покажут, что цены после слияния не завышались (при прочих равных), тогда возможно, что политика в

¹См. напр. [Werden, 2006; Ordovery and Willig, 1981, 1999].

²Хотя «критерии», проверенные судом, кажутся похожими на проверку на НЗПЗЦ из «Руководства по слияниям», их существенное различие заключается в том, что проверка на НЗПЗЦ направлена в будущее, чтобы ответить на вопрос о том, не породит ли и не увеличит ли данное слияние рыночной власти, в то время как Верховный суд применил его в контексте попытки определить, обладает ли уже Дюпон рыночной властью. См. [White, 2007].

³См. обсуждение в [White, 2008]; см. тж. «США против „Виза“ и „Мастеркард“» (U.S. v. Visa and MasterCard, 163 F. Supp. 2d 322 (2001), 344 F.3d 229, 2003).

⁴Стокинг и Мюллер там же доказывают, что цены на дюпоновский целлофан не менялись вслед за изменением цен на другие гибкие упаковочные материалы.

⁵Некоторые предположения выдвигаются в [White, 2008].

области слияний была слишком строгой, а если существенно повышались, значит она была чрезмерно мягкой¹.

Итак, перед антимонопольной экономикой все еще стоят важные задачи. Я надеюсь, что этот спрос найдет свое предложение.

ЛИТЕРАТУРА

Adelman, Morris A., "The A & P Case," *American Economic Review*, 39 (May 1949a), pp. 280—283.

Adelman, Morris A., "The A & P Case: A Study in Applied Economic Theory," *Quarterly Journal of Economics*, 63 (May 1949b), pp. 238—257.

Adelman, Morris A., "Economic Aspects of the Bethlehem Opinion," *Virginia Law Review*, 45 (1959), pp. 684—696.

Adelman, Morris A., *A&P: A Study in Price-Cost Behavior and Public Policy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1959.

American Bar Association (ABA), "Report of the ABA Commission to Study the Federal Trade Commission," September 15, 1968; reprinted in *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, 1 (Winter 1969), pp. 885—1009.

American Economic Association, *Readings in the Social Control of Industry*. Philadelphia: Blakiston, 1942.

Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*. Washington, D.C.: AMC, April 2007.

Areeda, Philip and Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act," *Harvard Law Review*, 88 (February 1975), pp. 697—733.

Attorney Generals National Committee to Study the Antitrust Laws, *Report* (March 31, 1955); reprinted in *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, 11 (1980), pp. 1—405.

Audretsch, David B. and John J. Siegfried, eds., *Empirical Studies in Industrial Organization: Essays in Honor of Leonard W. Weiss*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

Bain, Joe S., "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940," *Quarterly Journal of Economics*, 65 (May 1951), pp. 293—324.

Bain, Joe S., "Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries," *American Economic Review*, 44 (March 1954), pp. 15—39.

Bain, Joe S., *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1956.

Bain, Joe S., *Industrial Organization*. New York: John Wiley & Sons, 1959.

Baker, Jonathan B., "Efficiencies and High Concentration: Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 4th edn. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 150—169.

Barnett, Thomas O., "Competition Law and Policy Modernization: Lessons from the U.S. Common-Law Experience," *Presentation to the Lisbon Conference on Competition Law and Economics*,

¹Другие наблюдения и предложения по текущему применению законодательства о слияниях могут быть найдены в [White, 2006a].

Lisbon, Portugal, November 16, 2007; доступна здесь:
<<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/227755.htm>>.

Baron, David P., "Design of Regulatory Mechanisms and Institutions," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North-Holland, 1989, pp. 1347—1447.

Baumol, William J., "Reasonable Rules for Rate Regulation: Plausible Policies for an Imperfect World," in Almarin Phillips and Oliver E. Williamson, eds., *Prices: Issues in Theory, Practice, and Public Policy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1968, pp. 101—123.

Baumol, William J., "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy of Preventing Predatory Pricing," *Yale Law Journal*, 87 (November 1979), pp. 1—26.

Baumol, William J. and Alfred G. Walton, "Full Costing, Competition and Regulatory Practice," *Yale Law Journal*, 82 (March 1973), pp. 639—655.

Benston, George J., "Accounting Numbers and Economic Values," *Antitrust Bulletin*, 27 (Spring 1982), pp. 161—215.

Blaisdell, Thomas C., *The Federal Trade Commission: An Experiment in the Control of Business*. New York: Columbia University Press, 1932.

Bork, Robert H., "Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception," *University of Chicago Law Review*, 22 (Autumn 1954), pp. 157—201.

Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

Bork, Robert H. and Ward S. Bowman, Jr., "The Crisis in Antitrust," *Columbia Law Review*, 65 (March 1965), pp. 363—376.

Bothwell, James L. and Theodore E. Keeler, "Profits, Market Structure, and Portfolio Risk," in Robert T. Masson and P. David Qualls, eds., *Essays in Industrial Organization in Honor of Joe S. Bain*. Cambridge, Mass.: Ballinger, 1974, pp. 71—88.

Bowman, Ward S., Jr., "The Prerequisites and Effects of Resale Price maintenance," *University of Chicago Law Review*, 22 (Summer 1955), pp. 825—873.

Bowman, Ward S., Jr., "Tying Arrangements and the Leverage Problem," *Yale Law Journal*, (November 1957), pp. 19—36.

Bowman, Ward S., Jr., *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

Brodley, Joseph F., Patrick Bolton, and Michael H. Riordon, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," *Georgetown Law Journal*, 88 (August 2000), pp. 2239—2330.

Brodley, Joseph F. and George A. Hay, "Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards," *Cornell Law Review*, 66 (April 1981), pp. 738—803.

Brannman, Lance, J. Douglas Klein, and Leonard W. Weiss, "The Price Effects of Increased Competition in Auction Markets," *Review of Economics and Statistics*, 69 (February 1987), pp. 24—32.

Brannman, Lance and J. Douglas Klein, "The Effectiveness and Stability of Highway Bid-Rigging," in David B. Audretsch and John J. Siegfried, eds., *Empirical Studies in Industrial Organization: Essays in Honor of Leonard W. Weiss*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 61—75.

Braeutigam, Ronald R., "Optimal Policies for Natural Monopolies," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1989, Ch. 23.

Bresnahan, Timothy F., "Empirical Studies of Industries with Market Power," in Richard Schmalensee and Robert Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 2. Amsterdam: North-Holland, 1989, pp. 1011—1057.

Brock, Gerald W., "Dominant Firm Response to Competitive Challenge: Peripheral Manufacturers' Suits against IBM (1979-1983)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, New York: HarperCollins, 1989, pp. 160—182.

Buccirossi, Paolo, ed., *Handbook of Antitrust*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2007.

Burnett, William B., "Predation by a Nondominant Firm: The Liggett Case (1993)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd edn. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 239—263.

Burns, Arthur R., "The Organization of Industry and the Theory of Prices," *Journal of Political Economy*, 45 (October 1937), pp. 662—680.

Burstein, Meyer L., "The Economics of Tie-In Sales," *Review of Economics and Statistics*, 42 (February 1960a), pp. 68—73.

Burstein, Meyer L., "A Theory of Full-Line Forcing," *Northwestern University Law Review*, (March-April 1960b), pp. 62—95.

Carlton, Dennis W. and Ken Heyer, "The Year in Review: Economics at the Antitrust Division, 2006-2007," *Review of Industrial Organization*, 31 (September 2007), pp. 121—137.

Caves, Richard E., *Air Transport and Its Regulators*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962.

Caves, Richard E., "In Praise of the Old I.O." *International Journal of Industrial Organization*, 25 (February 2007), pp. 1—12.

Chamberlin, Edward H., "Duopoly: Value Where Sellers Are Few," *Quarterly Journal of Economics*, (November 1929), pp. 63—100.

Chamberlin, Edward H., *The Theory of Monopolistic Competition*, 7th edn. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1956.

Clarkson, Kenneth W. and Timothy J. Muris, "Commission Performance, Incentives, and Behavior," in Kenneth W. Clarkson and Timothy J. Muris, eds., *The Federal Trade Commission since 1970*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 280—306.

Coate, Malcolm B., "Empirical Analysis of Merger Enforcement under the 1992 Merger Guidelines," *Review of Industrial Organization*, 27 (December 2005), pp. 279—301.

Coate, Malcolm B. and Shawn W. Ulrick, "Transparency at the Federal Trade Commission: The Horizontal Merger Review Process 1996-2003," Bureau of Economics, Federal Trade Commission, February 2005. Доступна здесь: <http://www.ftc.gov/os/2005/02/0502economicissues.pdf>.

- Collins, Norman R. and Lee E. Preston, *Concentration and Price-Cost Margins in Manufacturing*. Berkeley: University of California Press, 1968.
- Collins, Norman R. and Lee E. Preston, "Price-Cost Margins and Industry Structure," *Review of Economics and Statistics*, 51 (August 1969), pp. 271—286.
- Comanor, William S. and Thomas A. Wilson, "Advertising, Market Structure, and Performance," *Review of Economics and Statistics*, 49 (November 1967), pp. 423—440.
- Comanor, William S. and Thomas A. Wilson, *Advertising and Market Power*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1974.
- Cox, Steven R., "Advertising Restrictions among Professionals: *Bates v. State Bar of Arizona* (1977)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, New York: HarperCollins, 1989, pp.134—159.
- DeLamarter, Richard T., *Big Blue: IBM's Use and Abuse of Power*. New York: Dodd, Mead, 1986.
- Demsetz, Harold, "Industry, Structure, Market Rivalry, and Public Policy," *Journal of Law & Economics*, 16 (April 1973), pp. 1—90.
- Demsetz, Harold, "Two Systems of Belief about Monopoly," in Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, *Industrial Concentration: The New Learning*. New York: Columbia University Press, 1974, pp. 164—184.
- Dobson, Douglas C., William G. Shepherd, and Robert D. Stoner, "Strategic Capacity Preemption: *DuPont (Titanium Dioxide)* (1982)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, 2nd edn. New York: HarperCollins, 1994, pp. 157—188.
- De Jong, Henry W. and William G. Shepherd, eds., *Pioneers of Industrial Organization: How the Economics of Competition and Monopoly Took Shape*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.
- Eads, George C., "Competition in the Domestic Trunk Airline Industry: Too Much or Too Little?" in Almarin Phillips, ed., *Promoting Competition in Regulated Markets*. Washington, D.C.: Brookings, 1975, pp. 13—54.
- Edlin, Aaron S. and Joseph Farrell, "The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy (2001)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 4th edn. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 502—527.
- Edwards, Corwin, "Can the Antitrust Laws Preserve Competition?" *American Economic Review*, 30 (March 1940, supplement), pp. 164—179.
- Eisner, Marc Allen, *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions, Expertise, and Policy Change*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991.
- Elzinga, Kenneth G., "Collusive Predation: *Matsushita v. Zenith* (1986)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd edn. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 220—238.
- Elzinga, Kenneth G. and Thomas F. Hogarty, "The Problem of Geographic Market Delineation," *Antitrust Bulletin*, 18 (1973), pp. 45—81.
- Esposito, Louis and Frances F. Esposito, "Foreign Competition and Domestic Industry Profitability," *Review of Economics and Statistics*, 53 (November 1971), pp. 343—353.

- Evans, David S., ed., *Breaking up Bell: Essays on Industrial Organization and Regulation*. New York: North Holland, 1983.
- Federal Trade Commission, "FTC History: Bureau of Economics Contributions to Law Enforcement, Research, and Economic Knowledge and Policy," Roundtable with Former Directors of the Bureau of Economics, Federal Trade Commission, September 4, 2003; доступна здесь: <http://www.ftc.gov/be/workshops/directorsconference/docs/directorstableGOOD.pdf>.
- Fellner, William J. *Competition Among the Few*. New York: Knopf, 1949.
- Fisher, Franklin M., "The Misuse of Accounting Rates of Return: Reply," *American Economic Review*, 74 (June 1984), pp. 509—517.
- Fisher, Franklin M., "On the Mis-Use of the Profits-Sales Ratio to Infer Monopoly Power," *RAND Journal of Economics*, 18 (Autumn 1987), pp. 384-396.
- Fisher, Franklin M. and John J. McGowan, "On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits," *American Economic Review*, 73 (March 1983), pp. 82—97.
- Fisher, Franklin M., John J. McGowan, and Joen E. Greenwood, *Folded, Spindled, and Mutilated: Economic Analysis and U.S. v. IBM*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1983.
- Geroski, Paul A., "What Do We Know about Entry?" *International Journal of Industrial Organization*, 13 (December 1995), pp. 421—440.
- Goldschmid, Harvey J., H. Michael Mann, and J. Fred Weston, *Industrial Concentration: The New Learning*. New York: Columbia University Press, 1974.
- Green, Mark J., *The Closed Enterprise System*. New York: Grossman, 1972.
- Grether, Ewald T., "Industrial Organization: Past History and Future Problems," *American Economic Review*, 60 (May 1970), pp. 83—89.
- Gruenspecht, Howard K., and Lester B. Lave, "The Economics of Health, Safety, and Environmental Regulation," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1989, pp. 1507—1550.
- Hahn, Robert W., Robert E. Litan, and Jesse Gurman, "Bringing More Competition to Real Estate Brokerage," *Real Estate Law Journal*, 35 (Summer 2006), pp. 86—118.
- Hay, George A., "Practices That Facilitate Cooperation: The Ethyl Case," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd edn. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 182—201.
- Henderson, Gerard C., *The Federal Trade Commission: A Study in Administrative Law and Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1924
- Hilke, John C. and Philip B. Nelson, "Nonprice Predation and Attempted Monopolization: The Coffee (General Foods) Case," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, New York: HarperCollins, 1989, pp. 208—240.
- Homan, Paul T., "Preface," in American Economic Association, *Readings in the Social Control of Industry*. Philadelphia: Blakiston, 1942, pp. v—vi.
- Horowitz, Ira, "Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression Based Approach," *Southern Economic Journal*, 48 (1981), pp. 1—16.

- Houthakker, Hendrik S., "Expert Testimony by Economists: What Makes It Effective?" in Daniel J. Slottje, ed., *The Role of the Academic Economist in Litigation Support*. Amsterdam: Elsevier, 1999, pp. 1—10.
- Joskow, Paul L. and Alvin K. Klevorick, "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy," *Yale Law Journal*, 89 (December 1979), pp. 213—270.
- Joskow, Paul L. and Nancy L. Rose, "The Effects of Economic Regulation," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1989, pp. 1459—1506.
- Katz, Michael L., "Recent Antitrust Enforcement Actions by the U.S. Department of Justice: A Selective Survey of Economic Issues," *Review of Industrial Organization*, 21 (December 2002), pp. 373—397.
- Katz, Michael L., "Exclusive Dealing and Antitrust Exclusion: U.S. v. Dentsply," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 5th edn. New York: Oxford University Press, 2009, forthcoming.
- Katz, Michael L. and Carl Shapiro, "Critical Loss: Lets Tell the Whole Story," *Antitrust*, 17 (2003), pp. 49—56.
- Katzmann, Robert A., *Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1980.
- Kauper, Thomas E., "The Role of Economic Analysis in the Antitrust Division before and after the Establishment of the Economic Policy Office: A Lawyers View," *Antitrust Bulletin*, 29 (Spring 1984), pp. 111—132.
- Kaysen, Carl, *United States v. United Shoe Machinery Corporation: An Economic Analysis of an Anti-Trust Case*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1956.
- Kaysen, Carl and Donald F. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1959.
- Kovacic, William E., "The Influence of Economics on Antitrust," *Economic Inquiry*, 30 (April 1992), pp. 294—306.
- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*. New York, HarperCollins, 1989.
- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, 2nd edn. New York: HarperCollins, 1994.
- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd edn. New York: Oxford University Press, 1999.
- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 4th edn. New York: Oxford University Press, 2004a.
- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, "Manifest Destiny? The Union Pacific and Southern Pacific Railroad Merger (1996)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 4th edn. New York: Oxford University Press, 2004b, pp. 24—51.

- Kwoka, John E., Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 5th edn. New York: Oxford University Press, 2009, forthcoming.
- Lafontaine, Francine and Margaret Slade, "Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence," *Journal of Economic Literature*, 45 (September 2007), pp. 629—685.
- Leddy, Mark, "Recent Merger Cases Reflect Revolution in Antitrust Policy," *Legal Times*, November 3, 1986, p. 2.
- Letwin, William, *Law and Economic Policy in America*. New York: Random House, 1965.
- Lustgarten, Steven H., "The Impact of Buyer Concentration on Manufacturing Industries," *Review of Economics and Statistics*, 57 (May 1975), pp. 125—132.
- Lynk, William J., "Tying and Exclusive Dealing: *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd. edn. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 342—363.
- Mann, H. Michael, "Seller Concentration, Barriers to Entry, and Rates of Return in Thirty Industries, 1950-1960," *Review of Economics and Statistics*, 48 (August 1966), pp. 296—307.
- Mann, H. Michael, "The New York Stock Exchange: A Cartel at the End of Its Reign," in Almarin Phillips, ed., *Promoting Competition in Regulated Markets*. Washington, D.C.: Brookings, 1975, pp. 301—327.
- Marshall, Alfred, *Principles of Economics*, 8th edn. London: Macmillan, 1920.
- Marvel, Howard P., "Exclusive Dealing," *Journal of Law & Economics*, 25 (April 1982), pp. 1—25.
- Marvel, Howard P., "How Fair is Fair Trade?" *Contemporary Policy Issues*, 3 (Spring 1985), pp. 23—36.
- Marvel, Howard P. and Stephen McCafferty, "Resale Price Maintenance and Quality Certification," *RAND Journal of Economics*, 15 (Autumn 1984), pp. 346—359.
- Marvel, Howard P. and Stephen McCafferty, "The Welfare Effects of Resale Price Maintenance," *Journal of Law & Economics*, 28 (May 1985), pp. 363—379.
- Marvel, Howard P. and Stephen McCafferty, "The Political Economy of Resale Price Maintenance," *Journal of Political Economy*, 94 (October 1986), pp. 1074—1095.
- Mason, Edward S., "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise," *American Economic Review*, 29 (March 1939 supplement), pp. 61—74.
- Mason, Edward S., *Economic Concentration and the Monopoly Problem*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1959.
- Mathewson, G. Frank, and Ralph A. Winter, "An Economic Theory of Vertical Restraints," *RAND Journal of Economics*, 15 (Spring 1984), pp. 27—38.
- McGee, John S., *In Defense of Industrial Concentration*. New York: Praeger, 1971.
- McGee, John S., "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case," *Journal of Law & Economics*, 1 (October 1958), pp. 137—169.
- Meyer, John R., Merton J. Peck, John Stenason, and Charles Zwick, *Competition and the Transportation Industries of the United States*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1959.

- Mueller, Willard F., "The Revival of Economics at the FTC in the 1960s," *Review of Industrial Organization*, 25 (August 2004), pp. 91—105.
- Nicholls, William H., "The Tobacco Case of 1946," *American Economic Review*, 39 (May 1949), pp. 284—296.
- Nicols, Alfred, "The Cement Case," *American Economic Review*, 39 (May 1949), pp. 297—310.
- Noll, Roger G., "Economic Perspectives on the Politics of Regulation," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1989, pp. 1253—1287.
- Noll, Roger G., and Owen, Bruce M. "The Anticompetitive Uses of Regulation: United States v. AT&T (1982)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, 2nd edn. New York: HarperCollins, 1994, pp. 328—375.
- Ordover, Janusz A. and Robert D. Willig, "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," *Yale Law Journal*, 91 (November 1981), pp. 8—53.
- Ordover, Janusz, and Robert Willig. "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey," *Review of Industrial Organization*, 8 (March 1993), pp. 139—150.
- Ordover, Janusz A. and Robert D. Willig, "Access and Bundling in High-Technology Markets," in Jeffrey A. Eisenach and Thomas M. Lenard, eds., *Competition, Innovation, and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*. Boston: Kluwer, 1999, pp. 103—128.
- Peltzman, Sam, "Aaron Directors Influence on Antitrust Policy," *Journal of Law & Economics*, 43 (October 2005), pp. 313—330.
- Peltzman, Sam, "George Joseph Stigler," in Henry W. de Jong and William G. Shepherd, eds., *Pioneers of Industrial Organization: How the Economics of Competition and Monopoly Took Shape*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007, pp. 239—244.
- Perry, Martin K., "Vertical Integration: Determinants and Effects," in Richard Schmalensee and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North-Holland, 1989, pp. 183—255.
- Posner, Richard A., "A Program for the Antitrust Division," *University of Chicago Law Review*, 38 (Spring 1971), pp. 500—536.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- Preston, Lee, "Territorial Restraints: GTE Sylvania (1977)," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, 2nd edn. New York: HarperCollins, pp. 311—327.
- Roberts, Gary L., "The Use of Bundled Rebates by a Dominant Firm: LePages v 3M," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 5th edn. New York: Oxford University Press, 2009, forthcoming.
- Rubinfeld, Daniel L., "Maintenance of Monopoly: U.S. v. Microsoft," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution*, 4th edn. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 476—501.

- Salinger, Michael A., Pauline M. Ippolito, and Joel L. Schrag, "Economics at the FTC: Pharmaceutical Patent Dispute Settlements and Behavioral Economics," *Review of Industrial Organization*, 31 (September 2007), pp. 85—105.
- Salop, Steven C. and Lawrence J. White. 1986. "Economic Analysis of Private Antitrust Litigation," *Georgetown Law Journal*, 74 (April), 201—263.
- Salop, Steven C., and White, Lawrence J., "Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework," in White, Lawrence J., ed., *Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*. Cambridge, Mass.: MIT University Press, 1988, pp. 3—60.
- Schelling, Thomas C., *The Strategy of Conflict*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960.
- Scherer, F.M., "Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment," *Harvard Law Review*, 89 (March 1976), pp. 869—890.
- Scherer, F.M., "The Welfare Economics of Product Variety: An Application to the Ready-to-Eat Cereals Industry," *Journal of Industrial Economics*, 28 (December 1979), pp. 113—134.
- Scherer, F.M., "Sunlight and Sunset at the Federal Trade Commission," *Administrative Law Review*, 42 (Fall 1990), pp. 461—487.
- Schmalensee, Richard L., "Entry Deterrence in the Ready-to-Eat Cereal Industry," *Bell Journal of Economics*, 9 (Autumn 1978), pp. 305—327.
- Schmalensee, Richard, "Inter-Industry Studies of Structure and Performance," in Richard Schmalensee and Robert Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 2. Amsterdam: North-Holland, 1989, pp. 951—1009.
- Schmalensee, Richard and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1. Amsterdam: North Holland, 1989a.
- Schmalensee, Richard and Robert D. Willig, eds., *Handbook of Industrial Organization*, vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1989b.
- Schumpeter, Joseph S., *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954.
- Shepherd, William G., "Edward S. Mason," in Henry W. de Jong and William G. Shepherd, eds., *Pioneers of Industrial Organization: How the Economics of Competition and Monopoly Took Shape*. Cheltenham: Edward Elgar, 2007, pp. 209—210.
- Shubik, Martin, *Strategy and Market Structure*. New York: Wiley, 1959.
- Stevens, W.H.S., "The Trade Commission Act," *American Economic Review*, 4 (December 1914), pp. 840—855.
- Siegfried, John J. and Laurie Beth Evans, "Entry and Exit in United States Manufacturing Industries from 1977 to 1982," in: David B. Audretsch and John J. Siegfried, eds., *Empirical Studies in Industrial Organization: Essays in Honor of Leonard W. Weiss*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 253—273.
- Siegfried, John J. and Laurie Beth Evans, "Empirical Studies of Entry and Exit: A Survey of the Evidence," *Review of Industrial Organization*, 9 (April 1994), pp. 121—155.
- Stevens, W.H.S., "The Trade Commission Act," *American Economic Review*, 4 (December 1914), pp. 840—855.

- Stevens, W.H.S., "The Federal Trade Commissions Contribution to Industrial and Economic Analysis: The Work of the Economic Division," *George Washington Law Review*, 8 (January-February 1940), pp. 545—580.
- Stigler, George J. "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, 72 (February 1964), pp. 55—69.
- Stigler, George J., "The Dominant Firm and the Inverted Price Umbrella," *Journal of Law & Economics*, 8 (October 1965), pp. 167—172.
- Stocking, George W. and Willard F. Mueller, "The Cellophane Case and the New Competition," *American Economic Review*, 45 (March 1955), pp. 29—63.
- Task Force, "Report of the Task Force on Productivity and Competition" (the Stigler Report), February 18, 1969, reprinted in *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, 1 (Winter 1969), pp. 829—881.
- Telser, Lester G. "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" *Journal of Law & Economics* 3 (October 1960), pp. 86—105.
- Telser, Lester G., "Cutthroat Competition and the Long Purse," *Journal of Law & Economics*, 9 (October 1966), pp. 259—277.
- Viscusi, W. Kip, John M. Vernon, and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd edn. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2000.
- Warren-Boulton, Frederick R., "Resale Price Maintenance Reexamined: Monsanto v. Spray-Rite," in John E. Kwoka, Jr., and Lawrence J. White, eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 364—385.
- Weaver, Suzanne, *Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1977.
- Weiss, Leonard W., "Quantitative Studies of Industrial Organization," in Michael D. Intriligator, ed., *Frontiers of Quantitative Economics*. Amsterdam: North-Holland, 1971, pp. 362—403.
- Weiss, Leonard W., "The Concentration-Profits Relationship and Antitrust," in Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, *Industrial Concentration: The New Learning*. New York: Columbia University Press, 1974, pp. 184—233.
- Weiss, Leonard W., "Antitrust in the Electric Power Industry," in Almarin Phillips, ed., *Promoting Competition in Regulated Markets*. Washington, D.C.: Brookings, 1975, pp. 135—173.
- Weiss, Leonard W., ed., *Concentration and Price*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1989.
- Werden, Gregory J., "The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm," *Antitrust Law Journal* 71 (2003), pp. 253—276.
- Werden, Gregory J., "Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The 'No Economic Sense Test,'" *Antitrust Law Journal*, 73 (No. 2, 2006), pp. 413—434.
- Werden, Gregory J. and Luke Froeb. "The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy," *Journal of Law, Economics, and Organization*, 10 (October 1994), pp. 407—426.

- Werden, Gregory J. and Luke M. Froeb, "Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers," in Paolo Buccirossi, ed., *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2007, pp. 43—104.
- White, Lawrence J., "A Legal Attack on Oligopoly Pricing: The Automobile Fleet Sales Case," *Journal of Economic Issues*, 9 (June 1975), pp. 271—283.
- White, Lawrence J., "Searching for the Critical Concentration Ratio: An Application of the 'Switching of Regimes' Technique," in Stephen M. Goldfeld and Richard E. Quandt, eds., *Studies in Non-Linear Estimation*. Cambridge: Ballinger, 1976, pp. 61—76.
- White, Lawrence J. "Vertical Restraints in Antitrust Law: A Coherent Model." *Antitrust Bulletin* 26 (Summer 1981), pp. 327—345.
- White, Lawrence J., "Introduction to the Morning Session," *Antitrust Bulletin*, 29 (Spring 1984), pp. 1—2.
- White, Lawrence J., "Antitrust and Video Markets: The Merger of Showtime and the Movie Channel as a Case Study," in Eli Noam, ed., *Video Media Competition: Regulation, Economics, Competition*. New York: Columbia University Press, 1985, pp. 338—363.
- White, Lawrence J., "The Revolution in Antitrust Analysis of Vertical Relationships: How Did We Get from There to Here?" in Robert J. Lerner and James W. Meehan, eds., *Economics and Antitrust Policy*. New York: Quorum, 1989, pp. 103—121.
- White, Lawrence J., "Economic Analysis in Antitrust Litigation Support : The Federal Trade Commission's 1986 Challenge to the Proposed Merger of Coca-Cola and Dr Pepper," in Daniel J. Slottje, ed., *The Role of the Academic Economist in Litigation Support*. Amsterdam: Elsevier, 1999, pp. 11—30.
- White, Lawrence J. "Present at the Beginning of a New Era for Antitrust: Reflections on 1982-1983," *Review of Industrial Organization* 16 (March 2000), pp. 131—149.
- White, Lawrence J., "Horizontal Antitrust Merger Enforcement: Some Historical Perspectives, Some Current Observations," подготовлена для Экономического круглого стола Комиссии по совершенствованию антимонопольной практики 19 января 2006а; доступна здесь: http://www.stern.nyu.edu/eo/wkpapers/merger_enforcement.pdf.
- White, Lawrence J., "The Residential Real Estate Brokerage Industry: What Would More Vigorous Competition Look Like?", *Real Estate Law Journal*, 35 (Summer 2006b), pp. 11—32.
- White, Lawrence J., "Market Power and Market Definition in Monopolization Cases: A Paradigm is Missing," in Wayne D. Collins, ed. *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago: American Bar Association, 2008.
- White House Task Force, "Report of the White House Task Force on Antitrust Policy" (the Neal Report), July 5, 1968, reprinted in *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, 1 (Winter 1969), pp. 633—826.
- Wilcox, Clair, *Competition and Monopoly in American Industry*. Washington, D.C.: Temporary National Economic Committee, 1940.
- Williamson, Oliver E., "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs." *American Economic Review*, 58 (March 1968), pp. 18—36.

Williamson, Oliver E., "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis," Yale Law Journal, 87 (December 1977), pp. 284—340.

Williamson, Oliver E., "Economics and Antitrust Enforcement: Transition Years," Antitrust, 17 (Spring 2003), pp. 61—65.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Сегодняшняя роль экономистов и экономической науки в российской антимонопольной политике и правоприменении во много похожа на ту, что отводилась им в США в начале 70-х гг («служанки юристов», «граждане второго сорта», «технический персонал»). Последствием этого не могут не быть особенно частые ошибки в выработке мер экономической политики и применении законов. Именно этот вопрос — вопрос ошибок — и станет предметом следующего раздела.

В.Н.

РАЗДЕЛ 3. ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

СТИВЕН СЭЛОП. ОЦЕНКА НЕТОЧНОГО СВИДЕТЕЛЬСКОГО ПОКАЗАНИЯ ПО МЕТОДУ СЭРА ТОМАСА БАЙЕСА: ПРЕПОДАВАТЕЛЮ НА ЗАМЕТКУ¹

Рассмотрим проблему установления фактов на следующем примере: вечером первого марта 1986 г. в г. Лорейне, шт. Огайо, Джона Доу при переходе улицы сбило превысившее скорость такси. Такси ехало в запрещенном направлении по улице с односторонним движением и не остановилось. Очевидец происшествия показал, что машина была синего цвета. Доу подал деликтный иск против компании «Синее такси» о возмещении своих расходов на лечение.

В городе Лорейн только две компании оказывают услуги такси: «Синее такси» и «Зеленое такси». При этом «Зеленое такси» является наиболее крупным поставщиком услуг, 85% автомобилей-такси принадлежат именно ей. В городе никогда не видели «поддельных» такси. Все водители работают либо на одну, либо на другую компанию, поэтому стороны договорились, что в случае, если владелец нарушившего правила <синего> такси будет найден, отвечать за нанесенный ущерб будет компания «Синее такси». Во время процесса показания очевидца были оспорены на том основании, что он не может наверняка определить цвет в вечернее время. Были представлены неоспоримые доказательства того, что свидетель-очевидец с абсолютной надежностью отличал машины-такси от личных легковых автомобилей и грузовых машин, а также в условиях, близких к тем, что имели место в ночь происшествия, был в состоянии правильно определить цвет машины в 80% случаев.

Дело представлено на рассмотрение судьи. Предположим, что по существующей норме права следует руководствоваться «преобладанием доказательств» <preponderance of the evidence>. Может ли очевидец происшествия считаться достаточно надежным свидетелем со стороны истца? Какое решение приняли бы вы на месте судьи?

1. Допустим, что «преобладанием доказательств» считается вероятность в 50%. Следует ли в таком случае признать, что такси было скорее синим, чем зеленым?

2. Или же, предположим, что «преобладание доказательств» означает вероятность в 75%. Соответствует ли надежность показания свидетеля этому критерию?

Большинство опрошенных утвердительно отвечает на оба вопроса. Ответы основаны на том, что надежность свидетеля равна 80% и значит, такси скорее синее, если так считает очевидец. Ведь вероятность того, что такси синее, даже превышает требуемый порог 75% уверенности. Такой вывод справедлив, но только в том случае, если при установлении истины полагаться исключительно на показания очевидца. Вместе с тем, было бы неразумно отказываться от учета иных надежных данных.

Что, к примеру, дает нам дополнительная информация о том, что 85% такси в городе окрашены в зеленый цвет? Почему бы не учесть эту информацию? Если принять ее во внимание, вероятность того, что такси-нарушитель было синего цвета, резко снижается — фактически не дотягивает до 50% порога. Вопрос о том, насколько весомым считать свидетельство, не являющееся однозначно надежным, относится к разряду проблем, решаемых статистическими методами. Правильная методика статистического учета вероятности различных показаний носит название теоремы Байеса, по имени сэра Томаса Байеса, предложившего этот метод оценки.

¹ Salop S.C. Evaluating Uncertain Evidence With Sir Thomas Bayes: A Note for Teachers // The Journal of Economic Perspectives. 1987. Vol. 1. № 1.

СТАТИСТИЧЕСКИЙ ВЫВОД С ПОМОЩЬЮ ТЕОРЕМЫ БАЙЕСА

Поскольку известно, что показания свидетеля не вполне точны, судебное следствие может для установления истины использовать дополнительные свидетельства. Так, релевантным свидетельством будет соотношение зеленых и синих машин. На самом деле, как показано ниже, это свидетельство является более надежным, чем показания очевидца происшествия.

Это, казалось бы, противоречащее здравому смыслу утверждение можно трактовать следующим образом. Предположим, ответчик представил информацию о количестве зарегистрированных автомобилей в виде личного свидетельского показания начальника службы регистрации автомобилей. Такой свидетель мог бы показать, что по его данным такси-нарушитель скорее всего было зеленого цвета. При этом погрешность его свидетельского показания составляет всего 15%, поскольку 85% такси в городе именно зеленого цвета.

С этих позиций показания начальника отдела регистрации обладает более высокой надежностью, чем показания свидетеля происшествия. Уровень надежности показаний очевидца, как мы помним, составляет 80%. Свидетельство начальника отдела регистрации, показавшего, что такси было зеленым, надежно на 85%. Весомость свидетельства в пользу зеленого цвета машины оказывается выше. Говоря статистически, вероятность того, что такси было зеленым, превышает 50%, а вероятность того, что такси было синего цвета, оказывается менее 50%.

		Оценка цвета свидетелем		
		Синий	Зеленый	Всего
Действительный цвет	Синий	12	3	15
	Зеленый	17	68	85
	Всего	29	71	100

Приводимая здесь таблица поясняет методику сопоставления двух имеющихся источников информации. Данные в ячейке таблицы указывают, сколько такси одного или другого цвета будут опознаны очевидцем как машины одного или другого цвета с учетом надежности свидетеля. Так, первая ячейка (синий, синий, 12) указывает, сколько синих такси будут опознаны свидетелем при повторяемой ситуации как синие. Как показал начальник отдела регистрации автотранспорта, в городе работают всего 15 синих и 85 зеленых такси. Поскольку надежность свидетеля составляет 80%, он правильно опознает 12 из 15 синих машин (то есть, 80 процентов от 15 машин) и еще 3 машины расценит как окрашенные в зеленый цвет (то есть, 20 процентов от 15 машин). Из 85 зеленых такси он правильно распознает цвет в 68 случаях (80 процентов от 85 машин) и неверно опознает еще 17 как синие (20 процентов от 85 машин). Эти данные и содержатся в таблице.

Таким образом, свидетель происшествия увидит 29 синих такси, из которых 12 и в самом деле синие, а 17 на самом деле зеленые. Иными словами, если в 29 ситуациях свидетель показывает, что такси было синего цвета, фактически оно оказывается синим только в 12 случаях, а еще в 17 — зеленым. Таким образом, когда свидетель показывает, что в данной ситуации он видел синее такси, вероятность этого, если учесть показания начальника отдела регистрации¹, фактически равна 41 проценту (соотношение 12 к 29)

¹ Этот прием хорошо иллюстрируется еще одним примером. Предположим, что надежность показаний очевидца происшествия равна 90%. В таком случае, не учитывая тот факт, что количество такси должно быть выражено целым числом, из 15 синих такси, 13,5 были бы опознаны свидетелем как синие. Из 85 зеленых машин, он опознал бы как синие 8,5 такси. Таким образом, вероятность того, что машина на самом деле была синей, с учетом того, что именно так говорит свидетель, составляет 13,5

Следуя этому примеру, можно предположить, что на основании показаний начальника отдела регистрации автомашин истец должен был бы обратиться с иском против компании «Зеленое такси». Однако, в соответствии с классической правовой нормой в отношении свидетельств, для предъявления иска компании «Зеленое такси» одного лишь показания начальника отдела регистрации будет недостаточно. Строго говоря, даже иск против обеих компаний будет проигран. Такой вывод может показаться нелогичным, ведь машина-нарушитель, скрывшаяся с места происшествия, была однозначно признана такси. Однако, деликтное право направлено и на то, чтобы поощрять осторожность, а не только на компенсацию убытков потерпевших. Решение, признающее компанию «Зеленое такси» единственным виновником или разделяющее ответственность между двумя компаниями в соответствии с принадлежащими им долями рынка, снизило бы их мотивацию к соблюдению правил дорожного движения. Иными словами, тот факт, что 85% такси в городе принадлежит компании «Зеленое такси», еще не означает, что среди городских такси, нарушающих правила безопасной езды, на долю компании «Зеленое такси» приходится те же 85%. (Разумеется, если при невозможности определить цвет машины таксомоторным компаниям позволят вовсе избежать ответственности, это также не станет стимулом к осторожной езде).

Этот раздел права сейчас меняется. В недавнем процессе по коллективному иску о пороках развития у детей, чьи матери принимали препарат DES, суд поддержал иск о взыскании ущерба в пользу группы истцов, обязав группу компаний-производителей препарата DES выплатить ущерб пропорционально принадлежащим им долям рынка. См. [Sindell v. Abbott Labs, 607 P. 2d 924 (1980)]. Аналогичным образом в деле Саммерс против Тайса [Summers v. Tice, 199 P. 2d 1 (1948)] жертве инцидента на охоте удалось доказать, что он был ранен выстрелами, произведенными по неосторожности одним из двух охотников, но неизвестно точно, которым именно. Истец выиграл иск, поданный против обоих охотников. Ему удалось доказать, что они оба проявили неосторожность при обращении с оружием.

НЕНАДЕЖНОСТЬ ЧЕЛОВЕЧЕСКОГО СУЖДЕНИЯ

Задача про такси основана на ненадежности свидетельских показаний очевидца происшествия; вместе с тем, гораздо более серьезную проблему представляет собой статистическое заблуждение при установлении фактов. Большинство людей — по крайней мере, тех из них, кто не привык иметь дела со статистикой, — склонны переоценивать вероятность того, что такси было синего цвета. Вероятность того, что такси было синим, большинство оценит как равную восьмидесяти процентам. При этом они допускают сразу несколько ошибок.

Большинству людей непонятна теорема Байеса и тот статистический метод оценки фактов, который проиллюстрирован в нашей работе. При наличии свидетельств из двух источников большая часть опрошенных не может правильно оценить достоверность данных. Ошибки не представляли бы такой серьезной проблемы, если бы не систематичность человеческих заблуждений. Если бы одни переоценивали значимость показания очевидца происшествия, а другие — показания начальника службы регистрации автомобилей, то в совокупности одни ошибки поглотили бы другие. Однако люди склонны к систематическим ошибкам.

Людам свойственно недооценивать или совершенно игнорировать такие важные и основополагающие данные, как статистическая информация, представленная данными о таксомоторах, и одновременно переоценивать неподтвержденные сведения в виде свидетельства очевидца происшествия или некие описательные данные, относящиеся к

к 22, или 63%. Поскольку надежность показаний свидетеля в данном случае выше, то его свидетельство расценивается как имеющее больший вес.

частной ситуации. Они также склонны переоценивать более новую информацию в ущерб той, что была получена ранее¹. Заметим, что в нашем примере при формулировке задачи показания очевидца приводятся после предъявления основополагающих справочных сведений. Если бы порядок предъявления информации в задаче был обратный, большинство склонилось бы в сторону виновности зеленого такси.

Такая систематическая ошибка представляет серьезную проблему для судебной системы. Прежде всего, она предполагает, что судьи, знакомые со статистикой, должны в большей степени склоняться к тому, чтобы отменять выводы присяжных в части установления факта. Наши эксперименты показывают, что люди не обладают способностью верно сопоставлять свидетельства. Во-вторых, следовало бы признать, что судьям хорошо бы потратить время на освоение статистических методов. В-третьих, пока судебная система осваивает статистические методы, участникам судебных процессов стоит поучиться подавать свидетельские показания таким образом, чтобы управлять предвзятостью оценки в свою пользу.

Возьмем пример с выбором вакцины против азиатского гриппа. Эксперименты показывают, что выбор той или иной вакцины у большинства зависит от того, представлены ли они количественно как спасающие определенное число жизней или наоборот допускающие гибель людей. Людям свойственно ориентироваться на меньший риск в отношении выигрыша и на больший риск в отношении потерь. Рассмотрим следующие две задачи.

Представьте, что США готовятся к вспышке экзотической азиатской болезни, которая по оценкам должна привести к гибели 600 человек. Для борьбы с болезнью предложены две альтернативные программы. Предположим, что точная научная оценка последствий реализации этих программ выглядит следующим образом:

Если будет принята программа А, удастся спасти 200 человек. Если же принимается программа Б, то вероятность спасения всех 600 человек составляет одну треть, а вероятность того, что никого из них спасти не удастся, составляет две трети.

Если принимается программа В, то погибнет 400 человек. Если принимается программа Г, вероятность того, что никто не погибнет составляет одну треть, а вероятность того, что погибнут 600 человек составляет две трети.

Часть опрошенных получила задание сделать выбор из программ А и Б, а остальные должны были выбрать между программами В и Г. Очевидно, что программы А и В а также Б и Г ведут к одинаковым последствиям. И тем не менее, 72% выбрали программу А, предпочтя ее программе Б, но только 22% выбрали программу В, предпочтя ее программе Г. Иными словами, для большинства выбор между вакцинами зависит от того, сформулировано ли

¹ Разумеется, эти ошибки в оценке статистических данных не являются единственными, свойственными людям. В известном случае разбойного нападения с участием белой женщины и бородатого черного мужчины, которые скрылись с места происшествия на желтом спортивном автомобиле, прокурор штата Калифорния утверждал, что обвиняемые, которые соответствовали данному описанию наверняка должны быть виновны, поскольку вероятность того, что случайная пара будет отвечать данным характеристикам, равна одному шансу на 12 миллионов. Такая оценка вероятности не только ошибочно основывалась на ложном предположении о независимости событий, но еще и не учитывала тот факт, что при выборке из 24 миллионов пар вероятность того, что полиция арестовала искомую, не превышала пятидесяти процентов, то есть едва ли соответствовала критерию «отсутствия обоснованного сомнения» [People v. Collins, 438 P. 2d 33 (1968), 68 в Приложении]. Обсуждение этого дела и критические замечания относительно использования закона Байеса в судебном процессе см. в: Tribe L. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process // Harvard law review. 1971. 84 (April). P. 1329—1393.

описание последствий использования вакцины в терминах потерь или в терминах спасения жизней.

Такой результат был бы просто мечтой для адвокатов. С помощью воздействия на способ представления фактов суду присяжных адвокат может управлять выводами, к которым они приходят. Предположим, к примеру, что семья одной из жертв азиатского гриппа подает иск против фармацевтической компании, изготовившей вакцину. Предположим также, что фармацевтическая компания выбрала предусмотрительность и предпочла более надежную вакцину, которая наверняка спасала 200 жизней; то есть сознательно и умышленно пошла на выбор препарата, который обрекал на смерть еще 400 пациентов.

Ловкий адвокат истца представит суду присяжных сделанный выбор в терминах гибели людей (т. е. как выбор между программами В и Г), чтобы заставить их прийти к заключению, что в данных обстоятельствах выбор «все или ничего» (программа Г) был бы более разумным. Столь же ловкий адвокат фармацевтической компании представил бы этот выбор в терминах спасенных жизней (как выбор между программами А и Б). Если же адвокаты обеих сторон оказались искусными, их усилия просто перечеркнули бы друг друга. При наличии двух способов представления фактов, каждый присяжный был бы вынужден выбирать между ними. Но если смекалку в использовании этого инструмента проявит только одна из сторон процесса, это даст ей весьма заметное преимущество.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Статья Стивена Сэлопа привлекает внимание к известной среди специалистов по теории принятия решений «ошибке базовой оценки» (base rate fallacy), которая состоит в том, что при оценке верности гипотез люди полагаются на предъявленные им факты и игнорируют статистические данные, которые характеризуют вероятность верности этой гипотезы.

Например, в одном исследовании участникам предоставили описание молодого человека, который носил длинные волосы и любил читать стихи, и спросили, кем он скорее является — водителем грузовика или скрипачом? Большинство высказалось за скрипача и тем самым проигнорировало ключевое обстоятельство — водителей грузовиков настолько больше, чем скрипачей, что более вероятно, что молодой любитель поэзии окажется именно водителем.

В другом исследовании студентам показали видеокассету с записями интервью участников якобы имевшего место эксперимента, во время которого человеку, у которого на улице случился сердечный приступ, большинство не оказало помощь. Знание о действиях большинства почти не повлияло на предположения студентов относительно действий человека, интервью с которым они видели. Он казался приятным человеком, который не мог бы остаться безучастным к чужой беде. Концентрация внимания на личных особенностях человека отодвинула на задний план базовую информацию о группе, к которой этот человек относится, и тем самым исказило представление об истинном положении вещей.

Эти случаи показывают, что вопреки пословице дьявол зачастую вовсе не в деталях, а в способности от них абстрагироваться, и что дополнительные сведения иногда идут нам во вред.

Рассмотрим проблему детальнее на примере идеи проверки школьников, студентов и нанимающихся на работу на предмет употребления наркотиков. Представим, что на 1000 проверяемых приходится 400 наркоманов и используемый для проверки диагностический тест ошибается в 5% случаев: из 100 наркоманов он только пять записывает в не

принимающих наркотики, а из 100 не принимающих наркотики он пять записывает в наркоманы.

		Истинный статус		Всего
		Наркоман	Не наркоман	
Результаты теста	Наркоман	Верный положительный	Ошибочный положительный	410, предсказательная ценность - 93%
		380	30	
	Не наркоман	Ошибочный отрицательный	Верный отрицательный	590, предсказательная ценность - 97%
		20	570	
Всего		400	600	1000

В этом случае наркоманами будет признано 410 человек и в 93% случаев (380/410) эти результаты будут соответствовать истинному положению вещей, а не принимающими наркотики будет признано 590 человек и в 97% случаев это будет правдой.

Однако предположим теперь, что на 1000 проверяемых приходится не 400 наркоманов, а всего 20.

		Истинный статус		Всего
		Наркоман	Не наркоман	
Результаты теста	Наркоман	Верный положительный	Ошибочный положительный	68, предсказательная ценность - 28%
		19	49	
	Не наркоман	Ошибочный отрицательный	Верный отрицательный	932, предсказательная ценность - 99,9%
		1	931	
Всего		20	980	1000

При той же точности диагностического теста — 95% — мы больше не сможем доверять положительному результату («наркоман»). Он будет верен только в 28% случаев, хотя отрицательный будет верен в 99,9%. Этот результат отчасти подтверждает идею, что «дьявол в деталях», — прояснить картину помогает изучение особенностей отдельных проверяемых. В конце концов, если наркоманов среди всех проверяемых 2%, то среди тех, чьи тесты дали положительный результат, их уже 28%. Однако также видно, что опасно «за деревьями не видеть леса», — мы совершили бы меньше ошибок (20 ошибок вместо 50), если бы вовсе не пользовались диагностическим тестом и огульно признали бы всех не употребляющими наркотики.

Это означает, что наряду с вопросами о государственной политике, которые надо задавать всегда, — о ее моральности и правомерности — необходимо задумываться и о том, насколько в действительности распространена проблема, которую она призвана решить, и не окажутся ли неизбежные ошибки еще большей проблемой.

Стоит отметить, что известное в антимонопольном законодательстве всех стран различие правил «*per se*» и «*rule of reason*» (правила взвешенного подхода) отражает озабоченность именно названной проблемой ошибки базовой оценки: зачастую рассмотрение всех обстоятельств каждого дела будет приводить к большему количеству ошибок (не говоря уже о больших издержках), чем «огульное» запрещение (или разрешение) той или иной деловой практики.

В.Н.

Целью антимонопольной практики является совершенствование работы конкурентных рынков. Что это значит? «Конкурентный рынок» — не обязательно тот, на котором больше конкурентов в каждый отдельный момент времени. Аукцион, на котором некрупные покупатели и продавцы непрерывно выкрикивают свои предложения и запрашивают цены, картина «совершенной конкуренции», известная из работ экономистов, является гипотетической конструкцией. Каждый рынок предполагает серьезную долю кооперации в некоторой области, обеспечивающую конкуренцию в других областях. Каждая фирма обладает сетью внутренней кооперации. Каждое совместное производство, каждое партнерство — а на самом деле, и каждый договор — создает кооперацию между людьми, которые в их отсутствии были бы конкурентами. Сами рынки организованы. На Чикагской товарной бирже — возможно, наиболее похожей на идеал из учебника — действует целая куча правил и договоренностей, сокращающих издержки конкуренции.

Дихотомия кооперации внутри «фирмы» и конкуренции на «рынке» — лишь удобное упрощение гораздо более сложного континуума. Антимонопольное законодательство позволяет и даже поощряет кооперацию внутри «фирмы», поскольку такая кооперация закладывает основу производительности хозяйства. Но все, что совершается внутри фирмы, может совершаться и на рынке. Степень интеграции изменчива, и некоторые фирмы интегрируют гораздо больше стадий производства, чем другие. Фирма как таковая является лишь юридическим обозначением для сложного набора договорных соглашений между работниками, управляющими и владельцами капитала. Расширяясь, фирма включает все больше таких договорных соглашений, пока, достигая предела, издержки управления дополнительным производством внутри фирмы не сравняются с издержками координации производства посредством рынка или «точечных» сделок с «независимыми» контрагентами². Издержки внутрифирменных транзакций могут проистекать из сложности координации, из сложности обеспечения надлежащей мотивации агентов и из потерь информации, поставляемой рынком в форме цен. Результаты сравнения данных издержек с издержками организации и функционирования рынков не являются неизменными. Таким образом, «правильного» баланса между внутренними и внешними сделками не существует. Существует лишь постоянно меняющийся баланс, отличающийся от фирмы к фирме, от товара к товару и от одного момента времени к другому с изменением относительных издержек внутрифирменной и рыночной деятельности.

Если все хозяйственные договоренности предполагают разнообразную кооперацию, как может действовать антимонопольный суд? Если суд не знает «правильного» баланса между конкуренцией и кооперацией на каждом рынке, ему не ведомо, в каком направлении двигаться. Является ли 10-летний договор об эксклюзивном дилерстве между нефтяными

1 *Easterbrook F.H.* The Limits of Antitrust // *Texas Law Review*. 984. Vol. 63. (рус. пер. Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // *Экономическая политика*. 2010. №№5-6.

2 См. *Coase R. H.* The Nature of the Firm // *Economica*. 4. 1937. P. 386 (рус. пер. Коуз Р. Природа фирмы. \ Коуз Р. Фирма, рынок и право. М: Дело Лтд. 1993. Доступен по адресу: http://libertarium.ru/1_lib_firm02). О связи фирмы, договора и рынка см. *Cheung S. N. S.* The Contractual Nature of the Firm // *J.L. & EcoN*. 26. 1983. P. 1; *Jensen M., Meckling W.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Organizational Structure // *J. FIN. ECON*. 3. 1976. P. 305.

Иногда наиболее эффективная координация захватывает несколько «фирм». По ряду причин отрасли может оказаться более эффективно разделиться на маленькие фирмы (которые, возможно, хорошо стимулируют управляющих и позволяют избежать потерь на масштабах), оставляя фирмам задачу координации. См. *Telser L.* Competition, collusion, and game theory. Chicago: 1972. P. 175—217; *Carlton D. W., Klammer J.* The Need for Coordination Among Firms, with Special Reference to Network Industries // *U. CHI. L. Rv*. 50. 1983. P. 446. Говоря об оптимальном размере фирмы, я не имею в виду исключить возможность того, что координация между «фирмами» также является источником хозяйственной выгоды.

компаниями и станциями технического обслуживания слишком долгим, слишком коротким, или каким надо? Имеет ли значение, две нефтяные компании существуют, или двадцать, 200 станций или 20 000? Является ли значение индекса Герфиндаля — Гиршмана в 3 000 слишком высоким, слишком низким или в самый раз? Если каждый раз суд будет пытаться двигать хозяйство в сторону моделей атомистичных аукционов из учебника, в подавляющем большинстве случаев это будет ошибкой. Если суд попытается сделать что-то другое, он окажется в растерянности.

Фундаментальная сложность, перед которой встает суд, заключается в несоизмеримости ставок. Если суд ошибается, осуждая полезный метод, его выгоды могут быть потеряны навсегда. Любая другая фирма, прибегающая к осужденному методу, насколько бы выгодным он ни был, наказывается ввиду силы прецедента. Однако, если суд ошибается, оправдывая вредный метод, потери для благосостояния со временем уменьшаются. Монополия сама себя разрушает. Монопольные цены в конце концов привлекают на рынок новых игроков. Разумеется, такой долгосрочный процесс может оказаться действительно долгим, и на его протяжении общество понесет потери. Но это не должно затенять сути дела: судебные ошибки, при которых пагубные методы оправдываются, самокорректируются, а ошибочные осуждения — нет.

В большинстве случаев даже суду, обладающему полной информацией, было бы трудно принять решение об оптимальной долгосрочной структуре отрасли, поскольку «правильного» баланса между кооперацией и конкуренцией не существует. У судьи нет мерил. Неудивительно, что антимонопольная история полна решениями, которые сейчас кажутся грубыми ошибками.

Применение нормы, осуждающей изолированные горизонтальные ограничения, кажется благотворным¹. Но процессы против слияний в большинстве случаев касались комбинаций, которые повышают эффективность, и запрет на слияния приводил к росту цен на товарном рынке². Имеются веские теоретические основания полагать, что издержки и других случаев правоприменения превышают выгоды от них³. Разумеется, время от времени Верховный суд

1 *Lean D., Ogur J., Rogers R.* Competition and collusion in electrical equipment markets: an economic assessment. // FTC Staff Report. 1982. P. 47 (применение антикартельных норм снизило цены на 4—10%); *Block M. K., Nold F. C., Sidak J. G.* The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement // J. POL. ECON. 89. 1981. P. 429 (Вмешательство Министерства юстиции имело следствием снижение цены хлеба.); *Stigler G. J.* The economic effects of the antitrust laws // J.L. & ECON. 9. 1966. P. 225, 236 (обнаружены некоторые незначительные преимущества).

2 Это следствие тех эффектов, которые слияния оказывают на фондовый рынок. Если слияние монополистично, цена акций конкурентов сливающихся фирм растет в ожидании повышения цен на продукцию отрасли. Если слияние направлено на повышение эффективности, цены акций конкурентов должны падать (и снова возрастать при отмене слияния). Второй из названных сценариев наблюдается более часто. См. *Eckbo B. E.* Horizontal mergers, collusion, and stockholder wealth // J. FIN. ECON. 1. 1983. P. 241; *Stillman R.* Examining antitrust policy toward horizontal mergers // J. FIN. ECON. 11. 1983. P. 225; *Wier P.* The costs of antimerger lawsuits: evidence from the stock market // J. FIN. ECON. 11. 1983. P. 207; см. тж. *Audretsch D.* The effectiveness of antitrust policy towards horizontal mergers. Ann Arbor: 1983 (где показывается, что издержки правоприменения превосходят выгоды, если не считать выгодой перераспределительный эффект правоприменения). Более традиционные исследования, рассматривающие отдельные дела в попытках определить, способствует ли правоприменение конкуренции, приходят к тому же выводу. См. напр. *Elzinga K.* The antimerger law: Pyrrhic victories // J.L. & ECON. 12. 1969. P. 43; *Gellhorn E.* Regulatory reform and the federal trade commission's antitrust jurisdiction // TENN. REV. 49. 1982. P. 471, 479—99.

3 Лишь некоторые примеры см. в *Bork R.* The antitrust paradox. N. Y.: 1978 (логическая критика, основанная на экономических принципах, почти всего антимонопольного учения); *Bowman W.* Patent and antitrust law. Chicago: 1973 (логическая критика навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента, исключающих соглашений и связанных доктрин применительно к патентам); *Posner R.* Antitrust law: an economic perspective. Chicago: 1976 (экономическая критика

явно утверждает, что жертвует эффективностью хозяйствования ради достижения других целей¹. Я не думаю, что такие жертвы приемлемы в антимонопольной практике, но это предмет другого спора². *Пытаются ли суды жертвовать эффективностью в пользу других целей — не столь важно, как то, делают ли они это в действительности.*

Издержки антимонопольной практики велики. Судьи действуют на основе неполной информации о последствиях применения оспариваемых методов. Пределами антимонопольного правоприменения являются издержки, связанные с действием и наличием информации. В настоящей статье я задаюсь вопросом о том, как мы должны учитывать эти пределы.

1. НЕЗНАНИЕ И НЕГОСТЕПРИИМСТВО В АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

Дональд Тёрнер однажды заметил, что антимонопольной практике свойственна «традиция негостеприимства». Она заключается в том, что судьи с подозрением относятся к каждому деловому методу, спрашивая всякий раз, как фирмы применяют его, чтобы навредить потребителям. Если ответчику не удастся убедить судью, что его методы неразрывно связаны с конкуренцией, судья запрещает их применение.

Негостеприимство является давней традицией. Адам Смит утверждал, что дельцы не успевают начать разговор, как их мысли обращаются к ограничению торговли³. Джереми Бентам и Оливер Уэнделл Холмс закладывают в закон образ «злоумышленников». Джордж Стиглер разворачивает картину политики, в которой заинтересованные группы «покупают» законы, подавляющие конкуренцию⁴. Подозрение свойственно не только судьям, но и экономистам: «Когда экономист обнаруживал что-либо ... чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число

практически всего антимонопольного учения); *Gelhorn. Regulatory reform...* P. 479—99 (с подбором источников). Другие ученые, предлагая не столь опустошительную критику, уверены, что многие области антимонопольного права принесли больше вреда, чем пользы. См. напр. *Areeda P., Turner D. Antitrust law.* Boston: 1978, 1980, 1982. Вдумчивое обсуждение того, почему антимонопольная практика пошла таким путем, см. в *Baxter W. F. The political economy of antitrust // The political economy of antitrust: principal paper / Tollison R., ed. 1980. P. 3—4.*

1 Напр. *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 580 (1967); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962). Эта цепочка дел, возможно, обрывается на *Procter & Gamble*; Верховный суд теперешнего состава склонен к другому мнению. См. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 53 n.21, 57-59 (1977). Тем не менее, уклон, противоречащий эффективности, глубоко укоренен в некоторых делах и в истории Акта Робинсона—Пэтмена и доктрине навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента. Эта цепочка может возобновиться.

2 Ср. *Areeda, Turner. Antitrust law.* P. 103—13; *Bork R. The antitrust paradox.* P. 81—89; *Easterbrook F. H. Is there a ratchet in antitrust law // TEXAS L. REV.* 60. 1982. P. 705, 714—17 с *Fox E. M. The modernization of antitrust: a new equilibrium // CORNELL L. REV.* 66. 1981. P. 1140; *Pitofsky R. The political content of antitrust // U. PA. L. REV.* 127. 1979. P. 1051; *Sullivan L. A. Antitrust, microeconomics, and politics: reflections on some recent relationships // CALIF. L. REV.* 68. 1980. P. 1.

3 «Представители одного и того же вида торговли или ремесла редко собираются вместе даже для развлечений и веселья без того, чтобы их разговор не кончился заговором против публики или каким-либо соглашением о повышении цен.» 174 (*Smith A. The wealth of nations.* N. Y.: 1937. P. 128 — впервые опубликовано в 1776 г.).

4 *Stigler G. The citizen and the state.* Chicago: 1975. P. 114—88. Взгляды Стиглера, которые также разрабатывались многими другими (см. напр. *Peltzman S. Toward a more general theory of regulation // J.L. & ECON.* 19. 1976. P. 211), следует отличать от взглядов «теоретиков захвата» (“capture theorists”), утверждающих, что регулируемые группы в конце концов начинают доминировать над органами, изначально создаваемыми для их регулирования. Стиглер же утверждает, что захватывать данные органы нет нужды, поскольку они и создаются для того, чтобы служить данным якобы регулируемыми группам.

непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым»¹.

Однако любые деловые договоренности предполагают некоторую кооперацию, хотя бы кооперацию в поставке товара, предусмотренной договором купли-продажи. Кооперация, являясь источником монополии, является в то же время и мотором эффективности. Фирмы организуют некоторую совокупность деятельностей, чтобы лучше конкурировать с другими. Неудивительно, что правоприменители и суды в антимонопольной области, обязанные выискивать антиконкурентную кооперацию в хитросплетении кооперации благотворной, должны с подозрением относиться к методам, которые, как кажется, предполагают кооперацию без выгоды для конкуренции.

До сих пор традиция негостеприимства в антимонопольной практике обходилась весьма дорого. Ее издержки были неизбежны. Знание далеко отстает от рынка. Во многих смыслах полезно считать рыночное поведение случайным. Фирмы испытывают десятки практик. Большинство из них проваливаются, и фирмы вынуждены пробовать другие или уходить². Другие практики что-то приносят потребителям — сокращая издержки или повышая качество — и таким образом выживают. В конкурентной борьбе выживают фирмы, применяющие лучшие практики. Ошибки погребаются.

Почему конкретные практики срываются? Фирмы, их избравшие, могут знать причину или не знать ее. Они могут описать, «что» они делают, но более сложно описать «почему». На этот вопрос сможет ответить только тот, кто обладает весьма полным знанием о рыночном процессе, а также временем и данными, необходимыми для оценки. Иногда ответить на него не может никто

С незнанием можно смириться, но вот только у каждого успешного конкурентного метода есть жертвы. Чем более успешен новый метод производства или сбыта товаров, тем больше жертв, тем сильнее они пострадают. Йозеф Шумпетер назвал конкуренцию «вихрем созидательного разрушения»³. Это нескончаемый процесс выпалывания нерасторопных и неэффективных. Однако проигравшим в конкурентной борьбе ее исход не кажется справедливым. О причинах своих неудач и чужих успехов они знают как правило меньше, чем средний руководитель фирмы (если бы они знали, в чем ошибаются, они могли бы исправиться).

Вихрь созидательного разрушения приводит к жертвам раньше, чем к экономическим теориям и доказательствам своей благотворности. Антимонопольное законодательство предлагает жертвам обращаться в суд. Они нанимают адвокатов, знающих об их бизнесе меньше, чем те, кого они представляют. Когда иск попадает в суд, судья видит деловой метод, который привел к неудаче или лишил удачных деловых возможностей в прошлом прибыльную фирму («воспрепятствование»).

Судья знает о деле даже меньше, чем адвокаты. На предварительных слушаниях неудача или утраченная возможность неизбежно выглядит как сокращение конкуренции. Остается меньше конкурентов, а меньшее число конкурентов совпадает с определением монополии

1 См. *Coase R. H. Industrial organization: a proposal for research // Policy issues and research opportunities in industrial organization / Fuchs V. ed. 3. Cambridge: 1972. P. 59, 67* (Рус. пер. Коуз Р. Экономика организации отрасли: программа исследований Коуз Р. Фирма, рынок и право. М: Дело Лтд. 1993. Доступен по адресу: http://www.libertarium.ru/l_lib_firm03).

2 Гэри Бекер и Армен Алчян разработали модели, показывающие, как рынок стремится к эффективности даже при иррациональном или случайном поведении большинства участников. *Becker G. The economic approach to human behavior. Chicago: 1976. P. 153—68; Alchian A. Uncertainty, evolution, and economic theory // J. POL. ECON. 58. 1950. P. 211.*

3 *Schumpeter J. Can capitalism survive? N. Y.: 1978. P. 24.*

(или, по крайней мере, олигополии). Ответчик вряд ли сумеет представить внятное объяснения своего успеха, для этого еще не пришло время. Если ответчик не представляет убедительного объяснения своему поведению, а свидетельства указывают на «исключение», судья скорее всего решит: «Почему бы не запретить данный метод? Если он антиконкурентен, запрет принесет благо. Если он не является таковым, запрет не принесет вреда: ответчик не в силах объяснить мне, как данный метод способствует эффективности».

Такого рода рассуждения приводили к осуждению — часто в соответствии с запретом *per se* — горизонтальных соглашений десятками, так же, как и принудительного ассортимента, поддержания цены перепродажи, вертикальных ограничений по территориальному принципу и по [категориям] потребителей, патентных пулов, принудительного лицензирования кинофильмов и массы других деловых методов. Один раз Верховный суд заявил, что «соглашения о принудительном ассортименте вряд ли служат цели иной, нежели подавление конкуренции»¹, и эта фраза применялась ко многим другим методам. Но это не так. Экономисты разработали конкурентные объяснения всех этих методов, иногда по несколько объяснений для каждого. Кроме того, методы, которые вчера были вредными, могут оказаться благотворными сегодня, с изменением баланса между договорной и рыночной организацией. К моменту, когда ученые понимают, в чем успешность метода, уже слишком поздно.

Слишком поздно в том смысле, что уже потеряны годы эффективного применения деловых методов. Слишком поздно в том смысле, что Верховный суд создал прецедент², а один из членов Конгресса призвал к импичменту главы Антимонопольного отдела, серьезно отнесшегося к «новому учению»³. Слишком поздно в том смысле, что большинство людей довольны тем, что есть, и не хотят перемен. Некоторые довольны в интеллектуальном смысле, а другие (те, чьему бизнесу угрожала бы конкуренция от оспариваемого метода) довольны в финансовом смысле. Запретительные нормы собирают свою клиентуру.

И, наконец, слишком поздно в том смысле, что фирмы не прибегают к ставшим впоследствии известными оправданиям. Если некоторый метод уже признан незаконным, фирма склонна отвечать на обвинение отрицанием его применения. Редко она заявит: «Да, мы это делали, и вот почему эти действия экономически выгодны». Судьи оказываются лишены возможности пересмотреть в свете нового знания решения, принятые в его отсутствие. Это со всей силой проявилось в решении по делу «Monsanto», в котором Верховный суд отклонил ходатайство Генерального прокурора о пересмотре запрета *per se* в отношении поддержания цены перепродажи. Суд заметил, что ответчик не просил окружной суд о неприменении более ранних решений Верховного суда по другим делам, и ходатайство было отклонено⁴.

1 Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293, 305—06 (1949).

2 Cp. Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551, 1556 (1984) (говоря, что отменить, как предложили четверо из судей, имеющий сорокалетнюю историю запрет *per se* принудительного ассортимента слишком поздно, Верховный суд тем не менее лишил данный запрет силы, почти с теми же результатами, что принесла бы его отмена) с Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 104 S. Ct. 2731, 2742 (1984) (где отменяется доктрина с тридцатисемилетней историей); Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977) (отменяющим десятилетний запрет *per se*).

† «Новое учение» — здесь: критика традиционных антимонопольных теорий представителями Чикагской экономической школы. — *Прим. ред.*

3 Seiberling J. Congress makes laws; the executive should enforce them // ANTITRUST L. 53. 1984. P. 175. Сенатор Меценбаум в самом деле призывал к импичменту заместителя Генерального прокурора Бекстера. См. тж. Litvack S. M. Government antitrust policy. Theory versus practice and the role of the antitrust division // TEXAS L. REV. 60 1982. P. 649; Pertschuk M. P., Correia E. Resale price maintenance—why the *per se* rule should be enforced // NAT'L J. 15. 1983. P. 1201.

4 Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 104 S. Ct. 1464, 1469 n.7 (1984). Можно задаться вопросом:

Методы, с которыми имеют дело суды сегодня, более сложны, чем «изолированное» навязывание ограничений контрагентам или поддержание цены перепродажи, и вопросы более сложны. Один из недавних процессов имел дело с проблемами, возникающих из-за «оптовых лицензий», выпускаемых ASCAP и BMI (двумя обществами по управлению правами на исполнение) исполнителям музыки. На одном уровне оптовые лицензии являются изолированным соглашением о фиксировании цен, заключаемым всеми конкурентами на рынке. На другом уровне, такая лицензия служит средством снижения издержек, позволяя тем, кто хочет получить права на исполнение, получить их без заключения тысяч отдельных лицензионных договоров. Верховный суд счел это достаточно сложным, чтобы призвать к применению правила взвешенного подхода, что повергло нижестоящие суды в недоумение¹.

В другом деле рассматривалось соглашение между арizonскими врачами. Эти врачи договорились о платежах от страховых компаний, которые они согласны принимать в качестве исполнения всех обязательств страхователей. На одном уровне это выглядит как изолированное фиксирование цены. На другом уровне это средство информирования — сигнал — посредством которого можно выявить врачей, выставляющих низкие цены, и посредством которого врачи предлагают принять на себя часть функций по страхованию, решая тем самым проблему морального риска. В данном случае Верховный суд большинством в четыре голоса против трех повторил в решении, что такое соглашение «вряд ли служат цели иной, нежели подавление конкуренции»².

На последней сессии Верховный суд имел дело с горизонтальным соглашением колледжей по всей стране, ограничивающим число футбольных игр с участием команд колледжей, которые разрешено транслировать. На одном уровне это изолированный картель: Национальная студенческая спортивная ассоциация ограничила количество матчей, показываемых по телевидению. На другом, данная договоренность подобна кооперации внутри какой-либо фирмы, посредством которой фирма достигает внутренних договоренностей, увеличивающих шансы на победу в конкуренции с другими фирмами.

какой наглости Верховный суд ожидает от ответчика? Должен ли он предположить, что тот, осуществляя запрещенную деятельность, попросит окружной суд сделать то, на что он не имеет права — проигнорировать мнение Верховного суда? Если ответчик одновременно отрицает запрещенное деяние и просит об изменении закона, он окажется в серьезном затруднении. Как можно аргументировать в пользу конкурентных преимуществ чего-либо, в чем не принимал участия?

1 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys.*, 441 U.S. 1 (1979). При доследовании Апелляционный суд обнаружил, что не было никакого «ограничения», поскольку телевизионные сети могли легко получить лицензии непосредственно от владельцев авторских прав (*Columbia Broadcasting Sys. v. ASCAP*, 620 F.2d 930, 937-39 (2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 970 (1981)). При рассмотрении другого иска окружной судья признал такую лицензию незаконной в случае конкретных телестанций, в соответствии с правилом взвешенного подхода, поскольку эти станции не имели практической возможности приобретать лицензии напрямую (*Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP*, 546 F. Supp. 274, 286-96 (S.D.N.Y. 1982), rev'd No. 83-7058 (2d Cir. Sept. 18, 1984)). Разумеется, польза от оптовых лицензий возрастает в случае пользователей, не имеющих практической возможности приобретать лицензии напрямую, так что правило взвешенного подхода в данном случае привело к осуждению наиболее эффективных методов. См. *Landes W. M. Harm to competition: cartels, mergers, and joint ventures // ANTITRUST L. J.* 52. 1983. P. 625, 631—35) (с анализом оптовых лицензий).

2 *Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y*, 457 U.S. 332 (1982). См. в: *Easterbrook F. H. Maximum price fixing // U. Chi. L. Rev.* 48. 1981. P. 886 оценку хозяйственных последствий таких соглашений и в: *Gerhart M. The Supreme Court and antitrust analysis: the (near) triumph of the Chicago School // Sup. Ct. Rev.* 1982. P. 319 пример критики данного решения. Однако, см. *Leffler K. B. Maximum-price agreements in markets with insured buyers // Sup. Ct. ECON. REV.* 2. 1983. P. 187 (где данное решение обосновывается на основании того довода, что повышение спроса на застрахованное обслуживание повысит цены для незастрахованных; это интересный довод, хотя в нем и отсутствует обсуждение альтернативных подходов и того, почему страхуются не все).

Спортивная ассоциация отличается от фирмы только своей неполной интеграцией — кооперация при взаимодействии с телевидением сосуществует с конкуренцией за таланты и соревнованиями на поле. Ассоциация описывала свои методы как элементы борьбы, в которой участвуют профессиональный футбол, другие виды спорта и развлечений вообще, которые все пытаются привлечь зрителей в рамках гораздо более объемной отрасли, занятой рекламой и развлечениями. Ее деловые интересы требуют кооперации: Оклахома не заинтересована в уничтожении Небраски и захвате ее рынка. Ответ суда низшей инстанции: «Не убедительно», к которому Верховный суд добавил: «Не обязательно ошибочно»¹.

Решение «не убедительно» следует достаточно часто. Во многих случаях убедительного объяснения не существует. Такие объяснения приходят слишком поздно. В других случаях объяснения весьма сложны. Даже если люди знают, почему деловые методы срабатывают — а это бывает не слишком часто — объяснить это другим сложно. Такое объяснение может потребовать причудливой теории или сложной эконометрики. То, что можно объяснить на научном семинаре или в комнате для совещаний в корпорации, сложно артикулировать на судебном заседании, с судьей и присяжными, не обладающими ни экономической подготовкой, ни деловым опытом. Эти объяснения могут показывать, каким образом методы кооперации (или методы, исключающие конкурентов или вредящие им), которые на первый взгляд кажутся ограничивающими конкуренцию, в далекой перспективе способствуют ей. Такие объяснения встречаются с враждебностью.

Решение «не убедительно» естественно для судьи, сталкивающегося с необычным и трудным объяснением сложного поведения. Его выгоды не поддаются точному измерению. Каких свидетельств хватило бы? Выгодой любой договоренности является улучшение, предоставляемой ею по сравнению со следующим по выгодности методом, направленным на достижение той же самой цели. Если сложно определить, что же делает данный метод, невозможно определить разницу в эффективности между известным методом и некоей гипотетической альтернативой.

Тем не менее, наличие альтернативы сохраняет свое риторическое значение. Например, вертикальная интеграция могут нести некоторые преимущества ограничения числа дилеров. Развитые средства контроля качества могут выступать альтернативой принудительному ассортименту. Альтернативы есть всему. Суду легко сказать ответчику, чтобы тот применил такие альтернативы. Такие альтернативы могут быть дороже, но ответчик может оказаться не в состоянии точно назвать разницу в цене. Из-за существования альтернатив объяснение конкретного метода может показаться хитростью, направленной на обход существующих норм закона. Объяснение может само показаться атакой на конкуренцию. Ведь оно стремится оправдать кооперацию? Оно стремится оправдать структуру рынка иную, нежели атомарная конкуренция? Почему судья должен на это согласиться? Любое заявление о долговременной выгоде для конкуренции направляется на скептическое отношение суда, и это правильно. За скептицизмом следует требования «лучших», возможно, недоступных, доказательств. Почему судья должен соглашаться с причудливой, необычной, неопробованной теорией при наличии под рукой менее ограничительной альтернативы, более близкой к модели атомарной конкуренции?

Неизбежный вопрос заключается в том, что должно произойти, когда судья «не убежден» объяснением, даваемым для некоторого сложного метода. Традиция негостеприимства требует от судьи осудить такой метод. Однако этот ответ ошибочен. Судья, не убежденный

1 Board of Regents of the Univ. of Okla. v. NCAA, 546 F. Supp. 1276 (W.D. Okla. 1982), *afjdin part*, 707 F.2d 1147 (10th Cir. 1983), *ajt'd*, 104 S. Ct. 2948 (1984). См. тж. Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n v. NFL, 726 F.2d 1381 (9th Cir. 1984) с еще одним примером тех сложностей, что всплывают, когда суд пытается воевать с частично интегрированной ассоциацией.

таким объяснением, не должен сразу переходить к заключению о том, что плохо понятное является антиконкурентным. Вместо этого судья должен стремиться найти способ различения конкурентных объяснений данного метода и антиконкурентных. Каждое объяснение предсказывает определенные последствия. Например, большинство антиконкурентных объяснений предсказывают снижение объема производства и повышение цен. Судья должен меньше поддаваться соблазну модели атомарной конкуренции и больше полагаться на составление и проверку таких предсказаний. Судья должен сформулировать несколько предположений и критериев, помогающих отличить конкурентные объяснения от неконкурентных. Такие критерии стали бы альтернативой традиции негостеприимства, решением проблемы пределов антимонопольной деятельности.

2. СЖИМАЮЩИЙСЯ ЗАПРЕТ PER SE И ПУСТОЕ ПРАВИЛО ВЗВЕШЕННОГО ПОДХОДА

Антимонопольная практика знает два подхода к анализу: запрет per se и правило взвешенного подхода. Подход per se обусловлен высокими издержками информации и судебного разбирательства. Суды пытаются выявить категорию методов, которые настолько редко приносят пользу, что имеет смысл запретить всю эту категорию, даже зная, что осужденными окажутся некоторые случаи полезного применения этих методов. Издержки такого неудачного осуждения ниже, чем издержки (включая издержки информации и цену ошибки) принятия решения о наличии пользы для конкуренции в каждом отдельном случае.

С течением времени все меньшее количество вещей считаются подходящими для запрета per se. Мы видим пользу для конкуренции в методах, которые ранее рассматривались исключительно как вредоносные. Десять лет назад незаконными per se были связанные контракты, бойкоты, территориальное разделение рынков и поддержание цены перепродажи. За прошедшее время Верховный суд изъясил территориальное разделение из категорий, запрещенных per se, от связанных контрактов оставил только название, не вмешивался, когда суды низших инстанций молчаливо отказались от per se запрета бойкотов, и предложил пересмотреть норму, касающуюся поддержания цены перепродажи¹. Он отказался применить запрет per se к горизонтальному соглашению почти ста процентов композиторов на том основании, что данное соглашение несло пользу конкуренции². По ходу дела Верховный суд заявил, что запрет per se может применяться только после оценки потенциальных последствий соглашения для конкуренции — подрывая тем самым ту простоту, которая была основным оправданием такого запрета.

1 Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977) (territorial allocations); United States Steel Corp. v. Fortner Enters., 429 U.S. 610 (1977) (где проверка на рыночную власть применяется к принудительному ассортименту, отклоняясь таким образом от обычного подхода, основанного на запрете per se); Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551 (1984) (номинально сохраняющее запрет per se на навязывание условий, ограничивающих деятельность контрагента, но требуя исследования последствия для конкуренции в порядке определения того, является ли нечто навязыванием ассортимента; четверо судей высказались в пользу полной отмены данного запрета per se); Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 104 S. Ct. 1464, 1469 n.7 (1984) (неявно поощряющего дальнейшие расследования статуса поддержания цены перепродажи). Касательно отказа от применения запрета per se на бойкоты см. напр. NCAA v. Board of Regents of the Univ. of Okla., 104 S. Ct. 2948, 2959-62 (1984) (Верховный суд оставил без внимания вопрос об ответственности за нарушение запрета per se, даже не упомянув довод истца о бойкоте, представленный как дополнительное основание для поддержки обвинения). См. тж. Id., 2962 n.26 (дающий основание думать, что резкой линии между анализом нарушений запрета per se и применением правила взвешенного подхода больше нет, и что статус принудительного ассортимента остается неопределенным); United States Trotting Ass'n v. Chicago Downs Ass'n, 665 F.2d 781 (7th Cir. 1981) (en banc).

2 Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., 441 U.S. 1 (1979).

Эти изменения в структуре антимонопольного анализа с неизбежностью следуют за изменениями в понимании хозяйственных последствий рассматриваемых методов. Если запрет *per se* зависит от заключения о том, что практически все случаи применения некоторого метода вредоносны, открытие их возможной пользы требует изменения правовых норм. То, что мы не запрещаем, мы должны изучать. Одобренный подход к изучению называется правилом взвешенного подхода.

Суд может попытаться провести полное исследование издержек и выгод определенного делового метода в тех обстоятельствах, в которых он был применен. Но предположение о том, что судьи и присяжные в состоянии провести такое исследование, фантастично. Последствия большинства форм делового поведения для благосостояния находятся за пределами нашего кругозора. Собери мы двенадцать экономистов и предоставь им все доступные сведения о каком-либо деловом методе плюс неограниченные вычислительные мощности, и то они не придут к согласию о том, повышает ли данный метод благосостояние потребителя (или более широко определяемую эффективность хозяйствования). Они нашли бы пробелы в сведениях и темы для дальнейших исследований. Кто-нибудь применил бы принцип «второго после наилучшего», утверждая, что монополия стала бы благотворной коррекцией искажения на каком-либо другом рынке. По крайней мере один из экономистов построил бы модель, показывающую, как данный метод может снижать эффективность при наличии определенных условий (не очевидных при имеющихся данных). Глобальное исследование не предполагает ответа, так как ставит слишком много вопросов. Чтобы получить ответ для практической задачи, мы должны исходить из определенных презумпций и набора контрольных точек.

Экономисты все же могли бы прийти к соглашению, хотя и не на основе исчерпывающего эмпирического исследования. Они могут опираться на приметы и накопленный опыт. Они могут применить свое экономическое знание о других рынках для умозаключений о рассматриваемом рынке. Вывод может основываться на выживаемости: если некоторый метод практикуется в течение долгого времени несмотря на давление со стороны конкурентов, такой метод, скорее всего, является полезным. В противном случае позиция практикующей его фирмы на рынке ухудшилась бы по сравнению с конкурентами. Фирма, запрашивающая слишком много, в конце концов потеряет продажи в пользу фирмы, запрашивающей конкурентную цену. Однако, свидетельства не всегда достаточны для такой долговременной оценки, и антимонопольная политика задумана для ускорения наступления этого конца концов (так, чтобы фирмы теряли позицию на рынке быстрее). Экономисты, таким образом, могут посмотреть на изменение производства в краткосрочной перспективе. Растут или падают продажи у фирмы, применяющей оспариваемый метод? Рост подразумевает эффективность, снижение фактической цены продажи на единицу поставляемой продукции. Растет или падает доля фирмы на рынке? Рост опять-таки подразумевает нетто-выгоду. Такие проверки требуют некоторого количества трудной работы: экономистам приходится прибегать к регрессионному анализу для того, чтобы привести функцию к постоянному значению других переменных, и изолировать последствия применения оспариваемого метода. Но по крайней мере такие проверки представляют некоторое надежное практическое правило.

Если у экономистов и есть подход к новым методам, то судьи на сегодня его лишены. Как постановил Верховный суд, «исследование, которого требует правило взвешенного подхода, направлено на установление того, способствует или препятствует конкуренции оспариваемое соглашение. ... Целью анализа является вывод о значении такого ограничения для конкуренции ...»¹. Как суд определит, способствует или препятствует соглашению конкуренции? Он должен рассмотреть факты, специфичные для отрасли, в которой имеет

1 National Soe'y of Professional Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679, 691, 692 (1978).

место ограничение, ее состояние до и после установления ограничения, природу ограничения и его последствия, наступившие или вероятные. Релевантными фактами являются история ограничения, зло, могущее от него проистечь, основания для применения определенной формы защиты права, достигаемая цель или решаемая задача¹.

Эти формулировки пусты. Судьи разных уровней справедливо возражают, что суды не в состоянии принимать такие решения. «Суды мало чем могут помочь при исследовании сложных экономических проблем. ... [Они] плохо оснащены и плохо приспособлены для принятия подобных решений [и не могут] анализировать, интерпретировать и оценивать мириады конкурирующих интересов и бесчисленные данные, которые без сомнений будут представлены для их принятия»².

Разумеется, судьи не могут выполнить то, чего от них требуют подобные открытые формулировки. Когда к делу относится все, ничто не может иметь решающего значения. Любой из факторов, по усмотрению следователя, может перевешивать, а может и не перевешивать другого или всех прочих. Эта формулировка бесполезна для фирм, планирующих свое поведение. Столкнувшись со списком таких неосязаемых сущностей, адвокаты должны заняться нескончаемым представлением документов. (Они могут обнаружить какой-либо вторичный фактор, и он может оказаться решающим.) Чем выше ставки, тем в большей степени фирмы склонны осуществлять затраты на предоставление документов и судебные тяжбы. Какая-то неделя предоставления документов или судебного процесса может сэкономить миллионы или десятки миллионов долларов. Издержки судебных процессов являются результатом нечетких норм в сочетании с высокими ставками, и нигде эта комбинация так не пагубна, как в антимонопольных процессах по правилу взвешенного подхода³.

1 Chicago Bd. of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918). Более длинный перечень факторов см. в: United States v. Penn-Olin Chem. Co., 378 U.S. 158, 176-77 (1964); Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 614-26 (1953) (где перечень, изначально составленный в деле о слиянии: United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 527-28 (1948), применяется к правилу взвешенного подхода в общем случае).

2 United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596, 609, 612 (1972) (подстрочная сноска опущена); см. тж. Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293, 307-14 (1949). В обоих данных случаях неосведомленность суда становится поводом для осуждения согласно запрету *per se*, что противоположно надлежащей реакции на незнание. Ричард Марковиц считает, что Верховный суд осудил данные методы из-за незнания, поскольку судьи потребовали, чтобы представленные доказательства их благотворности перевесили популистскую антипатию к бизнесу (*Markovits R. S. The burger court, antitrust, and economic analysis // The burger court: The counterrevolution that wasn't / Blasi V., ed. New Haven, L.: 1983. P. 180, 183—84*). Если он прав, такой отказ от популистских умонастроений предвещает изменения в реакции на неопределенность. Однако см. *Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y*, 457 U.S. 332,342-45 (1982), где Верховный суд опять прибег к неопределенности и ограниченности возможностей суда как к оправданию осуждения согласно запрету *per se*. Во многих судебных решениях продолжают настаивать, чтобы фирмы применили «менее ограничивающую альтернативу», формулу, основанную на традиции негостеприимства, возлагающей бремя неопределенности полностью на ответчика. Возможно, перемены в эту цепочку решений принесет дело *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S. Ct. 2731, 2740-43 (1984), в котором признаются многие из преимуществ кооперации.

3 Высокие ставки и расплывчатые нормы также препятствуют внесудебному урегулированию. Претензии урегулируются, когда стороны в состоянии согласиться относительно наиболее вероятного исхода дела и относительно того, что прийти к соглашению в ходе антимонопольного процесса будет труднее. Анализ процесса урегулирования в антимонопольных процессах см. в: *Easterbrook F. H., Landes W. M., Posner R. A. Contribution among antitrust defendants: a legal and economic analysis // J.L. & EcON. 23. 1980. P. 331, 353—64*.

Отчасти сложности антимонопольной практики связаны с расплывчатостью того, что понимается под конкуренцией¹. Целью антимонопольной практики является защита конкуренции как средства повышения эффективности хозяйствования. Однако, как я отметил во введении, конкуренция не может быть определена как состояние наибольшего соперничества, поскольку это путь к дезинтеграции. Сегодняшняя кооперация влечет как сегодняшнюю выгоду, так и завтрашнюю конкуренцию. Совместное предприятие отчасти устраняет конкуренцию, но усиливает конкуренцию с другими хозяйствующими субъектами. Антимонопольное законодательство не содержит временных рамок анализа, и «правильного» ответа не существует. Например, как понятно сегодня, предоставление патентных прав, хотя и создает ограничение производства на протяжении срока действия патента, важно для стимулирования изобретательства. Здесь необходим баланс между оптимальными стимулами *ex ante* и оптимальным задействованием имеющегося знания, и интенсивные усилия по поиску этого баланса провалились. Пример с патентами — лишь один особый случай поиска баланса между кооперацией и конкуренцией. Поиск *хоть какого-то* правильного ответа точно так же безнадежен.

Иногда Верховный суд выражается так, как если бы правило взвешенного подхода было содержательным. В деле «GTE Sylvania»² Верховный суд постановил, что территориальные ограничения должны оцениваться путем сравнения повышения конкуренции между владельцами различных товарных знаков и проистекающего из территориальных ограничений уменьшения конкуренции между продавцами продукции под одним знаком. Верховный суд также призвал окружных судей различать ценовые и неценовые ограничения. Это «приглашение на выставку ослов».

Сравнивать конкуренцию между владельцами различных товарных знаков с конкуренцией между продавцами продукции под одним знаком бессмысленно, поскольку они несоизмеримы. В случаях со сбытовыми ограничениями «уменьшение конкуренции между товарами под одним знаком» является *источником* конкурентного преимущества, помогающего одному товару конкурировать с другим. Конкуренция между продавцами продукции под одним товарным знаком как таковая бессмысленна: можно с тем же успехом жаловаться, что в корпорации нет внутренней конкуренции за более дешевое производство товара. Ни один производитель не стремится к снижению конкуренции между торговцами своим товаром просто ради снижения конкуренции. Снижение конкуренции торговцев в ценовом измерении является просто средством, к которому производитель прибегает для побуждения их к большей конкуренции в измерении услуг³. «Сопоставлять» «потерю» в одной графе с «выигрышем» в другой можно не в большей степени, чем считать, что безусловная прерогатива производителя решать, какой именно товар производить, порождает потери от «уменьшения конкуренции между товарами под одним знаком». Продавцам не удастся изменить качества товара, и мы не видим здесь никакой потери.

Если бы потеря и была, что дало бы ее сопоставление? Какое «уменьшение конкуренции между продавцами продукции под одним товарным знаком» должен терпеть суд при получении какого «повышения конкуренции между владельцами различных товарных знаков»? Эти вопросы обычно решает рынок. В судебном разбирательстве они не найдут ответа, и это означает, что их не следует задавать.

1 См. *Bork*. The antitrust paradox. P. 58—61.

2 См. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

3 См. *Easterbrook F. H.* Vertical arrangements and the rule of reason // ANTITRUST L.J. 53. 1984. P. 135; *Liebeler W. J.* Economic review of antitrust developments: the distinction between price and nonprice distribution restrictions // UCLA L. REv. 31. 1983. P. 384; *Mathewson G. F., Winter R. A.* An economic theory of vertical restraints // RAND J. ECON. 15. 1984. P. 27; *Posner R. A.* The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality // U. CHI. L. REv. 48. 1981. P. 6, 18—22; *Telser L. G.* Why should manufacturers want fair trade // J.L. & ECON. 3. 1960. P. 86.

Предписание различать ценовые ограничения и неценовые в той же мере бессодержательно. Каждая договоренность об ограничении дилерства придумана для того, чтобы повлиять на цену. Если территориальные ограничения побуждают торговцев предоставлять дополнительные услуги и информацию, они делают это лишь потому, что ограничения поднимают цены и ведут к конкуренции в измерении услуг. Если ограничения являются способом вознаграждения розничных торговцев за предоставление своей репутации (как за форму рекламы), они также могут влиять на цены, чтобы обеспечить такое вознаграждение. Производитель не может заставить торговца делать больше, не увеличивая торговую наценку. Ценовые и неценовые ограничения сливаются. Верховный суд признал это в деле «Monsanto», подрывая тем самым метод анализа, предложенный им в деле «GTE Sylvania»¹. Это лишает содержания правило взвешенного подхода.

3. КРИТЕРИАЛЬНЫЙ ПОДХОД К АНТИМОНОПОЛЬНЫМ РАССЛЕДОВАНИЯМ

3.1 ЗНАЧЕНИЕ ПРЕЗУМПЦИЙ

Суды должны последовать экономистам. Они должны принять ряд простых презумпций, структурирующих антимонопольное расследование. Сильные презумпции будут направлять фирмы при планировании ими своих дел, делая возможными утверждения юристов о том, что некоторые поступки не влекут риска судебной ответственности. Это сократило бы издержки судебного разбирательства, выделяя в качестве решающих определенные вопросы, требующие разрешения.

Если презумпции позволяют избежать наказания за некоторые нежелательные для общества методы, это можно стерпеть. Запрет *per se* объявляет незаконными целые категории методов, даже если некоторые методы из этих категорий полезны². Верховный суд допускает такой перебор, поскольку все нормы неточны. Экономия от их применения нельзя получить, не неся издержек ошибок³. Мы допускаем данные ошибки, поскольку почти все действия, охватываемые запретами *per se*, антиконкурентны, и подход, основанный на индивидуальном рассмотрении (для предотвращения осуждения благотворных действий, подпадающих под такие категории) оставил бы лазейку для слишком большого количества вредных действий. Та же аргументация приводит к заключению, что правило взвешенного подхода нуждается в замене более содержательными руководствами для принятия решений.

В каком направлении должны такие нормы ошибаться? По ряду причин, более предпочтительны ошибки в сторону оправдания сомнительных методов. Во-первых, поскольку большинство форм кооперации благотворны, оправдание отдельного метода, о котором у нас мало сведений, вряд ли причинит вред. Правда, мир экономической теории кишит «теоремами существования», доказывающими, что в определенных обстоятельствах методы, которые в обычных условиях благотворны, могут иметь нежелательные последствия. Но теоремами существования не проживешь. Издержки поиска таких нежелательных случаев высоки. Издержки сдерживания благотворного поведения (побочный продукт при любом поиске нежелательных случаев) высоки. Когда большинство случаев из некоторой категории поведения конкурентны, нормы судебного разбирательства должны быть «подвинчены» для того, чтобы под них не подпадало множество таких методов только лишь из цели отловить несколько антиконкурентных.

1 Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 104 S. Ct. 1464, 1470 (1984); см. Easterbrook. Op. cit., P. 169—72.

2 См. напр. Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y, 457 U.S. 332, 342 (1982), где горизонтальное соглашение осуждается, несмотря на допущение того, что оно сэкономило потребителям миллионы долларов.

3 См. Ehrlich I., Posner R. A. An economic analysis of legal rule making // J. LEGAL STUD. 3. 1974. P. 257.

Если в большинстве случаев метод конкурентен или нейтрален, нормы должны иметь ту же структуру (склоняясь при этом в противоположную сторону), что и применяемые тогда, когда почти все случаи антиконкурентны.

Во-вторых, хозяйственная система корректирует монополию быстрее, чем судебные ошибки. Нет способа автоматического отказа от ошибочных решений Верховного суда. Однажды осужденный метод с большой вероятностью останется осужденным, какими бы ни были выгоды от него. Монополистический же метод, по ошибке оправданный, в конце концов уступит конкуренции, как только монополично завышенные цены привлекут конкурентов.

В-третьих, во многих случаях издержки ошибочно разрешенной монополии малы, а ошибочно осужденной конкуренции велики. Благотворный метод может сокращать издержки производства каждой производимой единицы, а монополистический метод влечет потери только в той мере, в которой он ведет к сокращению производства. При обычных допущениях об эластичности предложения и спроса даже небольшой выигрыш в эффективности производства может компенсировать существенный рост цен и связанное с ним сокращение производства¹. При прочих равных мы предпочтем ошибочно терпеть сомнительное поведение, влекущее потери лишь для части объема производства, нежели ошибочно осудить благотворное поведение, что повлечет потери для всего объема производства.

Юридическая система должна разрабатываться для минимизации общих издержек 1) не осуждаемых антиконкурентных методов, 2) осуждаемых или сдерживаемых конкурентных методов и 3) самой этой системы. Понять третью составляющую проще всего. Некоторые методы, будучи антиконкурентными, тем не менее, не стоят того, чтобы их сдерживать. Мы не проводим трехнедельные слушания о штрафах за неправильную парковку. А то, что мы желаем сдерживать, мы хотим сдерживать с минимальными издержками. Переход к презумпциям напрямую относится к третьему пункту, а изменение материальной части юридической системы влияет на все три пункта.

Второй пункт особенно важен, если большинство методов из некоторой категории являются благотворными. Юридическая система, ошибающаяся даже нескольких процентах случаев, с большой вероятностью «отловит» в основном благотворные методы. Если 5% соглашений, ограничивающих деятельность контрагента, вредны, а юридическая система ошибается в 10% случаев, она осудит вдвое больше благотворных соглашений, чем антиконкурентных². Лучше изменить презумпцию, чем нести такой риск. Хорошо говорит об этом судья Брейер:

Хотя специальная экономическая дискуссия помогает направлять антимонопольное законодательство, это законодательство не может в точности воспроизводить

1 См. напр. Fisher A. A., Lande R. H., Vandaele W. Afterword: could a merger lead to both a monopoly and a lower price // CALIF. L. REV. 71. 1983. P. 1697; Williamson O. E. Economies as an antitrust defense revisited // U. PA. L. REV. 125. 1977. P. 699. Имеется, разумеется, та проблема, что фирмы на получение поддержки монополии будут тратить ресурсы, так что общие потери от монополии могут оказаться гораздо выше, чем треугольник общественных потерь. Однако, определить размер этих дополнительных потерь чрезвычайно трудно, и я обрываю обсуждение данной темы.

2 Доля ошибочных решений может быть весьма высока. В 1983 г. апелляционные суды изменили 17.3% всех решений по гражданским антимонопольным искам, и это после того, как полностью принято допущение усмотрения судей или присяжных, позволяющее принимать сомнительные или ошибочные решения об установлении фактов. 1983 AD. OFF. U.S. CTS. ANN. REP. 225. Если доля ошибочных решений только по вопросам права составляет 17%, насколько более частыми должны быть незамеченные или неисправимые экономические ошибки по сложным вопросам, к которым суды не привыкли?

экономические (иногда противоречащие друг другу) рассуждения. Ведь, в отличие от экономики, законодательство является административной системой, эффекты которой зависят от содержания законов и прецедентов только в той мере, в какой они применяются судьями и присяжными, а также адвокатами, консультирующими своих клиентов. Нормы, стремящиеся учесть каждую экономическую тонкость и каждое определение, вполне могут из-за превратностей применения привести к обратным результатам, подрывая те самые хозяйственные цели, которым они призваны служить. Таким образом, несмотря на теоретическую возможность обнаружения случаев, когда горизонтальное или вертикальное фиксирование цен экономически оправданно, суды сочли его незаконным *per se*, заключив, что простота применения перевешивает случайные «хозяйственные» потери. И наоборот, мы должны опасаться того, чтобы норма или прецедент, предписывающие поиск определенного типа нежелательного ценового поведения, не повлекла препятствий для допустимой ценовой конкуренции¹.

Задача, таким образом, заключается в создании простых норм, которые выведут категории методов, с большой вероятностью являющихся благотворными, за пределы системы правоприменения, оставляя для оценки по правилу взвешенного подхода лишь те, что влекут значительные риски нанесения вреда конкуренции².

3.2 НЕКОТОРЫЕ ПЕРСПЕКТИВНЫЕ КРИТЕРИИ

В остающейся части настоящей статьи описывается и защищается ряд презумпций. Первые две применимы к любому делу. Другие могут применяться только если методы ответчика потенциально влекут экономическую выгоду. Вместе они помогают защитить случаи, когда риск потребительских и хозяйственных потерь достаточно мал, и нет потребности в детальном рассмотрении и принятии риска того, что такое рассмотрение приведет к ошибочному осуждению или сдерживанию конкурентной деятельности, если фирмы будут стараться держаться подальше от опасного места.

Эти критерии применяются до всяких попыток определения реальной пользы. Вспомним проведенное обсуждение сложности или невозможности определения реальной хозяйственной пользы. Основным назначением подхода с последовательным применением критериев является переориентация антимонопольной практики с определения реальных последствий методов (ведущего суды к осуждению того, что они не понимают) на определение того, вредят ли данные методы конкуренции и потребителям.

1 Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983) (цитирование опущено).

2 В деле Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551, 1569 (1984) четверо судей рекомендовали сходный подход (судья О'Коннор в совместном мнении, к которому присоединились главный судья Дж. Бёргер, а также судьи Пауэлл и Ренкуист), а комментаторы убеждены, что упрощение антимонопольной практики весьма желанно, так что я не одинок в своих рекомендациях. Несколько других примеров, каждый из которых ограничен одним набором антимонопольных вопросов, см. в: Fisher A. A., Lande R. H. Efficiency considerations in merger enforcement // CALIF. L. REV. 71. 1983. P. 1580 (применение презумпций для учета в делах о слияниях последствий для эффективности); Joskow P. L., Klevorick A. K. A framework for analyzing predatory pricing policy // YALE LJ. 89. 1979. P. 213 (Критерии для исключения дел о хищническом ценообразовании, в которых риски монополизации низки); Posner. The next step in the antitrust treatment... (применение нормы о легальности *per se* для многих вертикальных методов); Note: A suggested role for rebuttable presumptions in antitrust restraint of trade litigation // DUKE LJ. 1972. P. 595; Note: Fixing the price fixing confusion: a rule of reason approach // YALE LJ. 92. 1983. P. 706 (с обсуждением причин для ограничения запрета *per se* изолированным фиксированием цен). См. тж. Easterbrook. Vertical arrangements and the rule of reason (некоторые презумпции для применения при анализе вертикальных методов). Я заимствовал и расширил данный подход, обобщив его на антимонопольную практику в целом.

Во-первых, от истца следует потребовать представить логичное доказательство того, что фирма или фирмы, практикующие данное соглашение, обладают рыночной властью. Такое доказательство не должно включать сложного определения рынка, каковые определения так изматывают суды в делах о слиянии. Об этом далее. Во-вторых, от истца следует потребовать доказательства того, что методы ответчика могут его обогатить, нанося вред потребителям. То есть, истец должен показать, что у ответчика есть мотив для осуществления антиконкурентного поведения, и что для корректировки его мотивов необходимы антимонопольные санкции.

Если исследование этих двух вопросов показало, что у данных фирм есть как возможность, так и мотив для антиконкурентного поведения, суд должен определить, является ли ограничение «изолированным». Если рассматриваемая договоренность существует сама по себе — например, если некая группа фирм согласует цены, но не интегрирует никаких производственных мощностей — она должна быть признана незаконной. Это функция запрета *per se* картелей. Имеющиеся свидетельства подсказывают, что применение данной нормы благотворно для хозяйства, об этом же говорит и экономическая теория. Картели сокращают производство и ничего не дают взамен.

Исследование вопроса о том, является ли ограничение «явным», требует некоторого знания его последствий. Здесь важнейшую роль играет дело «Broadcast Music». Суд надлежащим образом пытается понять, несет ли метод потенциальную пользу конкуренции, может ли увеличить эффективность хозяйствования. Только если договоренность удовлетворяет этому критерию потенциальной пользы, суд должен переходить к исследованию следующих вопросов.

Следующий вопрос (третий критерий): применяют ли фирмы из данной отрасли различные методы производства и сбыта. Если да, тогда конкуренция между такими методами должна быть достаточной гарантией пользы. Если фирмы применяют схожие договоренности, суд (и это — в четвертых) должен задаться вопросом, есть ли свидетельства сокращения производства. Это предполагает 1) оценку изменений объемов производства в короткий период после внедрения метода и 2) оценку того, выжил ли данный метод без существенных отрицательных последствий для рыночной доли ответчика. Пятый и последний критерий обращается на положение истца, чтобы сделать некоторые предположения о последствиях поведения ответчика. Если истец является его деловым конкурентом, часто можно с уверенностью предположить, что данная договоренность выгодна потребителям.

Только если потенциально эффективный деловой метод удовлетворяет всем пяти критериям, суду следует предпринимать героическую попытку, предписываемую сегодняшним правилом взвешенного подхода. Применение названных критериев в большинстве случаев сократит сроки следствия, а следовательно, издержки и неопределенность судебной тяжбы. В оставшихся случаях оно структурирует слушания, позволив суду сосредоточиться на самых важных вопросах.

Существующие нормы, напротив, требуют рассмотрения в первую очередь вопроса о подпадении под запреты *per se*. Однако за последние годы исследование данного вопроса требует все больше экономических прелюдий. Запреты *per se* больше не сокращают пути к осуждению. Ответчик может показать, что его метод на самом деле благотворен и таким образом не обладает атрибутами, требуемыми для осуждения в соответствии с запретом *per se*. В соответствии с решением по делу «NCAA» ответчик может представить экономическое оправдание даже в случае «изолированного» ограничения¹. Право ответчика

1 См. NCAA v. Board of Regents of Univ. of Okla., 104 S. Ct. 2948, 2965 (где ограничение называется изолированным), 2967-70 (оценка оправданий) (1984); см. тж. Id, 2962 n.26, 2965 n.42.

демонстрировать благотворность влечет за собой его обязанность оценивать конкурентные последствия, к чему привлекают внимание презумпции и второй критерий.

До сих пор существует одна категория случаев, для которых действует запрет *per se*, но издержки поиска примеров из этой категории возросли, когда суды попытались уточнить границы применимости данного запрета. Представляется более разумным начинать с исследования вопросов о рыночной власти и мотивах, а не с вопросов, касающихся, в сущности, определений. В то же время, мы на этом ничего не потеряем. Ценность запрета, *действительно* являющегося запретом *per se* (т. е. осуждением без предоставления ответчику возможности объяснить или оправдать свое поведение) непрерывно падала начиная с 1890 г. Сокращение транспортных издержек расширило рынки, так что очень многие рынки нескольким фирмам уже невозможно монополизировать, как бы они ни старались. Возникновение мировых рынков многих товаров делает сложным получение монопольных прибылей даже всеми фирмами, работающими в США. Самые свежие исследования показывают, что конкурентными стали даже наиболее концентрированные отрасли¹. Нарастающая мощь конкуренции, а также догадки о том, что кооперация может оказывать благотворное влияние способами, которые мы не понимаем и не можем объяснить, диктует сдержанность при осуждении методов без хотя бы поверхностного исследования рыночной власти и мотивов. Итак, я перехожу к своим пяти критериям.

1. Рыночная власть. Первым критерием является наличие рыночной власти. Суд должен взглянуть на методы, на которые жалуется истец, и задаться вопросом о том, обладает ли ответчик или ответчики рыночной властью. Если истец возражает против методов одной фирмы, суд должен оценить власть этой фирмы, если оспариваются кооперативные методы нескольких фирм, суд должен поставить вопрос, обладают ли властью ответчики в совокупности при тех совместных действиях, в которых их обвиняют.

Рыночная власть — это способность существенно поднять цены, не теряя продаж в том объеме, который сделал бы это невыгодным. Небольшая власть есть у многих фирм, поскольку их продукция не является вполне заменимой товарами других производителей. Но рыночная власть некоторых фирм значительна. Фирмы, у которых нет рыночной власти, не могут повредить конкуренции, как бы они не старались. Они могут, прибегая к «антиконкурентной» тактике, нанести вред некоторым потребителям, некоторым конкурентам или сами себе (см. п. 2 ниже). Однако, если фирмы не обладают рыночной властью, они не могут постоянно применять вредоносные методы. Конкурирующие фирмы предложат потребителям лучшие условия. Предложения конкурентов покончат с плохими методами быстрее, чем судебный процесс. По этой и другим причинам многие суды низших инстанций считают доказательство рыночной власти необходимым первым шагом в любом

1 См. напр. *Kwoka J. E.* The effect of market share distribution on industry performance // *REV. ECON. & STAT.* 61. 1979. P. 101 (как только отрасль насчитывает трех крупных конкурентов, данные говорят о том, что сговор становится невозможным или весьма нестабильным); *Leitzinger J. J., Tamor K. L.* Foreign competition in antitrust law // *J.L. & ECON.* 26. 1983. P. 87 (при присутствии импортируемой продукции концентрация отечественных производителей теряет предсказательную силу в отношении прибылей); *Libecap G. D., Wiggins S. N.* Contractual responses to the common pool prorationing of crude oil production // *AM. ECON. REV.* 74. 1984. P. 87 (пяти владельцев общего ресурса уже слишком много для стабильного соглашения, если только не поспособствует правительство); *Ravenscraft D. J.* Structure-profit relationships at the line of business and industry level // *REV. ECON. & STAT.* 65. 1983. P. 22 (концентрация не связана с прибылью). У каждого из данных подходов есть сложности, не последней из которых является то, что, возможно, данные о бухгалтерской прибыли не являются важным показателем. Но эти исследования и подобные им другие подсказывают, что парадигма «структура — поведение — результат» — уверенность в том, что определенные условия ведут к сговору и монопольным сверхприбылям, на которой основывается значительная часть антимонопольной практики, — может быть неверна.

деле, разбираемом на основе правила взвешенного подхода¹. Верховный суд постановил, что наличие рыночной власти обязательно для преследования по делам о соглашениях, ограничивающих деятельность конкурента (несмотря на то, что ограничение деятельности конкурента номинально остается нарушением закона *per se*), по тем же основаниям, что и представленные нами: если ответчик лишен рыночной власти, другие фирмы могут предложить лучшие условия, и необходимости в судебном вмешательстве нет².

Рассмотрим, каким образом кооперация может повредить потребителям и снизить эффективность хозяйствования. Обычным способом является соглашение между конкурентами о поднятии цен (картель). Однако, если стороны в таком соглашении лишены рыночной власти, они не смогут снизить производство в отрасли — по крайней мере, в той степени, чтобы это обнаружилось в ходе судебного разбирательства. Другие фирмы предложат то, чего хотят потребители, по конкурентным ценам, и вред нанесен не будет. Другие кооперативные методы — бойкот, вертикальная интеграция и ограничения на дилерство и принудительный ассортимент — могут повышать для конкурентов порог выхода на рынок. Например, вертикальная интеграция в масштабе отрасли может потребовать от потенциального игрока на рынке выходить на него на двух уровнях (скажем, на уровне производства и на уровне сбыта). Это потребует больше времени на приготовления и повысит риски, которые несет потенциальный участник рынка. Но в условиях отсутствия рыночной власти многие из существующих фирм готовы действовать хотя бы на одном из этих уровней. Это делает одновременность выхода на рынок на двух уровнях необязательной. Вертикальные соглашения могут вести к снижению производства в условиях некоторой необычной структуры спроса, но, опять-таки, это зависит от монополистичности или высокой олигополистичности рынка³. Нет власти, нет и проблемы.

Исследование рыночной власти логически предшествует вопросу о том, является ли ограничение «изолированным» и, таким образом, о применимости запрета *per se*. Проведение такого исследования предписывается в случаях соглашений, ограничивающих деятельность контрагента, и должно предписываться в остальных случаях. Не всякая кооперация вредна, и часто сложно определить, является ли ограничение «изолированным» в смысле, предусмотренном запретом *per se*. Когда сотрудничающие фирмы не обладают рыночной властью, их кооперация либо благотворна, в каком-либо случае она процветает, или же нет, и тогда она погибнет с переходом продаж к их конкурентам. Если у сотрудничающих фирм нет власти, их целью не может быть монополия, и мы должны рассмотреть более вероятное предположение о том, что их договоренная направлена на повышение эффективности.

В отсутствие рыночной власти рынки лучше, чем суды, отличают благотворное от вредоносного. Судьи, пытающиеся оценить качество сотрудничества, склонны к ошибкам, и все эти ошибки будут иметь одинаковые последствия. Если судья осуждает эффективные методы, они исчезнут, и выгода от них будет потеряна. Если судьи терпят неэффективные методы, ошибочно оправданные методы исчезнут под натиском конкуренции. Издержки судебных ошибок несут потребители, теряющие [выгоды от] эффективных методов и ничего не получающие взамен.

1 Напр. *White & White, Inc. v. American Hosp. Supply Corp.*, 723 F.2d 495, 500-04 (6th Cir. 1983); *Graphic Prods. Distrib., Inc. v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1568-72 (11th Cir. 1983) (организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами); *Products Liab. Ins. Co. v. Crum & Forster Ins. Cos.*, 682 F.2d 660, 663-65 (7th Cir. 1982); *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982); *Muenster Butane, Inc. v. Stewart Co.*, 651 F.2d 292, 298 (5th Cir. 1981); *Cowley v. Braden Indus., Inc.*, 613 F.2d 751, 755 (9th Cir.), cert. denied, 446 U.S. 965 (1980).

2 *United States Steel Corp. v. Fortner Enters.*, 429 U.S. 610 (1977).

3 См. напр. *Scherer F. M. The economics of vertical restraints // ANTITRUST L.J.* 52. 1983. P. 687; *Spence A. M. Monopoly, quality, and regulation // BELL J. Econ.* 6. 1975. P. 417.

История антимонопольной практики переполнена примерами осуждения методов из-за их непонимания, в то время как простое исследование факта наличия рыночной власти открыло бы, что они не могут принести вреда. «Sealy» была совместным предприятием почти тридцати фирм, производящих матрасы. Она предусматривала территориальное распределение рынка, правила ценообразования и другие методы того же типа, что любая вполне интегрированная фирма предписывает управляющим своих заводов. Отрасль производства матрасов не была концентрированной, и ограничения применялись только к матрасам, продаваемым под маркой «Sealy». Большинство из этих тридцати фирм производили и продавали и другие марки матрасов, конкурирующие с «Sealy», а кроме того, с ними конкурировала продукция сотен других производителей. Также, как и любая другая форма организации, ограничения на матрасы под товарным знаком «Sealy» несли определенные преимущества. Они способствовали эффективному производству, сбыту и рекламе, преимущества, которые сегодня вполне ясны. Верховный суд постановил, что территориальные ограничения на продажи незаконны *per se*, поскольку являются «горизонтальными»¹. Этот пример формального отношения заставил Верховный суд упустить тот факт, что, горизонтальное или нет, данное соглашение не могло повредить конкуренции и вполне могло способствовать ей.

Подобным образом Верховный суд признал незаконным соглашение, в соответствии с которым мелкие бакалейщики ввели и разрекламировали собственный товарный знак «Торсо». Эти бакалейщики ограничили территории, на которых могли продаваться товары под этим (но не другими) товарным знаком. В отрасли бакалейной торговли конкуренция жестокая, а доля данных фирм была небольшой. Если бы они слились, это вряд ли заметили бы. И в этом случае Верховный суд постановил, что «горизонтальное — значит вредное»; и опять он осудил поведение, которое могло бы помочь рекламировать продукцию и тем самым повысить конкуренцию в торговле продуктами в целом, и которое вряд ли повредило бы потребителям². Даже поверхностный поиск рыночной власти открыл бы, что данные методы либо полезны, либо безвредны.

Исследование вопроса о рыночной власти *не требует* определения «рынка», ставшего проклятием процессов, касающихся слияний. Обычно поиск «правильного» рынка является бесполезной затеей. Продавец 100% некоторого товара не будет иметь рыночной власти, если потребителю доступны заменители данного товара или если конкуренты могут продавать его по той же цене. С другой стороны, могут существовать десятки потенциальных рынков, каждый из которых что-то дает для понимания условий конкуренции.

Определение рынка — всего лишь одно из средств исследования рыночной власти; оно является результатом антимонопольного расследования, а не фактором в принятии решения, и его следует избегать при малейшей возможности³. Процесс выявления заменителей для некоторого товара при его производстве и потреблении, а также потенциальных производителей таких суррогатов — а именно это и означает определение рынка — помогает суду решить, обладает ли некоторая фирма властью существенно поднимать цены. Иногда это сложный и нуждающийся в пристальном изучении вопрос, и в этом случае исследование рыночной власти малопригодно в качестве простого критерия. В других случаях даже после краткого исследования очевидно, что власти у фирмы нет. Убедиться в наличии власти можно непосредственным образом. Суд может прибегнуть либо

1 United States v. Scaly, Inc., 388 U.S. 350 (1967).

2 United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596 (1972).

3 См. *Areeda P.* Market definition and horizontal restraints // ANTITRUST L.J. 52. 1983. P. 553; *Landes W. M., Posner R. A.* Market power in antitrust cases // HARV. L. REV. 94. 1981. P. 937; United States Department of Justice, Merger Guidelines-1984 (June 14, 1984), перепечатано в: TRADE REG. REP. (CCH) No. 655, at S-1 (June 18, 1984).

к свидетельству невозможности поднятия цен, либо к свидетельству о взаимозависимости цен на продукцию заказчика и на товары, производимые конкурентами¹. В любом из этих случаев данный критерий позволяет быстро, безболезненно и надлежащим образом завершить процесс.

Знакомство с некоторыми известными делами показывает, что многие из них можно было бы прекратить, основываясь на этом критерии. Мы уже говорили о процессах против «Sealy» и «Fortner». Дело «Fortner», касавшееся навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента, длилось более десятилетия, пока Верховный суд наконец не прекратил его на том основании, что фирма, поставляющая менее 1% от национального предложения кредитных услуг на практически атомистичном рынке, не обладает рыночной властью². Очевидность этого была не меньшей уже в день подачи иска. Дело «GTE Sylvania», ключевое для судебной практики по территориальным ограничениям, также длилось более десятилетия. В конце концов, также как и в начале, было ясно, что фирма, поставляющая около 5% продаваемых в Америке телевизоров на рынок более чем со ста конкурентами, не обладает властью³. Дело «Standard Stations» касалось договоров об эксклюзивном дилерстве, подписанном нефтеперегонным заводом примерно с 16% АЗС на западе страны⁴. У «Standard Stations» было шесть крупных и более семидесяти мелких конкурентов. Данные договоры были краткосрочными, так что торговцы бензином могли очень быстро перейти к другому поставщику (а конкуренты могли конкурировать за АЗС). И в этом случае отсутствие рыночной власти могло быть определено при принятии иска. В данный список можно включить и процессы против «Brown Shoe» (вертикальное слияние, затрагивающее менее 5% неконцентрированного рынка), «White Motor» (соглашение об эксклюзивных оптовых поставках в отрасли, где доминировала «General Motors») и массу других. Федеральная комиссия по торговле одобрила критерий рыночной власти⁵, так же должны поступить и суды.

2. *Логическая связь между прибылью и ограничением конкуренции.* Угроза антимонопольного преследования не является единственной причиной, по которой фирмы воздерживаются от определенных методов. Предприниматели опасаются убытков больше, чем финансовых санкций со стороны судов. Коммерческие потери случаются быстрее и с большей неотвратимостью. Рынок выносит свой вердикт автоматически.

Антимонопольное законодательство полезно тем, что делает невыгодными картели и методы монополизации. Угроза судебных санкций работает через угрозу убытков⁶. Конфискация незаконно полученных чрезмерных доходов заставляет нарушителя нести те убытки, которые он возложил на других, а утроение ущерба компенсирует вероятность того, что нарушение пройдет незамеченным и ненаказанным. Профилактический эффект предполагает, что фирмы учитывают риск убытков. Если они ее не учитывают, угроза не

1 Джордж Стиглер и Роберт Шервин напоминают нам, что если цены двух вещей движутся достаточно согласованно, они находятся на одном рынке, и нет необходимости знать, как работает процесс замещения на стороне спроса или предложения, чтобы определить, что производитель небольшой доли товара не обладает властью (*Stigler G., Sherwin R. The extent of the market / Working Paper No. 031. Center for the Study of the Economy and the State: 1983*). На таком рынке может присутствовать, помимо мыла, и стиральный порошок, рынок может быть национальным или местным, но если мы видим производителя небольшой доли мыла, продающегося в Детройте, мы можем спокойно прекратить расследование. Далее обсуждение продолжается в том же духе.

2 *United States Steel Corp. v. Fortner Enters.*, 429 U.S. 610 (1977).

3 Данный процесс, повод к которому был дан прекращением дилерского договора в 1965 г., нашел свой исход в: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 694 F.2d 1132 (9th Cir. 1982), on remand from 433 U.S. 36 (1977).

4 *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

5 *General Foods Corp.*, 3 TRADE REG. REP. (CCH) 22,142, at 22,977 (1984).

6 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

работает. Если же они ее учитывают, достаточно ограничить антимонопольные возмещения теми методами, которыми фирмы получают прибыль за счет ущерба для конкуренции¹. Рынок возвращает нарушителю любые убытки, которые он возлагает на других, и делает это быстрее, чем суды.

Если связи между антимонопольным нарушением и прибылью ответчика нет, суду нет необходимости налагать санкции. Санкция, наложенная коммерческими убытками, надлежащим образом накажет такой метод. Вот почему при расследовании дел о сговоре суды требуют доказательств, что прибыли ответчиков зависели от монополии². Таким образом, в некоторых случаях данный критерий уже действует. Поэтому суды и не налагают штрафы на фирмы, выведшие на рынок товары, не пользующиеся успехом (такие, как реактивный самолет «Lockheed L-1011»). Такие товары приводят к растрате большего количества общественных ресурсов, чем нарушения антимонопольного законодательства, и они могут быть «антиконкурентными» в том смысле, что мешают выходить на рынок другим, однако убытки, которыми грозит неудача, достаточны, чтобы предприниматели были осмотрительны. А издержки судебного вмешательства высоки — они включают риск ошибочного осуждения интенсивной конкуренции.

Данный критерий не зависит от «веры в рынок» или любой подобной идеологии. Не от всякого неудачного поведения рынка избавляются сами, и такое избавление (когда оно происходит) не всегда быстро и безболезненно. Информация стоит дорого, и рынки несовершенны. Директора фирм могут упорствовать в применении вредоносных методов в течение некоторого времени, пока убытки не возрастут настолько, чтобы им сдаться или акционерам их сместить.

Суть не в том, что коммерческие убытки наказывают за деловые ошибки совершенным образом, а в том, что они делают это лучше, чем следующая по предпочтительности альтернатива. Единственной фундаментальной предпосылкой антимонопольной практики является способность конкурентного рынка побуждать фирмы к эффективной деятельности. Весь корпус антимонопольной доктрины основан на уверенности в том, что рынки лучше судей или чиновников вознаграждают методы, несущие хозяйственную пользу и наказывают прочие. Распространенное мнение о том, что если рынки несовершенны, то что-то иное может оказаться лучше, является логической ошибкой. Не нужно считать, что рынки функционируют совершенно, чтобы увидеть, что они лучше, чем судьи, наказывают ненадлежащее поведение. Управляющие компаниями не реагируют безошибочно на падение прибыли, но судьи не реагируют на уровень прибыли вообще. Презумпция разумности и добросовестности решений деловых руководителей в корпоративном праве основана на здравом заключении, согласно которому у судей недостаточно сведений, опыта и стимулов для принятия деловых решений. Судьи поэтому отказываются подменять своими решениями усмотрение управляющих. В антимонопольной практике судьи точно так же проигрывают управляющим³.

1 См. *Easterbrook F. H. Predatory strategies and counterstrategies // U. CHI. L. REV.* 48. 1981. P. 263, 276—79; *Landes W. M. Optimal sanctions for antitrust violations // U. CHI. L. REV.* 50. 1983. P. 652, 669—72; *Posner R. The Rule of Reason and the economic approach: reflections on the Sylvania decision // U. CHI. L. REV.* 45. 1977. P. 1, 16—17.

2 *Нап. Kreuzer v. American Academy of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1487-88 (D.C. Cir. 1984); *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434, 455-56 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

3 Один суд сделал точное замечание, отклонив антимонопольный иск несмотря на то, что не был убежден в том, что поведение ответчика было конкурентным или благотворным. Этот суд отметил, что определение благотворности

выходит за рамки интеллектуальной компетенции данного или любого иного суда. В конце концов, окончательным арбитром в вопросе об эффективности и неэффективности рассматриваемого [соглашения] является рынок. Если [ответчик] будет настойчив в

В некоторых случаях видно, как данный критерий мог быть приведен в действие. «Grinnell» приобретала механические амортизаторы для использования в ядерных реакторах. Она заключила двухлетний договор на их поставку с «Pacific Scientific». «Barry Wright Corporation», прежний поставщик «Grinnell», подала в суд, жалуясь на то, что «исключающий» договор на существенную долю всех амортизаторов, поставляемых на рынок, снизил конкуренцию на данном рынке. Если конкуренция снизилась бы, поставщики амортизаторов начали бы после этого взимать повышенную цену. «Grinnell» бы от этого пострадала, поскольку она покупатель, а не производитель. Зачем «Grinnell» наносить самой себе ущерб? Если бы договоры такого рода вредили конкуренции, следующие из них повышенные цены заставили бы покупателей отказаться от них, а если покупателям они нравятся, это является отличным свидетельством того, что они эффективны¹.

Ко многим из вертикальных договоренностей возможен такой же подход. Производитель, внедряющий систему поддержания цены перепродажи или территориальные ограничения, позволяет торговцу увеличить торговую наценку. С точки зрения производителя, разница между оптовой и рыночной ценой является «издержками сбыта», которые он стремится минимизировать. При любой оптовой цене производителю желателен как можно меньший ценник, позволяющий продать дополнительное количество товара. Если вертикальное соглашение не создает и не поддерживает картеля (а это редкий случай), производитель защищает интересы потребителя. Он не позволит торговой наценке вырасти, за исключением случая оказания торговцем услуг, оцениваемых потребителем выше, чем разница в цене. Ко многим ограничивающим деятельность контрагента договоренности также возможен данный подход. Если фирмы, вступающие в связь, сами не поставляют «связываемые» товары, у них нет мотива вредить конкуренции².

предложениях такого [соглашения], а его конкуренты не будут, у рынка останется возможность выбора между ними. То, с чем мы имеем дело, представляет собой договоры, добровольно заключаемые между собой взрослыми людьми и корпорациями. Наверное, они будут действовать таким образом, чтобы максимизировать свое благосостояние, и самонадеянным и вредным было бы пытаться подменить своим суждением о фактах их предполагаемый выбор.

(Consultants & Designers, Inc. v. Butler Serv. Group, Inc., 720 F.2d 1553, 1560 (1 1th Cir. 1983)).

1 Судья Брейер сделал данное замечание в великолепном мнении, большой фрагмент которого я уже цитировал. Как он объяснял, «У „Grinnell“ были все резоны поощрять дополнительную конкуренцию... Будь она уверена, что долгосрочная природа данных договоров серьезно препятствует выходу на рынок новых игроков или подавляет развитие новых источников поставок, сложно понять, зачем ей было предлагать такие соглашения» (Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, 238 (1st Cir. 1983)). «Grinnell» могла бы просто смириться с таким соглашением, если бы оно затрагивало лишь малую часть рынка; продавец мог бы компенсировать понесенные «Grinnell» убытки в обмен на помощь в укреплении монополии. Но продавцы не могут вознаграждать таким образом всех покупателей. По крайней мере некоторые покупатели должны уплатить завышенную цену, и такие покупатели будут рады предложениям конкурирующих продавцов по истечении их «исключающих» договоров. См. тж. Car Carriers, Inc. v. Ford Motor Co., No. 83-1825 (7th Cir. Oct. 2, 1984) (с подобным замечанием).

2 В деле Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551 (1984) больница требовала от пациентов приобретения услуг по анестезии у группы из четырех анестезиологов, подписавших исключительный договор с этой больницей. Верховный суд постановил, что данная больница не обладала рыночной властью того вида, который необходим для антимонопольного нарушения. Однако, если бы у больницы и была власть, у нее не было бы резона применять ее для повышения цены (или снижения привлекательности) услуг по анестезии. Такая больница уже извлекла бы монопольную ренту при эксплуатации операционной. Повышенная плата за услуги хирургов досталась бы анестезиологам, и больница была бы вынуждена снизить цены на свои собственные услуги. Ее забота о собственных интересах гарантировала бы, что она не причинит вреда пациентам за счет навязывания условий. Четверо подавших совместное мнение судей признали это явно, а большинство — неявно, постановив, что «собственный интерес данной больницы... предположительно защищает качество услуг по анестезии» (Id., 1568 n.52) — утверждение, равно

Дополнительные примеры можно найти в предположительно исключаящих или хищнических методах. Логичное изложение любого исключаящего метода заключается в том, что некая фирма, обладающая рыночной властью, реализует стратегию, увеличивающую издержки ее конкурентов. Эта стратегия несет издержки и самому агрессору, но он планирует возместить их, подняв цены после выдавливания конкурента с рынка или отпугивания потенциального конкурента. Агрессор может снижать цены, и конкуренты окажутся вынуждены снижать их или сокращать объем продаж; агрессор может построить очень большой завод или представить на рынок новые товары, что сделает выход на рынок конкурентов менее привлекательным или уменьшит привлекательность продукции конкурентов для потребителей; агрессор может поглощать поставщиков выше или ниже в торговой цепочке, заставляя конкурентов искать других поставщиков, и этот список может быть расширен. И эта, и другие стратегии амбивалентны. Низкие цены и крупные заводы могут быть как конкурентными и благотворными, так и исключаящими и вредоносными. Нам нужен способ различения конкуренции и исключения, чтобы не наказывать конкуренцию. Если данные методы исключаящи, они окажутся выгодными только в случае возмещения агрессором своих издержек. Если возмещение невозможно, нет причин для антимонопольных опасений. Или убытки данной фирмы за период агрессии сами послужат наказанием, или ее поведение окажется эффективным.

Прекрасную иллюстрацию дает продолжающееся судебное дело о японских телевизорах¹. Истцы утверждают, что за последние 15 или более лет как минимум 10 японских производителей продают телевизоры ниже себестоимости, чтобы выдавить американские телевизоры из отрасли. Однако, такое поведение не может приносить прибыль, вредя конкуренции. Если японские фирмы и выдавили некоторых американцев из отрасли, они не смогли возместить свои убытки. Пятнадцатилетние убытки могли бы быть возмещены только очень высокими ценами в течение неопределенного периода. (Такие убытки подобны инвестициям, они должны возмещаться по правилу сложных процентов). Если бы ответчики попытались поднять цены до столь высокого уровня, они бы привлекли новых конкурентов. В электронике нет барьеров для выхода на рынок, как это доказывает появление все новых фирм, производящих компьютеры и аудиотехнику. Конкуренция пришла бы со стороны возрождающихся американских фирм, со стороны фирм из третьих стран (телевизоры делают в Корее и во многих других странах)² и со стороны самих ответчиков. Чтобы возместить убытки, японским фирмам пришлось бы подавить конкуренцию между собой. По теории истца, картель должен просуществовать по меньшей мере 30 лет, дольше, чем любой, известный из истории даже тех периодов, когда картели не стояли вне закона. Никто не в состоянии быть уверенным в перспективе такого картеля, учитывая мотивы каждой фирмы к снижению цен и расширению продаж. Таким образом, объяснение через «хищничество и возмещение» неприменимо, и мы остаемся с более

применимой к ценам и к качеству. «Цена» означает цену за единицу качества; фирма, не имеющая мотива к понижению качества при данной цене, не имеет и мотива к увеличению цены при заданном качестве.

1 In re Japanese Elec. Prods. Antitrust Litig., 723 F.2d 238 (3d Cir. 1983), petition for cert. filed sub nonz Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 52 U.S.L.W. 3921 (U.S. June 7, 1984) (No. 83-2004).

2 Пятнадцатого апреля 1984 г. Комитет по международной торговле постановила что Ю. Корея и Тайвань продают телевизоры в США слишком дешево! В 1983 г. из Ю. Кореи было импортировано телевизоров на 241 млн долл., а из Тайваня — на 180 млн долл. (49 Fed. Reg. 17,824-25 (1984) (investigation Nos. 731-TA-134 and 135)). Это показывает тщетность любого сговора о снижении цен; возместить потери будет невозможно. (Утверждения о том, что столько фирм из стольких стран стремятся терять деньги, продавая телевизоры в США, заставляют предположить какую-то фундаментальную ошибку при исчислении себестоимости судами и Комитетом, но это другой вопрос.)

вероятным предположением о том, что японские фирмы вообще не осуществляли продаж ниже себестоимости¹. Они просто участвовали в жесткой конкуренции.

Другой пример: иногда истцы жалуются, что их конкурент применяет хищнические методы в отношении одного товара из товарной линии. Недавно в суде рассматривалось дело по жалобе на то, что ответчик, бутилировщик безалкогольных напитков, продавал 850-граммовые бутылки многоразового использования ниже себестоимости². Пусть так. Данная стратегия не позволила бы ему исключить конкурентов. Они могли бы использовать свои бутилировочные производственные мощности для наполнения бутылок других, прибыльных объемов, и агрессору достались бы только убытки на 850-граммовых бутылках. Суд постановил, что если агрессор не продавал ниже себестоимости все товары из товарной линии, что является единственным способом выдавить конкурента из отрасли, иск должен быть отклонен. Такой исход соответствует принципу, согласно которому метод, не ведущий к монопольной прибыли, не представляет антимонопольной проблемы.

Многие деловые методы можно спутать с исключаяющим поведением из-за особенностей кривой издержек некоторой фирмы. Внимание к связи между прибылями и монопольными составляющими цен позволило бы разрешить данные сложности. В некоторых отраслях [удельные] издержки падают с возрастанием валового продукта фирмы. Под это условие подпадают высокотехнологичные фирмы. Производитель микропроцессоров может обнаружить, что себестоимость микросхемы из первой выпущенной тысячи составляет 100 долл., но по мере увеличения производства он в состоянии производить каждую микросхему с меньшими издержками (экономисты называют это «нисхождением по кривой освоения»). Производитель может продавать микросхемы по 20 долл. в течение первого года и рассчитывать заработать огромные деньги на продаже их по 10 долл. на второй год, когда себестоимость упадет до 5 долл. Это пример преднамеренной продажи ниже себестоимости, и она также может выдавить другие фирмы из отрасли³. Сопоставление цен и себестоимости может быть обманчиво. Проще увидеть, что в данном случае не выполняется критерий возмещения. Фирма планирует зарабатывать деньги не поднимая цену, а расширяя производство и снижая издержки. Суд должен признать такой метод законным, не прибегая к оценке соотношения цены и себестоимости, поскольку прибыль данной фирмы не зависит от снижения производства или монопольных цен.

«Кривая освоения» связана с обычной экономией на масштабе производства (объем за период времени вместо совокупного объема). Издатель нового журнала или газеты предвидит продажи дешевле себестоимости в течение периода в 2–4 года, чтобы достичь объемов, при которых предприятие становится прибыльным. В деловой печати сообщалось, что журнал «Sports Illustrated» компании «Time, Inc.» приносил убытки в течение 10 лет,

1 Этот вывод подкрепляется тем фактом, что фирмы не ведут себя так, как вел бы «хищнический картель». Если бы фирмы продавали ниже себестоимости, у каждой из них был бы мотив «сжульничать», сократив свою долю продаж и принуждая других нести убытки. Происходит прямо противоположное. Каждая фирма пытается правдами и неправдами увеличить свою долю на рынке. Это предполагает, что каждая единица товара приносит больше, чем предельные издержки.

2 *Bayou Bottling, Inc. v. Dr Pepper Co.*, 725 F.2d 300 (5th Cir. 1984).

3 Продуманные определения себестоимости и цены приводят к заключению, что 20 долл в первый год не ниже себестоимости. Экономист сказал бы, что производитель получил в первый год два «платежа» за каждую микросхему: цену в 20 долл. сразу и неявный дополнительный платеж, который равен сумме, на которую продажа еще одной микросхемы уменьшает себестоимость во второй год. Или же экономист мог сказать, что «себестоимость» в первый год много меньше, чем 100 долл, поскольку альтернативные издержки *отказа* от производства данной микросхемы были весьма высоки: фирма далее теряла бы экономию. Однако мало вероятно, что так определенные истинные издержки и цены можно подсчитать, или что данная методика будет выглядеть убедительной в суде.

пока не достиг прибыльности¹. И опять сопоставление цены и себестоимости может привести к ошибке. «Time» не рассчитывала на получение прибыли за счет монополии, существуют тысячи других иллюстрированных журналов. Она рассчитывала на прибыли от уменьшения издержек на одного потребителя и на круг читателей, более привлекательный для рекламодателей. Если бы «Sports Illustrated» выдал с рынка часть конкурентов, это могло бы выглядеть как «хищничество»; если бы иск был подан на пятый год, могло бы показаться, что у истца имеется несокрушимый довод в соответствии с имеющейся проверкой соотношения цены и себестоимости². Тем не менее, антимонопольный суд должен отсеивать те методы, вероятность антиконкурентности которых мала³.

Если бы суды обладали полнотой информации и мудрости, можно было бы осуждать все неэффективные методы. Угроза антимонопольного преследования заставила бы фирмы быстрее понять свои интересы. Если мы убеждены, что некий метод вреден и должен быть подавлен, никакой штраф не является слишком высоким, и никакое возмездие — слишком поспешным. Но информация, которой обладают суды, неполна, а судебные разбирательства медленны и дорогостоящи. Было бы ошибкой предположить, что в то время, как рынки исправляют деловые ошибки медленно, судьи сделают это быстрее. Следует сравнить издержки и риски обоих вариантов.

Издержки судебного процесса, включая цену ошибок, исключающих применение благотворных методов, требуют мудрости, чтобы позволить разобраться с поведением, не приносящим прибыли посредством сокращения конкуренции, рынкам, а не судам. Если такой метод на самом деле антиконкурентен и не приносит частной прибыли, со временем он уйдет. Если он выживет, будет уместно предположить, что он обладает некими преимуществами для конкуренции⁴. Мы можем пока не понимать этих преимуществ, но понятность не является условием правомерности.

3. Широкое распространение идентичных методов. Теперь я перехожу к критериям, подлежащим применению, если некоторый метод удовлетворил первым двум критериям и устоял перед тщательным исследованием, показывающим, что он может быть полезен для

1 Wall St. J., Jan. 23, 1981, at 1, col. 5.

2 Дело D & S Redi-Mix v. Sierra Redi-Mix & Contracting Co., 692 F.2d 1245 (9th Cir. 1982), показывает, насколько обманчивым может быть сопоставление цены со себестоимостью. Ответчик учредил предприятие без профсоюзной ячейки для выхода на рынок цемента для жилищного строительства в Сьерра-Висте (шт. Аризона). В течение девяти месяцев данный филиал продавал бетон ниже «себестоимости», выдавив основного конкурента с рынка. Он «существенно» снижал цены по сравнению с этим конкурентом (Id., 1248). Суд признал это нарушением Акта Шермана. Однако так и не было установлено, что данный филиал поднял цены выше прежнего конкурентного уровня. Судя по всему, данный филиал просто сократил издержки (отчасти за счет применения рекламных цен для выхода на большие объемы поставки) и соответственно предложил потребителям экономию. Возможно, ответчик компенсировал потери (хотя на рынке бетона нет входных барьеров). И вот на это суд должен был в первую очередь обратить внимание.

3 И здесь ФКТ идет впереди, применяя критерий, вполне подобный описанному в настоящей статье. См. General Foods Corp., 3 TRADE REG. REP. (CCH) 1 22,142, at 22,977 (1984).

4 Филлип Арида предложил, чтобы антимонопольное преследование применялось для осуждения антиконкурентных методов вне зависимости от того, обладает ли нарушитель рыночной властью. Он приводит пример бойкота, исключаящего одну фирму с рынка, на котором остается конкурировать сотня других (Areeda P. Introduction to antitrust economics // ANTITRUST L.J. 52. 1983. P. 523, 536). Такой бойкот, утверждает он, должен быть осужден, поскольку «разумно предположить, что деловые люди действуют в собственных интересах, и что несомненно исключаящие методы обычно указывают на антиконкурентные последствия» (Id.). Арида хочет начать с очевидного антиконкурентного метода и вывести из него пагубный эффект. Но не столь ли логично выводить из очевидного отсутствия рыночной власти то, что данный метод а) вообще не является антиконкурентным или б) сам исправит ошибку? Утверждать, что X с очевидностью антиконкурентно, означает обойти одну из самых сложных проблем антимонопольного анализа.

конкуренции. К моменту, когда расследование дошло до этой точки, изолированные ограничения уже осуждены, а очевидно безвредные методы уже оправданы. Суду предстоит принять решение, касающееся методов, которые могут нести, а могут не нести пользы потребителям. Ему необходимо отделить полезные от вредных.

Большинство из методов, дошедших до этой точки, будут вертикальными ограничениями: соглашениями, ограничивающими деятельность контрагента, ограниченным дилерством и т. п. Все они являются формами частичной интеграции. Они более ограничены, чем полная интеграция, и не длятся так долго, но все же краткосрочно они сокращают конкуренцию. Как на это должен реагировать суд? Один из критериев особенно полезен для таких методов. Если только одни и те же вертикальные ограничения не применяются всеми или почти всеми фирмами из отрасли, дело должно быть прекращено. Обоснование данного критерия заключается в том, что каждое потенциально антиконкурентное последствие вертикального соглашения зависит от повсеместности этого метода. Например, поддержание цены перепродажи (ПЦП) или территориальные ограничения могут создать или поддержать картель, только если все фирмы в отрасли применяют идентичные методы. Если «Sylvania» практикует ПЦП, а «General Electric» и «Sony» не практикуют, ПЦП не может способствовать созданию никакого картеля. Торговцы, которые захотят перехитрить торговый картель, будут продавать больше телевизоров «General Electric» по более низким ценам. А если методы не идентичны в отрасли производства, то и здесь ПЦП не сможет способствовать созданию картеля. Весь смысл «метода, содействующего [картелю]» заключается в том, что если каждый выполняет нечто одинаковым способом, это сокращает количество параметров, которые картель должен отслеживать, чтобы исключить обман. Если *нет* того, что каждый делает одинаково, ничему нельзя «содействовать».

Довод о том, что методы вертикальных ограничений могут препятствовать выходу на рынок за счет требований от нового игрока выходить с несколькими товарами (или на нескольких уровнях) одновременно также зависит от повсеместного соблюдения ограничения. Если производитель-монополист заключает долгосрочные договоры об эксклюзивном дилерстве со своими оптовыми торговцами, его сеть сбыта оказывается «закрыта» для потенциального конкурента. Такой конкурент должен выходить на двух уровнях (и производства, и сбыта) или договариваться о согласованном выходе на рынок. Но если в отрасли четыре производителя и только два из них заключают подобные договоры об исключительном сбыте, потенциальный конкурент найдет группу оптовых торговцев, жаждущих стать его агентами, если он предложит лучшие условия, что он и сделает. (Вспомним исходное предположение: невозможность выхода на рынок новых участников позволяет существующим фирмам взимать цену выше конкурентной. Если существующие фирмы взимают лишь конкурентную цену, нет проблемы в том, может или не может новый участник рынка найти оптовых торговцев).

Критерий повсеместности метода исключительно мощен. Он отсеивает почти все претензии к методам вертикальных ограничений. Почти на каждом рынке производители применяют обескураживающе разнообразные методы сбыта. Некоторые осуществляют продажу в нагрузку, а некоторые нет, некоторые прибегают к ограниченному дилерству, а другие не прибегают. Трудно найти и десяток случаев в антимонопольной истории, которые проскочили бы через фильтр данного критерия. Чем бы ни объяснялось применение ПЦП, эксклюзивных договоров, принудительного ассортимента или других методов одним производителем, такие методы не могут быть антиконкурентными. Поскольку другие торговцы применяют другие методы, у потребителя есть выбор. Конкурирующие

предложения различных товаров и различных методов и представляют собой конкуренцию в действии¹.

4. *Последствия для объемов производства и выживания.* Если некоторые соглашения являются антиконкурентными, производство и доля на рынке тех, кто к ним прибегает, должны падать. Это простое следствие из закона спроса и предложения. Если фирма поднимает действующую цену на товар определенного качества, его продажи уменьшатся. Точно так же, если фирма повышает качество продукции, не менее цены, ее продажи возрастут. Если повысятся и качество, и цена, продажи могут возрасти или упасть, в зависимости от того, оценят ли потребители повышение качества выше, чем разницу в цене. Вот простой пример: если «Commodore» сделает новую улучшенную клавиатуру к своему компьютеру «Commodore 64», она может несколько повысить цену, чтобы покрыть дополнительные издержки. Если продажи возрастут, несмотря на повышение цены, мы поймем, что потребители считают улучшение достойным этого повышения, и даже более того.

Такую проверку можно применять во многих антимонопольных делах². Посмотрим, что происходит, когда производитель внедряет оспариваемый метод. Пусть остальные факторы, такие как спрос, неизменны. Тогда при доступности данных есть статистический инструментальный выполнения проверки. Если продажи данного производителя растут, значит, данный метод имеет преимущества, превышающие издержки. Если они падают, можно предположить (хотя не следует считать доказанным), что таких преимуществ нет³.

Большинство вертикальных ограничений, похоже, сопровождаются ростом производства. В деле «GTE Sylvania» внедрение территориальных ограничений совпало с расширением продаж и рыночной доли «Sylvania». Соглашения «United States Steel», «принуждающие» контрагентов к приобретению продукции совместно с получением кредита привели к росту продаж готовых зданий и кредитно-ссудных операций. Больница из дела «Hyde» внедрила «навязывание полного ассортимента», открыв свои двери; она росла как «Topsy» и отбирала рыночную долю у других больниц, применявших другие методы привлечения персонала⁴. В ряде дел об ограничении дилерства, не дошедших до Верховного суда, ответчики

1 На практике Верховный суд признал это в недавних делах о навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента. В деле *United States Steel Corp. v. Fortner Enters.*, 429 U.S. 610 (1977) он привел в качестве одного из оснований того, что «United States Steel» не обладает рыночной властью на рынке кредитно-ссудных услуг возможность других фирм выбирать между соответствием или несоответствием условиям «United States Steel» без опасений столкнуться с искусственными препятствиями. В деле *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551 (1984) он подчеркнул тот факт, что некоторые больницы применяют исключительные договоры с анестезиологами, а некоторые не применяют, как довод в пользу того, что рассматриваемый договор не создавал антиконкурентного принуждения. См. тж. *Kenworth of Boston, Inc. v. Paccar Fin. Corp.*, 735 F.2d 622, 624 (1st Cir. 1984), о том, что применение различными поставщиками различных методов устраняет антиконкурентный потенциал, имевшийся бы, если бы одинаковые методы применялись бы всеми поставщиками.

2 Данный критерий разработан Ричардом Познером, и мне нет необходимости в настоящей статье вдаваться в его детали (см. *Posner. The Rule of Reason and the economic approach...* P. 697—701 о том, что возможная неточность проверки объема производства не влияет на суть дела. Если такие случаи достаточно редки, как то предполагает наш анализ, проверка объема производства сохраняет свое значение. Мы ищем критерии, которые являются полезными, а не совершенными.

3 «Не доказывает», поскольку на рынке в тот же период могли происходить другие события. За изменением продаж может стоять вывод на рынок конкурентом какого-либо популярного товара, а рассматриваемый метод — оказаться безвредным или даже полезным для конкуренции.

4 К моменту, когда данный иск достиг Верховного суда, этот госпиталь, открывшийся в 1971 г., стал четвертым или пятым по величине в Нью-Орлеане и пригородах, продавая приблизительно 6,2% пациенто-дней в данной области. См. *Brief for Petitioners at B-3, Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551 (1984).

представляли в качестве свидетельств сложные экономические исследования продаж и долей на рынке. Насколько мне известно, в каждом случае, связанном с вертикальными ограничениями, применение современных эконометрических методов показывало экономистам, что данные методы вели к расширению производства¹.

Иногда оспариваемые методы внедрялись так давно, что данные об изменении объемов производства и рыночной доли уже недоступны. Если так, мы можем подойти к вопросу об объеме производства с другой стороны: выжил ли данный метод? Если некоторый метод создает монопольные прибыли, фирмы, внедряющие его, в конце концов уступят свою позицию тем, кто предлагает потребителям лучшие условия. Мы можем определить, имело ли это место.

Сокращение доли на рынке может занять много времени — и на его протяжении фирмы будут получать монопольную прибыль — но если данный метод приводит к повышению цены, рано или поздно сокращение произойдет. Даже наилучшее средство повышения цен — слияние с целью монополизации — действует лишь ограниченное время. «General Motors», «United States Steel» и другие объединения, образованные путем слияния, сегодня представляют собой лишь тени того, чем они когда-то были (по крайней мере, в терминах рыночной доли). Фирмы с неуязвимой монопольной позицией, защищаемой патентами, быстро теряют ее после окончания срока действия этих патентов².

Если барьеры для выхода на отраслевой рынок низки, мы ожидаем, что утрата позиции будет происходить достаточно быстро. В Руководстве по слияниям Антимонопольного отдела [Министерства юстиции] считается, что «достаточно быстрым» является двухгодичный срок; этот отдел исследует вопрос о том, сколько дополнительной продукции будет произведено в течение двух лет в ответ на пятипроцентный рост цен. Но для некоторых методов двух лет мало. Потенциальные участники рынка учитывают, что внедрившие новый метод сбыта фирмы могут отказаться от него; фирмы могут ошибаться. Конкуренты могут перед выходом на рынок выжидать. Сам выход может потребовать времени. Таким образом, в настоящее время пятилетний срок был бы лучшим ориентиром, чем двухлетний.

Предлагаемый критерий, таким образом, заключается в том, что если фирма или группа фирм применяют некоторое соглашение непрерывно в течение пяти лет и не испытывают серьезного уменьшения своей рыночной доли, расследование в отношении такого метода следует прекратить. Пять лет — произвольный срок. Продолжительность данного периода может зависеть от сложности выхода на отраслевой рынок с учетом барьеров (издержек, которые несут новые фирмы, но не несут уже существующие), препятствий на пути выхода (издержек, которые останутся безвозвратными, если выход не состоится — важный фактор при принятии любого стратегического решения о выходе) и задержек выхода (срока, который займет выход на рынок даже при небольших препятствиях и отсутствии барьеров). Чем ниже барьеры, препятствия и чем короче задержки, тем меньший срок должен выжидать суд до принятия решения о том, что выход на рынок новых участников уничтожит любой антиконкурентный метод.

1 К сожалению, данные этих исследований пока не опубликованы. Обзор более ранних работ показывает смешанные результаты, при которых ПЦП обычно увеличивает объемы производства, но иногда ведет к картелеобразным последствиям. См. *Overstreet T. R. Resale price maintenance: economic theories and empirical evidence / FTC Staff Report. 1983.*

2 См. *Easterbrook. Predatory strategies and counterstrategies. P. 296* (исследования сбора патентных вознаграждений).

Как бы мы не определяли «выживаемость» метода, самым разумным выводом будет то, что выживающий метод постоянно приносит благо потребителям¹. Долгосрочные вертикальные соглашения обычно не поддаются объяснению в качестве методов, поддерживающих картели. Картели как таковые редко выживают в течение пяти лет. Хотя вертикальные соглашения могут замедлить выход на рынок новых участников, они не делают его невозможным. К моменту истечения пятилетнего срока большинство из потенциальных выходов на рынок уже будут иметь место. Если данный метод выживает в течение пяти лет, скорее всего, он благотворен; если не выживает, рынок покончил с ним быстрее, чем суд. Антиконтурентные деловые методы обычно не доживают до своего осуждения.

5. *Положение истца.* Антимонопольное законодательство разработано с целью предотвратить сокращение производства и соответствующее повышение цен. Однако рост цен приносит частные выгоды производителям. Фирмы стараются по возможности поднимать цены. Один из способов это сделать — возложить на конкурентов дополнительные издержки, поскольку когда издержки конкурентов повышаются, цены на рынке растут. (Цена устанавливается относительно издержек того производителя, издержки которого выше при том, что он остается на рынке). Для поднятия издержек конкурентов может пригодиться антимонопольное преследование². Объявление судом некоторого эффективного делового метода незаконным повысит издержки производства, поскольку конкурент будет вынужден перейти к другому, более дорогому методу. Возложить дополнительные издержки можно и еще проще: в качестве издержек ведения дел выступают и утроение ущерба, и юридическая поддержка, и издержки изменения деловых планов, позволяющих обойти угрозы антимонопольного преследования, и отвлечение времени и сил руководителей от производства к участию в судебных разбирательствах. Именно из-за потенциала поднятия издержек обычным ответом на преследование в отношении соблюдения договоров или патентов выступают встречные обвинения в антимонопольном поведении.

Антимонопольное преследование служит способом поднять издержки конкурента благодаря своей асимметричной структуре стимулов. Издержки преследования со стороны истца меньше, чем со стороны ответчика. От истца требуется только подать жалобу и предоставить свои документы. Если выиграет истец, эти судебные издержки будут возложены на ответчика. Ответчику, в свою очередь, угрожают утроение ущерба и судебный запрет, не считая собственных судебных издержек и даже судебных издержек истца. Бремя предоставления документов в основном возлагается на ответчика. Обычно ответчик — более крупная фирма, которой сложнее осуществлять поиск в своих бумагах и готовить относящуюся к делу документацию.

Из-за асимметричности издержек возлагать издержки на конкурентов посредством антимонопольного преследования может быть дешевле и более эффективно, чем прибегая к

1 Это переворачивает сложившийся подход. Сегодня суды снисходительны к методам, применяемым новыми участниками рынков, но склонны осуждать те же самые методы, если они применяются после того, как фирма выросла. Поскольку рост фирмы зависит от эффективности применяемых ею методов, суды смотрят на вещи ровно наоборот.

2 И действительно, некоторые высказывали предположение, что антимонопольное законодательство, подобно другим регуляторным программам, является итогом сражения за убежище от конкуренции. См. напр. *Telser L. G. Genesis of the Sherman Act // Management under government intervention: a view from Mount Scopus Greenwich, Conn.: 1984. P. 259.* Если Акт Шермана имеет целью способствовать всеобщему благосостоянию, почему другие государства не регулируют конкуренцию теми же способами, что и мы? Но попытки верификации гипотезы о лоббировании не были успешными. См. *Stigler G. J. The origin of the Sherman Act. // J. LEGAL STUD. 14. 1985* (хотя политическую поддержку Акту Шермана оказали в основном малые производители, а не потребители, нет свидетельств тому, что они выиграли за счет других производителей).

политическому и административному ресурсу. Фирма, стремящаяся огородить себя от конкуренции политическими средствами, несет бóльшую часть расходов. Она должна справиться с трудностями организации политической коалиции. На стороне конкурентов находятся преимущества инерции и нестабильности; политическая победа может оказаться краткосрочной. При судебном преследовании, наоборот, большая часть издержек и рисков падает на ответчика, и победа истца может оказаться долгосрочной. Решения по антимонопольным делам не могут быть отменены посредством внесения и принятия поправок.

Таким образом, важно уменьшить привлекательность антимонопольного преследования как способа увеличения издержек конкурентов, сохраняя при этом его действенность как средства защиты потребителей. Одно из различий, которые стоит провести, это различие между исками со стороны конкурентов и со стороны потребителей. Коммерческие конкуренты заинтересованы в поднятии цен, в то время как потребители — в их снижении. Литература полна свидетельствами об исках, поданных конкурентами, целью или следствием которых было сокращение конкуренции и рост цен¹. Министерство юстиции, признавая, что иски, подаваемые органами власти, также могут ограничивать конкуренцию, пересматривает действующие решения по антимонопольным разбирательствам². Суды не могут пересматривать свои решения по собственной инициативе, но они должны остерегаться создавать новые ограничения. Поэтому они должны относиться к искам от горизонтальных конкурентов с повышенной осторожностью³. Они должны полностью отклонять определенные категории исков между конкурентами, и к остальным искам между конкурентами относиться с повышенной бдительностью.

Одна из категорий исков, которые вообще не должны рассматриваться, это иски, касающиеся сниженных цен. В этом случае иск направлен на защиту от конкуренции, и его отклонение должно быть автоматическим. Данное предложение отчасти реализуется решением по делу «Brunswick»⁴. Истцом в данном процессе выступал зал для игры в кегли, оспаривающий поглощение фирмой «Brunswick» других таких залов. Истец жаловался, что покупка позволила удержаться на рынке некоторым подобным заведениям, которые в противном случае разорились бы, отклоняя таким образом ход дел в пользу «Brunswick» и

1 См. напр. *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967); см. тж. *Bowman W. Restraint of trade by the Supreme Court: the Utah Pie case* // *YALE L.J.* 77. 1967. P. 70; *Elzinga K. G., Hogarty T. F. Utah Pie and the consequences of Robinson—Patman* // *J.L. & ECON.* 21. 1978. P. 427. Под данную категорию также подпадает бóльшая часть дел, касающихся исключаящих методов (хищническое ценообразование, выведение на рынок новых товаров, продажа в нагрузку и связанное с этим поведение). См. тж. дело *ECOS Elecs. Corp. v. Underwriters Laboratories, Inc.*, No. 83-2734 (7th Cir. Aug. 29, 1984), в котором истец подал антимонопольный иск и потребовал от суда запретить «Underwriters Laboratories» удостоверить безопасность товара конкурента. Суд отнесся к этому как к очевидной попытке использовать антимонопольное преследование для подавления конкуренции.

2 Многие антимонопольные иски подаются регуляторными органами. Министерство юстиции применяет антимонопольные иски для предания окружным судам функции ведомств, регулирующих отрасли, на «непригодности» конкуренции в которых настаивает Антимонопольный отдел, но в отношении которых политический процесс не сработал. См. напр. *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 22 (1945); *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912) и нескончаемое преследование фасовщиков мяса. Приблизительно 53 антимонопольных решения до 1979 принято по искам регуляторных органов (*Posner R., Easterbrook F. Antitrust* / 2d ed. 1981. P. 761—63). Это значительно больше, чем количество отраслей, регулируемых в соответствии с законом.

3 Это покрывает массу дел. Одно исследование обнаружило жалобы на фиксирование цен или территориальный раздел рынков горизонтальными конкурентами (самые важные случаи с точки зрения изначальных целей антимонопольного законодательства) лишь в 5% частных исков (*National economic research associates. A statistical analysis of private antitrust litigation. 1979* (отчет Секции антимонопольного права Американской ассоциации юристов)).

4 *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

снижая цены. Суды нижней инстанции признали поглощения незаконными (поскольку рыночная доля «Brunswick» выросла) и присудила истцу возмещение недополученной прибыли в тройном размере. Верховный суд быстро разобрался с делом, указав, что антимонопольное преследование слияний обуславливается повышением, а не снижением цен, и что поэтому убытки истца возмещению не подлежат. Все деловые методы влекут перераспределение и потери — и наиболее успешные влекут большие потери — но антимонопольная практика не предоставляет гарантий от потерь, обусловленных конкуренцией.

Доктрина «антимонопольного характера убытков», сформулированная в деле «Brunswick», получила распространение и за пределами дел о слияниях¹. Однако она обычно лишь ограничивает возмещение, и тем самым уводит от реальной проблемы. Данная доктрина является ответом на тот факт, что часто соблазн возмещения убытков (или возможность поднять издержки конкурентов) побуждает истцов преследовать поведение, являющееся конкурентным. Такие иски увеличивают издержки вне зависимости от того, выигрывает ли истец, а с учетом неизбежных ошибок принятия ошибочных решений в антимонопольных процессах, такие иски влекут осуждение полезного поведения. Лучшим способом исправить это является обобщение подхода, выработанного в деле «Brunswick».

Наилучшим примером выступает иск «Chrysler» против совместного предприятия «General Motors» и «Toyota», договорившихся о производстве на заводе в Калифорнии малолитражных автомобилей. ФКТ расследовала это соглашение больше года, подозревая, что совместное предприятие выступало прикрытием для более широкого сотрудничества и привело бы к сокращению совокупного производства фирмами «General Motors» и «Toyota». Если совместно производимые автомобили заменили бы независимо производимые каждой из двух фирм или привели бы к сокращению импорта «Toyota», такой эффект имел бы место. ФКТ, «General Motors» и «Toyota» наконец пришли к полюбовному соглашению, ограничивающему масштабы кооперации. «Chrysler» в свою очередь подал в суд на совместное предприятие.

Все, что суду необходимо определить, это положение истца. Для соглашения между «General Motors» и «Toyota» имеется два объяснения: согласно одному, эти фирмы сговариваются об уменьшении производства и повышении цен, а согласно другому, они нашли путь к объединению своего опыта для производства нового автомобиля с более низкими издержками, чем при самостоятельном производстве силами любой из них. (Третье заключается в обходе ограничений на импорт, с теми же следствиями, что второе предположение.) Если верно первое предположение, «Chrysler» окажется в выигрыше. Он выиграет от повышения цен без необходимости снижать свое производство. Если верно второе предположение, «Chrysler» проиграет из-за снижения цен и потери в продажах. Иск «Chrysler» доказывает, что он рассматривает в качестве верного второе предположение. Поскольку только первое предположение подводит предприятие под антимонопольное преследование, в самом иске содержится основание для его отклонения. По тем же причинам отклонению подлежит любой другой иск, подаваемый против слияния или совместного предприятия деловым конкурентом².

Примерно такие же рассуждения применимы к искам о хищническом ценообразовании, подаваемыми фирмами, не уходящими с рынка. В некоторых из таких исков от суда явным образом требуется приказывать деловым конкурентам поднять цены, и подобные иски можно сразу отклонять³. Обычная теория хищнического ценообразования (которое в этом

1 Eg., J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp., 451 U.S. 557 (1981).

2 По непонятным причинам окружной суд не стал отклонять иска «Chrysler» (Chrysler Corp. v. General Motors Corp., 1984-1 TRADE CAS. (CCH) 66,021 (D.D.C. May 29, 1984)).

3 Хорошим примером является дело Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S.E. Johnson Co., 729 F.2d 1050

отношении идентично любому другому исключаяющему методу) заключается в том, что на первом этапе агрессор наносит неисправимый урон конкуренту, выбивающий его с рынка, чтобы на втором этапе получить монопольную прибыль. Однако, если конкурент не уходит, на втором этапе он будет продавать по тем же ценам, что и агрессор. Если цены так и не станут монопольными, иск не удовлетворяет второму критерию, поскольку от своего поведения агрессор не получает прибыли. Однако, часто нелегко определить, поднимает ли поведение агрессора цены. Если ценовые последствия не поддаются определению, иск, поданный остающимся на рынке конкурентом, также должен быть отклонен. Истец продает на сегодняшний день по тем же ценам, что и ответчик. Если образ действия агрессора приносит ему монопольную прибыль, он приносит ее и истцу. Для истца малоосмысленно возражать против делового метода, ведущего к подобным результатам. Идеальным положением для истца было бы получать монопольную прибыль сегодня, получая в то же время возмещение потерь, понесенных им в период агрессии. Но если ответчик намерен остаться на рынке, этой цели достичь нельзя. Возмещение убытков сделало бы подобные эпизоды — которые, в соответствии с предположением, принесли нетто-прибыль как истцу, так и ответчику — невыгодными для ответчика. Истец не захочет убивать курицу, несущую золотые яйца. Таким образом, из факта подачи иска суд должен заключить, что нетто-последствием поведения ответчика было снижение, а не рост цен.

Многими другими истцами также движут несправедливые мотивы. Антимонопольные иски, подаваемые жертвами предложений о поглощении, часто имеют целью защиту позиций их руководителей или подъем цены поглощаемой фирмы, а не защиту потребителей от роста цен. Жертвы поглощений могут подавать такие иски, даже если единственным результатом поглощения было бы повышение эффективности слившейся фирмы. Жертвы поглощений являются, таким образом, ненадлежащими истцами¹.

Подозрительны иски, подаваемые покупателями или продавцами производственных активов. Иногда одно лицо продает активы другому по цене, зависящей от последующих сделок или прибылей, а затем жалуется, что активы нашли антиконкурентное применение. Всеми такими истцами движут несправедливые мотивы. Если они вознаграждаются путем исчисления процентов от продаж и активы применяются монополистическим образом, тогда их вознаграждение увеличивается, а не падает. Поэтому иски, подаваемые продавцами активов, обычно содержат обвинение в недопродажах или недоиспользовании, что сокращает получаемое ими вознаграждение². Все проблемы с монополией, всплывающие в таких исках, обусловлены тем, что активы оказываются в руках фирмы, способной повышать цены за счет снижения объемов производства. Соответствующим противодействием является иск регулирующего органа, требующий изъятия капиталовложений в соответствии со статьями 7 и 16 Акта Клейтона. Продавец от низких цен не страдает. Его интересы заключаются в том, чтобы вынудить покупателя продавать по неэкономично низким ценам, чтобы увеличить поступления и, тем самым, свои проценты. Разочарованные продавцы вправе прибегать к оспариванию исполнения

(6th Cir. 1984). Истец утверждал, что ответчик установил цену ниже себестоимости истца, хотя и не ниже средней себестоимости ответчика, с «умыслом» выбить истца с рынка. Суд усмотрел, что истец ищет защиты от конкуренции со стороны конкурента с меньшими издержками и отклонил иск.

1 Так постановили несколько судов, напр. *Central Nat'l Bank v. Rainbolt*, 720 F.2d 1183 (10th Cir. 1983); *A.D.M. Corp. v. Sigma Instruments, Inc.*, 628 F.2d 753 (1st Cir. 1980); *Carter Hawley Hale Stores, Inc. v. The Limited, Inc.*, 587 F. Supp. 246 (C.D. Cal. 1984); see also *Easterbrook & Fischel, Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 80 MICH. L. REV. 1155, 1156 (1982). Однако имеются и противоположные решения.

2 См. напр. *McDonald v. Johnson & Johnson*, 722 F.2d 1370 (8th Cir. 1983). В этом деле у истца была доля в продажах, и он утверждал, что ответчик создал монополию путем ограничения производства с использованием приобретенного актива (в данном случае, изобретения). Истец требовал возмещения убытков и судебного приказа, предписывающего ответчику более активную рекламу данного изобретения.

договора. Но утроение ущерба по иску о недостаточном продвижении в соответствии с антимонопольным законодательством подрывает действенность применения договорного права. Утроение ущерба привело бы либо к уменьшению торговли изобретениями, поскольку фирмы снижали бы риски антимонопольного преследования, или к уменьшению процента выплат изобретателям, чтобы субсидировать излишнее продвижение их изобретений. Любое из этих последствий уменьшит эффективность хозяйствования. (Если же неоптимальна нынешняя норма договорного права об однократном возмещении, менять нужно договорное законодательства, а не рассматривать иски, касающиеся исполнения договоров, в соответствии с антимонопольным законодательством). Практически те же соображения требуют отклонения антимонопольного иска, подаваемого потенциальным покупателем или продавцом производственных активов¹.

Некоторые особо решительные истцы пытаются использовать антимонопольные процедуры для достижения монопольных цен. Один такой истец жаловался, что ему не предоставили выгодную франшизу, и суд решил, что данный иск был требованием предоставить монополию². Другим добиться исполнения подобного требования, похоже, удалось. Частыми нарушениями являются иски в связи с прекращением дилерских договоров. Дилеры часто утверждают в подобных исках, что система [сбыта] производителей незаконна, поскольку предусматривает ограничение цены перепродажи или иным способом ограничивает конкуренцию между дилерами. Прекращение договора, утверждают такие дилеры, предусмотрено, чтобы реализовать такое ограничение. Дилер требует возмещения недополученной прибыли — утроения ранее получаемой или экстраполированной маржи между оптовой и розничной ценой. Однако, если данная система дилерства незаконна, эта маржа находится на монопольном уровне. Истец не может добросовестно требовать утроенного возмещения потерянной монопольной прибыли.

Что еще хуже, дилер, договор с которым прекращен, скорее всего «нарушал» данные ограничения — например, несколько снижал цены по сравнению с предписанными требуемой ценой перепродажи. Таким образом, объем продаж до прекращения договора с данным дилером был обусловлен данными ограничениями, и именно это снижало конкуренцию со стороны других дилеров, а не его ловкость в конкуренции. Ущерб от недополученной прибыли в случаях дилерства мало связан с хозяйственными издержками вертикальных ограничений, и суды должны быть осторожны, чтобы не давать соблазна получения монопольной прибыли и подавать ненадлежащие иски. Когда одного дилера сменяет другой, исчисление ущерба зависит от ценовых последствий для потребителей. Если такое замещение является реализацией монополистической системы или вызывает повышение цен, возмещение должно основываться на размере такого повышения, помноженном на объем соответствующих продаж. Может оказаться удобным позволить отстраненному дилеру представлять интересы потребителей, но мотивы дилера будут добросовестны, только если суд исчисляет ущерб соответствующим образом. Возмещение «упущенной монопольной прибыли» ведет к чрезмерному сутяжничеству и, неизбежно, к решениям, снижающим готовность производителей внедрять эффективную систему сбыта.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1 См. напр. дело *Bayou Bottling, Inc. v. Dr Pepper Co.*, 725 F.2d 300 (5th Cir. 1984) (следующее прецеденту «Brunswick» при отклонении иска разочарованного покупателя).

2 *Almeda Mall, Inc. v. Houston Lighting & Power Co.*, 615 F.2d 343 (5th Cir. 1979), *cert. denied*, 449 U.S. 870 (1980); *see also* *Mid-Texas Communications Sys. v. AT&T*, 615 F.2d 1372, 1391 (5th Cir.), *cert. denied*, 449 U.S. 912 (1980); *ef* *Walker v. U-Haul Co.*, 734 F.2d 1068, 1072-74 (5th Cir. 1984) (terminated dealer cannot sue unless acts increase price to consumers); *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Bldg. Inc.*, 737 F.2d 698, 708-09 (7th Cir. 1984) (when dealer could have lost business through lawful competition, it may not recover for termination).

Антимонопольное законодательство является несовершенным средством регулирования конкуренции. Оно несовершенно, поскольку мы редко осведомлены о надлежащем уровне конкуренции, поскольку и судьи, и присяжные не слишком хорошо справляются со сложной экономической аргументацией и поскольку многие истцы заинтересованы скорее к снижению, чем к развитию конкуренции.

Запрет *per se* не является адекватным решением данных проблем. Осуждение *per se* основывается на заключении о том, что все или почти все члены некоторой категории методов являются неэффективными, однако к такому заключению мы не можем прийти относительно каких-либо методов, отличных от изолированных горизонтальных ограничений. Традиционное правило взвешенного подхода оказывается подверженным пределам антимонопольного правопринуждения. Оно предполагает, что судьи могут черпать из источника еще не существующего экономического знания, и игнорирует издержки принятия судебных решений (включая издержки, проистекающие из ошибочного или намеренного осуждения эффективного поведения). С этим нужно что-то делать.

Это «что-то» является заменой имеющихся методов антимонопольного анализа последовательностью простых критериев. Каждый критерий должен разрабатываться для отсеивания благотворного поведения и пропускать лишь те методы, которые с большой вероятностью сокращают производство и поднимают цены. Основанный на критериях подход близок подходу, основанному на запрете *per se*, в том, что такой отсев должен выполняться по категориям, а не по отдельным методам. Судьи должны устанавливать нормы, учитывая, что одной из издержек принятия решений в соответствии с нормой является ее возможная чрезмерная или же недостаточная общность.

Данные критерии имеют дело с отдельными составляющими антиконкурентных методов. Если отсутствует рыночная власть, если ответчик не в состоянии получить прибыль за счет сокращения производства или если его поведение не удовлетворяет какому-либо из остальных критериев, значительных проблемы для конкуренции оно не создает. В то же время абсолютная точность недостижима, и уместной оказывается презумпция добросовестности делового метода. Цена исследования конкурентных последствий каждого делового метода в каждом отдельном случае велика. Эта цена включает риск запрета некоторых эффективных методов и сдерживания применения других. То, что мы сегодня получаем за эту цену, ее не стоит.

*

Настоящая работа была представлена как торжественная лекция по поводу столетия практики «Сасмен, Годфри и Макгоуэн» в Университете Техаса 4 апреля 1984 г. Я благодарен за возможность, предоставленную — и за вызов, брошенный — спонсорами данной лекции и факультетом права.

Когда экономист обнаруживал что-либо... чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны... число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым.

«Убиваешь тех, кого боишься,

А боишься тех, кого не можешь понять»².

1. ВВЕДЕНИЕ

В 1998 г. Министерство юстиции и несколько штатов подали иск против Microsoft в связи с предполагаемыми многочисленными нарушениями антимонопольного законодательства на рынках операционных систем и браузеров³. Даже до этого исторического антимонопольного вмешательства в рынок операционных систем исследователи, практики и правоприменители в области антимонопольного законодательства активно спорили об оптимальном устройстве конкурентной политики и правоприменения в инновационных отраслях (часто описываемых как «новая экономика»), характеризующихся нововведениями, динамической конкуренцией, многопользовательскими платформами⁴, возможностью проявления сетевых эффектов и зависимости от предшествующего развития, а также необычными бизнес-моделями и маркетинговыми техниками. С момента принятия решения по делу Microsoft на антимонопольном ландшафте изменилось многое: Министерство юстиции США провело слушания о надлежащем предмете применения статьи 2 [Акта Шермана] и выпустило отчет (а затем отозвало его); Европейская Комиссия стала лидером правоприменения, направленного против односторонних действий компаний, выдвигая обвинения в злоупотреблении доминирующим положением и налагая крупные штрафы на такие фирмы, как Qualcomm, Intel и Microsoft; собственное антимонопольное законодательство принял Китай, став влиятельным участником обсуждения будущего международной антимонопольной практики.

¹ *Manne G.A. Wright J. Innovation and the Limits of Antitrust // Journal of Competition Law & Economics. 2010. Vol. 6. No. 1. (Рус. пер. Манн Дж.А. Райт Дж. Инновации и пределы антимонопольной политики // Экономическая политика. №6. 2010. (начало); № 1. 2011 (окончание)).*

² *Coase R. Industrial Organization: A Proposal for Research // 3 Policy issues and research opportunities in industrial organization 59, 67 / Victor Fuchs ed. 1972 [рус. пер. Коуз Р. Экономика организации отрасли: программа исследований / Коуз Р. Фирма, рынок и право. М.: Новое издательство. 2007. С. 67. <<http://www.inliberty.ru/assets/files/coasepdf.pdf>>]; Banks T., Collins F., and Rutherford M. Duke's travels, performed by Genesis. Hit and Run Publishing, 1980.*

³ *Общий обзор см. в: Page W. H., Lopatka J. E. The Microsoft case: antitrust, high technology, and consumer welfare. Chicago Press, 2007.*

⁴ Многопользовательские платформы [multi-sided platforms] — бизнес-модель, которая предполагает сведение друг с другом нескольких различных, но взаимосвязанных групп пользователей. Такие платформы приносят ценность одной группе пользователей именно тогда, когда к ним прибегают другие группы пользователей. Применительно к многопользовательским платформам обычно наблюдается «сетевой эффект» — ценность их услуг растет по мере роста числа пользователей. Примерами многопользовательских платформ являются клубы знакомств, поисковые системы, журналы, которые помогают рекламодателям найти свою аудиторию. — Прим. ред.

В США данное изменение ландшафта выразилось в новом подходе к правоприменению, примечательно прямом и откровенном в указании своих целей; он заточен на высокотехнологичные рынки, новаторские отрасли и практики. Пристальное внимание на предмет потенциальных антимонопольных мер направлено на крупные фирмы на рынках, которым свойственны нововведения, интеллектуальная собственность, принятие стандартов и потенциал сетевого эффекта. Наиболее часто обсуждаемой потенциальной мишенью антимонопольных мер стала Google, что широко обсуждается техническими специалистами, блоггерами и авторами деловой литературы¹. Тому есть соответствующие причины. Рассмотрим «предупредительный выстрел», произведенный в направлении Google заместителем генерального прокурора Варни. Уподобляя потребность в антимонопольном правоприменении успешному иску по монополизации против Microsoft в 1990-х, Варни заметила:

Microsoft остался далеко в минувшем веке. Он не представляет проблемы. Я думаю, мы потенциально будем постоянно испытывать проблемы с Google, который, как мне кажется, к настоящему времени законно захватил монополию в Интернет, рекламе в сети. Я не думаю, что они делали что-то кроме того, чтобы быть особенной и инновационной компанией ... Я думаю, что это классическая область для опробования применения [sic] статьи 2 в высшей степени инновационном, в высшей степени подверженном сетевому эффекту и не слишком конкурентном окружении ...

Теперь, я думаю, мы увидим все то же повторение Microsoft, найдутся компании, которые начнут обвинять Google в дискриминации, в недопущении совместимости их товаров с товарами Google, и я думаю, что мы поняли из дела Microsoft, каковы правильные нормы, и проблема, которая по моему мнению у нас была с Microsoft, как у правительства: мы занялись делом слишком поздно².

Как и Microsoft до нее, Google стал образцовым ответчиком по антимонопольному иску в контексте нового подхода, нацеленного на успешные, инновационные фирмы. О достоинствах этого нового подхода в антимонопольных кругах было много дискуссий³. В некотором отношении, эти дискуссии возвращают в повестку дня нерешенные вопросы, касающиеся обоснованности действий по применению антимонопольного

1 См. напр.: Lohr S. Google, Zen Master of Market // N. Y. Times, May 17, 2009 <<http://www.nytimes.com/2008/07/07/technology/07google.html?pagewanted=print>>; Lohr S., Helft M. New Mood in Antitrust May Target Google // N.Y. Times, May 17, 2009 <<http://www.nytimes.com/2009/05/18/technology/companies/18antitrust.htm>>; Lyons D. They Might Be a Little Evil: Why Google Faces Antitrust Scrutiny // Newsweek, May 23, 2009 <<http://www.newsweek.com/id/198855>>; Manjoo F. The Case Against the Case Against Google – The Department of Justice Should Take a Hint From the Microsoft Suit: No More Antitrust Actions Against Tech Companies // SLATE, July 28, 2009 <<http://www.slate.com/id/2223755>>; McCullagh D. In D.C. Antitrust Circles, How Google Became the Hunted // CNet News, Sept. 9, 2008 <http://news.cnet.com/8301-13578_3-10036948-38.html>; McCullagh D. On Antitrust, is Google the Next Microsoft // ZDNet News, July 23, 2007 <http://news.zdnet.com/2100-9588_22-152610.html>; Rowley J. Antitrust Pick Varney Saw Google as New Microsoft // Bloomberg.com, Feb. 17, 2009 <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aG9B5.J3B11w>>; сообщение Эрика Шонфелда (Erick Schonfeld) на сайте TechCrunch <<http://www.techcrunch.com>> от 11 мая 2009 г.; Vogelstein F. Why is Obama's Top Antitrust Cop Gunning for Google? // Wired, July 20, 2009 <http://www.wired.com/techbiz/it/magazine/17-08/mf_googlopoly>; WSJ Law Blog <<http://blogs.wsj.com/law>> (May 8, 2009, 9:22 EST).

2 Varney C. Remarks Before the American Antitrust Institute. Feb. 11. 2008 <<http://www.antitrustinstitute.org/Archives/Varney.ashx>>.

3 См. напр. сообщение Мэттью Картичнига (Matthew Karnitschnig) в Deal Journal <<http://blogs.wsj.com/deals/2009/05/12/putting-the-anti-back-into-antitrustenforcement>> (May 12, 2009, 16:21 EST); Epstein R. A giant step backward in antitrust law // Forbes. 2009. May 19 <<http://www.forbes.com/2009/05/18/christine-varney-antitrust-opinionscolumnists-law.html>>.

законодательства против Microsoft и того, заключается ли урок, извлеченный из дела Microsoft, в том, что настойчивое и систематическое вмешательство в инновационные отрасли является с точки зрения блага потребителя прогрессом по сравнению со статус кво или другими возможными альтернативами¹.

Этот новый подход предоставляет некоторую определенность и ясность фирмам, работающим в инновационных отраслях: их должным образом предупредили. Как бы ни было хорошо полное раскрытие потенциальной уязвимости к антимонопольному преследованию фирм из «новой экономики», новому подходу недостает скромности. Разумеется, у данного подхода есть множество сторонников и он уже был с разной степенью представлен. К сожалению, в одном из ранних выступлений нынешний заместитель генерального прокурора Варни сформулировала предельный и провокационный вариант этого нового подхода, в котором объявила, что «не бывает ошибочных осуждений [false positive]»². Далее, высказывание Варни подразумевает, что решения о правоприменении будут проводиться, невзирая на издержки, которые потребители могут понести, если молот антимонопольного преследования по ошибке обрушится на инновационные фирмы, полагая, что «чем больше юристов начнет отвергать идею ошибочных осуждений, тем лучше будет нам»³. Менее чем год спустя после того как Верховный суд подтвердил, что издержки ошибок являются центральной составляющей доктрины монополизации, главный правоприменитель США предложил разительно отличающийся — и противостоящий — взгляд на роль, которую ошибки антимонопольного правоприменения должны играть в предстоящих решениях о правоприменении⁴.

Изменения произошли и в экономике, основанной на WWW, которая, похоже, становится мишенью внимания регуляторов. Как и следовало ожидать на динамичных рынках, в 1998 г. было трудно предсказать вызов, который Linux бросит Microsoft, рост Google, коммерческий успех iPod и многие другие выгодные для потребителя инновации последнего десятилетия. Но несмотря на эти очевидные изменения в правовой и хозяйственной среде, антитрестовские круги находятся перед теми же вопросами, которые сотрясали их до и после войн вокруг Microsoft: какова надлежащая роль антимонопольной практики, и в частности, законодательства о монополизации, перед лицом инноваций? На эту тему написано многое, практически с каждой вообразимой точки зрения. Некоторые доказывали, что хозяйство изменяется слишком быстро, чтобы антимонопольные меры были эффективными⁵. И действительно, это один из немногих очевидных уроков дела против Microsoft и его последствий⁶. Другие утверждали, что если под вопрос ставятся инновации и

1 См. напр. *Page, Lopatka*. Op. cit.

2 *Varney C. Remarks before the American Antitrust Institute*. Feb. 11. 2008 <<http://www.antitrustinstitute.org/Archives/Varney.ashx>>.

3 Id.

4 *Pac. Bel. Tel. Co. v. linkLine Commc'ns, Inc.*, 129 S. Ct. 1109, 1113-14 (2009) («Признавать довод о ценовом давлении при том, что розничная цена, установленная ответчиком, остается выше издержек, означало бы нанести тот же самый вред, которого мы стремились избежать в деле „Брук Групп“: компании могут начать повышать розничные цены или воздерживаться от активной ценовой конкуренции из опасения привлечения к антимонопольной ответственности» и находит «весьма опасным, что у фирм, пытающихся избежать ответственности за ценовое давление, не будет зоны невмешательства [со стороны государства] для методов ценообразования»).

5 *Crandall R. W., Winston C. Does antitrust policy improve consumer welfare? assessing the evidence // J. econ. persp.* 17. 2003. P. 3. [Рус. пер. *Крэндэлл Р. Уинстон К. Повышает ли антимонопольная политика благосостояние потребителя? Оценка данных.* <<http://prompolit.ru/564995>>]

6 *Page W. H., Childers S. J. Measuring compliance with compulsory licensing remedies in the American Microsoft case // Antitrust l. j.* 76. 2009. P. 239; *Page W. H. Mandatory contracting remedies in the American and European Microsoft cases // Antitrust l. j.* 75. 2008. P. 787; *Page W. H., Childers S. J. Software development as an antitrust remedy: lessons from the enforcement of the Microsoft communications protocol licensing requirement // Mich. telecom. & tech. l. rev.* 14. 2008. P. 77.

динамическая конкуренция, антимонопольные нормы просто не должны применяться ввиду возможного угнетающего инновации эффекта¹. Третьи аргументировали, что противодействующие конкуренции злоупотребления в современном хозяйстве с еще большей вероятностью подавят инновации и повредят потребителям, так что антимонопольные правоприменители должны быть особенно деятельны на данных рынках².

В настоящей статье, которая дает повод поразмышлять над плодотворной работой Фрэнка Истербрука «Пределы антимонопольной политики», мы займемся этим вопросом, причем задействуем два орудия, которые недостаточно использовались в данных дискуссиях, но находятся в сердцевине работы Истербрука: экономическую теорию и свидетельства. Первым орудием является подход, который основан на «анализе издержек и ошибок» [error-cost framework], интеллектуально подкрепленный статьей Истербрука, и который, как мы утверждаем в противовес некоторым недавним критикам и должностным лицам, критически важен при выявлении оптимальных антимонопольных норм для «новой экономики». Анализ издержек ошибок является одним из самых влиятельных вкладов в право и экономику антимонопольной политики, главным образом потому, что он открыл дорогу включению мощных средств теории принятия решений (или анализа издержек ошибок) в разработку оптимального конструирования антимонопольных норм. Вторым орудием является преимущество ретроспективного взгляда и наличия исторических свидетельств. К сожалению, дискуссии об оптимальной антимонопольной политике, в особенности в отношении законодательства о монополизации, все в большей степени отклоняются от подхода, основанного на анализе свидетельств, к риторически успешным, но экономически ошибочным подходам, отождествляющим уровень активности правоприменителей с успешным правоприменением³.

Основанный на анализе издержек ошибок подход, предложенный в плодотворной работе Истербрука, сам основан на двояких предпосылках. Во-первых, что ошибочное осуждение влечет большие издержки, нежели ошибочное оправдание, поскольку механизмы саморегулирования смягчают последствия последнего, но не первого. Во-вторых, что ошибки обоих родов неизбежны, поскольку отличить содействующее конкуренции от препятствующего конкуренции поведение — изначально непростая задача, если речь идет об односторонних действиях компаний⁴. В своей основе данный подход является простым, но мощным средством анализа, требующим данных новейшей экономической теории и эмпирических свидетельств, касающихся последствий для конкуренции от делового поведения различных типов, и позволяющим получить результаты в форме правовых норм. В то время как ученые-юристы при обсуждении оптимальной конструкции законодательных норм обычно избегают систематических попыток проработать доступные экономические теории и свидетельства, экономисты часто отказываются примерять результаты своего анализа к реалистичной институциональной ситуации и избегают включения общественных издержек ошибочных решений о правоприменении в такие результаты и в рекомендации относительно законодательных норм.

1 Spulber D. F. Unlocking technology: antitrust and innovation // J. competition l. & econ. 4. 2008. P. 915.

2 См. напр. Shapiro C. Exclusivity in network industries // Geo. Mason l. rev. 7. 1999. P. 673, 674—75.

3 Такая ассоциация уровня активности с успехом обнаруживается во многих источниках, включая выступления президента Обамы. См. Barack Obama, Senator. Statement to the American Antitrust Institute. Nov. 5, 2009 <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf> (с обещанием «вдохнуть новую жизнь в антимонопольное правоприменение» и утверждением, что уровень активности во время правительства Буша повлек отрицательные последствия для потребителей).

4 Easterbrook F. H. The limits of antitrust // Tex. l. rev. 63. 1984. P. 1.

Подход, основанный на анализе издержек ошибок, лежит в ядре современных экономических и юридических дискуссий, касающихся надлежащего предмета законодательства о монополизации и других областей антимонопольной практики. Защитники «нового» и более интервенционистского подхода к антимонопольному правоприменению утверждают, что современная юриспруденция в вопросах монополизации переоценивает как сферу действия, так и масштаб ошибочных осуждений по сравнению с ошибочными оправданиями. К жалобам главного антимонопольного правоприменителя из Министерства юстиции присоединяются члены Федеральной комиссии по торговле и ведущие американские и европейские ученые-специалисты по антимонопольной практике: антимонопольные правовые нормы, с их точки зрения, эволюционируют в сторону недопресечения антиконкурентного правоприменения из-за включения в юриспруденцию согласно Акту Шермана подхода, основанного на анализе издержек ошибок, и сопутствующих опасений, связанных с ошибочными осуждениями¹.

Такое (и подобное ему) развитие событий в совокупности предвещает поворот прочь от анализа издержек ошибок, подкрепляемый уверенностью, что для благосостояния потребителя антимонопольное вмешательство не оборачивается серьезными издержками. Такая уверенность находится в резком противоречии с подходом Истербрука, предполагающим, что ошибки являются неизбежной и существенной чертой всей антимонопольной деятельности. Этот новый подход подразумевает, что опасения чрезмерного сдерживания не должны играть роли при мотивировке правоприменительных решений или конструировании норм, согласно которым наступает ответственность. На самом деле, защитники этого нового подхода предполагают, что опасения, связанные с издержками ошибок, устарели в наших современных условиях хозяйствования, и что ошибочные осуждения больше не должны приниматься во внимание в дискуссиях об антимонопольной политике.

Во *второй части* мы вернемся к классической статье Истербрука, подходу, основанному на анализе издержек ошибок, его развитию и его вкладу в антимонопольную практику за последние 25 лет и его следствиям для антимонопольной деятельности применительно к отраслям, характеризующимся инновациями, сетевым эффектом и динамической конкуренцией.

В *третьей части* мы обсуждаем историю связи между инновациями и антимонопольными ошибками, и, более конкретно, между техническими переменами и ошибочными осуждениями. Важно, что по ходу обсуждения мы заметим, что проблемы, которые инновации ставят перед антимонопольным анализом, не ограничиваются высокотехнологичными товарами, но проявляются еще и в более приземленных (и повсеместных) деловых процессах. Мы приводим исторические примеры такой положительной связи между продуктовыми и деловыми инновациями, за которыми следовало антимонопольное вмешательство, снижавшее экономическую эффективность и наносившее по объективным экономическим критериям вред потребителям.

В заключение, в *четвертой части* оспаривается общепринятая точка зрения, согласно которой подход, основанный на анализе издержек ошибок, подразумевает применение к большинству форм делового поведения правила взвешенного подхода, а не норм *per se*².

1 См. напр. *Varney*. Op. cit.; *Rosch J. T. Thoughts on the withdrawal of the Section 2 Report* <<http://ftc.gov/speeches/rosch/090625roschibareport.pdf>>.

² «Правило взвешенного подхода» (rule of reason) предполагает сравнение положительных (конкурентных) и отрицательных (антиконкурентных) последствий деловой практики в конкретном деле и вынесения решения на основе результатов этого сравнения. Запреты *per se* предполагают осуждение действий компании исходя из их характера и не предполагают оценку последствий этих действий. — Прим. ред.

Хотя мы согласны, что норм *per se* не должны применяться к случаям инновационных товаров или широко понимаемых инновационных деловых практик, мы утверждаем, что подход, основанный на анализе издержек ошибок, не обязательно требует судьи с широким кругозором, изучающего новинки экономической теории и каждое представленное свидетельство. Напротив, мы предпочитаем подход, согласующийся с духом изначального Истербрукского исследования, формулирующий в стремлении задействовать лучшее из имеющегося экономического знания ряд критериев для конструирования простых правил, минимизирующих издержки ошибок. В завершение мы предлагаем пять простых правил, основанных на имеющейся экономической теории, эмпирических свидетельствах и признании склонности институтов к ошибочным осуждениям, обсуждавшейся выше.

2. ПРЕДЕЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ, ПОДХОД, ОСНОВАННЫЙ НА АНАЛИЗЕ ИЗДЕРЖЕК ОШИБОК, И ИННОВАЦИИ

Основным вкладом, который внесли «Пределы антимонопольной политики» судьи Истербрука, стало принуждение антимонопольных кругов к гораздо более систематичному осмыслению связи между ошибками и антимонопольными нормами ответственности. Ключевым политическим компромиссом, — объясняет Истербрук, — является выбор между ошибками I рода («ошибочное осуждение») и ошибками II рода («ошибочное оправдание»). В Табл. 1 представлена матрица 2x2, показывающая типы ошибок, имеющих место в антимонопольных расследованиях¹.

Влияние на конкуренцию	Незаконно	Законно
Вредит конкуренции	Процент дел с правильным осуждением антиконкурентных практик	Процент дел, ошибочно оправдывающих антиконкурентные практики («ошибочные оправдания»)
Не вредит конкуренции	Процент дел с ошибочным осуждением допустимых практик («ошибочные осуждения»)	Процент дел, правильно оправдывающих допустимые практики

ТАБЛ. 1. ВОЗМОЖНЫЕ ОШИБКИ ПРИ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ОЦЕНКЕ ДЕЛОВЫХ ПРАКТИК

Хотя подход, основанный на анализе издержек ошибок, может свободно применяться к любой области права, он особенно полезен в антимонопольном праве, учитывая часто недооцениваемую сложность задачи, поручаемой судьям: отличить антиконкурентное поведение от способствующего конкуренции, основываясь на немногих свидетельствах и подсказках, предоставляемых экономической теорией. Так что постановка вопроса о том, что делать с ошибками, на уровне конструкции норм, устанавливающих ответственность, сама по себе стала важным нововведением в антимонопольную практику. На простых правовых и экономических допущениях Истербрук построил мощный подход, позволяющий осмыслить оптимальную конструкцию антимонопольных норм с учетом ожидаемых ошибок. Допущения были сделаны следующие. 1) Ошибки обоих родов при антимонопольных расследованиях неизбежны ввиду сложности различения эффективного, способствующего конкуренции делового поведения от поведения антиконкурентного².

1 Табл. 1 впервые появилась в: *Evans D. S., Padilla J.* Neo-Chicago approach to unilateral practices // *U. Chi. l. rev.* 72. 2005. P. 73.

2 На самом деле, здесь объединены два отдельных допущения. Первое — неизбежность ошибок при применении закона вообще. См. *Easterbrook*. *Op. cit.* P. 14—15 (где повторяется, что «нельзя воспользоваться выгодами принятия решений согласно норме, не приняв издержек ошибок»). Второе — критическая зависимость вероятности антимонопольной ошибки от развития экономической науки, порождающей приемы и методы, посредством которых можно успешно выявлять поведение, вредящее потребителям. См. тж. *Easterbrook F. J.* Workable antitrust policy // *Mich. l. rev.* 84. 1986. P. 1696.

2) Общественные издержки, связанные с ошибками I рода будут, как правило, выше общественных издержек от ошибок II рода, поскольку рыночные силы внесут как минимум некоторую поправку по отношению к ошибкам II рода и не внесут таковой по отношению к ошибкам I рода, или, как формулирует это Истербрук: «экономическая система скорее скорректирует монополию, чем судебную ошибку [I рода]»¹. 3) Оптимальными будут антимонопольные нормы, минимизирующие ожидание суммы издержек от ошибок, имея в виду относительную простоту и разумное применение таких норм².

Исходя из названных простых допущений, Истербрук доказывает, что для минимизации издержек ошибок может применяться несколько простых критериев, включая требование от истца демонстрации того, что обвиняемая фирма обладает рыночной властью; того, что данные практики могут повредить потребителям; того, применяются ли фирмами из данной отрасли другие методы производства и сбыта; того, сопровождаются ли данные факты снижением производства; а также того, была ли фирма-жалобщик ее соперником на релевантном рынке³.

2.1 ПОДХОД, ОСНОВАННЫЙ НА АНАЛИЗЕ ИЗДЕРЖЕК ОШИБОК

Анализ антимонопольных ошибок, предложенный Истербруком, хорошо ложится на байесовский подход к теории принятия решений, разработанный для задач принятия решений в условиях неопределенности. Экономисты, переименовав данный подход в «подход, основанный на анализе издержек ошибок», применили его для определения оптимальных норм, касающихся ряда практик, включая навязывание условий, эксклюзивное дилерство, поглощения или фиксации цены перепродажи⁴. Применяя данный подход, регуляторный орган, суд или разработчик государственных решений первоначально оценивает вероятность того, что конкретная деловая практика является антиконкурентной. Данная предварительная оценка корректируется с учетом новых свидетельств по мере их поступления как со стороны теоретического, так и со стороны эмпирического изучения данной практики, а также сведений, связанных с конкретным делом. Оптимальная норма принятия решений затем основывается на обновленном значении вероятности того, что рассматриваемая практика будет антиконкурентной, с минимизацией функции потерь, измеряющей общественные издержки от ошибок I и II родов.

Следуя Куперу⁵, мы можем записать ожидания функций потерь, связанных с обоими родами ошибок, следующим образом:

1 *Easterbrook. The limits of antitrust. P. 15.*

2 Это допущение часто связывается с предостережением бывшего тогда судьей Брейера о том, что антимонопольные нормы «должны быть административно применимыми и, следовательно, не могут учитывать все сложные экономические условия и определения» (*Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 22 (1st Cir. 1990)). Но чикагская школа в антимонопольном анализе, как и гарвардская школа, к которой принадлежит Брейер, всегда предпочитали применять экономику для конструирования простых и административно применимых норм, а не переусложненных экономических тестов. См. *Wright J. D. The Roberts court and the Chicago School of Antitrust: the 2006 term and beyond // Competition pol'y int'l. 3. 2007. P. 25, 27; Kovacic W. The intellectual DNA of modern U.S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix, 2007 // Colum. bus. l. rev. 1. 2007. P. 32—35.*

3 *Easterbrook. The Limits of Antitrust. P. 18.*

4 Общий обзор см. в: *Wright J. D. Overshot the mark? A Simple Explanation of the Chicago School's influence on antitrust // Competition pol'y int'l. 5. 2009. P. 179; Hylton K. N., Salinger M. Tying law and policy: a decision theoretic approach // Antitrust l. j. 69. 2001. P. 469; Beckner C. F. III, Salop C. S. Decision theory and antitrust rules // Antitrust l. j. 67. 1999. P. 41.*

5 *Общий обзор см. в: Cooper J. C., Froeb L. M., O'Brien D., Vita M.J. Vertical antitrust policy as a problem of inference // Int'l j. indus. org. 23. 2005. P. 639. См. тж. Hylton K. N. The law and economics of*

$$1) E[(Loss_1|x)] = L_1P(C|x) = \frac{L_1P(x|C)P(C)}{P_x}$$

$$2) E[(Loss_2|x)] = L_2P(A|x) = \frac{L_2P(x|A)P(A)}{P_x}$$

где x — имеющееся свидетельство, P — вероятность, C означает, что данная практика конкурентна, A — что она антиконкурентна. Байесова норма заставляет правоприменителя оспорить рассматриваемую практику только в случае, если ожидание потери от ошибки II рода (при воздержании от вмешательства) выше ожидания потери от ошибки I рода (при вмешательстве). Соответственно, затем оптимальная норма правоприменения может быть «скорректирована по издержкам ошибок», так, чтобы минимизировать эти потери:

$$3) \frac{P(x|C)}{P(x|A)} < \left(\frac{L_2}{L_1}\right) \left(\frac{P(A)}{P(C)}\right)$$

При данном подходе, как мы видим, антимонопольная норма ставится в зависимость от вероятности того, что определенные практики окажутся антиконкурентными, функций потерь правоприменителя и его предварительных предположений. Сразу же можно заметить важность фундаментального положения из «Пределов антимонопольной политики»: ошибки I рода скорее всего будут обходиться дороже, чем II рода, поскольку рынок несколько ограничивает последствия вторых, но не первых. Разумеется, если наших коллективных экономических знаний о новой деловой практике меньше (иными словами, если оспариваемая практика или ситуация является новой), важность данного положения возрастает, а не падает. При прочих равных, подход, основанный на анализе издержек ошибок, предлагает более интервенционистские антимонопольные нормы в случае более высоких издержек ошибок II рода, если имеются достаточные основания предварительно оценить данную практику как антиконкурентную и если теория и эмпирические свидетельства говорят о высокой вероятности антиконкурентности данной практики¹.

Основанный на анализе издержек ошибок подход также дает таксономию антимонопольных ошибок при проведении ошибочных оценок, касающихся антимонопольных эффектов конкретной практики, отказе от пересмотра предварительных оценок при получении новых свидетельств, неточной оценке относительной величины общественных издержек, связанных с антимонопольными ошибками или включения неэкономических членов в функцию издержек регулирующего органа². Здесь мы сосредоточимся почти исключительно на ошибках I рода, т. е. ошибочном признании судом

monopolization standards // Antitrust law and economics. Cheltenham, UK: Edward Elgar Pub. 2010.

1 Многочисленные ученые рассматривают имеющуюся теорию и свидетельства, касающиеся вертикальных ограничений и односторонних действий компании единообразно приходят к заключению, что в целом рассматриваемые практики являются конкурентными и что антимонопольные нормы должны «подвинуться» в сторону требования от истцов демонстрации очевидных антиконкурентных последствий вместо того, чтобы осуждать такое поведение сразу за его обнаружением. См. напр. *Cooper et al. Op. cit.*; *Lafontaine F, Slade M. Exclusive contracts and vertical restraints: empirical evidence and public policy // Handbook of antitrust economics / Buccrossi P, ed. MIT Press, 2008*; *O'Brien D. P. The antitrust treatment of vertical restraints // Report: the pros and cons of vertical restraints. 2008. P. 40*. <http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_vertical_restraints.pdf>.

2 Очевидно, что этот выбор функции потерь не обязан считаться «ошибкой», пока его не сравнить с режимом, в котором функция потерь измеряется лишь в терминах совокупного или потребительского благосостояния. Совсем напротив, решение о включении неэкономических аргументов обычно намеренно. Например, в *Cooper et al. Op. cit.* исследуется возможность того, что различия в отношении к вертикальным ограничениям между ЕС и США объясняются заботой ЕС об интеграции рынков и большей терпимостью к ошибкам I рода, проистекающей из менее богатой системы прав на подачу частных исков.

или регуляторным органом некоторой практики антиконкурентной. Ошибки данного рода сами по себе могут быть вызваны различными причинами, но корень их всех — фундаментальная проблема: в каждом конкретном случае выявить антиконкурентное поведение и отличить его от способствующего конкуренции сложно. Рассмотрим два примера. Во-первых, можно представить себе суд или орган, добросовестно и старательно прилагающий негодную экономическую теорию, которая просто еще не объяснила последствия рассматриваемой практики для конкуренции. Антимонопольная юриспруденция, как ранее, так и в недавнее время, дает несколько отличных тому примеров, включая некоторые из решений уорреновского суда¹ о горизонтальных слияниях, таких как по делу *Vons Grocery*, а также долго действовавший и недавно отмененный запрет *per se* в отношении фиксации цены перепродажи. В каждом из этих случаев судьи осуждали деловые практики, которые экономисты либо не понимали, либо ошибочно понимали как антиконкурентные. Далее мы покажем, что юристы и экономисты-антимонопольщики обладают долгим и богатым опытом систематического антиконкурентного объяснения поведения, являющегося необычным и не до конца понятным.

Во-вторых, обратим внимание, что к ошибкам того же типа ведет и другой класс проблем. Сегодня у нас есть много работ по экономической теории, объясняющих применение эксклюзивных контрактов и их потенциальных последствий для конкуренции². Сама теория, насколько мы знаем, не является ошибочной. Постчикагские модели описывают потенциально антиконкурентное применение контрактов об эксклюзивном дилерстве, в то время как другие модели дают им обоснования в терминах эффективности. Модели обоих видов строятся на множестве упрощающих и иногда весьма условных допущений и для успешности своих предсказаний указывают необходимые условия. От просвещенного судьи требуется согласовать экономические экспертные мнения конкурирующих экспертов, утверждающих, что именно их модели эксклюзивного дилерства наилучшим образом объясняют практику, рассматриваемую в данном процессе. Эксперты могут подкреплять свои заключения научными приложениями, содержащими модели и, возможно, некоторые эконометрические данные, такие как регрессии с фиксированным эффектом и инструментальными переменными для учета эндогенности, наряду с обсуждением допустимых стандартных отклонений при такого рода анализе.

В таком случае, неизбежность ошибок проистекает не из неадекватной или доказуемо «ошибочной» экономической теории, а скорее из требования, чтобы судья, обычно не имеющий экономического образования, принимал все более сложные решения, основанные на экономике³. В каждом из этих случаев экономика не дает адекватных средств выявления антиконкурентного поведения без систематической ошибки. Это не выпад против экономики как таковой в антимонопольной практике. Альтернатива, заключающаяся в простом определении ответственности на основе предварительно сложившегося мнения, не корректируемого с учетом имеющейся экономической теории и свидетельств, дела бы не улучшила. Некоторые заметили бы, что такое уже безуспешно практиковалось в первое время после принятия Закона Шермана. Без серьезного методологического поворота к экономической науке включение экономики в антимонопольную практику является лишь

¹ Эрл Уоррен председательствовал в Верховном суде США с 1953 по 1969 г. — Прим. ред.

² См. также *Abbott A. F., Wright J. D. Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing // Antitrust law and economics / Keith N. Hylton, ed. 2010* (где подводится итог исследований и эмпирических свидетельств, касающихся договоров об исключительном дилерстве).

³ См. общий обзор в: *Baye M. R., Wright J. R. Is antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity & judicial training on appeals. George Mason University School of Law, Working Paper. Aug. 21. 2009* <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319888> (где обнаруживается статистически значимая тенденция экономически образованных судей выносить лучшие решения в простых антимонопольных делах, но не в тех, что включают сложные экономические рассуждения).

ширмой, позволяющей регуляторным органам и судьям выбирать экономическую модель, соответствующую их предварительному мнению или политической конъюнктуре, а не наиболее соответствующую данным реального мира. Экономическая теория остается сущностно важной для антимонопольного законодательства; именно экономический анализ ограничивает антимонопольное законодательство и заставляет его служить потребителям, а не конкурирующим сторонам. На самом деле, именно связь экономики с антимонопольной практикой повлекла успешную эволюцию последней от экономически противоречивого изначального состояния к состоянию теперешнему. Но, как мы полагаем, фундаментальный вызов антимонопольной практике брошен «слишком большим количеством теорий» без надлежащего методологического внимания регуляторных органов и судов к способу выбора между таковыми. Распространение экономических моделей, сопровождавших подъем постчикагской экономической теории, интеграция теории игр в теорию отраслевой организации и все громче звучащие призывы включить достижения поведенческой экономики в антимонопольную и конкурентную политику привели к такому положению дел, при котором регуляторный орган или суд при анализе антимонопольных вопросов располагает выбором из широкого спектра моделей, но у принимающего решение лица отсутствуют практические критерии для совершения данного выбора. Доведенная до предела, эта проблема выбора модели грозит отменить те дисциплинирующие усилия, которые экономика наложила на антимонопольное законодательство, послужив основным источником успешной эволюции этой области права за последние пятьдесят лет¹.

Суть в том, что отличить антиконкурентное поведение от конкурентного — гераклова задача, поставленная перед правоприменителями и судьями, и даже если экономисты найдут ее правильное решение *до того*, как данная практика будет оспорена, ошибки неизбежны. Сила подхода, основанного на анализе издержек ошибок, заключается в том, что он позволяет регуляторным органам, судьям и разработчикам политических решений воспользоваться мощью экономики, включая ее новейшие достижения, и эмпирические свидетельства, формулируя простые и практичные критерии и зоны невмешательства, а не исполняя на дилетантском уровне роль эконометристов, теоретиков игр или поведенческих экономистов².

2.2 ИЗДЕРЖКИ ОШИБОК И ИННОВАЦИИ

Хотя данный подход успешно применяется экономистами к различным деловым практикам, привлекающим внимание по антимонопольной части, цель настоящей статьи в том, чтобы воспользоваться мощью этого подхода для формирования в духе Истербрука минимизирующего издержки ошибок подхода к антимонопольному вмешательству на тех рынках, где критически важной частью конкурентной сцены являются инновации. Хотя о связи между инновациями и антимонопольной деятельностью говорили много — в основном, решительно провозглашая либо решающее значение, либо полную ненужность антимонопольной политики для экономического роста перед лицом инноваций, — подход, основанный на анализе издержек ошибок позволяет достичь более высокой точности при формулировании политики, а также более дифференцировано подходить к делу.

1 Wright J. Commissioner Rosch, rhetoric, and the relationship between economics and antitrust // Truth on the market (June 12, 2009, 11:55 AM) <<http://www.truthonthemarket.com/2009/06/12/commissioner-rosch-rhetoricand-the-relationship-between-economics-and-antitrust>>; см. тж. Wright. Overshot the Mark? ...

2 На самом деле, одно из наиболее сильных следствий подхода, основанного на анализе издержек ошибок, вызывает некоторое сопротивление со стороны экономически рассуждающих ученых, изучающих антимонопольную проблематику. Это вывод о том, что движение в сторону к сложным стандартам в рамках «правила взвешенного подхода», который стремятся полностью учесть конкурентные последствия какой-либо практики в каждом конкретном случае посредством современной экономики, склонно увеличивать издержки ошибок, если должного внимания не уделяется проблемам администрирования [предлагаемых] тестов.

В настоящей статье мы нацелены на обсуждение применения основанного на анализе издержек ошибок подхода к деловому поведению, включающему инновации, а также на обсуждение выводов этого подхода для экономической политики. Некоторые из этих выводов хорошо освоены в имеющемся корпусе литературы, а другие часто игнорируются или совершенно ускользают от внимания. Учитывая текущую практику на арене антимонопольного правопринуждения — выбор инновационных фирм на высокотехнологичных рынках в качестве вероятных мишеней вкуче с обсуждениями ведущими правоприменителями анализа издержек ошибок¹ на недавних слушаниях по вопросам, касающимся статьи 2², и в других местах³ — мы надеемся инициировать более тщательное обсуждение связи между инновациями, антимонопольными ошибками и оптимальными нормами, устанавливающими ответственность, выходящее за пределы подбора экономических моделей, наиболее соответствующих предварительному мнению регуляторных органов. Мы начнем с обсуждения некоторых принципов применения основанного на анализе издержек ошибок подхода в контексте инноваций, а затем, в третьей части работы, обсудим историческую связь между антимонопольными ошибками и инновациями.

Есть две важных причины, благодаря которым инновации порождают особую возможность для антимонопольной ошибки. Во-первых, инновации по определению обычно предполагают новые деловые практики или новую продукцию. Необычные деловые практики и инновационные товары исторически не встречали теплого приема со стороны антимонопольных органов. С точки зрения подхода, основанного на анализе издержек ошибок, фундаментальной проблемой является затянувшаяся склонность экономистов находить для новых, не вполне понятных форм поведения антиконкурентное объяснение. Как отмечал нобелевский лауреат Рональд Коуз, оплакивая состояние литературы по отраслевой организации:

Когда экономист обнаруживал что-либо (того или иного сорта деловую практику), чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым.⁴

Экономисты, занимающиеся антимонопольными вопросами, не одиноки в поиске монопольных объяснений новых или долгое время не находящих иного объяснения практик. Суды, опирающиеся на литературу по экономике, причем, несколько устаревшую, очарованы моделью совершенной конкуренции и атомистичных рынков через много лет после того, как большинство экономистов отказались от нее в качестве модели поведения отдельной фирмы⁵. По мере того, как экономические понятия проникают в

1 См. *Varney*. Remarks before the American Antitrust Institute.

2 U.S. Dep't of Justice, competition and monopoly: single-firm conduct under Section 2 of the Sherman Act. 2008. P. viii <<http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf>> (опущено внутреннее цитирование).

3 См. напр. *Dogan S. L., Lemley M. A.* Antitrust law and regulatory gaming // *Tex. l. rev.* 87. 2009. P. 685.

4 *Coase R.* Industrial organization: a proposal for research // *Policy issues and research opportunities in industrial organization* / Victor R. Fuchs, ed. 1972 [рус. пер. Коуз Р. Экономика организации отрасли: программа исследований / Коуз Р. Фирма, рынок и право. М.: Новое издательство. 2007. С. 67. Доступна по адресу: <http://www.inliberty.ru/assets/files/coasepdf.pdf>]. Более современную критику исследований в области отраслевой организации в том же духе см. в: *Muris T. J.* Economics and antitrust // *Geo. Mason l. rev.* 5. 1997. P. 303; *Kobayashi B. H.* Game theory and antitrust: a post mortem // *Geo. Mason l. rev.* 5. 1997. P. 411 (обзор критики литературы по отраслевой организации); *Evans, Padilla.* Neo-Chicago approach to unilateral practices.

5 См. *Meese A.* Market failure and non-standard contracting: how the ghost of perfect competition still haunts antitrust // *J. competition l. & econ.* 1. 2005. P. 21; *Demsetz H.* How Many Cheers for Antitrust's 100 Years? // *Econ. inq.* 30. 1992. P. 207.

антимонопольное законодательство и практически все соглашаются с утверждением, что современная экономика обладает полезным инструментарием для внедрения учета эффектов динамической эффективности при инновациях в традиционный антимонопольный анализ¹, антирыночные предубеждения в профессиональном сообществе экспертов по антимонопольным вопросам, описанные Коузом, возможно, окажут еще большее влияние на современную антимонопольную политику.

Продуктовые инновации и инновационные способы ведения дел предполагают необычные практики, а такие практики обычно находят монопольное объяснение со стороны экономистов, за чем следует враждебность со стороны судов (хотя иногда порядок и обратный), однако последующее более тонкое экономическое исследование таких деловых практик обычно признает их достоинства с точки зрения конкуренции. Такой порядок и исход — ровно тот, какого и следует ожидать в мире, где карьера экономиста выигрывает от создания моделей, демонстрирующих неэффективность и ниспровергающих статус кво, созданный чикагской школой, в то время как обвиняемые, вовлеченные в деловую практику, сложившуюся постепенно путем проб и ошибок, испытывают сложности, формулируя оправдание, подходящее под пункт в заготовленном судом списке допустимых ответов. С точки зрения анализа издержек ошибок, ключевым пунктом такого подозрительного отношения антимонопольщиков к инновациям и инновационным деловым практикам является его вероятная склонность преувеличивать вероятность того, что рассматриваемая практика окажется антиконкурентной, по сравнению с вероятностью того, что последующие исследования или свидетельства сочтут ее оправданной и верной.

Предрасположенность к ошибке I рода только усугубляется тем, что экономисты, как правило, со связью конкуренции с инновациями и, как следствие, с благосостоянием потребителей, знакомы гораздо меньше, чем с обычной ценовой конкуренцией². Антимонопольные круги рады приветствовать предложения не только о более полном учете антимонопольным анализом эффектов динамической эффективности и инноваций, но также о возможности такого применения в рамках существующей аналитики. Например, в рекомендациях и выводах Комитета по совершенствованию антимонопольной политики [Antitrust Modernization Committee] содержится заключение о том, что:

Существующая антимонопольная аналитика достаточно обоснована с точки зрения экономической теории и достаточно гибка для того, чтобы приводить к соответствующим заключениям по вопросам, касающимся отраслей, в которых центральную роль играют нововведения, интеллектуальная собственность и технические изменения³.

Дискуссия, таким образом, переходит из плоскости обсуждения того, *должен ли* антимонопольный анализ учитывать инновации, в плоскость выбора методик такого рассмотрения. Но что именно мы знаем о связи между конкуренцией, инновациями и благосостоянием потребителей? Хотя мы знаем, что инновации критически важны для экономического роста, теоретическая литература о конкуренции и инновациях остается

1 Antitrust modernization commission, report and recommendations. 2007. P. 32 (с рекомендацией «внимательного учета динамики рынков при оценке конкурентных эффектов ... в отраслях, где нововведения, интеллектуальная собственность и технические изменения играют центральную роль ...»).

2 См. напр. Wright J. D. Antitrust, multi-dimensional competition, and innovation: do we have an antitrust relevant theory of competition now? // Regulating innovation: competition policy and patent law under uncertainty / Manne G. A., Wright J. D., eds. Cambridge University Press. Forthcoming 2010; общий обзор см. в: Manne G. A., Wright J. D. // id. Ch. 1 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462489>.

3 Antitrust modernization commission, report and recommendations. 2007. P. 38.

недостаточной для того, чтобы внушать сколько-нибудь заметную уверенность в нашей способности определять, какая антимонопольная политика будет поощрять инновации и в итоге положительно скажется на благосостоянии потребителей. Более узко: наша способность применять антимонопольные нормы зависит от способности предсказывать, как конкретная норма повлияет на ту смесь форм конкуренции, которая появится после реализации данной политики, и от способности ранжировать такие смеси по критериям благосостояния потребителей или эффективности¹. Хотя прогресс экономики в этой области продолжается, пристальное рассмотрение Гилберта приводит к выводу, что существующий массив теоретической и эмпирической литературы о связи конкуренции и инноваций «не предоставляет общей поддержки шумпетерианской гипотезе о том, что монополия повышает вложения в НИОКР или общие результаты инновационной деятельности», и что «ни теоретические, ни эмпирические свидетельства также не поддерживают однозначного вывода о том, что конкуренция всегда подталкивает к инновациям»².

Ключевым пунктом здесь является тесная связь с антимонопольными ошибками. Аргументация проста. Поскольку инновации предполагают новую продукцию и новые деловые практики, суды и экономисты изначально переоценивают вероятность того, что инновация окажется антиконкурентной и являющейся заслуживающей антимонопольного внимания. В той степени, в которой сегодняшний антимонопольный анализ все более полагается на экономику, данная проблема обостряется. Более того, в той степени, в которой у экономистов меньше систематического теоретического и эмпирического знания о связи конкуренции с инновациями по значимым для практической политики вопросам, чем о других традиционных формах конкуренции, такая переоценка способна нанести еще больший вред.

Вторая критически важная связь антимонопольных ошибок с инновациями заключается в том, что ставки здесь выше, чем в случаях, не связанных с инновациями. Хотя эмпирические исследования не содержат надежных сведений о сравнительной величине издержек ошибок I и II родов, хорошо известная связь между инновациями и экономическим ростом говорит нам о гораздо более высокой плате за ошибку. Конечно, на это можно возразить, что инновации просто увеличивают издержки ошибок как I, так и II рода, и, соответственно, не видеть оснований для изменения оптимальных норм антимонопольной ответственности в

1 См. *Wright. Antitrust, multi-dimensional competition...*; по: *Gilbert R. J. Competition and innovation // Issues in competition law and policy / W. Dale Collins ed. 1. 2008. P. 577, 583*) («экономическая теория не поддерживает с определенностью ни точку зрения о том, что рыночная власть в общем и целом угрожает инновациям, снижая отдачу от новаторских усилий, ни шумпетерианскую точку зрения, согласно которой концентрированные рынки обычно способствуют инновациям»).

2 *Id.* Следует заметить, что Гилберт выводит из этих противоречивых данных то, что презумпцию об увеличении инноваций вследствие конкуренции на товарном рынке следует применять с определенными оговорками, и что обычно уместен анализ каждого случая с учетом фактов. Это соответствует общей точке зрения экономистов о том, что анализ в соответствии с правилом взвешенного подхода наиболее пригоден в случаях, когда конкурирующие объяснения дают различные предсказания последствий для потребительского благосостояния. Мы не согласны с этим по причинам, обсуждающимся в третьей и четвертой частях. Основное возражение заключается в том, что при различии предсказаний, даваемых экономикой, требовать от судей принять решение значило бы делать нереалистичные предположения об [их] экономической грамотности. Альтернативный подход, который проводится в «Пределах антимонопольной политики», заключается в сведении наличных экономических знаний в простые презумпции, способные сократить частоту ошибок. При этом мы замечаем, что, более того, в той степени, в которой мы правильно понимаем связь между антимонопольным правоприменением и издержками ошибок, эмпирическая неудача шумпетерианской гипотезы может следовать из долгосрочного опыта решений по применению антимонопольной политики, недостаточно учитывающей выгоды монополии.

терминах подхода, основанного на анализе издержек от ошибок. Однако это означало бы проигнорировать основное предположение Истербрука, основанного на глубинных экономических принципах, о том, что ошибки I рода (ошибочные осуждения) обычно обходятся дороже, чем ошибки II рода, поскольку рыночные силы способны как минимум частично скорректировать последние. В контексте инноваций успешное оспаривание деловой или продуктовой инновации скорее всего подавит инновации во всей хозяйственной системе, в то время, как ошибки II рода как минимум смягчатся за счет входа на рынок новых участников и иной конкуренции. При рассмотрении через призму подхода, основанного на анализе издержек ошибок, сочетание антирыночной предрасположенности в пользу монополистических объяснений инновационного поведения, непонятого судьями и экономистами, с возросшими ставками антимонопольного вмешательства, направленного против инновационных деловых практик, создает проблемы с точки зрения благосостояния потребителей.

Регуляторам остается сложный набор проблем, требующих разрешения для того, чтобы антимонопольная власть была использована с положительным для потребителей результатом. Нам достается сочетание стимулов, которое выливается в рост количества дел, связанных с новым и инновационным поведением, предрасположенность судов и экономистов к антиконкурентному объяснению таких практик до того, как они будут хорошо исследованы (и соответствующая склонность к преувеличению вероятности антиконкурентности конкретной инновации) и функция потери, которая предсказывает возрастание издержек ошибок I рода в случае, когда имеют место инновации.

В третьей части мы рассмотрим историю отношений антимонопольных вмешательств и инноваций в свете перечисленных условий.

3. КРАТКАЯ ИСТОРИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОШИБОК И ИННОВАЦИЙ

Сопряженные проблемы вероятности и издержек ошибочного антимонопольного правоприменения усиливаются перед лицом инноваций. Но в то время, как некоторые из инноваций очевидны — например, технические достижения, — другие обнаружить несколько сложнее, но тем не менее они порождают огромные выгоды для благосостояния потребителей¹. Как уже говорилось, имеется значительный корпус исследований, отслеживающих вклад технологических инноваций в экономический рост и общественное благосостояние. Разумеется, один из постоянно преподносимых экономической литературой об инновациях уроков заключается в том, что даже инновации, кажущиеся скромными, могут приносить значительную выгоду потребителям². Именно эти динамичные и часто по большей мере непредсказуемые последствия необычных технических инноваций увеличивают вероятность и общественные издержки ошибочного вмешательства, направленного против инноваций. Как и с ошибочными осуждениями в традиционном контексте, очевидно, что здесь применимо наблюдение судьи Истербрука о фундаментальной асимметрии издержек ошибок I и II родов, поскольку последствия ошибок I рода усугубляются угрозой того, что ошибочное вмешательство воспрепятствует следующим подобным инновациям или применению этих инноваций в иных ситуациях.

Менее очевидно, но по крайней мере не менее важно то, что и деловые инновации — инновации в организации, производстве, сбыте или распространении — могут иметь

1 См. напр. *Hausman J. Valuation of new goods under perfect and imperfect competition // The economics of new goods / Bresnahan & Gordon eds. 1997. P. 209—67* (обсуждение выгод для потребительского благосостояния при выведении на рынок новых товаров и расширении ассортимента).

2 Id. P. 67.

подобные далеко идущие последствия¹. Часть неоцененных прозрений Истербрука из его первой статьи заключалась в том, что он выявил особую остроту проблемы издержек ошибок перед лицом «новых методов изготовления и распространения продукции»². Взрывной рост «новой экономики» вскоре после публикации статьи Истербрука привлек внимание к проблемам антимонопольного вмешательства перед лицом новшеств преимущественно технических, хотя они не были предметом этой статьи. Однако выводы Истербрука относительно проблемы ошибочных осуждений в равной степени применимы в контексте деловых или договорных инноваций.

К сожалению, в нашем антимонопольном правосудии вмешательства перед лицом инноваций (деловых новшеств или инновационной продукции) на самом деле преобладают, и как правило ошибочны. Значительная доля важных антимонопольных дел могут быть охарактеризованы как вмешательства, предпринятые в условиях неопределенности, перед лицом необычных деловых практик или продукции, основываясь на фундаментально дефектном или неверно примененном экономическом анализе, впоследствии опровергнутом. В некоторых случаях суды на самом деле исправили ошибку изначального правоприменения или судебные решения; в большинстве случаев — не исправили.

Любопытно, что в антимонопольной практике «новое» означает «плохое», она враждебна к инновациям. Как было сказано, несмотря на очевидный вклад экономики в развитие антимонопольной политики, эта враждебность коренится в экономике и экономистах. Стимулы, существующие в научной экономической среде, в сочетании со стимулами, существующими в среде судей, сотрудников регуляторных органов и юристов, ведут к производству и ошибочному применению экономического анализа, направленного на доказательство того, что практически каждое неопробованное рыночное новшество может иметь антиконкурентные последствия. И в самом деле, знакомство с основными современными учебниками и обзорами литературы по отраслевой организации обнаруживает теоретико-игровые модели, выявляющие условия, при которых практически любое условие договора, новая продукция или деловая практика может нанести вред потребителям³. Забавно, тем не менее, что именно по отношению к инновационной продукции и новаторским контрактам последствия ошибочного правоприменения нарастают. Хотя этот аргумент подразумевает, что подход, основанный на анализе ошибок, и его уроки становятся все *более* важными перед лицом технических и деловых инноваций, тревожная тенденция, присутствующая в учебной литературе и в убеждениях ведущих антимонопольных регуляторов, заключается в преуменьшении роли ошибок при принятии решений о правоприменении и разработке действенных антимонопольных норм.

Эта враждебная установка (традиция «негостеприимности») по отношению к необычному хозяйственному поведению и институционализация законов и процедур, склонных ставить под вопрос новаторское поведение, создают особые проблемы перед лицом концепции экономического поведения, с особой настороженностью относящейся к связи действий

1 Williamson O. E. Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization. 1975.

2 Easterbrook F. H. The limits of antitrust.

3 Общий обзор см. в: *Tirole J.* The theory of industrial organization. 1988; см. тж. комментарии в: *Muris T. J.* Antitrust law, economics, and bundled discounts. July 15. 2005 <http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris.pdf> («Точно так же, как пришелец с Марса, ознакомившись лишь с математической литературой, мог бы ошибочно заключить, что хозяйство США пронизано рыночной властью, ошибочно было бы предположить, что растущий объем теоретических работ, исследующих продажу в нагрузку или скидки при продаже в нагрузку как исключаящую практику, означает, что *вообще* имеет место какой-либо рост или опасность от антиконкурентного применения продажи в нагрузку»).

корпоративных акторов и их последствий. Судья Истербрук подчеркивает данную проблему:

Знание далеко отстает от рынка. Во многих смыслах полезно считать рыночное поведение случайным. Фирмы испытывают десятки практик. Большинство из них проваливаются, и фирмы вынуждены пробовать другие или уходить. Другие практики что-то приносят потребителям — сокращая издержки или повышая качество — и таким образом выживают. В конкурентной борьбе выживают фирмы, применяющие лучшие практики. Ошибки погребаются.

Почему конкретные практики срываются? Фирмы, их избравшие, могут знать причину или не знать ее. Они могут описать, «что» они делают, но более сложно описать «почему». На этот вопрос сможет ответить только тот, кто обладает весьма полным знанием о рыночном процессе, а также временем и данными, необходимыми для оценки. Иногда ответить на него не может никто¹.

Истербрук ссылается при формулировке этого фундаментального принципа на Армена Алчиана. Как полагает Алчиан, малоосмысленно требовать от хозяйствующих субъектов выявления, понимания и оценки конкурентной, максимизирующей прибыль основы своего поведения, поскольку им мешает «неполное предвидение и неспособность человека решать сложные задачи, включающие много переменных, даже если оптимум поддается определению»². Экономическая эффективность обусловлена скорее немногими вычислениями, «которые дополняются основными элементами дарвиновского эволюционного естественного отбора»³. По Алчиану, приписывать хозяйствующим субъектам какое-то особое знание о хозяйственных последствиях своих действий в широкой (и даже узкой) перспективе является ошибкой.

Это предостережение в еще большей степени применимо к регуляторным органам и судам и, в частности, предупреждает их от допущений, основанных на выводах об антиконкурентных последствиях еще необъясненного, необычного хозяйственного поведения (или, что еще хуже, об антиконкурентных намерениях хозяйствующих субъектов). Инновации бросают антимонопольной политике особый вызов.

3.1 НОВАЯ ПРОДУКЦИЯ

Проблема ошибочных осуждений усугубляется в контексте технических новшеств, как из-за собственной ценности инновации⁴, так и ввиду повышенной вероятности ошибки. В своей статье «Антимонопольная политика в „новой экономике“» судья Познер перечисляет ряд сторон «новой экономики», которые бросают вызов антимонопольной политике касательно доктрины, ее применения, либо же и той, и другого. Что интересно, все, кроме одной из этих характеристик сущностно *специфичны для продукции* (исключением является повышение темпов вертикальной интеграции).

[«Новая экономика»] характеризуется ... снижением средних издержек (исчисляемых по товарам, а не по фирмам) широкого круга продукции, умеренными требованиями к капитальным затратам по сравнению с тем, что новое предприятие может получить на рынке капитала, очень высоким темпом инноваций, быстрым и частым входом на рынки и уходом с рынков, а также экономией на масштабе на стороне потребления

1 Easterbrook F. H. The limits of antitrust. P. 5.

2 Alchian A. Uncertainty, evolution, and economic theory // J. pol. econ. 58. 1950. P. 211, 212.

3 Id. P. 213. N. 7.

4 Jones C. I., Williams J. C. Measuring the social return to R&D // Q. j. econ. 113. 1998. P. 1119 (с оценкой, согласно которой общественная отдача от вложений в НИОКР намного превышает частные прибыли, что означает, что имеющихся стимулов для инноваций уже недостаточно для оптимума).

(также известной как «сетевые экстерналии»), реализация которой может потребовать либо монополии, либо сотрудничества между фирмами в установлении стандартов. А вертикальная интеграция, хотя и является общей чертой старой экономики, в новой становится еще более общей, вовлекая необычайно большое количество фирм в связи с другими фирмами — покупателями или поставщиками — являющимися в то же время их конкурентами¹.

Познер добавляет, что «основным результатом деятельности данных отраслей ... является интеллектуальная собственность». Ключевыми (и потенциально создающими проблемы) элементами производства и распространения интеллектуальной собственности являются стандартизация, потребность в операционной совместимости, экономия на масштабе и наличие сетевых эффектов, каждый из которых может вносить вклад в нарастающее подобие монополизации в этих отраслях. В то же самое время, сама доступность монопольной ренты порождает ожесточенную конкуренцию за рынок, приносящую огромные краткосрочные выгоды потребителям (некоторые из которых затем могут присваиваться через монопольную ренту), а также долгосрочные динамические выгоды, которые вряд ли будут когда-либо присвоены инноватором.

Познер также представляет часто упускаемое соображение о том, что «перспективы сетевой монополии должны таким образом привести не только к высокому темпу инноваций, но также и к стратегии низкой цены, стимулирующей ранние покупки и компенсирующей первым покупателям позднейшую возможность предпринимателя взимать монопольную цену»². Таким образом, с издержками технического новшества должны сопоставляться не только предстоящие, динамические выгоды, но и *уже состоявшиеся*, статические. Одна из проблем применения антимонопольных принципов к «новой экономике» заключается в том, что [они] обращены в будущее (и ограничены им), взвешивая, приведет ли (если еще не привело) оспариваемое поведение к монополизации. Это становится проблемой, если инноваторы жертвуют монопольными прибылями в конкуренции за рынок в ожидании будущей отдачи — только для того, чтобы обнаружить, что это отдача становится недоступна в тот момент, когда начинают ее получать. Исключительно статичная, обращенная в будущее оценка упускает уже полученную потребителем инновационной продукции выгоду и губит рынок из-за имеющихся или предполагающихся в будущем ожиданий вреда потребителям. Это оказывает долгосрочное влияние на динамическую эффективность, подавляя те самые новшества, которые могли приносить изначальную выгоду потребителям³, но также может и просто бить мимо цели и наказывать поведение, уже повышающее благосостояние потребителей.

Одна из проблем со склонностью экономистов изыскивать теоретическую возможность антиконкурентного поведения и с пользующейся этой склонностью традицией негостеприимности антимонопольного законодательства заключается в чрезвычайной сложности определения условий, при которых конкретное приложение данной теории может быть отвергнуто. «Как только для нахождения баланса эффективности и монополии призывается антимонопольный суд, возникают проблемы; царят правовая неопределенность и возможность ошибки»⁴. Разумеется, не всегда дело обстоит так, что исключая конкурентов новшество обязательно антиконкурентно, и даже нововведение, которое может *иногда* быть антиконкурентным, вряд ли будет антиконкурентным *всегда*. Таким образом, главная критика современных исследований по отраслевой организации и

1 Posner R. A. Antitrust in the New Economy // Antitrust l. j. 68. 2001. P. 925, 927.

2 Id. P. 929.

3 Teece D. J. Favoring dynamic over static competition: implications for antitrust analysis and policy. Forthcoming 2009.

4 Posner. Op. cit. P. 932.

ее возможных теорем, касающихся антимонопольного поведения, состоит в том, что она не способна систематически давать проверяемые следствия¹.

Надлежащее применение принципов основанного на анализе издержек ошибок подхода позволило бы отложить в таких случаях вмешательство до получения и оценки эмпирических свидетельств. Тем не менее, именно в таких ситуациях вмешательство наиболее вероятно. С одной стороны, это может быть обусловлено отсутствием сведений, *опровергающих* презумпцию антиконкурентного эффекта, а привести аргументы против такого поведения проще — и это несмотря на нормы, которые переворачивают бремя доказательства, возлагая его на истца. С другой стороны, успешные инновации также с большей вероятностью возбудят гнев конкурентов и/или покупателей, и как наличие таковых, так и даваемые ими отрицательные характеристики с большей вероятностью будут представлены судье — подталкивая к частным искам в поисках возмещения убытков в тройном размере.

В нижеследующей таблице представлена краткая история антимонопольных вмешательств в случаях инновационных товаров, показывая как дела, подтверждающие антиконкурентные объяснения, так и ключевые экономические догадки, бросающие сомнения на обосновывающие [антимонопольное преследование] объяснения. В каждом из дел, решено ли оно в конце концов правильно или неправильно, решение о правоприменении и/или исход гражданского иска определялись идеей об антиконкурентности, вдохновленной инновационным товаром, являвшимся предметом оценки.

Дело	Инновация	Спорная антиконкурентная теория	Ответственность	Опровержение антиконкурентной теории	Источник с примерами
Berkey Photo	Высококачественная карманная камера	Ключевые мощности («отказ от предварительного уведомления»)	нет	Возложение обязанности заключения сделки создает субоптимальные стимулы для инноваций и не является необходимым для конкуренции вниз по торговой цепочке	Schumpeter 1942; Areeda 1989; Lipsky & Sidak 1999; Carlton 2001
Microsoft U.S.	Операционная система	Сетевой эффект способствует	да	Сетевые эффекты являются	Liebowitz & Margolis 1990, 1994,

1 Общий обзор см. в: *Evans, Padilla*. Neo-Chicago approach to unilateral practices; Wright. Overshot the mark? В дополнении к обычному невниманию к фактам и рыночным условиям отдельных случаев, в которых применимы данные теоремы, как отмечено выше, данные исследования в особенности невнимательны к институциональным и политическим ограничениям, в которых действуют правоприменительные органы и суды.

		исключению конкурентов; уклонение от заключения договора		положительными экстерналиями и не приводят к провалу рынка	1995 & 1999; Spulber 2008
Microsoft EU	Программное обеспечение для серверов	Несовместимость; уклонение от заключения договора	да	Возложение обязанности заключения сделки создает субоптимальные стимулы для инноваций	Spulber 2008
C.R. Bard	Шприцы (и иглы) для биопсии	Техническое связывание/ злоупотребление монополией (антиконкурентная конструкция товара)	да	Теорема об однократном получении монопольной прибыли [при вертикальной интеграции и связывании]; ценовая дискриминация	Director
Abbott v. Teva	Расширение ассортимента фармацевтической продукции	Смена продукции	В суде (ходатайство об отклонении иска отклонено)	Возложение обязанности заключения сделки создает субоптимальные стимулы для инноваций	Schumpeter 1942; Carlton 2001; Gilbert 2007

ТАБЛ. 2. ДЕЛА ОБ ИННОВАЦИОННЫХ ТОВАРАХ

Для иллюстрации данных проблем рассмотрим более подробно оценку двух представительных дел из этого списка.

3.1.1. BERKEY PHOTO, INC. V. EASTMAN KODAK CO.

В деле Berkey Photo под вопросом оказалось такое новшество, как новый фотоаппарат и фотопленка для него. Жалоба, перечисляя несколько поводов для иска, в сущности, называла вывод на рынок новой продукции антиконкурентным действием. Более определенно, истец заявил, что антиконкурентным действием является вывод новой продукции *без предварительного уведомления конкурентов*. Дня нас эта определенность значения не имеет: превращение необычного нововведения в хорошо знакомое посредством предъявления требования предварительного раскрытия разрушило бы структуру стимулов и вознаграждений, поощряющую технические инновации (а также сбыт и распространение инновационной продукции). Жаловаться на новшество, которые

появились без предварительного уведомления, означает жаловаться на новшества как таковые.

Допустим, апелляционный суд по этому делу правильно в нем разобрался, по крайней мере, на самом общем уровне. Мнение главного судьи Кауфмана из Второго судебного округа даже привело к знаменитой формулировке Лёрнида Хэнда, касающегося ключевого спора об Акте Шермана в деле Alcoa, привлекающей внимание к сложным стимулам, ведущим к искам конкурентов с обвинениями в антиконкурентном поведении:

В своем ярком тексте судья Хэнд указывает на головоломку, которую не смог разрешить. Установив, что Конгресс «не разрешил „хорошие тресты“, запрещая „плохие“; он запретил любые», он не менее энергично заявил, что «успешный участник конкуренции, вынужденный конкурировать, не должен наказываться за победу». Хэнд, таким образом, говорит нам, что было бы в сущности нечестно осуждать успех, в то время как конкуренцию предписывает сам Акт Шермана. Такая негибкая норма, опасается Хэнд, может также лишить ведущую фирму в отрасли стимулов прилагать дополнительные усилия. Развитие успеха может повлечь не вознаграждение, но наказание по суду. Антимонопольное законодательство, таким образом, вознаградит ту самую нерадивость, которую намеревалось предотвратить. Мы всегда должны помнить, что Акт Шермана не должен применяться в извращенной форме на благо тех, кто ищет защиты от тягот конкуренции¹.

Но окружной суд и присяжные оказались не склонны принять столь утонченную точку зрения, так что процесс в совокупности занял девять лет, включая целых *четыре года* досудебных разбирательств — серьезное предостережение даже ввиду в целом положительного исхода для ответчика. И хотя мнение Второго окружного суда содержит ряд разумных мыслей и формулировок², оно все же показывает близорукость в отношении всей полноты условий конкуренции, подлежащих учету при определении антиконкурентного воздействия.

Например, в данном мнении не упомянута роль Fuji Film, стремительно вышедшей на американский рынок в 1972 г., за год до подачи иска Berkey Photo и в то же самое время, как Kodak вывел свою полуавтоматическую камеру 110-й серии на рынок «карманных» фотоаппаратов — рынок, существенно оживившийся после появления пленки Kodacolor II, выпускавшейся (изначально) только для данной модели³. На самом деле, начиная с 1967 г. доля Kodak как на рынке фотоаппаратов, так и на рынке фотопленки падала (оставаясь, впрочем, достаточно высокой на обоих)⁴. Динамические изменения рынка такого типа, а также предпринимаемые фирмами в ответ на них усилия, ставят в антимонопольных делах постоянную проблему. Фирмы имеют мало возможностей оценивать грядущие

1 Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, (2d, Cir. 1979)

2 Включая выражения, свидетельствующие об учете существенного риска и издержек ошибочных осуждений, создаваемых неопределенным или переусложненным применением антимонопольного законодательства. (Id.: «Но трудно понять, как крупная корпорация, как бы она ни привыкла принимать решения с учетом возможных антимонопольных последствий, может обладать всеведением, необходимым для предвидения всех случаев, в которых присяжные могут прийти к выводу, что в прошлом предварительное раскрытие было необходимым»).

3 См. Kadiyali V. Eastman Kodak in the photographic film industry: picture imperfect? // Market dominance: how firms gain, hold or lose it and the impact on economic performance / Rosenbaum D., ed. 1998. P. 89, 100.

4 Id. P. 92 (цитируется дело Berkey Photo, 603 F.2d.). Стоит заметить, что рынок фотоаппаратов в то время испытывал значительно меньшее давление, а значительный удар был нанесен выводом на рынок камер «Pocket 110», рассматривавшемся в данном деле. Однако стоит упоминания и то, что наиболее существенное падение (7%) доли на рынке фотоаппаратов впоследствии произошло от конкурентов на том же самом рынке, спустя лишь год после вывода на рынок «Pocket 110».

конкурентные угрозы и соотносить, как на них отвечать, и судьи в оценке этого факта сталкиваются со значительными сложностями. Более того, в особенности, при определении границ рынка, важность конкурентных угроз систематически недооценивается судами, ввиду того, что им приходится оценивать факты до их возникновения и с подозрением смотреть на еще не осуществившиеся угрозы конкуренции.

В своей основе данное дело подобно многим другим случаям выведения на рынок инновационных продуктов, в которых жалобы основываются на каком-либо варианте аргументации, касающейся возможности взаимодействия и доступа к интеллектуальной собственности (или к продукции, защищенной интеллектуальной собственностью). В данном случае конкурент жаловался, что оказался в положении, невыгодном для конкуренции с доминирующим конкурентом, поскольку не был в достаточной степени предупрежден о готовящемся доминирующем компанией новшестве¹. Хотя в данном деле это не обсуждалось, данный довод схож с аргументом о ключевых мощностях, и во всех таких делах, касающихся инновационной продукции, есть элемент, основанный на доктрине о ключевых мощностях. Проблема с данным доводом заключается в том, что предполагается (ошибочно), что перед лицом инноваций невозможна серьезная конкуренция с утвердившимся участником рынка, или что отсутствие конкурентов на данных рынках означает неэффективность. Проблема на самом деле коренится в применении негостеприимных антимонопольных норм перед лицом технических новшеств. Традиционные критерии доминирования часто легко соблюдаются в случае успешного нововведения в продукции, в особенности, в «новой экономике». Но отсюда не следует, что доминирование представляет те же самые проблемы, которые представило бы в других ячейках хозяйства. Как замечает один комментатор:

Некоторые факторы делают лидеров все более агрессивными и способствуют росту их доли на рынке (иногда вплоть до того, что другие фирмы с него уходят): таковы экономия на масштабе, сетевые эффекты и обучение путем практики, однородность продукции и быстрое техническое развитие, каждый из которых характерен для рынков «новой экономики». В результате, рынки с высокой концентрацией, проистекающей из присутствия доминирующей фирмы, вполне сочетаются с эффективностью. Отсюда следует важный для конкурентной политики вывод: если при старом подходе к злоупотреблениям доминирующим положением требовалось проверять доминирование посредством структурных индикаторов и определения наличия определенного недобросовестного поведения, подход «новой экономики» требует лишь проверки наличия вреда, наносимого потребителям. Как правильно замечают Рей и другие [Rey et al.], «традиция рассмотрения дел с отдельным определением доминирования и злоупотреблений упрощает процесс, но такое упрощение влечет потерю точности в применении законодательной нормы. Структурные индикаторы, традиционно служащие косвенным показателем „доминирования“, адекватны для измерения власти не лишь на некоторых рынках, но не на других», в особенности, в «новой экономике»².

В этих делах, связанных с инновационной продукцией, существует неудачный способ рассуждения *post hoc*, когда технический стандарт или доминирующая доля на рынке нового продукта принимается за данность, и приводятся (и принимаются) доводы о том, что конкуренция возможна только с доступом к доминирующей или стандартизированной новинке (и возможностью скопировать ее). Проблема с этим типом доводов, как делают

1 Решение суда более низкой инстанции тем более тревожно ввиду того факта, что Kodak на самом деле предложил предварительное раскрытие (за плату), но двухмесячного опережения оказалось для Verkey недостаточным.

2 *Euro F. Competition policy: toward a new approach // Eur. competition j. 2. 2006.*

очевидным исследованием по сетевым эффектам, заключается в том, что правомерная (основанная на преимуществе в эффективности) конкуренция остается возможной даже перед лицом доминирующей продукции или стандартов. Примечательно, если учитывать огромное количество ресурсов, поглощенных этим судебным процессом, что сама Berkey смогла вывести на рынок конкурирующий со 110-й серией Kodak фотоаппарат спустя лишь 18 месяцев после его появления.

Более того, если рынок динамически эффективен, и если излишки делятся между производителями и потребителями, конкуренция может быть столь же действенной и *ex post*¹.

Для данного существенного затруднения при применении экономической теории к политическим решениям символично то, что даже если справедливо утверждение о способности монополии с учетом сетевого эффекта выйти за пределы, в которых она компенсирует экономию, пожертвованную на ранних этапах доминирования², перед теорией, которая формулирует такое утверждение, стоит непосильное определение *того момента*, когда оно оказывается истинным. Более того, наиболее частое корректирующее действие — принудительный доступ — должно регулироваться на экономически благоприятных условиях. Антимонопольный орган — принимая теоретическое утверждение о том, что определенная динамика рынков может, при определенных условиях, позволять устоявшемуся участнику рынка [incumbent] доминировать и после прохождения теоретически оптимальной точки, — становится постоянным контролером цены³. Но данные, необходимые для ее определения, никогда не станут доступны регулирующему органу. Кроме того, единственным свидетельством, которое у него есть, остается свидетельство пострадавшего конкурента, чьи страдания и конкурент, и регулирующий орган, а также экономист, готовы описывать как свидетельство того, что пострадала «конкуренция», а не всего лишь один из конкурентов⁴.

Символично для этой проблемы напутствие, которое дал окружной судья коллегии присяжных по делу Berkey:

Сам по себе тот факт, что Kodak не предупредила заранее конкурентов о своей новой продукции, не дает вам оснований признать такое поведение исключая конкурентов. Обычно у производителя нет обязанности подобным образом предварительно раскрывать свою продукцию. Скрывать новые работы — это обычная и приемлемая деловая практика. Однако, если вы найдете, что Kodak обладала монопольной властью на рынке фотоаппаратов или на рынке фотопленки, и если вы найдете эту власть достаточно сильной, чтобы сделать невозможной конкурировать на рынке фотоаппаратов с Kodak, не предлагая продукции, подобной кодаковской, вы можете считать отказ от раскрытия сведений в свете иного поведения, которое сочтете антиконкурентным, значимым исключаящим способом поведения⁵.

На самом деле, если бы даже присяжные выяснили, что монополия Kodak была «достаточно сильной», чтобы препятствовать конкурентам конкурировать в данный момент с этим

1 Demsetz H. Why regulate utilities? // J. l. & econ. 11. 1968. P. 55

2 Таких теорий множество. См. напр. Janusz J., Saloner G. Predation, monopolization and antitrust // Schmalensee, Willig. Handbook of industrial organization. 1989. P. 538.

3 Принудительное заключение договора «требует от судов действовать в роли органа центрального планирования, определяя надлежащие цену, количество и другие параметры договора — роль, к которой они неприспособлены». Verizon Comm'n's., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2005).

4 Всеобъемлющую оценку проблемы принудительного доступа и доктрины ключевых мощностей см. в: Lipsky A. B., Jr., Sidak J. G. Essential Facilities, Stan. l. rev. 51. 1999. P. 1187.

5 Berkey Photo, 603 F.2d.

конкретным инновационным продуктом на этом конкретном рынке, этот вывод не сделал бы доступ к новшеству Kodak необходимым для конкуренции. Вычисления, необходимые для определения того, является ли отказ от раскрытия «по совокупности обстоятельств» исключаящим образом действия, были бы гораздо более сложными, скорее всего, требующими сведений, выходящих за пределы доступных и понятных судье и присяжным. Но те свидетельства (наряду с теорией), которые все же доступны и понятны, формируют неверный подход к делу, допуская то, что должно бы быть более общим исследованием динамической эффективности, определяющим, соответствует ли конкретное достижение или конкретный конкурент теоретической модели. Это сосредоточение на поиске свидетельств, подходящих для антиконкурентного объяснения, влечет еще одну проблему: слишком большое доверие свидетельствам, связанным с наличием умысла.

Суд в деле *Berkey Photo*, повторяя ход ряда других процессов, установил, что «если образ действия неоднозначен, „важную роль в реальном происхождении и исходе поведения, по отношению к которому ставится вопрос о его антиконкурентности, зависит от наличия умысла“»¹. В определенном смысле это, наверное, так, но применение данной максимы к оценке «антиконкурентных эффектов» (необходимого условия в антимонопольных делах), в особенности, вместо прямых свидетельств антиконкурентного эффекта — проблематично. Данная проблема усугубляется в случаях, связанных с инновациями, когда даже деловым людям трудно предсказать эффект производимой продукции или своих действий. «Имеется существенная разница между надежностью свидетельства, привлекаемого для доказательства того, что актер осуществлял определенное умышленное поведение, и свидетельством, привлекаемым для доказательства того, что поведение актера *влечет определенные хозяйственные и правовые следствия*»².

Вполне адекватно эта проблема сформулирована самим судьей Истербруком:

Почти все свидетельства, касающиеся «умысла», обычно показывают ведомое жадностью желание преуспеть и удовольствие от препятствования конкурентам. Но желание преуспеть лежит в основе конкурентной экономики. Фирмы не обязаны любить своих конкурентов и радоваться их достижениям, а желание изничтожить соперников вполне совместимо с конкуренцией и часто бывает ее мотивом. ... Критерий умысла не позволяет отличить конкуренцию от попытки монополизации и подталкивает присяжных наказывать жесткую конкуренцию. Также он усложняет разбирательство. Адвокаты перелопачивают деловую отчетность, ища эпизоды, которые прозвучат впечатляюще (или агрессивно), если их зачитать присяжным. Долгие путешествия по складам компаний в поиске неверных свидетельств удорожает расследование и в то же время снижает точность решений. ... Хотя в редких случаях отсылка к умыслу в принципе и способна помочь избавиться от неопределенных фрагментов хозяйственных свидетельств, цена (и в смысле денег, и в смысле ошибок) поиска таких редких случаев слишком высока — в значительной степени потому, что

1 Id. (цитируется *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 436 n.13 (1978) и *Sargent-Welch Scientific Co.*, 567 F.2d. P. 712).

2 *Manne G. A., Williamson E. M. Hot docs vs. cold economics: the use and misuse of business documents in antitrust enforcement and adjudication // 47 Ariz. l. rev. 609, 647-48 (2005).* Гарольд Демсец делает связанное с этим замечание в контексте хищнического ценообразования: «Снижение цен с целью приобретения новых покупателей наносит соперникам столько же вреда, сколько и снижение цен с целью им навредить» (*Demsetz H. Barriers to Entry, Am. econ. rev. 72. 1982. P. 47, 54*). Сложно определить вес свидетельств об умысле, когда исход иска зависит от доказательства ущерба, а ущерб одинаково возможен в результате как антиконкурентного, так и конкурентного намерения.

свидетельства, приводимые в доказательство наличия умысла, еще менее определены, чем те хозяйственные данные, которые они призваны прояснить¹.

В дополнении к наращиванию неопределенности в антимонопольных оценках, которые и так неопределенны, в особенности в контексте инноваций, применение свидетельств умысла усугубляет ту асимметрию, которая лежит в ядре подхода, основанного на анализе издержек ошибок: «Как только ограничение оказывается неразумным в свете ... своей способности обеспечивать возмещение и альтернативных способов действия, невинное душевное состояние ответчика его не спасет»². Другими словами, свидетельства умысла действуют как храповик, помогая доказать антиконкурентные эффекты, но не помогая оправдать новаторское поведение. Параллель с предвзятостью экономической теории налицо, и обе предвзятости усиливают друг друга.

3.1.2 ДЕЛО MICROSOFT³

Мало дел оказало такое серьезное влияние на историю и будущее антимонопольной политики, как дело против Microsoft. В совокупности, расследования Министерства юстиции США и Европейской Комиссии держали Microsoft под подозрением 25 лет и держат до сих пор. В США Microsoft все еще работает на условиях мирового соглашения, в Европе — продолжает досудебное и судебное урегулирование и остается открытым для исков частных лиц и правительств по всему миру.

Для краткости мы не будем касаться всех аспектов дел против Microsoft, но осветим лишь фундаментальную проблему, которую они представляют для вынесения приговора перед лицом инноваций⁴.

Дело Microsoft представляет сложную проблему инноваций в двусторонней платформе с сетевыми эффектами. Как мы упоминали, существенным моментом в делах, касающихся инновационной продукции, является способность к взаимодействию или доступ к интеллектуальной собственности. Касается ли претензия ключевых мощностей, уклонения от заключения договора, отказа от предварительного раскрытия или эксплуатации монополии, суть претензии заключается в предположении, что эффективная конкуренция требует доступа к нововведению монополиста. Это определенно тот случай, когда правительство применило к Microsoft некоторые вполне традиционные претензии об исключительном поведении. Но дело против Microsoft и подобные дела исходят из того, что инновационная продукция изначально создает проблемы (порождая рыночную власть), требуя правительственного вмешательства для обеспечения конкуренции со стороны конкурентов, которые в противном случае ограничены в своих действиях.

1 A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989) (курсив оригинала).

2 Areeda P. Hovenkamp *H. Antitrust Law*. Aspen Publishers. Vol. 7. §1506. P. 390. (и цитируемые судебные дела).

3 Хотя настоящая глава сосредоточена на американском деле против Microsoft, относящиеся к делу цитаты из релевантных решений как в США, так и в ЕС доступны здесь: United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001); Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, Commission Decision of 24 March 2004 <<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>> (далее, «Европейское решение»); European Commission v. Microsoft Corp., Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber), Case T-201/04. Sept. 17, 2007 <[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher\\$oocrequire=alldocs&numaff=T-201/04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher$oocrequire=alldocs&numaff=T-201/04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100)> (далее, Решение Суда первой инстанции»).

4 Уильям Пейдж и Джон Лопатка хорошо потрудились, обсуждая дела против Microsoft. См. Page, Lopatka. Op. cit.; Page, Childers. Op. cit.. См. тж. Spulber D. F. Competition policy and the incentive to innovate: the dynamic effects of Microsoft v. Commission // Yale j. on reg. 25. 2008. P. 101.

Дело против Microsoft свелось, в сущности, к сетевым эффектам. Во-первых, важно отметить, что, согласно современному пониманию, сетевые эффекты являются полезными, хотя в литературе ведется спор о той степени, в которой они вызывают также опасения в части исключаящих эффектов¹. Хотя при определении терминов нередко серьезная небрежность, в особенности при искажающем переводе с экономико-теоретического языка на язык судебных решений, известно критически важное различие между *косвенными* и *прямыми* сетевыми эффектами². Лейбович и Марголис подчеркивают, что последствия этих двух типов эффектов разительно отличаются, и, в частности демонстрируют, что транзакции с взаимодополняющими товарами (косвенный сетевой эффект) позволяют полностью присвоить выгоды при потреблении взаимодополняющих товаров³. Таким образом, несмотря на противоположные утверждения, косвенные сетевые эффекты не являются источником провала рынка, ведущей к технической привязке (lock-in) — и, таким образом, потенциально к исключаящим эффектам⁴.

Дело против Microsoft в США строилось на косвенных сетевых эффектах. Самое важное обвинение — что значительное количество разработчиков, пишущих прикладные программы для запуска под системами Microsoft Windows представляет «барьер для вывода на рынок прикладных программ» — с доводом о том, что косвенные сетевые эффекты оградили Microsoft от конкуренции и создали монопольную власть, требующуюся, чтобы суд вынес обвинительное решение, несмотря на утверждения о постоянной угрозе такого вывода⁵. Но аргументы суда здесь менее чем убедительны, основываясь на «факте того, что барьер для выхода на рынок прикладных программ *демотивирует* многих к написанию программ для этих менее популярных платформ»⁶. Проблема заключается в определении того момента, если он вообще наступает, после которого это конкурентное преимущество представляет непреодолимый барьер для вывода новой продукции и санкционирует монополизацию, а также в определении того, применима ли теория к наличествующим фактам.

Похоже, что прямые свидетельства внесли бы коррективу, и, действительно, в Microsoft настаивали, чтобы вопрос решался на основе прямых свидетельств. Суд, однако, отверг прямые свидетельства, касающиеся монопольной власти Microsoft, и опирался в основном на структурные аргументы, выводимые из барьера для вхождения на рынок прикладных программ. Проблема, разумеется, в том, что суд был опровергнут. Сегодня Linux и Apple являются значимыми конкурирующими стандартами, а Google и другие молодые компании (включая, вероятно, несколько неизвестных компаний) накладывают мощные ограничения. Даже Лоренс Лессиг, когда-то участвовавший в процессе и бывший одним из его горячих сторонников, признал свою ошибку, заявив: «Я наговорил лишнего на Microsoft»⁷.

Экономика сетей и ее приложение к антимонопольной политике получили достаточное признание к тому моменту, когда рассматривалось американское дело против Microsoft. Как минимум, были уже важные теоретические достижения Артура, Катца, Шапира, Салонела и

1 Cp. Liebowitz S. J., Margolis S. E. Network externality: an uncommon tragedy // J. econ. persp. 8. 1994. P. 133 c Shapiro C. Exclusivity in network industries // Geo. mason l. rev. 7. 1999. 673. См. тж. Priest G. L. Rethinking antitrust in an age of network industries <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031166>.

2 Liebowitz, Margolis. Op. cit.; Katz M. L., Shapiro C. Systems competition and network effects // J. econ. persp. 8. 1994. P. 93.

3 Liebowitz, Margolis. Op. Cit.

4 Spulber. Op. Cit.

5 United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 55 (D.C. Cir. 2001).

6 Id. (курсив наш). Окружной суд все же не был столь осторожен.

7 Posts // Wired Magazine. Jan. 2007

<<http://www.wired.com/wired/archive/15.01/posts.html?pg=6>>.

Фаррела, а также бóльшая часть теоретических и эмпирических исследований Лейбовича и Марголиса плюс некоторое количество более ранних работ. Однако этот корпус работ носил в высшей степени теоретический и математизированный характер, а мнения Лейбовича и Марголиса представляли убедительный взгляд, противоречащий мнению большинства. Применение этих исследований в деле против Microsoft и сопутствовавшее этому применению уменьшение веса прямых свидетельств было, на наш взгляд, ошибкой¹. Признавая, что природа монополий, основанных на технике, потенциально быстротечна (со ссылкой на Шумпетера), суд в сущности игнорировал свидетельства о конкурентных угрозах, приводимые Microsoft. Как Лейбович с Марголисом писали в разгар дела против Microsoft, «очевидно, что потенциал злоупотребления такими антимонопольными теориями со стороны конкурентов, неспособных победить на рынке, очень велик, так же, как и теориями о хищническом поведении. Поскольку эмпирических свидетельств в поддержку такой теории мало, она выглядит с лучшим случае незрелой, а в худшем — неприменимой в качестве основы для решений по антимонопольным делам»². В сущности от суда требуют выступить в качестве рецензента с правом решающего голоса во внутреннем споре экономистов — деле, к которому тот в высшей степени неприспособлен.

Одна из причин (отрадной) сравнительной редкости антимонопольного вмешательства в случае инновационной продукции является обычно высокая ценность новой продукции; кроме того, издержки сдерживания дорогостоящего и рискованного вывода новых товаров на рынок и сдерживания также высоких и рискованных затрат на нововведения, велики³. По той же самой причине весьма рискованно и какое бы то ни было вмешательство регуляторных органов, направленное против инновационных товаров. Дело против Microsoft наверняка подталкивалось убежденностью в том, что уникальность и повсеместное распространение продукции Microsoft столкнутся с конкуренцией не скоро. Как замечено выше, последующие события показали, что такое предсказание оказалось неточным.

Одним из осложнений, упускаемых большинством теоретиков сетевых эффектов и не принятых во внимание в деле против Microsoft, является способность корректирующих действий рынка — способность координации потребителей с целью поощрения изменений в поведении вышестоящей (но менее развитой) сети — преодолеть проблемы данной [сетевой] модели. По Дэну Спалберу:

Обычное определение сетевых эффектов отсылает к росту выгод для потребителя с ростом числа других потребителей сетевого блага. Я определяю сетевые эффекты как вытекающие из более глубинного эффекта: взаимных выгод при потреблении. Он позволяет потребителям заботиться о том, кто еще и в каких количествах потребляет. Обычное определение подразумевает, что потребители заботятся только об общем числе потребителей, и является частным случаем нашего более широкого определения. Для извлечения взаимных выгод от потребления нужна координация между решениями, принимаемыми потребителями. Пессимистичный

1 Такое преуменьшение тем более иронично, если учесть, что отчасти оно основано на выводе суда о долгосрочных, динамических интересах Microsoft, касающихся выхода на рынок, относились к чрезмерно отдаленным временам, даже при том, что применимая литература по [отраслевой] структуре целиком посвящена долгосрочным, динамическим последствиям для эффективности.

2 Liebowitz S. J., Margolis S. E. Network effects // The new Palgrave's dictionary of economics and the law. 1998.

3 Общий обзор см. в: The economics of new goods / Bresnahan T. F., Gordon R. J., eds. 1997. P. 209; см. тж. Easterbrook. The limits of antitrust.

взгляд заключается в том, что потребители не координируются из-за трансакционных издержек, что влечет экстерналии и провал рынка¹.

Следствием такого определения является поощрение потребителями (включая новых потребителей) координации в рамках небольших (и больших) потребительских групп. Но Спалбер прав в том, что судьи и большинство экономистов *подразумевают* отсутствие потребительской координации на сетевых рынках (что влечет предположение о невозможности межсетевой конкуренции, сводящейся к конкуренции за рынок).

Как и в деле *Berkey* (и во всех делах, где предписывалось обеспечить доступ к технологии устоявшегося участника рынка), в процессах против *Microsoft* американский суд — и даже в большей степени Европейская Комиссия и Европейский суд первой инстанции — действовали в убеждении, что соответствующее нововведение само по себе должно быть доступно, чтобы имела место действенная конкуренция. Эта ошибка, конечно, менее распространена в экономических исследованиях, но и они ее не лишены². Довод о том, что конкуренция на каком-либо рынке не может иметь места перед лицом инноваций,

1 *Spulber D. F.* Consumer coordination in the small and in the large: implications for antitrust in markets with network effects // *J. competition l. & econ.* 4. 2008. P. 207, 209.

2 Даже судья Познер попадает в ту же ловушку при обсуждении дела *Standard Fashion* (*Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.*, 258 U.S. 346 (1922)) в своей «Антимонопольной политике в „новой экономике“». В ней судья Познер предполагает, что договоры об эксклюзивном дилерстве *Standard Fashion* могут создавать проблемы из-за экономии на масштабе при сбыте: желания части потребителей (и, следовательно, розничных торговцев) иметь при покупке полный выбор из всего доступного ассортимента одежды. Судья Познер делает аналогию с сетевыми эффектами явной, утверждая, что «торговая сеть соответствует розничному магазину с полным выбором», и что «*Standard Fashion* может применять эксклюзивное дилерство с местным монополистом в торговле текстильными товарами с целью предотвратить выход на рынок соперников. Однако, *Standard Fashion* как пример исключаяющих действий в «новой экономике» не выдерживает критики. См. *Klein B.* Exclusive dealing as competition on the merits // *J. Geo. Mason l. rev.* 12. 2003. P. 119, 146—52. Во-первых, ассортимент продукции *Standard Fashion* не является, на самом деле, критически важным для розничных торговцев. Во-вторых, рассматриваемые договоры имели срок действия всего лишь в 2 года и, таким образом, вряд ли препятствовали бы выходу на рынок в течение времени, достаточного для того, чтобы воспрепятствовать замене. В третьих, как объясняет Кляйн, договоры об эксклюзивном дилерстве со стороны *Standard Fashion* были, скорее всего, попыткой уравновесить стимулы к продвижению продукции между ею и ее розничными торговцами. См. *Klein B., Murphy K. M.* Vertical restraints as contract enforcement mechanisms // *J. l. & econ.* 31. 1988. P. 265 (с объяснением вертикальных ограничений как механизмов для решения постоянно присутствующего конфликта стимулов в связи с услугами по продвижению и для побуждения к надлежащему [исполнению работ по продвижению] розничными торговцами); *Klein B., Wright J. D.* The economics of slotting contracts // *J. l. & econ.* 50. 2007. P. 473 [рус. пер. *Райт Дж.* Экономика маркетинговых контрактов <<http://inliberty.ru/library/study/1371/>>. Другие материалы Дж. Райта по теме маркетинговых контрактов доступны по адресу <<http://inliberty.ru/library/authors/1370/>> — Прим. ред.] (с применением того же подхода для объяснения договоров супермаркетов о размещении товаров на полках для предоставления дополнительного места на полках как определенной формы рекламы). Но даже и без конкурентного обоснования, требование лишения права выкупа было бы незначительным. Во-первых, при некотором уровне цен покупатель добровольно посещали бы несколько магазинов, чтобы составить свой гардероб, если издержки такого посещения были ниже, чем переплата монополисту, которую были бы вынуждены платить при покупке полного ассортимента от *Standard Fashion* у его эксклюзивных розничных торговцев, поскольку сетевые эффекты имеют свои пределы. Второе — и более важное — это то, в течение какого времени одежда *Standard Fashion* будет оставаться *модной*? Мода, на самом деле, примечательно ветрена и даже доминирующие торговые знаки и фасоны оказываются подвержены быстрой смене при изменении вкусов. Соответствующим балансом в этом случае будет баланс между издержками монополии на время ее сохранения и издержками правоприменения плюс экономия от (потенциального) сокращения антиконкурентного поведения более быстрого, нежели его прекращение в отсутствие вмешательства. Тот факт, что данное поведение имеет понятное конкурентное объяснение (не имеющее отношения к сетевым эффектам) лишь повышает важность таких минимальных расчетов.

обладающих потенциалом исключаящего эффекта, выдвигается вновь и вновь, несмотря на то, что ни эмпирические свидетельства, ни экономические исследования его не подтверждают. В реальности, разумеется, даже перед лицом отказа от заключения договоров, отказов от обеспечения совместимости, отказов от предоставления лицензий и сетевых эффектов конкуренты могут найти и находят способ действовать против устоявшихся участников рынка. Как отмечалось, операционные системы Linux и компании Apple, а также сдвигающая парадигму угроза со стороны Google являются мощными сдержками для доминирования Microsoft, даже если они не были заметны в то время, когда принималось решение по американскому делу против Microsoft; серверные компьютерные программы с открытыми исходными текстами на самом деле доминируют на некоторых рынках и продолжают набирать вес против Microsoft даже в условиях отсутствия лицензирования интеллектуальной собственности, достаточного для удовлетворения Европейской Комиссии; технические изменения сделали устаревшей монополию IBM, и этот список открыт. Дело, возбужденное по иску конкурента, требующего доступа к существующей технологии и сосредоточенное на таком доступе в качестве своей основы, не обязательно способствует хозяйственной эффективности, поскольку серьезная конкуренция может возникать и без такого доступа.

3.2 ДЕЛОВЫЕ ИННОВАЦИИ

Видимо, представление о выгодах, которые инновации несут для экономического роста и благосостояния потребителей, уже достаточно широко распространилось, а с ним и по крайней мере некоторое понимание того принципа, согласно которому оптимальные антимонопольные нормы и решения по поводу правоприменения должны хоть как-то учитывать издержки, связанные с подавлением *продуктовых инноваций* в форме вывода на рынок новых товаров. Теперь мы выступим в поддержку того, что данные соображения, касающиеся издержек от ошибок, должны учитываться и оптимальными нормами, касающимися новшеств в части ведения дел. Как уже говорилось, соображения, касающиеся деловых и контрактных инноваций, были положены в центр исследования Истербруком, и он был прав. Основной урок новой институциональной экономики (раздела экономики, ныне связываемого по крайней мере с тремя нобелевскими лауреатами — Фогелем, Коузом и Уильямсоном) заключается в том, что новшества в договорных отношениях и изменения организационных форм, так же, как и нововведения в части продукции, могут вести к значительному выигрышу в эффективности. К сожалению, у антимонопольного законодательства плохая история учета этого понимания при разработке норм ответственности, несмотря на то, что к нововведениям в части продукции и ведения дел применимы сходные соображения в части издержек от ошибок.

На самом деле, центральную роль в истории взаимоотношений антимонопольной политики и новшеств в ведении дел главную роль играют ошибочные осуждения; конкретнее, тенденция, прослеживаемая по отдельным делам, соответствует анализу, проводимому нами во второй части статьи. Несмотря на словесное признание того, что меч антимонопольного законодательства не следует обнажать, коль скоро дело касается новых деловых практик или договорных новшеств, на деле ответственность предшествует анализу, осуждение — экономическому пониманию, и обычно это влечет ошибку I рода. В Табл. 3 представлена неисчерпывающая выборка дел, которые, как нам кажется, подпадают под такое описание и типичных для судебного антимонопольного правопринуждения, касающегося инноваций. Каждое дело касается новой деловой практики или договорной инновации, в связи с которым как минимум подавался иск и в большинстве случаев следовало осуждение в соответствии с антимонопольным законодательством только затем, чтобы последующее развитие экономики как минимум бросило тень сомнения, а иногда и доказательно отвергло экономические соображения, поддерживающие антиконкурентные объяснения, стоящие за таким делом.

Дело	Инновация	Спорная антиконкурентная теория	Ответственность	Конкурентное объяснение	Источник с примерами
Vons Grocery	супермаркеты	«Нарушение в зародыше»; связь между концентрацией и ценой	да	Концентрация рынка явилась результатом повышения эффективности	Demsetz 1973; Wright 2001
Broadcast Music	Биржа авторских и смежных прав	сговор	нет	Биржа прав стала решением проблемы транзакционных издержек	Williamson 1985; Ostrom 1990; Merges 1996
Paramount; Lowes	«Продажа кинофильмов в нагрузку»	Злоупотребление монополией	да	Ценовая дискриминация; минимизация издержек информирования/транзакционных издержек (предотвращает дорогостоящий «чрезмерный поиск»)	Stigler 1964; Kenney & Klein 1983
Dr. Miles	Фиксация цен перепродажи	сговор	да	Совмещает стимулы производителя и торговца в рекламе товара и предотвращает «безбилетничество»	Telser 1960; Klein & Murphy 1988
FTC v. McCormick	Плата за полку	исключение конкурентов	да	Совмещает стимулы производителя и торговца в рекламе товара	Klein & Wright 2007
Chicken Delight	Связывающая франшиза	Злоупотребление монополией	да	Конкуренция ex ante исключает монопольную власть;	Demsetz 1968; Rubin 1978; Klein & Saft 1985

				совмещаем стимулы франшизодателя и франшизополучателя; контроль качества	
Albrecht; White Motor Co.	Эксклюзивные территории	Разделение рынков	да	Совмещает стимулы производителя и торговца	Telser 1960; Mathewson & Winter 1984; Klein & Murphy 1988

ТАБЛ. 3. СУДЕБНЫЕ ДЕЛА О ДЕЛОВЫХ ИННОВАЦИЯХ

Данная таксономия несовершенна, и наверняка имеют место неразрывно связанные с продуктовыми инновациями деловые решения, так что отделить одни от других трудно. Дело, однако, в том, чтобы показать, что инновации не ограничены новой продукцией и техническими достижениями. Нарастание вероятности и издержек ошибок наблюдается не только в случаях, связанных с сетевыми эффектами и интеллектуальной собственностью; проблема, которую мы обсудили, демонстрируется целым снопом решений об антимонопольном правоприменении и важных прецедентов. Такие деловые нововведения выказывают сходные характеристики — и ставят сходные проблемы для антимонопольного правоприменения и судебных решений — с характеристиками продуктовых инноваций. Деловые новшества, как и инновационная продукция, влекут конкурентные преимущества и, пока как следует не поняты, связаны с неопределенностью, стремлением к ренте и репрессалиями. Деловые инновации представляют собой интересный случай для экономического анализа (на самом деле, даже более интересный, чем новаторская продукция), и таким образом подвержены той систематической пристрастности при проведении анализа, которую мы обсуждали. Такие новшества также весьма ценны, в том числе ввиду возможности их прямого распространения в значительно более широких отраслях хозяйства, чем распространение новой продукции. Как и инновационная продукция, деловые новшества могут оказывать широкое, энергичное последующее воздействие в масштабах всего хозяйства. Существуют, разумеется, деловые новшества, не оспариваемые с антимонопольных позиций по следам их внедрения. До некоторой степени они являются инновациями, уже широко признанными как эффективные практики еще до возвышения антимонопольного законодательства. Еще чаще такие нововведения становились мишенью жестких антимонопольных преследований, но мы их не включаем в список, поскольку ко времени, когда их оспаривали, они уже не были новшествами¹.

До обсуждения дел из Табл. 3 в качестве иллюстрации, сто́ит заметить, что в статье Истербука предвидится данная общая оценка; фактически, статья по большей части

¹ В то же время, данный список мог бы включать больше пунктов (не будучи задуман как исчерпывающий). Например, Intel сталкивалась с антимонопольными проблемами, следовавшими из ее методов ценообразования — методов сложных и интересных, но не слишком новаторских; мы отказываемся рассматривать Intel как случай делового нововведения. Но, разумеется, Intel работает в высокоинновационной отрасли. И именно «новоэкономический» характер этой фирмы, в особенности, проблема возврата чрезвычайно высоких фиксированных издержек продуктовых инноваций (при низких маржинальных издержках), побуждает ее применять спорные методы ценообразования; можно аргументировать, что Intel представляет собой типичный случай продуктовых инноваций.

посвящена деловым решениям, а не характеристикам продукции и отношению к ним со стороны антимонопольного законодательства:

Незнание можно было бы простить, но у каждого успешного метода конкуренции есть жертвы. Чем более успешен новый метод изготовления или сбыта продукции, тем больше жертв и тем глубже наносимый им вред. Йозеф Шумпетер назвал конкуренцию «взрывом созидательного разрушения». Это непрекращающийся процесс прополки нерасторопных и неэффективных. Однако проигравшим в конкурентной борьбе такой исход не кажется справедливым. Они, вероятно, знают меньше, чем средний руководящий сотрудник фирмы, о том, почему они провалились, а другие преуспели. (Зная, где ошибаются, они бы исправилась). Взрыв созидательного разрушения влечет жертвы еще до того, как получает экономическое объяснение и доказательства своей благотворности¹.

Со времен статьи Истербрука наступила эпоха «новой экономики», и проблема ошибок перед лицом инноваций (проблема динамической эффективности) правомерно требует особенно пристального анализа издержек ошибок на основе статьи судьи Истербрука. Но та проблема, которую нововведения ставят перед антимонопольной политикой, не ограничена высокотехнологичной продукцией, и в отношении деловых нововведений подход, основанный на анализе издержек ошибок, столь же важен, сколь и в отношении инновационной продукции². Рассмотрим два примера.

3.2.1 VONS GROCERY

В деле Vons Grocery (далее — Vons) представлена ясная картина проблемы издержек ошибок перед лицом делового нововведения. В деле Vons под вопрос было поставлено такое нововведение, как большой розничный магазин под одной крышей — «супермаркет». Vons и Shopping Bag Food Stores, две успешные сети розничной торговли продуктами питания в Южной Калифорнии, осуществили слияние на фоне падения доходов продуктовых магазинов в данном районе. В 1950–63 гг. количество семейных продуктовых лавок упало с 5365 до 3590. Образованная после слияния компания заняла бы примерно 9% соответствующего рынка. Большинство в результате вынесло решение, что данное слияние нарушает статью 7 Акта Клейтона по двум основаниям: 1) тенденция к концентрации в данной отрасли облегчит сговор и, следовательно, слияние повлечет рост цен; 2) вне зависимости от этого, данное слияние повредит небольшим фирмам, несущим большие издержки, чем более эффективные супермаркеты.

Можно было бы с легкостью отбросить дело Vons как пример экономической бессмыслицы, порожденной антимонопольными решениями времен Верховного Суда под председательством Уоррена. На самом деле, в деле Vons отсутствует формулировка подхода к анализу слияний, защищающему потребителей *или* малые фирмы. Касательно малых фирм, сторона обвинения (включая сегодняшнего судью Познера, позднее признавшего данное слияние «безвредным»³) утверждала, что слияние повлечет сговор и *повышение цен*,

1 Easterbrook. The limits of antitrust. P. 5.

2 Продуктовые инновации, разумеется, не ограничиваются «новой экономикой»; однако, лишь продукция «новой экономики», характеризующаяся сетевыми эффектами и широкими ограничениями на использование интеллектуальной собственности, похоже, привлекает внимание антимонопольных органов.

3 From Von's to Schwinn to the Chicago School: Interview with Judge Richard Posner, Seventh Circuit Court of Appeals // Antitrust 4—5 (Spring). 1992. См. тж. Posner R. A. Antitrust law. 2d Edition. 2001. P. 127 («Фатальной ошибкой со стороны правительства было игнорировать возможность легкого и быстрого вхождения в отрасль розничной торговли продуктами питания»). См. тж. Wright J. D. Von's Grocery and the concentration-price relationship in grocery retail // UCLA l. rev. 48. 2001. P. 743 (содержащую эмпирические свидетельства о том, что эта отрасль, рассматриваемая в деле Vons, была

которое сформировало бы уровень цен, защищающий малые, менее эффективные фирмы. Игнорируя представленное обвинителем ошибочное объяснение эффектов координации, суд принял норму, которая: 1) осуждала практически любое горизонтальное слияние на том основании, что любой рост концентрации повлек бы повышение эффективности и *снижение цен*, выбивающее малые фирмы из отрасли, и в то же время, 2) принимало экономическую логику, согласно которой высокая концентрация, в особенности, имеющая тенденцию к росту, с необходимостью влечет повышение цен. Но отбросить дело Vons как изолированное и не затронутое современной ему экономической теорией было бы ошибкой.

Рассмотрим для примера корпус экономического знания, относящегося к связи концентрации рынка и цен. В конце 1950-х — начале 60-х тогдашний экономический анализ рассматривал проблему рыночной концентрации и олигополистического сговора как «принципиальный недостаток существующего антимонопольного законодательства»¹. Ученые требовали от Конгресса принятия нового законодательства, нацеленного на снижение концентрации на рынках по всем отраслям и Отчет рабочей группы Белого дома по антимонопольным мерам содержал такие предложения в различных формах². Ковачич и Шапиро описали эпоху, породившую хорошо известные и повсеместно критикуемые решения по делам, подобным Vons, *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*³, *United States v. Pabst Brewing Co.*⁴ и *Brown Shoe Co. v. United States*⁵, как характеризующуюся «значительной согласованностью судебных решений с экономическими воззрениями»⁶.

Не то, чтобы экономических ошибок и противоречий в анализе, проводимом судами, никто тогда не замечал. В особом мнении судья Стьюарт утверждал, что «даже самый тщательный анализ данных с очевидностью показывает ошибочность умозаключения суда о том, что конкуренция неизбежно уменьшается при уменьшении количества конкурентов»⁷. Связь антимонопольных ошибок и инноваций также не укрылась от внимания судьи Стьюарта, предостерегавшего большинство, что «Акт Клейтона вовсе не предназначался Конгрессом для отмены революции супермаркетов», и делавшего очевидное экономическое замечание о том, что «снижение числа владельцев продуктовых лавок является результатом происходящих общественных и технических изменений, с определенностью опровергающих вывод о снижении конкуренции из-за вымывания конкурентов»⁸.

Сегодня, спустя более сорока лет после дела Vons, в анализе слияний утвердилась мысль о том, что, привлекается ли теория односторонних эффектов или координированных эффектов, ключевым вопросом касательно слияния является то, изменяет ли сокращение количества независимых конкурентов в конкретном случае стимулы к ценообразованию после слияния. Однако корпус доступного регуляторам и судам экономического знания о связи рыночной концентрации и цен за десятилетие, последовавшее за решением по этому делу, драматически изменился. Профессор Мьюрис описал эти изменения в контексте

в высокой степени конкурентной, и что, даже на современном уровне концентрации нет положительной корреляции между концентрацией рынка и ценой).

1 Kaysen C., Turner D. Antitrust policy: an economic and legal analysis. 1959. P. 110.

2 White house task force report on antitrust policy // Antitrust l. & econ. rev. 2. 1968—69 P. 11, 14—15, 65—76.

3 386 U.S. 568. 1967.

4 384 U.S. 546. 1966.

5 370 U.S. 294. 1962.

6 Kovacic W. E., Shapiro C. Antitrust policy: a century of legal and economic thinking // J. econ. persp. 14. 2000. P. 43, 52. См. тж. Kovacic W. E. The influence of economics on antitrust law // J. econ. inq. 30. 1992. P. 294, 295—96 (описываются черты американской политики в области конкуренции, предоставляющие экономистам важнейшую роль при конструировании антимонопольных норм).

7 United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270, 281 (1966) (особое мнение Дж. Стьюарта (Stewart J.)).

8 Id. P. 278—88.

возможного расследования Федеральной комиссии по торговле в автомобилестроении, подчеркивая разительные перемены, произошедшие в экономике за десятилетие, последовавшее за делом Vons:

В августе 1976 г. Комиссия начала официальное расследование в автомобилестроении. Решение начать данное широко освещаемое расследование последовало за обширными предварительными изысканиями, выполненными сотрудниками данного ведомства. В критическом обзоре, занявшем почти сто страниц, отпечатанных через один интервал, эти сотрудники утверждали, что имеются общеизвестные свидетельства, оправдывающие фундаментальную перестройку данной отрасли в США. Эти сотрудники предлагали горизонтально и вертикально расчлнить лидера отрасли (General Motors) и указывали, что второй и третий участники американской «Большой тройки» (Chrysler и Ford) также могут быть достойными кандидатами на разделение.

Принципиально важным аналитическим основанием данного критического обзора послужила простая доктрина о концентрации рынка — убеждение в том, что концентрация и экономические показатели тесно связаны обратной корреляцией. Если бы на дворе стоял 1966 г., решение Комиссии согласиться с данным убеждением было бы более понятно. В 1966 г. точка зрения о неизбежном снижении экономических показателей при высоком уровне концентрации пользовалась серьезной поддержкой со стороны науки. Многие комментаторы обращали внимание на американское автомобилестроение, где десятилетиями доминировала General Motors, как на образцовый пример. Спустя десять лет, однако, у ФКТ были серьезные причины сомневаться в справедливости простой гипотезы о концентрации или в презумпции неуязвимости американских производителей. К 1976 г. научный консенсус, осуждающий концентрацию рынков, был нарушен. Как ниже обсуждается более подробно, перемены в экономической теории и, что более важно, эмпирические исследования подорвали простую гипотезу о концентрации¹.

Возможно, наиболее существенный вклад в исследования, подрывающие гипотезу о простой концентрации, стоящую за парадигмой «структура — поведение — результат» (СПР), часто связываемую с Джо Бейном, внес экономист из Университета Калифорнии в Лос-Анджелесе Гарольд Демсец, представивший альтернативное объяснение эффективности для наблюдаемой связи между концентрацией и ценами². А именно, Демсец утверждал, что наблюдаемая связь между концентрацией и прибыльностью, вероятнее объясняется большей эффективностью, чем сговором³.

Нововведением, связанным с делом Vons и несомненно ставшим возможным отчасти вследствие различных технических достижений, была организационная и сбытовая концепция: более крупные, более универсальные продуктовые магазины — супермаркеты — обслуживающие более широкое географическое пространство, уделяющие особое внимание размещению товаров на полках (в соответствии с местными условиями) и вытесняющие ряды более мелких и более специализированных конкурентов. Vons хорошо подпадает под шаблон антимонопольной ошибки перед лицом делового нововведения, описанный во второй части работы. Ранние экономические объяснения рыночной концентрации и расширения за счет слияний, а не собственного роста, были в основном и

1 Muris T. J. Improving the economic foundations of competition policy // Geo. Mason l. rev. 12. 2003. P. 1.

2 Demsetz H. Two systems of belief about monopoly // Industrial concentration: the new learning / Harvey J. Goldschmid et al. eds. 1974. P. 164. См. тж. Brozen W. Concentration, mergers, and public policy. 1982.

3 Обсуждение данных исследований см. в: Wright. Von's Grocery... P. 755— 762.

почти исключительно антиконкурентными по природе. Разумеется, рассматриваемое деловое нововведение ставило суд перед выбором, прямо противоречащим одной из наиболее излюбленных мудростей антимонопольной юриспруденции того времени: чем больше фирма, тем хуже. Вооруженный этими антиконкурентными объяснениями или по крайней мере зная о них, но до того, как они были дискредитированы в качестве устойчивых экономических теорий или установленных эмпирических соотношений, суд применил их для «отмены революции супермаркетов».

Какой урок нам следует извлечь из дела Vons? Можно интерпретировать его как историю успеха экономической науки. Приращение экономического знания о рыночной концентрации и ценах повлекло ревизию доктрины о горизонтальных слияниях, «Руководство по горизонтальным слияниям», которое было улучшением по сравнению с временами суда под руководством Уоррена, и современное развитие анализа слияний, при котором судья Познер описывает печально известные решения по делам, подобным Vons, как «почти забытые ... хотя так явно и не отмененные», сменившиеся решениями, основанными на эмпирических свидетельствах, такие, как по делу FTC v. Staples, знаменовавшему «наступление эпохи» экономического анализа слияний¹. Но мы уверены, что такая интерпретация будет ошибочной по ряду причин. Первая и самая важная: обсуждавшаяся нами во второй части пристрастность остается бичом антимонопольного правоприменения. Хотя нет сомнений в том, что экономическая техника анализа слияний драматически улучшилась за последние 50 лет, и что вероятность таких вопиющих ошибок, как в деле Vons, уменьшилась, современный экономический анализ слияний привносит новые возможности ошибок при применении анализа критических убытков, оценке свидетельств, полученных путем имитационного моделирования слияний и сравнительной оценке конкурирующих экономических моделей. Вторая: мы подозреваем, что потока новых деловых инноваций в хозяйстве хватит для поддержки данной пристрастности в пользу ошибочных осуждений в течение неопределенного времени. Третья: на каждую область материального антимонопольного законодательства, улучшающуюся с повышением качества экономических данных о конкретной деловой практике (такой как горизонтальные слияния), находятся области, которые, похоже, обладают иммунитетом к достижениям экономической теории и эмпирического знания.

И это приводит нас к саге о деле Dr. Miles и антимонопольном анализе фиксации минимальной цены перепродажи (ФЦП).

3.2.2 DR. MILES MEDICAL CO. V. JOHN D. PARK & SONS CO.

В деле Dr. Miles Верховный суд отменил соглашение между производителем патентованных лекарств и торговцами о минимальной цене, по которой эти торговцы могли продавать лекарства². Хотя датировать введение ФЦП в практику сбыта трудно, существуют по крайней мере некоторые свидетельства, что она появилась в США на рубеже [XIX и XX] веков и что в деле Dr. Miles Суду представился первый случай ее рассмотреть³. Несмотря на необычность ФЦП в качестве деловой инновации, Суд начал свой анализ с утверждения о том, что «очевидно, что такие соглашения ограничивают торговлю»⁴.

Очевидное для Суда объяснение заключалось в том, что ФЦП работает как картель торговцев. Суд представил следующее объяснение:

1 Posner. Antitrust law. P. 127, 158.

2 220 U.S. 373. 1911.

3 См. *Breit W.* Resale price maintenance: what do economists know and when did they know it? // J. inst. & theor. econ. 147. 1991. (с утверждением, что «Принципы экономики» Альфреда Маршалла были первым товаром, распространяемым в США по схеме «цифрового управления правами»).

4 220 U.S. 373. P. 400.

В иске отмечается важность единой розничной цены и утверждается, что торговля по ценам ниже установленных повлечет неразбериху и ущерб. Но преимущество установленных розничных цен в основном касаются торговцев. Дополнительная прибыль, возникающая вследствие поддержания цен, пойдет им, а не истцу. Невозможностью привилегированных торговцев реализовать данную прибыль в связи с описанной конкуренцией истец обосновывает заявленный им ущерб. Если бы от фиксации розничных цен выигрывал производитель, оставался бы еще вопрос, вправе ли он оговаривать в соглашении ограничение свободы торговцев продавать то, что им принадлежит. В этом отношении истец может взывать не больше со своим планом одинаковых договоров, чем сами торговцы, если бы они сговорились и установили такие же ограничения, достигая тем самым того же результата договором между собой¹.

Как теперь совершенно понятно, Суд ошибся в экономическом анализе назначения соглашений о ФЦП. Как замечает судья Познер, и не он один, картельное объяснение, предложенное Судом, не объясняет ни того, почему Dr. Miles оказалась ответчиком по делу об этих соглашениях, ни того, что Dr. Miles должна была выгадать от уплаты оптовых цен выше конкурентных². Тем не менее, Суд решительно осудил данное соглашение несмотря на непонимание его хозяйственной функции и его статуса новой и инновационной деловой практики.

Как и следовало ожидать, развитие экономики на протяжении столетия, прошедшего с процесса Dr. Miles, принесло существенно лучшее понимание вертикальных ограничений, таких как ФЦП³. В отличие от слияний, где масса свидетельств демонстрирует, что экономический анализ улучшил положение дел, история антимонопольного анализа ФЦП остается скандальной для антимонопольной практики с экономической точки зрения, даже после того, как решение по делу Dr. Miles было отменено в деле *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*⁴. В деле *Leegin* Верховный суд, привлекая значительное количество имеющихся теоретических и эмпирических экономических исследований, отменил существовавший в течение века запрет *per se* в отношении ФЦП, наложенный решением по делу Dr. Miles, в пользу правила взвешенного подхода⁵. Большинство в мнении, сформулированном судьей Кеннеди, пришло к выводу, что оценка *per se* неприемлема, поскольку, несмотря на всеобщее согласие экономистов в том, что ФЦП может быть антиконкурентной, ни теория, ни эмпирические свидетельства не доказывали, что данная практика «всегда или почти всегда приводит к ограничению конкуренции и снижению производства».

Ошибка Суда в деле *Vons* проистекала из доверия к имеющемуся экономическому знанию в форме общей парадигмы СПР, которой придерживались многие тогдашние экономисты и которая подтверждалась авторитетнейшими интерпретациями доступных в то время эмпирических свидетельств. Напротив, до дела *Leegin* действие *per se* запрета ФЦП продолжалось несмотря на давний и практически общепризнанный прогресс теоретических и эмпирических экономических исследований.

Рассмотрим сперва состояние современного эмпирического знания о ФЦП, дополняющего результаты исследований по отраслевой организации. В двух недавних обзорах дается сводка имеющегося и растущего корпуса эмпирической литературы. Первый, за авторством

1 Id. P. 407—408.

2 *Posner: Antitrust law*. P. 177.

3 Данное обсуждение поддержания цены перепродажи исходит из: *Wright. Overshot the mark?...* 551 U.S. 877. 2007.

5 Предлагаемое структурное правило взвешенного подхода см. в: *Lambert T. A. Dr. Miles is dead. Now what?: Structuring a rule of reason for minimum resale price maintenance // Wm. & Mary l. rev.* 50. 2009. P. 1937.

группы экономистов из Федеральной комиссии по торговле и Министерства юстиции, аннотирует 24 статьи опубликованных в 1984–2005 г., содержащие эмпирические свидетельства о последствиях вертикальной организации и вертикальных ограничений¹. Второй, принадлежащий Франсин Лафонтен и Маргарет Слейд, обозревает 23 статьи (пересекающиеся с аннотированными в первом)². В обоих обзорах делается попытка синтезировать имеющиеся эмпирические свидетельства и оба приходят к поразительно схожему заключению. Экономисты ФКТ и Минюста замечают, что «эмпирический анализ вертикальной интеграции и контроля не обнаруживает убедительных свидетельств тому, что названные практики повредили конкуренции, а многочисленные исследования показывают обратное»³, и что хотя «некоторые исследования содержат свидетельства, согласные как с конкурентным, так и с антиконкурентным объяснением»⁴, «практически ни одно исследование не заявляет о найденных примерах того, как методы вертикальной [интеграции и ограничений], вероятно, повредили конкуренции»⁵.

Лафонтен и Слейд после внимательного рассмотрения свидетельств приходят к схожему заключению:

Похоже, что когда производители принимают решение наложить ограничения, они не только выгадывают от этого сами, но обычно позволяют потребителям выиграть от повышения качества товаров и предоставляемых услуг ... свидетельства, таким образом, поддерживают вывод о том, что на данных рынках интересы производителя и потребителя хорошо соответствуют друг другу»⁶.

Данные выводы находят дополнительную поддержку в более позднем анализе литературы по вертикальным ограничениям. О'Брайен замечает, что три недавних вклада в литературу содержат дополнительные свидетельства того, что ФЦП способствует конкуренции и заключает, как и авторы других обзоров, сводящих воедино свидетельства, что «за немногими исключениями, исследования не поддерживают взглядов, согласно которым данные практики применяются в антиконкурентных целях»⁷.

В части теории экономисты за минувшее столетие поменяли взгляды на ФЦП. Как говорилось в экспертном заключении по делу Leegin, подписанном рядом ведущих экономистов, «в теоретической литературе, по сути, не оспаривается то, что ФЦП может иметь конкурентный эффект и что в контексте разнообразия рыночных условий ее антиконкурентные эффекты маловероятны»⁸. Имея в виду то, что Суд в конце концов оправдал ФЦП и отменил норму, установленную в деле Dr. Miles в пользу правила взвешенного подхода, почему же мы говорим, что антимонопольный анализ ФЦП — скандал, а не пример постепенно одержанной победы экономической науки?

1 Cooper J. C., Froeb L. M., O'Brien D., Vita M. G. Vertical antitrust policy as a problem of inference // Int'l. j. indus. org. 23. 2005. P. 639.

2 Lafontaine F., Slade M. Empirical assessment of exclusive contracts // Handbook of antitrust economics / Buccirosi P., ed. 2008.

3 Cooper, Froeb, O'Brien, Vita. Op. cit.. P. 658.

4 Id.

5 Id.

6 Lafontaine, Slade. Op. cit.

7 O'Brien D. P. The antitrust treatment of vertical restraints: beyond the possibility theorems // Report: the pros and cons of vertical restraints. Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, 2008. P. 40, 80 <http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_vertical_restraints.pdf>.

8 См. Brief of amici curiae economists in support of Petitioner at 16 // Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc, 127 S. Ct. 2705 (No. 06-480), 2007 WL 173681.

Одной из причин является особое мнение, сумевшее собрать четыре голоса, заключающееся в недостаточности широко распространенного согласия с тем, что ФЦП «не всегда и не почти всегда антиконкурентна» в качестве изменения экономического учения для отмены нормы дела *Dr. Miles*. Несмотря на прогресс экономики, освещенный в экспертном заключении, судья Брейер в представленном особом мнении показывает путаницу с тем, какие возможны выигрыши в эффективности от применения ФЦП в отсутствие «безбилетников»:

Я не понимаю, как в отсутствии «безбилетников» (и в предположении наличия конкуренции) признанному производителю может потребоваться фиксация цены перепродажи. Почему в таких условиях торговцу не «расширить» свою «долю на рынке» настолько, насколько он захочет, получая за это от потребителя соответствующее вознаграждение? Может быть, ответ и существует, но я его не услышал. И я не думаю, что мы должны придавать решающее значение оправданиям, которые стороны не объясняют с ясностью, достаточной для судьи, не являющегося специалистом¹.

Фундаментальным экономическим вопросом является то, почему на конкурентном розничном рынке без «безбилетников» торговцам недостает стимулов адекватно продвигать продукцию данного производителя. Другими словами, почему розничный торговец на конкурентном рынке, предоставленный сам себе, не оказывает услуг по продвижению на действенном уровне? Судья Брейер ищет ответа. За ответом, однако, далеко ходить не надо. В мнении большинства, сформулированном судьей Кеннеди, так же, как и в экспертном заключении, цитируется плодотворная статья Кляйна и Мёрфи об экономике вертикальных ограничений, в которой за 20 лет до этого дан ответ². Вторая причина скандальности антимонопольного анализа ФЦП, несмотря на дело *Leegin*, заключается в сохраняющейся со стороны антимонопольных органов и законодательных собраний штатов, Конгресса США и Федеральной комиссии по торговле заинтересованности в возврате к норме *Dr. Miles*.

Для наших целей решающим уроком, который следует извлечь из саги о *Dr. Miles*, является то, что суды и антимонопольные органы чаще всего склонны смотреть на деловые и договорные новшества вроде ФЦП с подозрением. Без сомнения, позиция Верховного суда по отношению к вертикальным ограничениям сдерживала действенные методы сбыта в течение почти века. Еще один урок, который следует извлечь из *Dr. Miles*, заключается в том, что даже радикальных изменений в экономическом знании — а трудно найти столь же единогласный консенсус, сколь сложившийся в отношении ФЦП, в отношении практики вертикальных ограничений вообще — может быть недостаточно, чтобы преодолеть пристрастность и тенденциозность, с которыми суды и органы исполнительной власти традиционно демонстрируют по отношению к деловым инновациям.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ: НЕСКОЛЬКО ПРОСТЫХ НОРМ ДЛЯ СЛОЖНОГО И ИННОВАЦИОННОГО МИРА

Мы сосредоточены прежде всего на истории отношений между деловыми инновациями и инновационной продукцией с одной стороны и ошибочным антимонопольным вмешательством — с другой. Мы утверждаем, что данный перекоп в сторону ошибочных осуждений проистекает от институциональных факторов, присутствующих в антимонопольном законодательстве, судебной практике и экономике как профессии. Эта давняя и укоренившаяся пристрастность, укорененная в антимонопольных институтах приводит к более высокой вероятности ошибочного вмешательства при наличии

1 *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007)

2 *Klein B., Murphy K. M.* Vertical restraints as contract enforcement mechanisms // J. l. & econ. 31. 1988. P. 265. См. тж. *Klein B., Wright J. D.* The economics of slotting contracts // J. l. & econ. 50. 2007. P. 473.

инноваций. Так, мы демонстрируем, что антимонопольная политика относится к продуктовым и деловым инновациям с подозрением, и этот шаблон сохраняется с течением времени. Понимание причин и следствий данной тенденции критически важно для выявления источников издержек от ошибок и для разработки оптимальных законодательных норм.

С точки зрения конкурентной политики одним из следствий нашей позиции является критическая важность выработки антимонопольными институтами некоторого механизма борьбы с исторически сложившейся и систематической пристрастностью, направленной против инновационных деловых практик. Это призыв к умеренности и смирению при анализе поведения, не слишком хорошо пока понятного. Разумеется, антимонопольное законодательство уже, по крайней мере, на словах, признает концепцию, согласно которой нормы ответственности должны учитывать инновационность или необычность рассматриваемой деловой практики. Более конкретно, за предложением не применять поспешно нормы антимонопольной ответственности в случаях, когда суду приходится впервые анализировать необычную практику, стоит правовой авторитет. Только те ограничения, которые хорошо поняты правоведением или экономикой, должны немедленно осуждаться судами на основании оценки *per se*. Впервые выражения, призывающие к подобной умеренности, прозвучали в Верховном суде в связи с делом *White Motor Co.*, когда суд воздержался от применения оценки *per se* к необычному вертикальному территориальному ограничению¹. Подобные выражения встречаются в материалах дел *Maricopa*², *Broadcast Music, Inc.*³, *Topco*⁴ и *NCAA*⁵. В недавнем апелляционном решении при анализе технического связывания в деле *United States v. Microsoft* Суд Округа Колумбия согласился с аналогичным предложением, явно упомянув необычность деловой практики в связи с опасениями ошибочного вмешательства и ответного приспособления к соответствующей норме⁶.

1 *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 261 (1963) («Это первое дело о территориальных ограничениях в вертикальных соглашениях, и мы слишком мало знаем о действительном влиянии данного ограничения и подобных ограничений в отношении клиентов, чтобы прийти к согласию на основании совокупности представленных нам свидетельств»).

2 *Arizona v. Maricopa County Med. Soc.*, 457 U.S. 332, 351 n. 19 (1982) (цитируется дело *White* и ссылается на «установившееся мнение о том, что введение нового *per se* правила не оправдано, пока в судах не накопилось достаточно опыта решения дел на основе правила взвешенного подхода при оспаривании конкретного типа ограничений»).

3 *Broad. Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1, 9 (1979) («Только после того, как накоплен серьезный опыт в отношении определенных деловых отношений, суды классифицируют их как нарушения *per se*» и, далее, «Мы до сих пор ни разу не рассматривали подобных данной практик; а Апелляционный суд постановил, что «при рассмотрении прав на исполнение в музыкальной отрасли мы сталкиваемся с условиями, как в авторском праве, так и в антимонопольном праве, которые являются своеобразными. И хотя Американское общество по защите авторских прав композиторов, писателей и издателей со своими массовыми лицензиями подвергалось весьма тщательному антимонопольному изучению, соответствующий опыт не подсказывает полного запрета массовых лицензий *per se* как ограничения торговли»).

4 «Только по накоплению серьезного опыта рассмотрения определенных деловых отношений суд классифицирует их как нарушения Акта Шермана *per se*» (*United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 607-608, 92 S.Ct. 1126, 1133-1134, 31 L.Ed.2d 515 (1972)).

5 *Bd. of Regents of Univ. of Okla. v. NCAA*, 707 F.2d 1147, 1166 (1984).

6 «В то время, как каждое „деловое отношение“ будет обладать в определенном смысле уникальными чертами, некоторые из них представляют собой новые, необычные категории сделок. Как мы поясним, соглашение, рассматриваемое нами, является примером таковых, представляя возможность в первый раз внимательно взглянуть на техническую интеграцию дополнительной функциональности в компьютерные программы, служащие платформой для независимо разрабатываемых прикладных программ. Этому нет параллелей в предшествовавших антимонопольных делах, и упрощенческое применение *per se* норм, касающихся связывания, несет

По причинам, обсуждавшимся Истербруком в «Пределах антимонопольной политики», наиболее важный урок анализа издержек от ошибок заключается в том, что незаконность [чего-либо] по критерию оценки *per se* особенно пагубна в случае, когда невозможно добросовестно присвоить очень большое значение вероятности того, что рассматриваемая практика принесет вред потребителям. Как мы говорили, как продуктовые, так и контрактные инновации почти всегда подходят под данное описание. В этом смысле, примеры выше следуют данному принципу умеренности перед лицом инноваций и правильно отвергают применение оценки *per se*, если суд сталкивается с новой деловой практикой. Это к лучшему. Обычный экономический аргумент заключается в том, что правило взвешенного подхода позволяет более тщательно оценивать деловое поведение в каждом конкретном случае. Однако, по ряду причин простого отказа от оценки *per se* недостаточно для защиты потребителей от систематической ошибки I рода, свойственной антимонопольным институтам, а тщательность, свойственная судебной оценке на основе взвешенного подхода, преувеличена.

Во-первых, как обсуждалось во второй части, когда речь идет об инновациях, ошибки I рода влекут больший риск для потребителей, чем в обычных антимонопольных процессах. Критическая роль инноваций в ускорении хозяйственного роста, а также относительная скудость теоретических и эмпирических знаний, имеющих у экономистов о связи конкуренции и инноваций, заставляют при подходе к разработке антимонопольных норм, учитывающем издержки от ошибок, отдельно выделить новаторское поведение. Другими словами, более высокие риски, связанные с ошибочными осуждениями в данном подмножестве дел, требуют более широко прибегать к «зонам невмешательства» и нормам, дающим определенность фирмам, чем в обычных делах, связанных с товарными рынками и не затрагивающих инноваций.

Во-вторых, признание предрасположенности к ошибкам I рода перед лицом новаторского поведения, укорененную в современных антимонопольных институтах, включая суды, органы исполнительной власти и кафедрах экономики, означает, что ошибочные осуждения будут в таких случаях встречаться чаще и требуют отдельного подхода. Склонность экономистов, подмеченная Коузом, подбирать антиконкурентные объяснения для не вполне понятного поведения, в совокупности с историей опыта антимонопольной политики, включающей последующее нахождение объяснений ранее осужденного поведения исходя из критерия эффективности, мешает проявлять умеренность в том контексте, который, по определению, включает необычные деловые практики. Такая скромность тем более необходима, поскольку даже новейшая экономическая теория поднимает вопросы о возможных антиконкурентных последствиях, связанных с инновациями, но пока не собрала надежных эмпирических свидетельств, подтверждающих такие объяснения.

В-третьих, отказ от оценки незаконности *per se* в пользу правила взвешенного подхода недостаточен для учета данных опасений, связанных с издержками от ошибок. А именно, простой отказ от оценки *per se* в пользу правила взвешенного подхода требует высокой экономической грамотности от судьи, не являющегося специалистом, что несовместимо с уровнем экономической аргументации в судах¹. Нет сомнений в том, что экспертные споры в делах, разрешаемых на основе правила взвешенного подхода, были благом для экономистов, участвовавших в качестве экспертов. Однако даже в случае, когда эксперты

серьезный риск нанесения ущерба. Соответственно, мы отменяем решение Окружного суда о нарушении *per se* запрета на связывание и возвращаем дело в первоначальную инстанцию. При его повторном рассмотрении истцы вправе требовать рассмотрения своей жалобы на связывание в соответствии с правилом взвешенного подхода» (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 87 (2001)).

1 Общий обзор см. в: *Baye, Wright*. Is antitrust too complicated for generalist judges?

спорят о новейшей экономической теории и технике эконометрического анализа (которая сегодня зачастую слишком сложна, чтобы большинство судей сами могли ее понять и применить) самым добросовестным образом, включение сложных экономических рассуждений в рассмотрение конкурентных последствий в каждом отдельном деле становится дополнительным источником ошибок антимонопольной политики.

Особо отметим, что не мы не аргументируем в пользу уменьшения роли экономической теории в антимонопольной политике. Вопрос заключается в том, где и как, в контексте существующей совокупности институтов антимонопольного правоприменения, нам следует применять наши экономические знания. Это вопрос о том, в каких случаях и где применять экономику, а не о том, применять ли ее. Требовать от судьи-неспециалиста оценивать новейшие экономические теории и эмпирические данные в контексте каждого дела скорее всего означает доказать проблемность включения экономических достижений в право. Вместо этого мы поддерживаем подход, согласующийся с духом оригинальных критериев Истербрука, направленных на применение лучших из существующих экономических знаний для разработки простых правил, минимизирующих издержки от ошибок. Мы уверены, что в условиях инноваций антимонопольные критерии, повышающие благосостояние потребителей, должны удовлетворять по меньшей мере одному из следующих условий: 1) сокращение доли ошибочных осуждений за счет создания зон невмешательства для классов поведения, которые не ассоциируются надежно в экономических исследованиях с конкретными антиконкурентными последствиями, 2) сокращение общественных издержек, связанных с ошибочными осуждениями или 3) повышение управляемости существующих норм, применяемых к классам поведения, для которых нет надежных свидетельств об антиконкурентных последствиях. Мы в итоге приходим к пяти предлагаемым правилам, основанным на имеющейся экономической теории, эмпирических свидетельствах и признании обсуждавшейся выше институциональной тенденции к более частым ошибочным осуждениям.

ПРАВИЛО 1. PER SE ЗАКОННОСТЬ ВЫВОДА НА РЫНОК НОВОЙ ПРОДУКЦИИ

Мы предлагаем правило о per se законности выведения на рынок новой продукции. Вывод новой продукции — инновации — представляет собой наиболее беспокоящий тип дел о применении антимонопольной ответственности. Широкомасштабная динамическая общественная выгода от инноваций в сочетании с неопределенностью, окутывающей критерии, такие как определение границ рынка и рыночной власти, уверенно склоняют весы оценки издержек от ошибок в пользу новой продукции. Хотя существует множество теорем об условиях, в которых вывод на рынок новой продукции или изменение проекта могут привести к нанесению вреда потребителям, эмпирические исследования свидетельствуют об обратном. Как обсуждалось выше, существуют преобладающие свидетельства, что вывод на рынок новой продукции и даже более мелкие инновации как в части продукции, так и в части типов договоров связаны со значительным выигрышем для благосостояния, а эмпирических свидетельств, оправдывающих излишнюю антимонопольную придирчивость к поведению данного класса, мало. Короче говоря, антимонопольное внимание, даже смягченное применением правила взвешенного подхода, не выдерживает анализа по критериям издержек и выгод, учитывающего потенциал издержек от ошибок.

Мы признаем, что антимонопольные аргументы, касающиеся новой продукции, обычно сочетаются с сопутствующим антиконкурентным поведением (или формулируются в его терминах). Например, в контексте «смены продукции» («product hopping») претензии могут предъявляться не по поводу вывода новой продукции, а по поводу прекращения поставок старой. Но ценовые или договорные стратегии, применяемые для ускорения распространения новой продукции и соответствующие вложения в НИОКР могут быть столь

же новаторскими и, вне зависимости от этого, существенно важными для продуктовых инноваций. Переименование данных теорий не изменяет стоящей за ними фундаментальной проблемы, заключающейся в имеющихся экономических свидетельствах того, что, несмотря на теоретическую возможность нанесения ущерба, на которую указывает ряд моделей, эмпирические свидетельства, которые подтверждали бы, что вывод новой продукции входит в классы поведения, создающие антимонопольные проблемы, практически отсутствуют. Даже в сочетании со свидетельствами о том, что мотив нововведения какого-то товара был «хищническим» (см. ниже обсуждение допустимости свидетельств о намерениях), издержки от сдерживания инноваций значительны¹. В то же время, как мы подробно обсудили выше, если антимонопольная ответственность наступает в связи с самим товаром или услугой, создающим рыночную власть (например, создающим сетевые эффекты или эксплуатирующим монопольное положение), ключевые мощности или стандарт, требующий операционной совместимости, есть резон ожидать, что суды и правоприменительные органы будут систематически недооценивать остающиеся пути практически возможной конкуренции². И, наконец, корректирующая угроза предварительного раскрытия или другие требования к активам, ограничивающие законную защиту интеллектуальной собственности (как в случае дела *Berkey*) также действуют в пользу зоны невмешательства для продуктовых инноваций.

ПРАВИЛО 2. ТРЕБОВАНИЕ ПРЯМЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ДЕЙСТВИТЕЛЬНЫХ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ МОНОПОЛИЗАЦИИ, ЗАВЕРШЕННЫХ СЛИЯНИЙ И ГОРИЗОНТАЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ

Мы предлагаем, чтобы для уже осуществленного поведения на рынке в течение периода достаточного, чтобы его последствия были ощутимы, и иного, нежели откровенно картельные соглашения и незавершенные слияния³, истцы были обязаны предоставить доказательства действительно наступивших антиконкурентных последствий, а не предположительного вреда для конкуренции в будущем. Для ряда случаев, включая монополизацию, завершённые слияния, горизонтальные ограничения и совместные предприятия, версия антиконкурентного вреда может подвергаться рыночной проверке, поскольку практика, на которую жалуется истец, применяется на рынке в течение достаточного периода времени. В таком случае антиконкурентные версии, предсказывающие повышение цен, снижение производства или вред для инноваций, должны проверяться напрямую. Правда, устранение возможности жаловаться на вероятный будущий вред и требование доказать уже наступившие антиконкурентные последствия повышает издержки истца, но данные издержки должны сравниваться с возрастанием вероятности возникновения издержек от ошибок, связанной с исками, основанными на, в

1 Id. Ховенкемп, Дженис и Лемли предложили использовать в данном контексте свидетельства об умысле как способ выявления проблемных случаев вывода на рынок новой продукции. См. *Hovenkamp H., Janis M. D., Lemley M. A. 1 IP and antitrust (2005 Supp.). § 12.4.* Мы отмечаем однако, что более слабая форма нашего предложения могла бы *требовать* доказательства антиконкурентного умысла до определения ответственности по делам, связанным с выводом на рынок новой продукции. См.: *Cass R. A., Hylton K. N. Antitrust intent // S. Cal. l. rev. 74. 2001. P. 657.* Гораздо более проблематичен подход, принятый в американском деле против Microsoft, который переложил бремя доказательства конкурентного оправдания для конструкции товара на ответчиков. См. *United States v. Microsoft Corp., 203 F.3d at 64-67.*

2 Обратите внимание, что это было одним из пунктов в нескончаемом процессе против IBM, но, разумеется, отличить «хищническое» выведение новой продукции от реального новшества невозможно, и спустя 13 лет дело было прекращено.

3 Мы исключаем самостоятельные горизонтальные ограничения, поскольку, как обсуждалось выше, правило о рассмотрении *per se* приемлемо в случаях, когда экономические и эмпирические изыскания подсказывают, что некоторая деловая практика с высокой вероятностью влечет антиконкурентные последствия. Профилактическая терминология Акта Клейтона требует исключения незавершенных горизонтальных слияний.

сущности, неопровергаемых версиях ущерба для конкуренции. Мы предлагаем, чтобы в случаях, когда поведение, служащее поводом для жалобы, осуществлялось на рынке достаточно долго, в качестве обязательного, но не достаточного (поскольку у ответчика должна оставаться возможность предложить оправдание в терминах эффективности) условия наступления ответственности было действительное доказательство повышения рыночных цен, сокращения производства или уменьшения количества инноваций.

Данное правило отражает учет издержек от ошибок, признавая, что имеющиеся экономические и эмпирические знания показывают, что большинство таких деловых практик повышают эффективность, ограничивая суды в возможности осуждать поведение, основываясь на умозрительных экономических теориях, и корректируя предвзятость, согласно которой эффективность по природе труднее поддается измерению и объяснению в суде, чем антиконкурентные последствия¹. Правда, такое правило увеличит число ошибочных оправданий, поскольку неизбежно будут случаи, в которых прямые свидетельства действительно наступивших последствий будет трудно получить экономическими и статистическими методами, несмотря на существование таких последствий. С нашей точки зрения, как обсуждалось выше, приглашение судов к применению умозрительных экономических теорий причинения вреда без требования действительных доказательств последствий для конкуренции является приглашением к удушению инноваций и конкуренции. Однако, данное правило задумано не для полного исключения ошибок, а для нахождения оптимального баланса между ошибками I и II родов, и требование доказательства реального вреда в случаях поведения, уже известного на рынке, является шагом в правильном направлении.

ПРАВИЛО 3. ОТМЕНА ТРОЙНОГО ВОЗМЕЩЕНИЯ УЩЕРБА ПО ЧАСТНЫМ ИСКАМ

Автоматическое утробие понесенного ущерба привлекает чрезмерное количество частных исков, в большинстве случаев без компенсирующих это выгод и экономического оправдания. Обычным экономическим оправданием является компенсация повышенным вознаграждением низкой вероятности выявления нарушения. Мы бы сохранили мультипликацию для «жестких» картельных нарушений. Хотя можно аргументировать тем, что правильный мультипликатор ущерба в делах о фиксировании цен зависит от наилучшей оценки вероятности выявления «жесткого» картеля², нет экономического смысла в том, чтобы автоматически утраивать сумму ущерба в делах, касающихся исключающих практик, таких как связывание или эксклюзивное дилерство, если условия договоров известны компаниям, находящимся выше и ниже в цепочках поставок и, таким образом, вероятность выявления картеля заведомо выше одной трети и с большой вероятностью близка к единице. Еще меньше смысла утраивать сумму ущерба в делах об исключающем поведении, в которых не только вероятность его выявления высока, но и общественные издержки, связанные с ошибками, выше среднего. Таким образом, в подавляющем большинстве частных исков, касающихся исключающего поведения и слияний, утробие практически не несет экономической функции иной, нежели привлечение избыточных ресурсов на подачу исков и усугубление проблемы, связанной с ошибками I рода за счет распространения эффекта решения по делу. Хотя звучали подобные

1 См. *Carlton D. W.* A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal—Why Aspen and Kodak are misguided // *Antitrust* l. j. 68. 2001. P. 659, 675. («измерить эффективность трудно, и сомнение должно толковаться в пользу ответчиков, а не истцов; в противном случае, продолжающееся порождение больших приростов в эффективности, ведущее к повышению нашего уровня жизни, окажется под угрозой»).

2 См. напр. *Bryant P. G., Eckard E. W., Jr.* Price fixing: the probability of detection of getting caught // *Rev. of econ. & stat.* 73. 1991. P. 531; см. тж. *Miller N. H.* Strategic leniency and cartel enforcement // *Am. econ. rev.* 99. 2009. P. 750.

предложения о переходе к однократному возмещению ущерба¹, предусматривающие оценку судом вероятности сокрытия поведения², мы предпочитаем простое правило ограничения возмещения по всем частным антимонопольным искам однократной суммой ущерба, за исключением «жестких» картелей.

ПРАВИЛО 4. НЕДОПУЩЕНИЕ СВИДЕТЕЛЬСТВ ОБ УМЫСЛЕ

От свидетельств об умысле больше вреда, чем пользы — в терминологии законодательства о допустимости показаний они скорее вредоносны, чем полезны — и не должны допускаться при доказательстве хозяйственного вреда при рассмотрении антимонопольных дел. Умысел часто применяется как суррогат в антимонопольных процессах, если свидетельства антиконкурентных последствий отсутствуют. Наше второе правило является первым шагом на пути к ограничению возможности антимонопольных судов и ведомств осуждать классы поведения без надежных свидетельств тому, что такое поведение действительно приносит вред потребителям. Свидательства об умысле в отсутствии такого более строгого эмпирического доказательства выступает прямым приглашением продолжать попадать в «ловушку Коуза»: в осуждение эффективного поведения из-за того, что оно еще недостаточно понято. Данное правило урежет возможность истца продвигать дело, ущерб в котором [лишь] теоретический или умозрительный, но невозможность доказать теоретический случай реальным хозяйственным вредом не является оправданием для смягчения данного требования.

Основная проблема в том, что связь между *умыслом* на причинение антиконкурентного вреда и *воплощением* хозяйственного вреда неочевидна. Это в особенности справедливо перед лицом необычного делового поведения, реальный смысл которого может быть неясен даже самим акторам. Разумеется, свидетельства о наличии умысла могут быть полезными (и допускаться) для доказательства того, что определенное действие было фактически предпринято. Но они просто сомнительны в качестве доказательств последствий, имеющих значение для антимонопольных целей. И в случае сложных нововведений, касающихся утонченных экономических свидетельств, которые судьи-неспециалисты понимают все меньше, искушение в качестве суррогата опереться на гораздо более понятные интуитивно свидетельства наличия умысла усиливается. Данного искушения следует избегать и свидетельства об умысле не должны допускаться для доказательства хозяйственных последствий.

Тот принцип, что положен в основу данного правила, был опробован во всех подробностях Филом Арида в контексте хищнического ценообразования, но, хотя в этом контексте данная проблема особенно остра, она им не ограничивается³. Именно в контексте хищнического ценообразования данная проблема, имеющая более общий характер, становится преобладающей, когда правоприменительные органы и истцы, ограниченные при

1 Separate Statement of Dennis Carlton // Antitrust Modernization Committee Report and Recommendations. P. 399—400 («Я поддерживаю сокращение мультипликатора в случаях единичного нанесения ущерба, когда нарушения происходили открыты (например, при „исключительном дилерстве“»).

2 Posner. Antitrust law. P. 272—73.

3 См. Areeda P., Turner D. F. Predatory pricing and practices under Section 2 of the Sherman Act // Harv. l. rev. 88. 1975. P. 697; Areeda P. Predatory pricing // Antitrust l. j. 49. 1981. P. 897, 899—90. (с предложением судам «отказаться от исследования умысла, за исключением случаев, в которых опирающаяся на его наличие сторона убедит суд в том, что данные свидетельства особенно бесспорны»). Сам Арида рассматривает проблему вне контекста хищнического ценообразования. См. Areeda P. Monopolization, mergers, and markets: a century past and future // Cal. l. rev. 75. 1987. P. 959, 963—65. (с обсуждением проблем при использовании свидетельств об умысле в делах о монополизации). Многие другие, включая Фрэнка Истербука, также отмечали данную проблему и предлагали ограничения наподобие предлагаемых нами в настоящей статье.

демонстрации вероятности принуждения к возврату аванса решением по делу Brooke Group, но ограниченные также практически полной невозможностью доказать их наличие как хозяйственной реальности, обращаются к *умыслу на такое принуждение* в качестве желанного свидетельства. Но это неподобающим образом завышает значение экономической теории в сравнении с [эмпирическими] свидетельствами и смещает равновесие в сторону от эффективного антимонопольного правоприменения. При практическом применении свидетельства о субъективном умысле в самом деле помогли сместить это равновесие во многих случаях, недавний (и, возможно, наиболее спорный пример) чему дает их применение в деле LePage судом Третьего округа¹.

ПРАВИЛО 5. PER SE ЗАКОННОСТЬ БЕЗУСЛОВНОГО ОТКАЗА ДЕЛИТЬСЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТЬЮ

Наконец, мы предлагаем правило законности безусловного отказа делиться интеллектуальной собственностью как такового. Данное правило по духу схоже с нашим первым правилом, но не ограничено нововведениями, заключающимися в выводе на рынок новых товаров. Оно применяется всякий раз, когда предполагаемое антимонопольное нарушение является следствием решения правообладателя применить свое право интеллектуальной собственности. Проще говоря, несмотря на теоретическую возможность вреда, усматриваемую экономистами в такой ситуации, эмпирических свидетельств вреда, наносимого конкуренции безусловным отказом от сделки, мало. Как отмечено выше, данное правило движимо отчасти нашей уверенностью, что доказательство наличия рыночной власти или ключевых мощностей, необходимое для правоприменения, систематически с большой вероятностью приводит к ошибкам I рода. Но более важно, что данное правило отражает опасения возникновения проблем, неотделимых от приказа заключить сделку между конкурентами. «Применение антимонопольного законодательства для приказов монополисту заключать сделки с соперниками создает противоречие между соображениями, касающимися статического и динамического благосостояния». Ни экономисты, ни суды не обладают навыками, с очевидностью требующимися для баланса между такими соображениями и, по обсуждавшимся нами причинам, риск ошибочного осуждения практик, которые имели бы положительный эффект для динамического благосостояния, превалирует². Эта проблема наиболее остра в случае отказа от лицензирования интеллектуальной собственности.

Как заметил Фрэнк Истербрук, обязанность заключить сделку, примененная в деле Aspen Skiing «обречена породить систематические ошибки»³. И хотя решение Верховного суда по делу Trinko намекает на необходимость коррективы, требуется более жесткое правило⁴. Согласно выводу, приводимому Министерством юстиции в недавнем Отчете о применении статьи 2 [Акта Шермана], «В министерстве уверены, что антимонопольное правоприменение против односторонних безусловных отказов от сделок с конкурентами несет значительный риск вреда потребителям в долгосрочной перспективе, в особенности, с учетом последствий в масштабе всего хозяйства, связанных с отрицательными стимулами и сложностью корректировки». Министерство заключает, что антимонопольная ответственность за односторонние безусловные отказы от сделки с конкурентами не должна играть существенной роли в применении статьи 2⁵. Наше простое правило поддерживает эту разумную позицию.

1 LePage's Inc. v. 3M, 324 F.3d 141, 159–63 (3d Cir. 2003).

2 См. Carlton. A general analysis of exclusionary conduct...

3 Easterbrook F. H. On identifying exclusionary conduct // Notre Dame l. rev. 61. 1986. P. 972, 973.

4 Verizon Comm. Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

5 U.S. Dep't of Justice, Competition and monopoly: single-firm conduct under Section 2 of the Sherman Act 2008. P. 129. <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>>. См. тж. U.S. Dep't of Justice &

* * *

Данные простые правила не являются панацеей. Они не решат полностью самые серьезные проблемы, стоящие перед конкурентной политикой, серьезно отстающей от последних достижений экономики. Современные исследования по отраслевой организации содержат потенциально бесконечное число моделей, оправдывающих полный спектр потенциальных решений о политике с результатами, в высшей степени зависящими от предположений и выбора модели, и оставляют судам и регуляторным органам возможность просто избрать модель, наиболее совпадающую с предварительно сложившимся мнением. Без институциональных механизмов, которые должны гарантировать подход к выбору экономических моделей, основанный на эмпирических свидетельствах, обеспечивая таким образом решения, основанные на лучших из имеющихся теоретических достижениях и свидетельствах, потребители рискуют потерять по крайней мере некоторые из существенных выгод включения экономики в антимонопольную политику за последние 50 лет. Подготовка юристов в области *основ* экономики — очевидный первый шаг в сокращении издержек, связанных с разрывом между предложением и спросом на экономическую грамотность судей при рассмотрении антимонопольных дел¹. Нарастающая сложность экономических моделей и эконометрических данных, однако, требует, чтобы поистине эффективные решения сокращали требования к судьям в каждом конкретном случае и в то же время учитывали существующие теории и свидетельства, касающиеся вероятности и масштаба антиконкурентных последствий. Это сложная задача, не имеющая простого решения. Инновации — как относящиеся к продукции, так и к деловым практикам — только усугубляют эти проблемы и показывают, что сегодня, спустя 25 лет после того, как Истербрук поделился своими открытиями в области антимонопольной политики и ее ошибок, соображения, касающиеся издержек от ошибок являются даже *более* основополагающими для разработки оптимальной конструкции антимонопольных норм. Наши простые правила являются первым шагом к такому развитию институтов.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Одного римского императора попросили рассудить, кто из двух певцов лучше поет. Выслушав первого, император присудил победу второму, решив, что тот не может петь хуже. Ошибка, которую сделал император, очевидна: второй певец мог петь хуже.

Подобную ошибку совершают многие из нас. Будучи недовольными результатами работы рыночного механизма, мы призываем на помощь государство. Однако точно так же, как второй певец может петь хуже первого, результаты работы государственного механизма могут оказаться хуже, чем результаты добровольных рыночных сделок.

Это позволяет поставить вопрос о пределах антимонопольного правоприменения: в каких рамках, если таковые есть, антимонопольная политика может улучшать результаты работы рыночного механизма? Если у фирмы есть оптимальные границы, после достижения которых её расширение будет приводить к ухудшению экономических результатов, то

Fed. Trade Comm'n, Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and protecting competition. 2007. P. 23—24 <<http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>> (закрывающую, что «ответственность за изолированные отказы от лицензирования не будут играть значительной роли во взаимодействии патентных прав и антимонопольной защиты»); Posner R. A. Antitrust law. Univ. of Chicago Press, 1976. P. 243—44 (отмечающую, что «не является разумным законодательство, при котором, когда Конгресс отказывается регулировать или исключает регулирование какого-либо аспекта поведения естественного монополиста, к делу приступает антимонопольный суд и, посредством самого решения, восполняет пропущенные моменты в антимонопольном режиме»).

1 См. *Baye, Wright*. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges?

видимо есть оптимальные пределы и у антимонопольной политики. Пределы, которые задаются ставящимися перед ней целями.

Судья Фрэнк Истербрук в статье «Пределы антимонопольного правоприменения» определяет эти пределы как «издержки, связанные с действием и наличием информации». Проблема информации следует из того, что в одних случаях отсутствует экономическая теория, которая объясняла бы конкретные действия фирмы, в других — судьи не справляются с выбором наилучшей из имеющихся теорий, в третьих — не могут корректно применить теорию к рассматриваемому ими случаю. Это, в конечном счете, приводит к ошибкам и связанным с ними издержкам.

Если большинство методов из некоторой категории являются благотворными, то, констатирует Фрэнк Истербрук:

«юридическая система, ошибающаяся даже нескольких процентах случаев, с большой вероятностью «отловит» в основном полезные практики. Если 5% соглашений, ограничивающих деятельность контрагента, вредны, а юридическая система ошибается в 10% случаев, она осудит вдвое больше эффективных соглашений, чем антиконкурентных».

В этих обстоятельствах результатом амбициозной попытки выловить немногочисленные неблагоприятные для потребителей случаи применения деловой практики становится сосредоточение антимонопольного правоприменения на борьбе с благоприятными для потребителей действиями компаний (подробное объяснение причин этого приведено в статье Стивена Сэлопа). При этом, как подчеркивает Фрэнк Истербрук, ошибочное осуждений практики опаснее, чем ошибочное оправдание:

Если суд ошибается, осуждая приносящую пользу практику, то выгоды от её применения могут быть потеряны навсегда. Любая другая фирма, прибегающая к подвергнутой осуждению практике, насколько бы выгодной та ни была, наказывается ввиду прецедента. Однако, если суд ошибается, оправдывая неэффективную практику, то потери для благосостояния общества в целом со временем уменьшаются. ... Монопольные цены неизбежно привлекают на рынок новых игроков. ... [С]удебные ошибки, при которых оправдывают монопольные практики, самокорректируются, ошибочные осуждения — нет.

Чтобы минимизировать риск ошибочных оправданий, необходимо сделать так, чтобы соотношение антиконкурентных и конкурентных действий оказалось как можно более высоким (более похожим на представленное в первой таблице, чем представленное во второй). Для этого нужны «фильтры» (дозволения *per se*), которые позволили бы отказаться от рассмотрения действий, среди которых антиконкурентные действия маловероятны. Фрэнк Истербрук предлагает пять таких критериев: (1) наличие у компании рыночной власти; (2) способность практики обогатить компанию за счет потребителей; (3) наличие разнообразия методов производства и сбыта на рынке; (4) наличие признаков сокращения производства на рынке; и (5) анализ положения истца (если истец является деловым конкурентом, практика обычно выгодна потребителям).

Только если потенциально эффективный деловой метод удовлетворяет всем пяти критериям, Фрэнк Истербрук советует суду «предпринимать героическую попытку» и проводить полномасштабное разбирательство в последствиях действий компании.

Этот ход мыслей Истербрука, представленный в «Пределах антимонопольного правоприменения», существенно повлиял на теорию и практику антимонопольного правоприменения в США, и его стоило бы учитывать и в России. Однако необходимо

учитывать и специфику: в России далеко не все считают экономическую эффективность единственной или главной целью антимонопольного правоприменения. По всей видимости, большинство политиков, правоприменителей и граждан склонно приписывать антимонопольному законодательству другую цель — противодействие эксплуатации, иными словами, несправедливым условиям обмена. Если это так, то в исследовании нуждаются не только «пределы стремления к эффективности», но и «пределы борьбы с эксплуатацией». Как же учесть эту особенность? И нуждается ли она в принципе в учете?

Прежде всего, обсудим, есть ли отличие между обеспечением эффективности и борьбой с эксплуатацией. На первый взгляд, классическое описание аллокативной неэффективности монополии, как и эксплуатация, предполагают «завышение» цен. Может показаться, что препятствуя завышению цен, мы одновременно достигаем обеих целей и на практике между ними нет противоречия. Но это не так. Аллокативная неэффективность предполагает превышение цены над «конкурентной», а «эксплуатация» — над «справедливой», и эти два «эталона» могут отличаться. Возьмем таксистов, которые в день теракта в московском метро в марте 2010 г. стали назначать необычайно высокую цену. Цена очевидно была «конкурентной» (такси много, вход на рынок свободен и моментален), но большинство комментаторов не признало её «справедливой» (вплоть до обвинения таксистов в «мародерстве»).

Цель борьбы с эксплуатацией не сводится к какой-либо другой и видимо не случайно, что она законодательно оформлена отдельно от других. Уже ранние исследования российского антимонопольного законодательства указывали как на особенность российской модели то, что антимонопольный закон считает «злоупотреблением доминирующим положением» не только «недопущение, ограничение, устранение конкуренции», но также и «ущемление интересов других лиц», и что, реализуя эту цель, закон также преследует монопольные цены и вертикальные соглашения между компаниями с небольшой долей рынка¹.

Данная цель — одна из основных. В программной статье И. Артемьева и А. Сушкевича справедливость экономического обмена представлена как одна из двух основ российской антимонопольной политики². При этом, как отмечается в принятой Правительством Программе развития конкуренции в РФ, «значительная доля рассматриваемых ФАС России дел касается нарушений, последствием которых является ущемление интересов отдельных лиц, но не ограничение конкуренции на рынке. По сути, закон не проводит различия между неправомерным отказом в подключении частного дома к электрическим сетям и картельным сговором, имеющим серьезные последствия для конкурентной среды и неопределенного круга потребителей».

Политический философ Алан Вертхаймер выделяет два аргумента, которые полезны для обсуждения последствий реализации цели борьбы с эксплуатацией³. Первый из них — «аргумент неухудшения» (non-worseness claim): в случаях, когда А имеет право не взаимодействовать с В, и результат взаимодействия с В не хуже для него, чем отсутствие взаимодействия вообще, для А взаимодействие с В не может быть особенно плохим поступком даже тогда, когда условия этого взаимодействия не справедливы с точки зрения некоего внешнего стандарта.

¹ См. *Pittman R. Competition Law in Central Eastern Europe: Five Years Later. 1998. URL: <<http://129.3.20.41/eps/io/papers/0111/0111001.pdf>>; Joskow P.L. Schmalensee R. Tsukanova N. Shleifer A. Competition Policy in Russia during and after Privatization // Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics. Vol 1994 (1994). P. 301-381*

² *Артемьев И. Сушкевич А. Основания антимонопольной политики государства // Экономическая политика. № 4. 2007. С. 201. Критика данного обоснования представлена в Кузнецов Ю. Новиков В. Антимонопольная алхимия: превращение интересов в права // Экономическая политика. № 2. 2008.*

³ См. обсуждение в *Wertheimer A. Exploitation. Princeton: Princeton University Press. 1999. P. 289-293.*

Учитывая, что российское законодательство признает за гражданами право не производить никаких товаров и услуг, и для потребителей поступление их в продажу по любой цене по крайней мере не хуже, чем отсутствие товаров, едва ли мы можем осуждать тех, кто продает некоторый товар «слишком дорого» больше, чем те, кто вовсе его не продает. Если наши потребности в товарах, наш голод, налагает на других какие-то моральные обязанности, то все равно первые помогли нам хоть чем-то, пусть и не выполнили эти обязанности в совершенстве, тогда как вторые не помогли ничем.

Возможным ответом на это является «принцип взаимодействия» (interaction principle). Исходя из него, А может иметь некоторые особые моральные обязанности перед В, которые будут существовать, если он решит взаимодействовать с В, пусть даже речь идет о взаимовыгодной сделке, но будут отсутствовать, если взаимодействия не будет. В этом есть известная логика. Дополнительное действие создает повод для дополнительного упрека. Скажем, если А предложит В 1 млн руб в обмен на возможность плюнуть ему в лицо и тот согласится, это едва ли избавит поступок от моральной критики, пусть даже В выигрывает от этой сделки.

Принцип взаимодействия лежит в основе большинства видов регулирования, включая антимонопольное, и у него есть важное следствие. Принимая его, мы соглашаемся во многих случаях выписывать большие штрафы (моральные, денежные, тюремные сроки) за поведение, которое более выгодно потребителю, чем его отсутствие.

Этот подход спорен с моральной точки зрения. Далеко не всегда предложение купить товар за «слишком высокую» цену обладает теми же предосудительными чертами, что предложение плюнуть в лицо в обмен на оплату. Более того, даже тогда, когда поведение продавца предосудительно, его наказание может все равно быть предосудительным — вследствие неблагоприятного влияния на потенциальных покупателей — или в силу каких-либо еще причин. Нет ничего парадоксального в позиции, что хотя блудница заслуживает упрека, заслуживает упрек и тот, кто бросит в нее камень.

Одновременно принятие «принципа взаимодействия» несет угрозу интересам тех, кого регулирование вроде бы желает защитить. Рассмотрим «эталонный» случай борьбы с эксплуатацией — установление государством потолка цены товара. Такое регулирование поможет потребителю, если максимальная цена будет близка к минимальной цене, на которую мог бы согласиться продавец. В этом случае уплачиваемая покупателем цена уменьшилась бы, а у продавца остались бы стимулы продать свой товар. Однако также вероятно, что максимальная цена окажется ниже минимально возможной цены и вместо более благоприятных условий сделки потребитель столкнется с дефицитом, невозможностью купить нужный ему товар¹.

Речь может идти не только об исчезновении товара из продажи. Он может и вовсе не появиться. Возьмем часто встречающуюся ситуацию: операторы связи берут за подключение к интернету в небольших городах намного больше деньги, чем в областном центре. К этому можно относиться по-разному, однако необходимо учитывать, что зачастую возможность взимать повышенную цену является мотивом, по которому компании решают прийти в небольшой город. Если заставить компании получать со всех потребителей одну и ту же норму прибыли, то у них не будет мотива обслуживать тех, кто испытывает наибольшую потребность в товаре услуге. Принимая во внимание роль прибыли в подобных решениях, правомерное сравнение будет не между наличием услуги по завышенной и нормальной цене, а между наличием услуги по высокой цене и полным ее отсутствием².

¹ См. *Зволински М.* Взвинчивание цен и провалы рынка. URL: <http://www.inliberty.ru/library/study/2538>

² См. *Littlechild S.C.* The Fallacy of the Mixed Economy. The Institute of Economic Affairs. 1978. P. 46

Сравнение синицы в руках и журавля в небе и пословица «лучшее — враг хорошего» посвящены рискам подобного рода.

Уменьшить эти риски можно, если вслед за Истербруком сформулировать «фильтры», которые позволили бы избежать регулирования там, где реализация рисков особенно вероятна.

Первый фильтр — наличие множества игроков на рынке. Если это условие выполняется, то допустимый диапазон переговоров невелик, и попытка улусшить условия для одной из сторон приведет к отсутствию сделки.

Второй фильтр — низкий размер маржи у продавца. Этот фильтр играет примерно ту же роль, что и первый. Если маржа мала, то стремление снизить её далее чревато риском отсутствия сделки. Здесь следует сделать оговорку. На деле не так просто определить, низка маржа или велика. Ответ на этот вопрос зачастую зависит от выбора правильной временной перспективы.

Зимой 2000/01 года в маленьком городке Новая Британия (штат Коннектикут, США) произошло чрезвычайное происшествие. В отличие от предыдущих четырех зим эта оказалась очень снежной, и за несколько дней возникли метровые завалы. Дворники просили за свою работу больше 100 долларов в час. При взгляде на снежные дни это выглядело «сверхзаработками», однако при взгляде на пять зим доходы дворников по всей видимости не являлись «чрезмерными». Если бы дворникам было запрещено взимать «повышенную» оплату в снежную зиму, то снегоуборочной техники в критический момент оказалось бы меньше, а в обычные зимы услуги дворников обходились бы дороже.

Третий фильтр — ситуация, когда наличие товара важнее условий, или на более техническом языке, когда резервная цена покупателя существенно выше, чем предлагаемая продавцом цена (пусть даже мы считаем, что она завышена). Это отражает бытовую интуицию — когда ставки для нас велики, мы, всерьез думая о наших интересах, как правило склонны меньше торговаться.

Здесь уместно вспомнить написанное в 1992 г. заключение РЦЭР по поводу предложений о регулировании цен: «...РЦЭР полностью поддерживает предложения Комитета по политике цен относительно отмены регулирования цен на товары, не относящиеся к предметам первой необходимости. Комитет по политике цен считает, что регулирование цен на эти товары способствует их дефициту и перепродаже на черном рынке. [Однако] экспертам РЦЭР непонятно, почему Комитет по политике цен считает недопустимым дефицит и черный рынок для престижных и дорогих товаров, и при этом предлагает меры с такими же последствиями, но в отношении товаров первоочередной необходимости». Говоря просто, намного опаснее столкнуться с дефицитом молока и хлеба, чем дефицитом икры и шампанского. Отсюда, вопреки установкам политиков, мы должны особенно избегать регулирования цен именно в отношении «социально-значимых», «первоочередных» товаров.

В.Н.

МАЙКЛ БЕЙИ. ДЖОШУА РАЙТ. НЕ СЛИШКОМ ЛИ СЛОЖНЫ АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ДЛЯ СУДЕЙ-ГЕНЕРАЛИСТОВ? ЗАВИСИМОСТЬ ПРОЦЕНТА АПЕЛЛЯЦИЙ ОТ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ И ПОДГОТОВКИ СУДЕЙ¹

1. ВВЕДЕНИЕ

Антимонопольный анализ становится все более сложным. Судебное рассмотрение антимонопольных дел сегодня обычно включает оценку судьями экономического и эконометрического [экспертного] анализа. «Битвы экспертов» стали обычными — и критически важными — сражениями в антимонопольных войнах. Мандель² описывает «бум» показаний экспертов в антимонопольном судопроизводстве и нескольких других областях, длящийся уже десятилетия, и все большую опору судей и регулирующих органов при принятии решений на экономистов-консультантов. Хотя этот рост спроса на экспертный экономический анализ и экспертные свидетельства с очевидностью повышает благосостояние экономистов, литература по экономическому анализу права хранит молчание относительно эмпирических эффектов экономической сложности на принятие решений при рассмотрении антимонопольных дел.

Всевозрастающей опоре на анализ экспертов-экономистов при рассмотрении антимонопольных дел есть несколько правдоподобных объяснений. Одно из них заключается в том, что усложнение теории организации промышленности (и экономики в целом) превратили антимонопольную практику в более математически строгую и требующую специальных знаний область. Второе (не обязательно исключающее первое) объяснение указывает на изменения в существе антимонопольного учения. Пятьдесят лет назад антимонопольное законодательство состояло в основном из норм *per se* и очевидных запретов, и следовательно, для определения того, не нарушаются ли антимонопольные законы тем или иным коммерческим поведением, экономический анализ не требовался. Однако развитие движения за экономический анализ права на протяжении этих 50 лет вылилось в сдвиг по направлению к современной антимонопольной сцене, с ее приоритетом специфического, основанного на правиле взвешенного подхода, взгляда при оценке делового поведения. В соответствии с этим современным, «основанным на последствиях» подходом, от судей и присяжных зачастую требуется определить, какие из деловых соглашения являются антиконкурентными, а какие нет³.

Основанная на [оценке] последствий структура современного антимонопольного законодательства требует свидетельств экспертов-экономистов прежде всего потому, что широкие формулировки Закона Шермана оставляют задачу определения неоправданных ограничений торговли судьям. Такая задача может стать непосильной для судьи-генералиста, распутывающего вопросы, связанные со стимулами к слиянию, эластичностью спроса, анализа критического убытка, последствия горизонтальных слияний или вертикальных ограничений для конкуренции, и вынужденного давать оценку

¹ *Baye M.R. Wright J.D. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals // Journal of Law and Economics* (готовится к публикации). Статья доступна по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319888

² *Mandel M. J. Going for the Gold: Economists as Expert Witnesses // The Journal of Economic Perspectives*. 1999. 13. No. 2. P. 113—120.

³ Этот сдвиг федеральных судов в сторону включения экономики в антимонопольный анализ не был внезапным (*Kaplow L. Antitrust, Law and Economics, and the Courts // Law and Contemporary Problems* Autumn. 1987. P. 181). Но нет сомнений в том, что перемены в законодательстве, названные Познером «революционными» (*Posner R. A. Antitrust Law / 2nd ed. University of Chicago Press, 2001*), повысили спрос на экономическую экспертизу, касающуюся последствий различных деловых методов для конкуренции.

противоречащим друг другу эконометрическим выводам. Например, судья Ричард Познер¹ утверждает, что «эконометрика настолько сложна как предмет, что нереалистично ожидать от среднего судьи или присяжного способности понимать споры, касающиеся эконометрических исследований, как бы искусно эконометрист ни объяснял эти исследования для аудитории неспециалистов». Это рисует безрадостную картину для надеющихся на то, что антимонопольная практика будет продолжать вбирать в себя приемы и методы современной экономики.

Экономическую сложность современного антимонопольного правоприменения отчасти можно объяснить успехом движения за экономический анализ права. С исторической точки зрения, экономически неверные решения стали редкостью по сравнению с тем положением дел, которое повлекло плодотворную и опустошительную критику Борком² парадоксальной природы антимонопольной практики. Последние полвека демонстрируют резкий рост экономической утонченности антимонопольного анализа при судебных слушаниях и в практике органов власти. Решения по делам о слиянии больше не мотивируются популистскими соображениями о «мелких торговцах и достойных людях» или рабскому подчинению тезису о связи отраслевой концентрации и результатов функционирования рынков. Вместо этого, современный анализ слияний включает утонченное и прочно основанное на экономической теории и эконометрике прогнозирование возможного влияния рассматриваемого слияния на благосостояние потребителей. Ведущие комментаторы антимонопольной практики приветствуют такие перемены. Описывая удачу Федеральной комиссии по торговле при оспаривании предполагавшегося слияния «Staples» и «Office Depot», опиравшемся на сложные эконометрические свидетельства, демонстрирующие повышение потребительских цен при слиянии, судья Познер³ объявил, что «экономический анализ слияний стал взрослым».

Почти несомненно, что сложный экономический и эконометрический анализ является обычной платой за современное антимонопольное судопроизводство, но при этом недостает эмпирических свидетельств о том, какое влияние оказывает (если оказывает вообще) на принятие таких судебных решений оказывает эта сложность. Рабочая группа по экономической экспертизе антимонопольного подразделения Американской ассоциации юристов (ABA Antitrust Section Economic Evidence Task Force), включающая ведущих экономистов, адвокатов, ученых и одного федерального судью, провела исследование роли экономических свидетельств в федеральных судах. В отчете этой рабочей группы⁴ достигнуто общее согласие «касательно важности экономики для современного антимонопольного законодательства и, соответственно, признания критической важности для принятия обоснованных решений понимания судьями и присяжными экономической тематики и экономических свидетельств», а также в том, что «данные проблемы могут оказывать серьезное влияние на состязательный процесс, склоняя судью к принятию решений в пользу той или иной стороны, побуждая лиц, принимающих решение, к игнорированию противоречащих экономических свидетельств или к принятию „неправильных“ заключений, а также способны увеличивать издержки правоприменения»⁵.

1 Posner R. A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness // The Journal of Economics Perspectives. 1999. 13. No. 2. P. 91—99.

2 Bork R. The Antitrust Paradox. Basic Books, Inc., 1978

3 Posner R. A. Antitrust Law / 2nd ed. University of Chicago Press, 2001.

4 Baker J. B., Morse M. H. Final Report of the American Bar Association Antitrust Division Economic Evidence Task Force. 2006 <<http://www.abanet.org/antitrust/atreports/01-c-ii.pdf>> (last updated August 1, 2006).

5 Некоторые экономисты полагают, что современное антимонопольное правоприменение на самом деле вредит потребителям (Crandall R. W., Winston C. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence // Journal of Economic Perspectives. 2003. 17. P. 3—26), но это остается

Разумеется, современные критики важных антимонопольных решений зачастую прибегают к утверждениям о том, что судья неправильно понял или неправильно применил относящуюся к делу экономическую теорию, не смог выявить важнейшего экономического вопроса или учел мнения и заключение не того эксперта. Но при том, что претензии, касающиеся неспособности состава федеральных судов к компетентной оценке сложных экономических или эконометрических свидетельств в антимонопольных делах, выдвигаются часто, и стоят за многими предлагающимися реформами, направленными на повышение точности судебных решений, такие претензии до сих пор не подвергались формальной эмпирической проверке.

Тем не менее, как показал недавний опрос 42 экономистов-антимонопольщиков, проведенный Рабочей группой ААЮ, только 24% из них уверены, что судьи «как правило» понимают экономическую суть рассматриваемых дел. Авторы отчета Рабочей группы ААЮ, так же, как и другие комментаторы, предлагают ряд возможных решений «проблемы» экономической сложности и экспертных заключений, включая назначение судами экспертов в соответствии со ст. 706А Федерального гражданско-процессуального кодекса, более частое применение прецедента по делу Доберта¹ для исключения необоснованных экономических экспертных заключений, введения процедуры состязательной экспертизы, создание специализированных судов, а также обеспечения базовой экономической подготовки судей².

Выгоды обеспечения экономической подготовки рассматривающих антимонопольные дела судей очевидна (по крайней мере, экономистам). Сложно вообразить, каким образом не знающий экономики судья мог бы оценить последствия для конкуренции сложной схемы тарификации, предлагаемой ответчиком, опираясь исключительно на прецеденты, толкование, содержащееся в самом законе, случайные эмпирические свидетельства и не поддержанную [специальной] подготовкой интуицию. Познер³ отмечает перспективы совершенствования показателей судебной системы в антимонопольной области — одной из областей, где собственно юридическая техника в особенности не подходит для решения открытых вопросов — гипотетической системы, при которой судьи окажутся «вооружены базовыми экономическими навыками и достижениями». Рабочая Группа ААЮ подобным же образом рекомендует «улучшение образования судей в части антимонопольной экономики, с учетом недостаточного опыта вновь назначаемых судей в антимонопольных делах и экономики».

спорным вопросом (*Baker J. B. The Case for Antitrust Enforcement // Journal of Economic Perspectives. 2003. 17. P. 27—50*).

¹ Норма, касающаяся допустимости использования экспертных свидетельств в суде, сформулированная в деле *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*. Согласно решению Верховного суда, при определении допустимости свидетельства судья должен провести «предварительную оценку того, является ли аргументация и методология, которые лежат в основе свидетельства, надежными с научной точки зрения, и применимыми к рассматриваемым фактам». В частности, суды должны рассмотреть: 1) Могут ли утверждения в предлагаемых свидетельствах быть проверены; 2) была ли использованная техника или теория подвергнута экспертной оценке (*peer review*) и опубликована; 3) известен ли потенциальный процент ошибок, который порождает применения предлагаемой научной техники; 4) существование и поддержание стандартов, контролирующих применение техники; 5) существование «общего принятия» теории или техники в научном сообществе, возможно, с идентификацией релевантного сообщества и степени принятия внутри этого сообщества. — Прим. ред.

² *Posner R. A. The Law and Economics of the Economic Expert Witness*. Например, Галлини (*Gallini N. T. The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform // Journal of Economic Perspectives. 2002. 16. P. 131—154*) приводит прекрасное рассуждение о том, как создание специализированных судов повлияло на патентное судопроизводство.

³ *Posner R. A. How Judges Think*. Harvard University Press, 2008.

Судьи также рассматривают экономическую подготовку как полезную; ниже обсуждается, что сотни судей уже прошли базовые экономические курсы. Одна из причин, по которой судья согласен оторваться от чтения толстых дел и пойти на курсы — повышение качества принимаемых им решений и, соответственно, снижение количества апелляций, отмен первоначальных решений или других потенциально вредных эффектов экономической сложности, которые могут повредить репутации судьи.

Однако, к антимонопольно-экономической подготовке судей есть и возражения. Некоторые даже критикуют включение в учебные планы для судей *основ* экономики. Часто критика такого рода оказывается нацеленной на Центр экономического анализа права (ЦЭАП) Университета Джорджа Мейсона. Это по крайней мере отчасти объясняется тем, что ЦЭАП оказался крупнейшим учреждением для переподготовки судей. ЦЭАП начал переподготовку судей в 1976 г. и через него прошли сотни ныне практикующих судей. Телес¹ отмечает, что на пике, приходившемся на 1990 г., Экономический институт федеральных судей ЦЭАП обучал 40% состава федеральных судей, включая двух судей Верховного суда и 67 судей федеральных апелляционных судов². Критики утверждают, что его программы свелись к увеселительным поездкам за казенный счет, призванным повлиять на принятие судебных решений, и представляют собой плохо замаскированную попытку попытку индоктринации судей экономикой особо консервативного стиля, ориентированного на свободный рынок. Оппозиция таким учебным планам недавно вылилась в предложение фактического законодательного запрета программ переподготовки федеральных судей, финансируемых из частных источников³.

Настоящая статья представляет собой первую попытку эмпирического исследования влияния экономической сложности и базовой экономической подготовки [судей] на судебные решения по антимонопольным делам. Мы обнаруживаем, что экономическая сложность значительно повышает вероятность подачи апелляции на решение судьи⁴. Этот эффект значим статистически и практически; доля апелляций на экономически сложные решения оказалась при самых общих спецификациях примерно на 10% выше, чем на «простые» решения⁵. Мы также обнаруживаем, что на решения судей, прошедших курс основ экономики, в простых случаях подается значительно меньше апелляций, чем на решения судей, не прошедших такой подготовки. Мы не нашли свидетельств в пользу того,

1 Teles S. M. *The Rise of the Conservative Legal Movement*. Princeton University Press, 2008.

2 В Центре экономического анализа права [Университета] Джорджа Мейсона утверждают, что более 50% ныне действующих судей (в соответствии со Статьей III Конституции) посещали курсы ЦЭАП, хотя в это число входят и другие, а не только экономические, учебные курсы, проводимые ЦЭАП. Домашняя страница Центра экономического анализа права [Университета] Джорджа Мейсона: <http://www.lawecon.org> (проверено 14 января 2009 г.).

3 Teles Op. cit.

4 Существует подобная литература о влиянии [предметной] сложности на решения о построении патентных формул в патентном праве, в которой обнаруживается, что Федеральный окружной [суд] достаточно часто отменяет решения окружных судов, что предполагает плохую работу окружных судов. См. напр.: Moore K. A. *Are District Court Judges Equipped to Resolve Patent Cases?* // *Harvard Journal of Law & Technology*. 2001. 15. P. 1, Chu C. A. *Empirical Analysis of the Federal Circuit's Claim Construction Trends* // *Berkeley Technology Law Journal*. 2001. 16. P. 1075, см. тж.: Wagner P., Petherbridge L. *Is the Federal Circuit Succeeding? An Empirical Assessment of Judicial Performance* // *University of Pennsylvania Law Review*. 2004. 152. P. 1105. Эта литература обычно не учитывает характеристики отдельных судей, такие как специальное естественнонаучное образование, за исключением работы Moore K. A. *Are District Court Judges Equipped to Resolve Patent Cases?*, автор которой не обнаруживает разницы между процентом отмен решений судей Федерального округа со специальным образованием и без такового.

5 В данном контексте «простое» указывает лишь на отсутствие *экономической* сложности. Как и большинство других форм гражданского коммерческого судопроизводства, антимонопольное судопроизводство может быть весьма сложным из-за правовых и процессуальных соображений, не связанных со специально-экономическими тонкостями.

что базовая экономическая подготовка судьи влияет на количество апелляций по экономически сложным делам, и это соответствует интуитивным предположениям о том, что основы экономики полезны при решении простых антимонопольных дел, но не дел с привлечением сложных экономических или эконометрических свидетельств. Эти результаты сохраняют устойчивость на двух наборах данных и при различных спецификациях, учитывающих политических воззрений судьи, его опыта в антимонопольных делах и дополнительного образования — а также других параметров, включающих поправки на тип истца (например, ФКТ или Министерство юстиции), типа дела (например, слияние или монополизация) и округа, в котором слушается дело.

Мы уверены, что данные результаты проливают свет на связь экономической сложности с качеством установления фактов судьей, и в частности, с той претензией, что часто выдвигается: чрезмерной сложностью антимонопольного анализа для его оценки судьей-генералистом. Мы утверждаем, что стороны — обычно потратившие деньги на экономистов-экспертов и таким образом находящиеся в выгодном для оценки силы или слабости сложных экономических доводов положении — достаточно сильны, чтобы оценить правоту или неправоту понимания этих доводов в ходе рассмотрения дела в первой инстанции. Таким образом, в силу выявленного предпочтения, тот факт, что сторона готова нести издержки подачи апелляции на судебное решение, указывает на то, что (по крайней мере, в представлении данной стороны) судья совершил ошибку, потенциально подлежащую исправлению. Мы интерпретируем свои результаты — повышение вероятности апелляции в случае экономической сложности и понижение доли решений, на которые подается апелляция, в случае судьи, прошедшего базовую подготовку по экономике — как свидетельство в пользу точки зрения, согласно которой некоторые антимонопольные дела чрезмерно сложны для судей-генералистов.

Анализируемые нами данные описаны во втором разделе. В третьем разделе обсуждаются методологические вопросы, касающиеся примененного подхода, а также ряд важных предосторожностей и ограничений проведенного нами анализа. В четвертом разделе представлены полученные нами эмпирические результаты, а в пятом мы завершаем обсуждением некоторых возможных процедурных выводов из наших изысканий.

2. ДАННЫЕ

Имеется четыре основных категории данных. Первая включает сведения, извлекаемые из судебных решений. Мы постарались учесть все обнародованные решения периода с 1999 по 2006 г., в которых административный судья или судья федерального окружного суда вынес решение по существу антимонопольного иска¹. Наша выборка включает 73 решения по антимонопольным искам, принятых административными судьями и 641 решение, принятое федеральными окружными судьями (действующими в соответствии со Статьей III Конституции) — всего 714 решений².

Каждому решению присвоен код с учетом сведений о типе (или типах) предполагаемого антимонопольного нарушения (слияние, монополизация, фиксация цен, нарушение Закона Робинсона — Пэтмана, или же несколько нарушений), об истце (ФКТ, Министерство юстиции, частное лицо, генеральный прокурор штата) и дате вынесения решения. Наши

1 Мы обратились к услугам «Westlaw» для отбора таких решений посредством следующих ключей поиска в базе данных окружных судов: «(antitrust & ("Sherman Act" "Clayton Act" "Robinson-Patman Act"))».

2 Ряд решений, связанных с антимонопольными исками, из данной выборки исключен ввиду того, что в них отсутствуют суждения по существу антимонопольных материально-правовых вопросов. Большинство таких решений связаны с подсудностью и массовостью исков. В случае, если по делу мнения судей разошлись, каждое из них рассматривается как отдельное заключение.

данные также включают указание на то, было ли решение оспорено по крайней мере одной из сторон, и указание на то, привела ли апелляция к отмене решения.

Вторая категория данных состоит из характеристик судьи и суда. Для того, чтобы иметь возможность отделить политические взгляды от экономической подготовки и других факторов, могущих влиять на подачу апелляции, мы собрали данные о партийной принадлежности судьи на основе партийной принадлежности назначившего его президента¹. Кроме того, мы собрали данные о дополнительном образовании судей и их предшествовавшем опыте в антимонопольных разбирательствах. Можно предположить, что имеющийся антимонопольный опыт повышает качество решений судьи в сложных случаях и может послужить заменой экономической подготовке. За предложениями об учреждении специализированных антимонопольных судов стоит именно утверждение о том, что опыт в форме повторения ведет к специализации и повышению качества решений при рассмотрении сложных дел. Мы учитываем антимонопольный опыт судьи в форме общего количества антимонопольных решений, вынесенных данным судьей до вынесения решения в данном деле. На Рис. 1 показано распределение данного индикатора опыта. Обратите внимание на его тенденцию к кластеризации в окрестностях нуля, что указывает на значительную долю судей без предшествующего антимонопольного опыта или незначительным таким опытом на момент вынесения ими решений.

Мы также собрали данные, характеризующие суды с других сторон, включая федеральный апелляционный суд, к которому приписан тот или иной окружной суд (таким образом позволяя учесть возможные вариации в зависимости от округа). Это может оказаться ценным, например, если считать, что судьи окружного суда в Округе Колумбия более компетентны в рассмотрении сложных антимонопольных исков, подаваемых работающими в Округе органами власти. Кроме того, сведения об округах позволяют учесть возможные вариации между округами, включая политический состав и экономическую искушенность апелляционного суда, а также различия в материальном антимонопольном законодательстве, способные повлиять на долю апелляций.

Третья категория данных связана с показателями экономической сложности. Мы выбрали 14 ключевых терминов, появления которых следует ожидать в сложных антимонопольных разбирательствах, требующих утонченной экономической или эконометрической экспертизы. Затем мы выполнили электронный поиск по решениям в каждом деле и записали количество упоминаний каждого из таких ключевых терминов. Данные термины сведены в Табл. 1. И, наконец, мы построили агрегированную сводную статистику совокупной экономической сложности каждого дела, вычислив общее количество раз, с которым эти 14 терминов встречаются в конкретном решении. На Рис. 2 отображено распределение данного показателя экономической сложности. В свете того факта, что большая часть решений оказались «простыми» делами, где ни один из данных 14 терминов ни разу не встречается, мы создали переменную-индикатор, разделяющую дела на два типа: сложные и простые. Простые дела влекли решения, в которых данные термины не упоминались вовсе, а сложные определяются как те, в решениях по которым упоминается

1 Партийная принадлежность [президента], назначившего судью, известна для каждого судьи окружных судов. Административные судьи не назначаются президентом и, соответственно, данные об их политических взглядах недоступны. Хотя существует обширная литература о влиянии политических взглядов на апелляционные суды и Верховный суд (*Cross F. B. Decision Making in the U.S. Courts of Appeals. Stanford University Press, 2007.*), о влиянии политических взглядов судей в федеральных окружных судах спорят (*Posner R. A. How Judges Think. Harvard University Press, 2008; Sisk G. C., Heise M., Morriss A. P. Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning // New York University Law Review. 1998. 73. P. 1377; Ashenfelter O., Eisenberg T., Schwab S. J. Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes // Journal of Legal Studies. 1995. 24. P. 257*).

один или более термин из Табл. 1. В нашей выборке оказалось 222 сложных и 492 простых дела.

Четвертая категория данных включает базовую экономическую подготовку судей. Прибегнув к общедоступным источникам, мы записали личные данные каждого судьи, прошедшего курсы базовой экономической подготовки в ЦЭАП¹. Из нашей выборки 128 судей посещали курсы экономической подготовки в ЦЭАП в соответствующий период, причем, некоторые посещали несколько курсов. Назначение данной переменной в том, чтобы измерить способность судьи к анализу экономических экспертных заключений в антимонопольном деле. В рамках нашего анализа судья считается «подготовленным», только если он получил базовую экономическую подготовку до даты вынесения решения.

Эти данные являются потенциально полезным индикатором экономических знаний и интересны по ряду причин. Во-первых, если те судьи, которые идут на курсы по основам экономики, вряд ли до этого имели какие-то знания или опыт, касающиеся экономики², вероятно, что любое влияние такой подготовки на количество апелляций можно приписывать обретению судьей базовых экономических навыков. Во-вторых, поскольку курсы ЦЭАП являются лишь одной из форм экономического образования для судей, полученные нами результаты могут пролить некоторый свет на многие предложения, касающиеся институциональных реформ, таких как более свободное использование экспертов, назначаемых судом, имеющее целью «дать подготовку» судьям в части тех или иных специальных навыков. И наконец, качество учебных планов экономической подготовки для судей (и в особенности, планов ЦЭАП) стало предметом горячих обсуждений.

В Табл. 2 представлена сводная статистика, отсортированная по округам, типам дел и типам истцов, демонстрирующая ряд интересных закономерностей. В том, что касается вариации процента апелляций по округам, Седьмой округ — родной для таких антимонопольных экспертов, как судья Ричард Познер и Фрэнк Истербрук, — показывает самую низкую долю в 17,02%, что приблизительно вдвое меньше средней по выборке. Административные иски ФКТ, в которых первоначальное решение выносят административные судьи ФКТ (и апелляции подаются непосредственно в Комиссию), показывает наивысшую долю апелляций в 17,78%. Что касается подготовки в ЦЭАП, по округам наблюдаются значительные расхождения. В Первом и Федеральном округах судьями, прошедшими переподготовку в ЦЭАП, вынесено ноль решений, в то время, как в Четвертом округе —

1 Для сбора этих сведений мы прибегли к данным из ряда источников. Основным источником служит база данных с возможностью поиска, доступная как <http://www.tripsforjudges.org/search.asp>. Эта база данных собирается Советом по правам общин (Community Rights Council) — небольшой группой защитников окружающей среды, активно критикующей ЦЭАП и другие учебные курсы для судей, например, Фонд в поддержку исследований по экономике и окружающей среде (Foundation for Research on Economics and the Environment, FREE) и Фонд свободы (Liberty Fund) (Adler J. H. Junkets for Judges // National Review Online. 2005. June 23.

<<http://www.nationalreview.com/adler/adler200506230755.asp>> (last updated June 23, 2005).). В этой базе данных собраны финансовые отчеты судей за период 1992—2004 гг. Мы дополнили их сведения позднее обнародованными финансовыми сведениями и отчетностью, имеющимися в Центре экономического анализа права Университета Джорджа Мейсона.

2 Учебные планы включали двух-с-половиной-недельный курс основ экономики, читаемый такими преподавателями, как Армен Алчиан, Гарольд Демсетц, Мартин Фельдштейн, Милтон Фридман, Пол Макэвой и Пол Самюэльсон (Teles S. M. The Rise of the Conservative Legal Movement. Princeton University Press, 2008). Чарльз Гоэтц, один из преподавателей курсов ЦЭАП, описывает учебное содержание как «совершенно обычную экономику ... модель конкуренции, стоимость капитала, дисконтирование к текущему моменту, такого рода вещи» (Teles. Op. cit). Детальное описание курсов ЦЭАП приводится в: Butler H. The Manne Programs in Economics for Federal Judges // Case Western Reserve Law Review. 1999. 50. P. 351.

около 30% решений вынесено подготовленными судьями. Отметим, что, хотя по округам и типам дел процент подготовленных судей сильно различается, случайное распределение дел по судьям окружных судов подсказывает, что эти различия отражают особенности судов (в разные округа попадают судьи и дела разного типа), а не неслучайное распределение (которое бы повлекло корреляцию характеристик дел с ненаблюдаемыми характеристиками судей).

Из представленных в выборке наиболее сложны дела, касающиеся слияний, которые повлекли также более высокую долю апелляций по сравнению с делами других типов. Что интересно, эти более сложные дела о слиянии рассматривались подготовленными судьями лишь в 2,56% случаев, гораздо реже, чем дела любого другого типа. В дополнение к повышенному проценту апелляций в делах по искам ФКТ, являющемуся следствием того, что почти по двум третям таких дел решения выносились в рамках административного законодательства (предусматривающего апелляцию в Комиссию), интересно также отметить, что подготовленные в ЦЭАП судьи ни разу не выносили антимонопольных решений по искам ФКТ. Для сравнения, на решения по делам, истцом в которых выступало Министерство юстиции, апелляции подавались в 41,61% случаев, а по делам по искам частных лиц — только в 26,44% случаев.

3. МЕТОДОЛОГИЯ И ПРЕДОСТОРОЖНОСТИ

Основным показателем качества первоначального судебного решения служило для нас решение одной из сторон об апелляции. Соответственно, мы определяем вероятность подачи апелляции на конкретное решение первой инстанции как функцию экономической сложности дела, экономической подготовки судьи и ряда других параметров¹.

Главным основанием для того, чтобы принять подачу апелляции за показатель того, что суд первой инстанции «неправильно применил экономику», является аргумент явно выявляемого предпочтения. Доля апелляций является сигналом, отражающим реальные издержки, которые несут стороны, будучи осведомлены своими экспертами-экономистами и находясь в хорошем положении для того, чтобы судить, совершил ли (или с достаточной ли вероятностью совершил) суд первой инстанции «исправимую ошибку». Хотя у стороны имеются резоны подавать апелляцию на любое решение суда первой инстанции безотносительно его качества, при прочих равных апелляция сигнализирует, что по крайней мере одна из сторон верит в возможность убедить суд следующей инстанции в том, что в первой инстанции совершена исправимая ошибка. Снижение доли апелляций вероятно означает уменьшение числа вынесенных решений, оставляющих по крайней мере у одной из сторон достаточно стойкое для того, чтобы вкладывать средства в убеждение апелляционного суда, ощущение исправимой ошибки, совершенной в первой инстанции.

Верно, что апелляция может быть показателем и того, что по крайней мере одна из сторон желает вложить средства в возможность убедить апелляционный суд в том, что в первой инстанции была совершена ошибка в *вопросе права*, такая, как применение ненадлежащей нормы, вне связи с типом антимонопольного исследования фактов, включающего экономическую экспертизу, являющуюся предметом нашего исследования. Однако, «основанный на последствиях» подход современного антимонопольного законодательства создает сплетение расследования правовых и экономических вопросов, несравнимое с другими отраслями права. Например, расследование правовых вопросов в соответствии со Статьей 7 Закона Клейтона, заключается в поиске ответа на вопрос о том, приведет ли предполагаемая сделка к «существенному снижению конкуренции» — критерий,

1 Как обсуждалось выше, мы также исследуем модели, основанные на вероятности отмены конкретного решения суда, при том условии, что на это решение приносилась апелляция.

применяемый на основании исключительно экономической интерпретации, приравнивающей нарушение данной нормы к снижению благосостояния потребителя. Тот факт, что современный правовой и экономический антимонопольный анализ неизбежно переплетается между собой, подсказывает, что необычайно большая доля апелляций будет мотивироваться тем, что в первой инстанции суд «неправильно применил экономику»¹.

Более того, стороны в антимонопольных процессах зачастую тратят средства на наем экспертов-экономистов, и скорее всего будут хорошо осведомлены о сильных и слабых сторонах сложных экономических свидетельств. По контрасту, ни в одном из дел из нашей выборки судья не назначал эксперта, и судье оставалось самому оценивать свидетельства, порожденные в ходе «битв экономических экспертов».

Мы также приводим результаты, основанные на альтернативном показателе качества решений судов первой инстанции: проценте отмены их решений апелляционным судом². К сожалению, отмена решения по апелляции требует коллегиального решения нескольких лиц, принимающих решения, каждое из которых может обладать собственными политическими взглядами и экономической подготовкой. Персональное взаимодействие между такими лицами не позволяет нам при применении этого альтернативного показателя учесть влияние характеристик отдельных судей апелляционного суда (таких как партийная принадлежность или базовая экономическая подготовка) на отмену решения апелляционным судом. Кроме того, отмена решения с необходимостью предполагает наличие апелляции на это решение, что существенно сужает базу выборки при спецификациях, применяющих ее к измерению качества решения суда первой инстанции. По этим причинам для измерения потенциальных экономических ошибок судов первой инстанции мы преимущественно применяем показатель подачи одной из сторон апелляции.

Наш анализ, разумеется, не лишен недостатков. Как обсуждалось выше, большинство дел из нашей выборки экономически «просты», и у нас нет достаточного избытка данных, чтобы отдельно учесть упоминание каждого из терминов, перечисленных в Табл. 1. Следовательно, мы помещали дело в класс «сложных», если в решении упоминается один или более терминов из Табл. 1, и в класс «простых» — если не упоминается. Однако, важно отметить, что решение, упоминающее эти термины, может учитывать лишь небольшой объем сложного экономического или эконометрического анализа. Также возможно, что решение является экономически сложным несмотря на отсутствие данных терминов. Неформальное (*ex post*) рассмотрение решений из нашей выборки подсказывает, что «сложные» дела неизменно содержат по крайней мере хоть какую-то оценку свидетельств эксперта-экономиста, а «простые» не содержат. Тем не менее, мы признаем, что наш показатель экономической сложности является индикатором не вполне строгого понятия.

Другим недостатком нашего анализа является неучет некоторых потенциально значимых предикторов процента апелляций. Самой важной из таких потенциально теряемых переменных является цена иска, о котором идет речь, которая может выступать важным предиктором процента апелляций. Однако, две из учитываемых нами переменных могут

1 Эта особенность современного антимонопольного анализа не ограничена слияниями. Познер вообще объяснял, что подзаголовок «Экономический аспект» выпал из названия его влиятельного антимонопольного трактата, поскольку «другие аспекты в основном отпали», и теперь имеется «консенсус, согласно которому направляющую силу следует искать в экономике» (*Posner. Antitrust Law*).

2 Данный показатель иногда применяется в исследованиях по патентному судопроизводству (см. *Gallini. The Economics of Patents*). После этого Дузо с коллегами применили методику изучения событий для изучения влияния [судебных] решений о слияниях в ЕС на курсы акций (*Duso T., Neven D. J., Röller L. H. The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data // The Journal of Law and Economics. 2007. 50. P. 455—489.*).

интерпретироваться как учитывающие цену иска. Во-первых, тип дела позволяет отделить иски, касающиеся слияний, от дел о фиксации цен или обвинений в монополизации, причем, есть свидетельства тому, что в контексте антимонопольных разбирательств тип дела коррелирует с ценой иска¹. Во-вторых, даже при учете этой переменной, возможно, что наш показатель сложности сочетает в себе экономическую сложность и высокую цену иска (поскольку отчет эксперта предположительно с большей вероятностью будет присутствовать в делах с высокой ценой иска). Если это верно, то сообщаемые нами результаты о влиянии сложности на процент апелляций должен интерпретироваться как отражающий *и* влияние экономической сложности, *и* высокую цену иска.

К сожалению, нам недоступны данные, касающиеся некоторых потенциально важных предикторов процента апелляций, таких как качество адвокатских услуг. Судьи могут также прибегать к ненаблюдаемым методам, не связанным с экономической подготовкой и образованием, чтобы сигнализировать о своем понимании экономических вопросов сторонам. Это снизило бы вероятность апелляции при любом заданном уровне экономической подготовки или сложности. Могут иметь место и эффекты, специфичные для отдельного судьи. К сожалению, наши данные не столь обильны, чтобы позволить учесть данные возможности.

И наконец, наша выборка содержит исключительно те случаи судебного рассмотрения, в которых решения обнародуются, а широко известно, что исход этих дел неясен до самого конца [“close call” cases]². Вдобавок к этому, для некоторых дел в данных указано «апелляция не подавалась» потому, что они были урегулированы до того, как апелляционная инстанция вынесла решение. В таком случае решение о подаче апелляции может отражать различие мнений, касающихся ошибки первой инстанции. Приведенные примеры не влияют на исследуемый вопрос, но показывают, что проведенный анализ должен интерпретироваться как исследование качества оценки судьями дел с неопределенным исходом [close calls] или случаев, в которых мнения различны. Для учета возможности того, что характеристики дел, которые слушаются в суде, а не урегулируются внесудебно, меняются с течением времени способом, коррелирующим с качеством решений или сложностью, мы включаем такие параметры, как временной ряд с исключенным трендом и фиктивные переменные для типа дел, истцов и округа.

4. РЕЗУЛЬТАТЫ

4.1 ЭКОНОМИЧЕСКАЯ СЛОЖНОСТЬ, БАЗОВАЯ ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ПОДГОТОВКА И АПЕЛЛЯЦИИ

Начнем с нескольких простых сравнений средних значений, показывающих различия процента апелляций на сложные и простые решения, а также на решения подготовленных и неподготовленных судей. Результаты показаны в Табл. 3. В нашей выборке экономически сложные дела влекут апелляцию на 24,2% чаще, чем простые. Это различие статистически значимо при уровне значимости 1% и, говоря практически, весьма велико. На решения по

1 Бизъяк и Коулз (*Bizjak J. M., Coles J. L.* The Effect of Private Antitrust Litigation on the Stock Market Evaluation of the Firm // *American Economic Review*. 1995. 85. No. 3. P. 436—61) обнаружили, что судебные процессы по обвинениям в горизонтальном сговоре связаны с большим отрицательным эффектом для капиталов, чем по обвинениям в вертикальной монополизации, и что судебные оспаривания слияний в соответствии с Законом Клейтона влекут больший эффект, чем судебные процессы [по другим обвинениям].

2 См. напр.: *Block M. K., Nold F. C., Sidak J. G.* The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement // *The Journal of Political Economy*. 1981. 89. P. 429—445; *Carlton D. W.* The Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do It // U. S. Department of Justice Antitrust Division. Economic Analysis Group Discussion Paper. 2007. P. 07—15 и *Priest G. L., Klein B.* The Selection of Disputes for Litigation // *The Journal of Legal Studies*. 1984. 13. P. 1—55.

делам, связанным с оценкой сложных экономических или эконометрических свидетельств, апелляции подаются чуть более чем в 50% случаев. Для сравнения, по экономически простым делам решения оспариваются лишь в 26,2% случаев.

Что касается базовой экономической подготовки, решения, выносимые подготовленными судьями, оспариваются на 12,8% реже, чем выносимые их неподготовленными коллегами. Это различие также статистически (при уровне значимости 1%) и практически значимо. Судьи, прошедшие курс экономической подготовки до вынесения решения по антимонопольному делу, сталкиваются с апелляцией, приносимой на свои решения, только в 22,7% случаев, а неподготовленные — в 35,5% случаев.

Хотя мы склоняемся в сторону сравнений, основанных на количестве поданных апелляций, а не на количестве отмененных решений, отметим подобные результаты при использовании процента отмен. В зависимости от отпариваемого решения, решения, выносимые подготовленными судьями, отменяются только в 13,6% случаев апелляции, в то время как решения их неподготовленных коллег — в 23,7% случаев. Решения по сложным делам также отменяются в 27,7% случаев, а простые — лишь в 18,6% случаев¹.

Эта проверка средних означает, что экономическая сложность и базовая экономическая подготовка судей выступают в антимонопольных делах в качестве важных предикторов доли апелляций (и отмен решений). Однако, возможно, что корреляции между сложностью, базовой экономической подготовкой и процентом апелляций проистекают из неучитываемых переменных, искажающих их реальные зависимости. Ниже для учета иных возможных влияний мы применяем подход, основанный на пробит-регрессиях, изолируя влияние экономической сложности и базовой экономической подготовки на процент апелляций на антимонопольные решения.

4.2 ОПОРНЫЕ ПРОБИТ-РЕГРЕССИИ

В каждой из наших регрессий зависимой переменной выступает *APPEAL*, индикатор, равный единице при принесении апелляции на решение первой инстанции и нулю — в противном случае. Основной интересующей нас независимой переменной является *COMPLEX*, фиктивная переменная, равняющаяся единице, если в решении суда первой инстанции упоминается хотя бы один термин из Табл. 1 (указывающий на присутствие сложного экономического или эконометрического свидетельства), и нулю — в противном случае.

Второй интересующей нас независимой переменной является *TRAINED*, фиктивная переменная, равняющаяся единице, если вынесший решение в первой инстанции судья прошел учебный курс основ экономики до вынесения решения, и нулю — в противном случае. Для дальнейшего исследования влияния базовой экономической подготовки на процент апелляций мы создаем два члена, характеризующих взаимодействие: *COMPLEX_TRAINED* и *SIMPLE_TRAINED*. Эти члены, характеризующие взаимодействие, позволяют изолировать, соответственно, предельное влияние подготовки на процент апелляций в «сложных» делах, включающих экономические или эконометрические свидетельства, и в «простых» делах, таковых не включающих.

Для исследования влияния данных переменных на процент апелляций мы оцениваем последовательность пробит-регрессий, включающих вышеуказанные ключевые переменные, а также набор параметров, являющихся потенциальными предикторами процента апелляций. Данные параметры включают временной ряд с исключенным трендом

1 Хотя данные результаты подобны по направленности и величине результатам, приведенным в Табл. 3 и основанным на проценте апелляций, применение процента отмен существенно сужает базу выборки; только различие процента отмен решений по сложным и простым делам статистически значимо начиная с уровня значимости 5%.

(*YEAR*) и фиктивные переменные типа иска, типа истца и округа, в котором вынесено решения. В Табл. 4 приведены предельные эффекты вместе с устойчивой *z*-статистикой.

Опорной моделью, подобной сравнению средних в Табл. 3, за исключением того, что в ней одновременно учитываются как экономическая сложность, так и базовая экономическая подготовка, у нас выступает спецификация (1). Полученные величины и их значимость подобны сопоставлению средних, приведенному в Табл. 3, причем на сложные случаи апелляции приносятся на 23,6% чаще, чем на средние, а базовая экономическая подготовка снижает вероятность апелляции на 10,7%. Это соответствует нашим ожиданиям, согласно которым экономически сложные дела с большей вероятностью влекут широкие зоны разумных расхождений в вопросах факта по материально-правовым вопросам и расхождение ожиданий, касающихся вероятности успеха апелляции. Кроме того, сложные случаи требуют более трудных решений, касающихся установления фактов, и, следовательно, дают больший простор судьям для совершения потенциально исправимых ошибок, которые могут повлечь апелляцию одной из сторон.

В спецификации (2) для проверки наличия отдельного влияния базовой экономической подготовки на процент апелляций в сложных и простых случаях вводится член, характеризующий взаимодействие. Как и ранее, вероятность апелляции на решения, включающие сложную экономику или эконометрику, выше, чем на решения в простых делах: сложные дела влекут апелляцию на 22,7% чаще, чем простые, и данный эффект статистически значим при уровне значимости 1%. Что интересно, базовая экономическая подготовка не оказывает статистически значимого эффекта на процент апелляций по сложным делам (коэффициент *COMPLEX_TRAINED* статистически незначим на обычном уровне значимости), но сокращает процент апелляций в простых случаях на статистически значимые 12,5% (коэффициент *SIMPLE_TRAINED*). Данный результат соответствует интуиции: базовой экономической подготовки недостаточно, чтобы помочь судьям правильно понять экономическую аргументацию в сложных делах, но в простых она имеет высокую предельную отдачу.

Спецификации (3), (4), (5) и (6) из Табл. 4 показывают устойчивость результатов при спецификации (2) по отношению, соответственно, к внесению простого временного ряда с исключенным трендом, фиктивных переменных, учитывающих тип дел, тип истцов и округ, в котором слушается дело. При всех спецификациях с перечисленными параметрами вероятность апелляции на решения по сложным делам на 11—17% выше, чем на решения по простым делам, а вооружение судей базовыми экономическими навыками снижает процент апелляций приблизительно на 10%¹.

4.3 СОПОСТАВЛЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ПОДГОТОВКИ С ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫМ АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ОПЫТОМ

Урок, извлекаемый из Табл. 4, заключается в том, что экономическая сложность повышает вероятность апелляции, в то время как базовая экономическая подготовка снижает ее в простых делах, но не оказывает или почти не оказывает влияния на сложные. Данное свидетельство тому, что базовая экономическая подготовка вооружает судей-генералистов достаточным знанием для повышения точности решения простых антимонопольных дел, в некоторой мере поддерживает попытки реформы антимонопольного судопроизводства,

1 Мы также выполнили просчет с этими спецификациями, используя в качестве зависимой переменной вместо процента апелляций процент отмен решений. Экономическая сложность повышает вероятность отмены, зависящей от апелляции, а подготовка в ЦЭАП снижает вероятность отмены при спецификациях, аналогичных приведенным в Табл. 4. Как обсуждалось выше, использование процента отмен уменьшает общий объем выборки до размера, при котором эти эффекты перестают быть статистически значимыми при любых спецификациях.

направленной на вооружение судей дополнительными экономическими знаниями посредством переподготовки и назначения судом экспертов. Но в качестве альтернативы повышению экономической квалификации судей часто обсуждается учреждение специализированных антимонопольных трибуналов, которые позволят судьям постоянно иметь дело со сложными антимонопольными вопросами. В Табл. 5 для учета предшествующего антимонопольного опыта судей и, соответственно, для исследования его влияния на качество решений, мы добавляем [переменную] *EXPERIENCE*.

Результаты из Табл. 5 показывают, что опорные спецификации, приведенные в Табл. 4, устойчивы к добавлению данного параметра. При самой обобщенной спецификации экономическая сложность повышает процент апелляций на 10,7%, в то время как базовая экономическая подготовка в прочих делах снижает его на 10,7%. Все результаты подобны по величине и значимости результатам из Табл. 4. Предварительный опыт судей в рассмотрении антимонопольных дел оказывает влияние с предсказуемым знаком при всех спецификациях, снижая процент апелляций, но это влияние невелико и статистически незначимо. Таким образом, результаты из Табл. 5 приводят к выводу о том, что опыт участия в антимонопольных разбирательствах — плохая замена экономической подготовке.

4.4 ПРОВЕРКА НА УСТОЙЧИВОСТЬ: ИСКЛЮЧИТЕЛЬНО СУДЬИ ФЕДЕРАЛЬНОГО ОКРУЖНОГО СУДА

Одним из возможных объяснений приведенных в Табл. 4 и 5 результатов является влияние на них включения в выборку административного судопроизводства ФКТ. Хотя спецификации с фиксированным эффектом округа компенсируют параметр принятия решения административными, а не федеральными окружными судьями, они не учитывают того, что применяемая модель апелляций (и влияние базовой экономической подготовки, опыта и сложности) может быть различной для административного судопроизводства в ФКТ и судопроизводства в федеральных окружных судах. Как показано в Табл. 2, ни один из административных судей ФКТ не проходил подготовки в ЦЭАП, их решения включают значительную долю сложных дел, а процент апелляций (в Комиссию) на их решения существенно выше, чем процент апелляций (в федеральные апелляционные суды) на решения федеральных окружных судей. Хотя данный повышенный процент апелляций может обуславливаться повышенной сложностью дел или отсутствием базовой экономической подготовки, все же более вероятно, что указанные отличия проистекают из процессуальных и институциональных различий между административным судопроизводством в ФКТ и судопроизводством в федеральных окружных судах. В соответствии с данным замечанием, обнаруживаемый эффект с поправкой на округ административного судопроизводства ФКТ в Табл. 4 и 5 предполагает процент апелляций при административном судопроизводстве ФКТ приблизительно на 60% выше, чем на решения, вынесенные в федеральном окружном суде. При этом, многие утверждают, что стимулом для сторон более часто апеллировать на административные решения ФКТ, чем на решения, выносимые судьями федеральных окружных судов, является недостаточная независимость административного судопроизводства ФКТ¹.

1 На выборке споров, касающихся Закона Шермана и слушавшихся перед административными судьями Федеральной комиссии по торговле в 1983—2008 г., Меламед (*Melamed A. D. The Wisdom of Using the “Unfair Method of Competition” Prong of Section 5 // Global Competition Policy. 2008. November*) показал, что ответчики выиграли только 4 из 16 процессов. По всем 16 решениям были принесены апелляции к полному составу Комиссии, которая подтвердила все 12 решений не в пользу ответчиков и отменила все 4 решения в пользу ответчиков. Меламед предполагает, что и невероятный процент апелляций и процент дел, выигранных ответчиками, имеют одно объяснение, по крайней мере, частичное, а именно, «сотрудники Комиссии изначально и неизбежно лишены независимости которой мы ожидаем при судебном установлении фактов».

Чтобы исключить такое объяснение, мы повторили наш анализ на выборке, включающей только решения первой инстанции, принятые судьями федеральных окружных судов (действующими на основании Статьи III Конституции)¹. Спецификация (1) из Табл. 6 соответствует спецификации (6) из Табл. 4, учитывающей поправку на тип дела, тип истца и округ. Спецификация (2) из Табл. 6 соответствует спецификации (6) из Табл. 5, учитывающей наряду с поправками параметр антимонопольного опыта судьи.

Спецификации (1) и (2) в Табл. 6 показывают, что результаты из Табл. 4 и 5 не порождаются административным судопроизводством. При данных спецификациях процент апелляций на 9,6% выше в сложных случаях, а базовая экономическая подготовка снижает вероятность подачи апелляции в простых случаях примерно на 9,5%.

4.5 ПРОВЕРКА НА УСТОЙЧИВОСТЬ: ПОДГОТОВКА СУДЕЙ ИЛИ ПОЛИТИЧЕСКИЕ ВЗГЛЯДЫ?

Один из вопросов, касающихся полученных до сих пор результатов связан с тем, что судьи, проходящие базовую экономическую подготовку, не являются назначенными вне зависимости [от политических взглядов]. Можно предположить, что на учебные курсы записываются судьи, более консервативные в политическом плане или по другим причинам более предрасположенные к экономике и ориентированным на бизнес рассуждениям, чем их не проходящие подготовку коллеги. Если это справедливо, параметр подготовки может отражать некие предварительно существующие различия в экономической искушенности или ориентации судей, а не результат базовой экономической подготовки. В соответствии с этой версией, большая часть споров, сопровождающих учебные программы ЦЭАП, касались обвинений, что данные программы включают единственный вариант экономики, ориентированный на «свободный рынок», который должен больше нравиться консервативным судьям.

Предварительно заметим, что не похоже, что эффект подготовки является артефактом выбора этих программ республиканскими судьями. Триста двадцать одно решение в нашей базе данных по федеральным судам вынесено демократами и 320 — республиканцами. Базовую экономическую подготовку прошли приблизительно 13% демократов и 17% республиканцев из нашей выборки.

Для более формального исследования возможности того, что эффект подготовки порожден политическими взглядами, спецификация (3) из Табл. 6 включает в качестве параметра *PARTY* — фиктивную переменную, отражающую партийную принадлежность назначившего судью президента. Результаты при этой спецификации показывают, что политические взгляды судьи окружного суда не являются значимым предиктором процента апелляций, а влияние экономической сложности и базовой экономической подготовки близко по величине и значимости приведенным в Табл. 4 и 5, также, как и при спецификациях (1) и (2) из Табл. 6. Таким образом, не похоже, что сокращение процента апелляций, связанное с базовой экономической подготовкой, является артефактом изначальных взглядов судей, записывающихся на участие в таких учебных курсах².

1 Таблицы A1 и A2 в приложении содержат сводную статистику показателей сложности и сводную статистику этих данных, а на Рис. A1 и A2 изображены соответствующие распределения [показателей] опыта судей и экономической сложности.

2 Мы также просчитали данные спецификации с допущением, что базовая экономическая подготовка по-разному влияет на республиканских судей и судей-демократов. Данные результаты соответствуют результатам Мура (*Moore*. Op. cit.), обнаружившего, что партийность назначающего судью президента не является предиктором процента отмен решений в случаях, касающихся построения патентных формул и слушающихся в окружных судах. Но Сэг с коллегами (*Sag M. J., Jacobi T., Sytch M. Ideology and Exceptionalism in Intellectual Property: An Empirical Study // California Law*

4.6 ПРОВЕРКА НА УСТОЙЧИВОСТЬ: ПОДГОТОВКА СУДЕЙ ИЛИ КВАЛИФИКАЦИЯ СУДЕЙ?

В то время, как наши изыскания, касающиеся существенного снижения процента апелляций в простых случаях вследствие базовой экономической подготовки устойчивы к изменению других параметров и применению к другим наборам данных, остается, разумеется, возможность того, что реальные эффекты порождаются другими ненаблюдаемыми факторами, лишь коррелирующими с подготовкой. Например, более квалифицированные судьи могут оказаться более способными пробираться сквозь сложные экономические вопросы. Если такие судьи проявляют большее интеллектуальное любопытство, они могут проявлять и большую склонность к учебным курсам. В таком случае, подготовка выступает всего лишь косвенным показателем интеллектуального любопытства или квалификации судьи. Полностью исключить такого рода аргументацию, конечно же, невозможно, но тот факт, что представленные в Табл. 4 результаты устойчивы к исключению административных судей, а также к параметрам, учитывающим антимонопольный опыт и партийную принадлежность судей (спецификации 1—3 из Табл. 6), подсказывает, что подготовка действительно оказывает влияние.

В качестве дополнительной проверки на устойчивость мы собрали данные для построения дополнительного показателя квалификации судей на основании высшего образования, полученного судьями окружных судов из нашей выборки. Этот показатель, *QUALITY*, является фиктивной переменной, равняющейся единице, если у судьи есть степень магистра искусств, магистра наук или доктора философии, и нулю в противном случае. Как показано в спецификации (4) из Табл. 6, полученные нами результаты устойчивы по отношению к этому дополнительному параметру. Ожидаемый коэффициент *QUALITY* показывает, что на решения судей с высшим образованием примерно на 6% реже приносят апелляции, хотя на обычном уровне данный эффект не является статистически значимым. Более важно, однако, что даже с учетом данного и всех других параметров вероятность апелляции на решения по сложным делам остается на 9,6% выше, чем на решения по простым делам, а процент апелляции для судей с базовой экономической подготовкой — на 9,5% ниже в простых делах, чем для их неподготовленных коллег.

5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Современное антимонопольное судопроизводство требует значительно большей экономической искушенности, чем всего лишь 25 лет назад. В то время как многочисленные комментаторы обсуждают вызов, бросаемый судьям-генералистам, вынужденным решать задачи, пробираясь сквозь противоречивые экономические свидетельства в сложных антимонопольных делах, и их неудачи в отдельных процессах, мы предлагаем первое эмпирическое свидетельство связи между специально-экономической сложностью и качеством антимонопольных решений. Приводимое нами свидетельство показывает, что экономическая сложность и экономическая подготовка судей влияют на процент апелляций в противоположных направлениях: экономическая сложность существенно повышает вероятность апелляции, в то время как экономическая подготовка снижает ее. Ожидаемые эффекты подобны на двух наборах данных, при разнообразных спецификациях и учете целого ряда параметров.

Более конкретно: прежде всего мы обнаружили, что на решения, опирающиеся на какие-либо экономические или эконометрические свидетельства, апелляции подаются примерно на 10% чаще, чем в случаях, требующих меньших экономических навыков. Апелляция указывает на то, что как минимум одна из сторон готова понести существенные затраты,

Review. 2009. 801) обнаружили, что политические взгляды являются значимым предиктором исхода дел, касающихся интеллектуальной собственности, в Верховном суде.

чтобы получить возможность убедить апелляционный суд в ошибке, допущенной судьей окружного суда. Вероятность этого выше в делах, привлекающих сложные экономические свидетельства, поскольку в них больше возможностей для разумного оспаривания установленных фактов и, таким образом, больше возможностей убедить апелляционный суд в том, что нижестоящим судом была допущена исправимая ошибка. В то время как можно обоснованно спорить о том, является ли выявленная связь между экономической сложностью и процентом апелляций убедительным свидетельством разрыва между специальными требованиями современного антимонопольного анализа и специально-экономическими навыками «судьи-генералиста» в федеральном суде, ясно то, что экономическая сложность действительно влияет на современную сцену антимонопольного судопроизводства.

Затем, мы обнаружили, что на решения судей, прошедших курсы переподготовки для овладения базовыми экономическими навыками, подается столько же апелляций, сколько и на решения их неподготовленных коллег в сложных случаях, но примерно на 10% реже в случаях, не требующих изощренных экономических или эконометрических свидетельств. Мы интерпретируем это так, что хотя базовой экономической подготовки недостаточно, чтобы подготовить судью окружного суда к оценке сложных показаний экономистов, встречающихся во многих сегодняшних антимонопольных процессах, такая подготовка помогает судьям «правильно понять экономику» в простых антимонопольных делах. Наши результаты также предполагают, что опыт рассмотрения сложных антимонопольных вопросов не является удовлетворительной заменой экономической подготовки.

Наши эмпирические результаты подчеркивают как перспективы, так и ограниченность обучения судей основам экономики. С одной стороны, первостепенным преимуществом базовой экономической подготовки является повышение вероятности того, что в простых случаях судья «поймет экономику правильно». С другой — наши результаты предполагают, что исключительно *базовая* экономическая подготовка не повышает качества судебных решений в антимонопольных случаях сложных. Повышение качества судебных решений в современных сложных антимонопольных процессах, привлекающих сложные экономические и эконометрические свидетельства, может требовать более резких институциональных перемен. По нашей оценке, своего рода *опыт постоянного участия* в антимонопольном судопроизводстве, предусматриваемого предложениями об учреждении специализированных судов, в меньшей степени способен улучшить принимаемые решения, чем более *развитая* экономическая подготовка судей или привлечение экспертов, назначаемых судом.

РИСУНКИ И ТАБЛИЦЫ

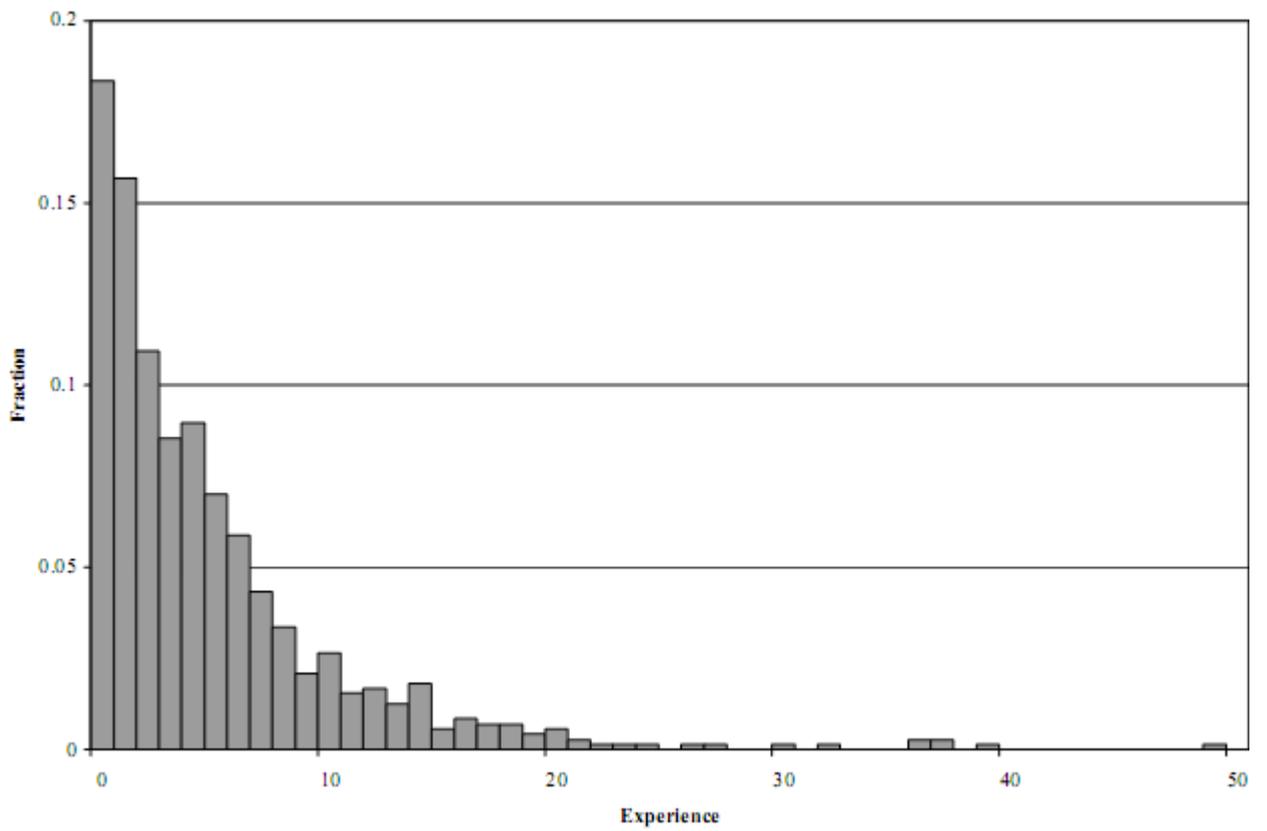


РИС. 1. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРЕДШЕСТВОВАВШЕГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОПЫТА СУДЕЙ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

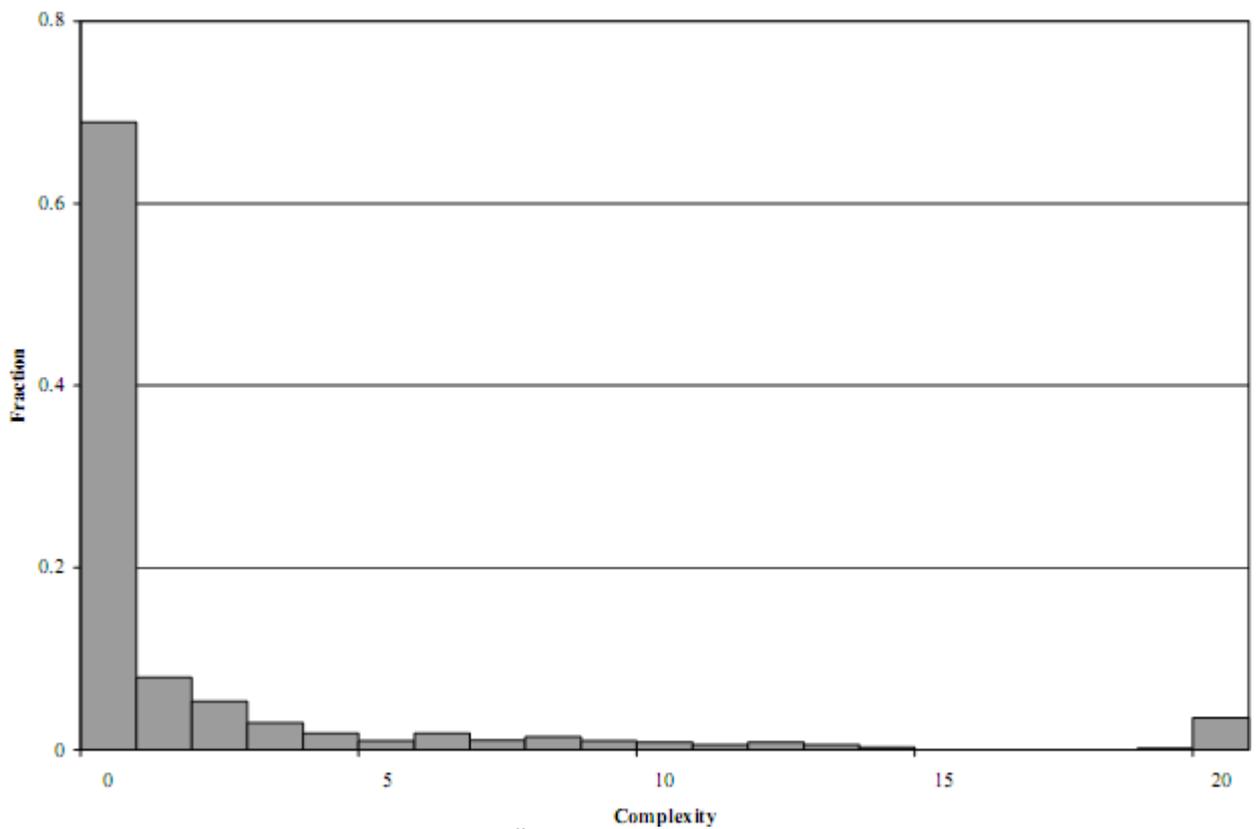


РИС. 2. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

Термин	Кол-во упоминаний в деле			
	Среднее	Станд. откл.	мин	макс
Professor of Economics (профессор экономики)	0,049	0,346	0	5
Econometrics (эконометрика)	0,052	0,652	0	15
Economist (экономист)	0,387	1,637	0	26
Economic Analysis (экономический анализ)	0,071	0,416	0	8
Industrial Organization (теория организации промышленности)	0,059	0,502	0	10
Game Theory (теория игр)	0,003	0,053	0	1
Statistical Evidence (свидетельство статистики)	0,041	0,275	0	4
Statistics (статистика)	0,406	1,739	0	29
Regression (регрессия)	0,158	2,051	0	46
Statistical Significance (статистическая значимость)	0,010	0,135	0	3
Expert Witness (дающий показания)	0,322	1,285	0	18

эксперт)				
Expert Report (экспертное заключение)	0,465	2,203	0	26
Economic Expert (эксперт- экономист)	0,269	1,849	0	36
Economic Report (экономическое заключение)	0,029	0,573	0	15

ТАБЛ. 1. ТЕРМИНЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

Признак	Количество дел	Апеллировано (%)	Сложных (%)	Решенных подготовленн ыми судьями (%)	Решенных подготовленн ыми на момент вынесения решения судьями (%)
По округам					
1. Первый округ	48	27,08	18,75	2,08	0,00
2. Второй округ	131	23,66	16,03	16,79	12,21
3. Третий округ	75	22,67	20,00	16,00	14,67
4. Четвертый округ	46	36,96	36,96	32,61	30,43
5. Пятый округ	30	33,33	20,00	13,33	3,33
6. Шестой округ	47	23,40	27,66	34,04	23,40
7. Седьмой округ	47	17,02	27,66	34,04	25,53

8. Восьмой округ	22	36,36	31,82	18,18	18,18
9. Девятый округ	60	35,00	28,33	20,00	16,67
10. Десятый округ	42	28,57	30,95	30,95	26,19
11. Одиннадцатый округ	54	25,93	27,78	22,22	12,96
13. Федеральный округ	39	30,77	48,72	2,56	0,00
14. Административное судопроизводство ФКТ	73	91,78	78,08	0,00	0,00
По типу дел					
1. Слияние	78	61,54	73,08	7,69	2,56
2. Монополизация	235	24,26	27,23	19,57	15,74
3. Нарушение закона Робинсона-Пэтмена	33	18,18	33,33	12,12	9,09
4. Различные нарушения	146	34,93	25,34	16,44	10,96
5. Фиксирование цен/сговор	222	35,59	23,87	21,62	17,57
По истцу					
1. Частные иски	571	26,44	21,89	20,84	16,29
2. ФКТ	112	72,32	74,11	3,57	0,00

3. Минюст США	12	41,67	58,33	8,33	8,33
4. Генеральные прокуроры штатов	19	21,05	36,84	21,05	15,79
ВСЕ ДАННЫЕ	714	33,75	31,09	17,93	13,59

ТАБЛ. 2. ИЗБРАННАЯ СВОДНАЯ СТАТИСТИКА (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

Переменная	N	Среднее	Станд. ошибка
Сложные дела	222	0,505	0,034
Простые дела	492	0,262	0,020
Всего	714	0,338	0,018
Разность	0,242	0,037	
t-статистика	6,51		
Подготовленные судьи	97	0,227	0,043
Неподготовленные судьи	617	0,355	0,019
Всего	714	0,338	0,018
Разность	-0,128	0,051	
t-статистика	-2,49		

ТАБЛ. 3. АПЕЛЛЯЦИИ: ЗАВИСИМОСТЬ ОТ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ И БАЗОВОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ПОДГОТОВКИ. КРИТЕРИЙ СТЬЮДЕНТА НА ДВУХ ВЫБОРКАХ С РАВНЫМИ ДИСПЕРСИЯМИ

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
COMPLEX	0,236 **	0,227 **	0,152 **	0,166 **	0,131 **	0,107 *
	(6,05)	(5,54)	(3,52)	(3,72)	(2,79)	(2,17)

TRAINED	-0,107 *					
	(2,06)					
COMPLEX_T RAINED	-0,053	0,072	0,061	0,093	0,088	
	(0,51)	(0,64)	(0,55)	(0,83)	(0,73)	
SIMPLE_TRA AINED	-0,125 *	-0,105 +	-0,110 +	-0,097	-0,108 +	
	(2,06)	(1,69)	(1,76)	(1,54)	(1,68)	
YEAR	-0,021 **	-0,021 **	-0,015 **	-0,013 **		
	(7,13)	(6,43)	(3,56)	(2,79)		
Поправки:						
Тип дела	нет	нет	нет	да	да	да
Истец	нет	нет	нет	нет	да	да
Округ	нет	нет	нет	нет	нет	да

Устойчивая z-статистика приведена в скобках.

+ значимо при уровне значимости 10%.

* значимо при уровне значимости 5%.

** значимо при уровне значимости 1%.

ТАБЛ. 4. ОПОРНЫЕ ПРОБИТ-РЕГРЕССИИ, ПОКАЗЫВАЮЩИЕ ПРЕДЕЛЬНОЕ ВЛИЯНИЕ НА ПРОЦЕНТ АПЕЛЛЯЦИЙ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
COMPLEX						
0,235 **						
0,227 **						
0,152 **						
0,166 ** 0,13						
** 0,107 *						
	(6,03)	(5,52)	(3,52)	(3,71)	(2,78)	(2,17)
TRAINED	-0,103 +					

	(1,96)					
EXPERIENCE	-0,002	-0,002	-0,001	-0,002	-0,002	-0,001
	(0,78)	(0,79)	(0,44)	(0,61)	(0,66)	(0,23)
COMPLEX_T RAINED		-0,047	0,075	0,065	0,099	0,090
		(0,46)	(0,66)	(0,59)	(0,88)	(0,75)
SIMPLE_TRA AINED		-0,121 *	-0,103	-0,107 +	-0,094	-0,107 +
		(1,98)	(1,64)	(1,70)	(1,48)	(1,65)
YEAR			-0,021 **	-0,021 **	-0,015 **	-0,013 **
			(7,10)	(6,40)	(3,54)	(2,78)
Поправки:						
Тип дела	нет	нет	нет	да	да	да
Истец	нет	нет	нет	нет	да	да
Округ	нет	нет	нет	нет	нет	да

[Устойчивая z-статистика приведена в скобках.

+ значимо при уровне значимости 10%.

* значимо при уровне значимости 5%.

** значимо при уровне значимости 1%.]

ТАБЛ. 5. ОПОРНЫЕ ПРОБИТ-РЕГРЕССИИ, ПОКАЗЫВАЮЩИЕ ПРЕДЕЛЬНОЕ ВЛИЯНИЕ НА ПРОЦЕНТ АПЕЛЛЯЦИЙ, С УЧЕТОМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОПЫТА СУДЕЙ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

	(1)	(2)	(3)	(4)
COMPLEX	0,096 *	0,096 *	0,096 *	0,096 *
	(2,06)	(2,06)	(2,06)	(2,06)
COMPLEX_TRAINE D	0,080	0,082	0,080	0,076

	(0,73)	(0,75)	(0,73)	(0,70)
SIMPLE_TRAINED	-0,095 +	-0,094 +	-0,094 +	-0,095 +
	(1,69)	(1,66)	(1,66)	(1,67)
YEAR	-0,010 *	-0,010 *	-0,010 *	-0,010 *
	(2,11)	(2,11)	(2,11)	(2,11)
EXPERIENCE		-0,001	-0,001	-0,001
		(0,2)	(0,22)	(0,17)
PARTY			0,005	0,001
			(0,14)	(0,02)
QUALITY				-0,061
				(0,78)
Поправки:				
Тип дела	да	да	да	да
Истец	да	да	да	да
Округ	да	да	да	да

Устойчивая z-статистика приведена в скобках.

+ значимо при уровне значимости 10%.

* значимо при уровне значимости 5%.

** значимо при уровне значимости 1%.

ТАБЛ. 6. ОПОРНЫЕ ПРОБИТ-РЕГРЕССИИ, ПОКАЗЫВАЮЩИЕ ПРЕДЕЛЬНОЕ ВЛИЯНИЕ НА ПРОЦЕНТ АПЕЛЛЯЦИЙ, НА ВЫБОРКЕ СУДЕЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОКРУЖНЫХ СУДОВ (ПО 714 АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ДЕЛАМ)

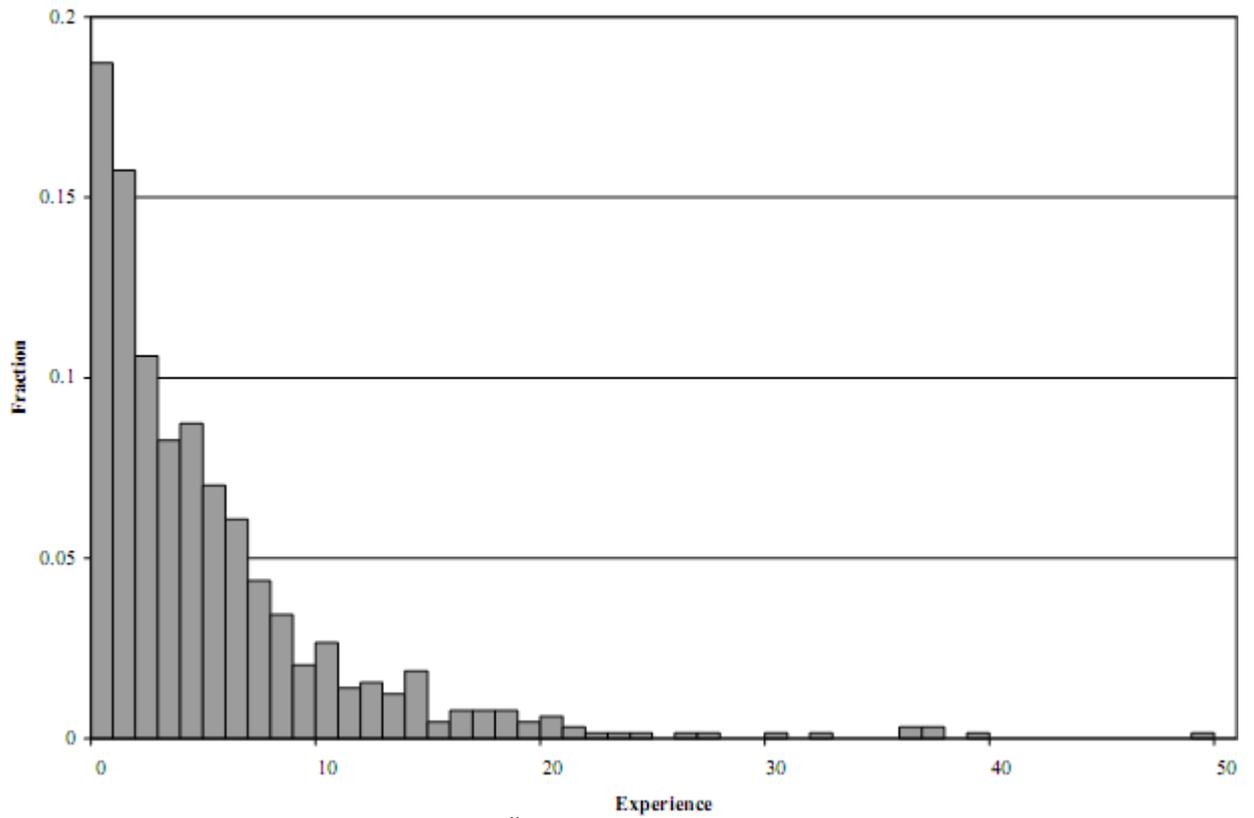


РИС. 2. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ (ПО 641 АНТИМОНОПОЛЬНОМУ ДЕЛУ, ВЫБОРКА СУДЕЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОКРУЖНЫХ СУДОВ)

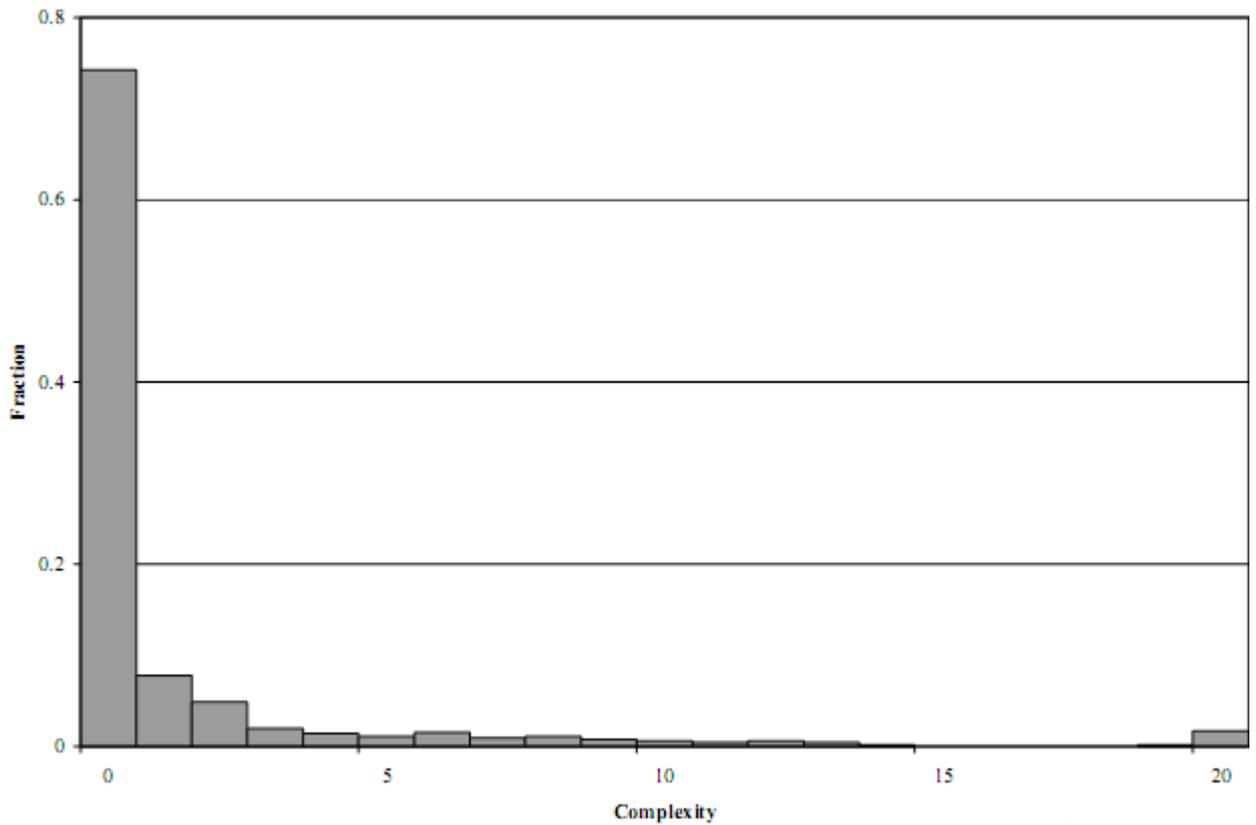


РИС. А1. РАСПРЕДЕЛЕНИЕ ПРЕДШЕСТВОВАВШЕГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОПЫТА СУДЕЙ (ПО 641 АНТИМОНОПОЛЬНОМУ ДЕЛУ, ВЫБОРКА СУДЕЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОКРУЖНЫХ СУДОВ)

Термин	Кол-во упоминаний в деле			
	Среднее	Станд. откл.	мин	макс
Professor of Economics (профессор экономики)	0,022	0,223	0	4
Econometrics (эконометрика)	0,05	0,678	0	15
Economist (экономист)	0,198	0,814	0	10
Economic Analysis (экономический анализ)	0,044	0,246	0	2
Industrial Organization (теория организации)	0,011	0,118	0	2

промышленности)				
Game Theory (теория игр)	0,003	0,056	0	1
Statistical Evidence (свидетельство статистики)	0,031	0,242	0	4
Statistics (статистика)	0,231	1,094	0	12
Regression (регрессия)	0,048	0,689	0	14
Statistical Significance (статистическая значимость)	0,009	0,137	0	3
Expert Witness (дающий показания эксперт)	0,201	0,895	0	9
Expert Report (экспертное заключение)	0,443	2,014	0	23
Economic Expert (эксперт- экономист)	0,101	0,592	0	8
Economic Report (экономическое заключение)	0,025	0,594	0	15

ТАБЛ. А1. ТЕРМИНЫ, ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СЛОЖНОСТИ (ПО 641 АНТИМОНОПОЛЬНОМУ ДЕЛУ, ВЫБОРКА СУДЕЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОКРУЖНЫХ СУДОВ)

Признак	Количество дел	Апеллировано (%)	Сложных (%)	Решенных подготовленн ыми судьями (%)	Решенных подготовленн ыми на момент вынесения решения
---------	-------------------	---------------------	----------------	--	--

					судьями (%)
По округам					
1. Первый округ	48	27,08	18,75	2,08	0,00
2. Второй округ	131	23,66	16,03	16,79	12,21
3. Третий округ	75	22,67	20,00	16,00	14,67
4. Четвертый округ	46	36,96	36,96	32,61	30,43
5. Пятый округ	30	33,33	20,00	13,33	3,33
6. Шестой округ	47	23,40	27,66	34,04	23,40
7. Седьмой округ	47	17,02	27,66	34,04	25,53
8. Восьмой округ	22	36,36	31,82	18,18	18,18
9. Девятый округ	60	35,00	28,33	20,00	16,67
10. Десятый округ	42	28,57	30,95	30,95	26,19
11. Одиннадцатый округ	54	25,93	27,78	22,22	12,96
13. Федеральный округ	39	30,77	48,72	2,56	0,00
14. Административное судопроизводство ФКТ					
По типу дел	45	37,78	66,67	13,33	4,44

1. Слияние	231	22,94	25,97	19,91	16,02
2. Монополизация	31	12,90	29,03	12,90	9,68
3. Нарушение закона Робинсона-Пэтмена	136	30,88	21,32	17,65	11,76
4. Различные нарушения	198	29,29	18,69	24,24	19,70
5. Фиксирование цен/сговор					
По истцу	571	26,44	21,89	20,84	16,29
1. Частные иски	39	35,90	66,67	10,26	0,00
2. ФКТ	12	41,67	58,33	8,33	8,33
3. Минюст США	19	21,05	36,84	21,05	15,79
4. Генеральные прокуроры штатов	641	27,15	25,74	19,97	15,13
ВСЕ ДАННЫЕ					

ТАБЛ. А2. ИЗБРАННАЯ СВОДНАЯ СТАТИСТИКА (ПО 641 АНТИМОНОПОЛЬНОМУ ДЕЛУ, ВЫБОРКА СУДЕЙ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОКРУЖНЫХ СУДОВ)

ВВЕДЕНИЕ

В статье Истербрука «Пределы антимонопольного правоприменения»² 1984 г. была предложена революционная парадигма, призванная повысить судебную эффективность, переместив точку приложения антимонопольных усилий в соответствии с асимметричной природой двух типов судебных ошибок: ошибочных осуждений и ошибочных оправданий. Если бы его критерии были приняты, значительное число деловых методов, преследуемых антимонопольным законодательством, оказались бы ненаказуемыми. Предложенная парадигма немедленно вызвала широкие и продолжительные дебаты; сама статья цитировалась более чем в 300 научных статьях, и еще больше цитировались другие труды Истербрука, включающие ту же самую идею.

При изучении этой литературы мы обнаружили, что значительное количество комментариев, приветствующих или отвергающих предложение Истербрука, страдают от проблемы теоретизирования на основе выводов. В таких комментариях достоинства парадигмы Истербрука оценивались на основании идеологических предпочтений комментаторов. Другими словами, дебаты оказались ориентированными на результат, а не на процедуру³. В условиях отсутствия консенсуса относительно того, какие именно методы должны преследоваться по закону, эти дебаты никуда не привели. Предложенные судьей Истербруком критерии по большей части проигнорированы, хотя он утверждал, что его предложение должно сработать ввиду обычно-правового происхождения антимонопольного законодательства⁴.

В 1993 г. Верховный суд [США] вынес решение по делу «Daubert». Этим решением постановлялось, что допустимость показаний эксперта подлежит двусторонней проверке на «релевантность» и «надежность». В деле «Kumho» критерии «Daubert» были распространены на показания всех экспертов (не только ученых, но и не являющихся научными работниками)⁵. В результате, основной темой антимонопольных судебных процессов стало изучение методик экономической теории, обосновывающих антимонопольные иски.

Влияние такого изменения фокуса в вопросе допустимости экспертных показаний весьма значительно. Антимонопольные ученые давно утверждают, что правило *per se* является на деле превращенным правилом взвешенного подхода⁶, а правило взвешенного подхода в действительности не означает ничего *<is actually empty>*⁷. Но с сокращением — ввиду нормы

¹ Butler H.N. Xue Z. From Easterbrook to Daubert: Mimimizing Judicial Error in Antitrust Law. Presentation and National School of Development. 2009. Статья доступна по адресу:

<http://en.nsd.edu.cn/en/userfiles/Other/2010-05/2010052017024261362281.pdf>

² Easterbrook, Frank H. "The Limits of Antitrust." *Texas Law Review*, 1984, 63.

³ Arthur, Thomas C. . "Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act." *California Law Review*, 1986, 74.

⁴ Easterbrook, Frank H. "Vertical Arrangements and the Rule of Reason." *Antitrust Law Journal*, 1984-1985, 53.

⁵ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

⁶ Boudreaux, Donald J. "Per Se Rules," *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 2004,

⁷ «Когда релевантно всё, решающего значения не имеет ничто» (см. Easterbrook, Frank H. "The Limits of Antitrust." *Texas Law Review*, 1984, 63). См. тж. Posner, Richard A. "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality." *The University of Chicago Law Review*, 1981, 48 (1), pp. 6—26. (At 14—15, «Суд в деле „Sylvania“ не объяснил, каким образом вести судебное следствие на основании правила взвешенного подхода по делам об ограничениях в распространении, видимо,

«Daubert» — дебаты на юридическом жаргоне, проистекавших из правила взвешенного подхода, до оценки релевантности и надежности приводимых в качестве основания экономических подходов свидетельства, представляемые состязаемыми сторонами, в соответствии с данной нормой как таковые стали гораздо более осмысленными: это не только соответствует общепринятым представлениям, согласно которым единственным предметом антимонопольного права является экономика¹, но также делает результаты правоприменения менее противоречивыми и логически предсказуемыми, нежели они были при произвольном правиле взвешенного подхода.

Судебные дела могут быть подразделены по трем типам движущих сил, являющихся решающими для их исхода; процесс может стремиться к 1) установлению подлинных фактов, 2) <восстановлению> желательного равновесия и 3) уместному объяснению. Уголовные дела обычно движимы фактами: на исход процесса решающее влияние оказывает установление фактов. Гражданские дела, с другой стороны, в сущности движимы стремлением к равновесию: на исход типичного гражданского процесса влияет то, как соотносятся друг с другом издержки и выгоды. Антимонопольные процессы обычно движимы теорией: законность рассматриваемого делового метода определяется экономическим объяснением, принятым судом. Тем не менее, подлинное значение антимонопольных законов, таких, как Закон Шермана, вовсе не самоочевидно. Напротив, истинное значение закона всегда требует своего выделения (или, точнее говоря, дописывания) посредством глубоко разработанных теорий, предположительно применимых к конкретным ситуациям². Возможно, исследование релевантности и надежности экономических <подходов>, обосновывающих антимонопольный иск, является единственным осмысленным действием, подтверждающим наличие антиконкурентного поведения, когда призываются эксперты, вооруженные разнообразными экономическими теориями.

В соответствии с этим, мы утверждаем, что есть две причины, по которым практичной альтернативой предложенным судьей Истербруком критериям является норма «Daubert». Во-первых, с 1993 г. норма «Daubert» стала обязательным законом. Во-вторых, в имеющейся литературе присутствует множество обсуждений, касающихся релевантности и надежности антимонопольной экономики, которые не только хорошо соответствуют парадигме нормы «Daubert», но поднимают те же вопросы, которые были представлены в статье Истербрука 1984 г. Если бы норма «Daubert» соблюдалась надлежащим образом, сам тот факт, что экономисты существенно расходятся между собой по многим антимонопольным вопросам, касающимся надежности и релевантности стоящих за этими вопросами экономических

полагая, что правило взвешенного подхода является четко определенной правовой нормой. Это не так. ... Норма, столь плохо и неконкретно сформулированная, применяемая столь плохо приспособленными для ее понимания и применения судами, подвергает значительным рискам любое ограничение, налагаемое производителем на своих дилеров и дистрибуторов»). Пространное обсуждение неопределенности, проистекающей из правила взвешенного подхода, см. тж. в: Arthur, Thomas C. . "Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act." *California Law Review*, 1986, 74.

1 Классические примеры по данной теме можно найти в: Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978., и: Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

2 Фиксирование цен не означает буквально фиксирования цен («BMI»), ограничение — ограничений («Sylvania») и т. п. См. тж.: price fixing(BMI); restrain not restrain(Sylvania), etc.. See also Werden, Gregory J. "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory." *Antitrust Law Journal*, 2003, 71. (At 798—99, «Несогласные между собой эксперты-экономисты могут прийти к совершенно разным выводам, даже на основании одних и тех же свидетельств и даже при демонстрации высокой степени интеллектуальной строгости. 365. Причина в том, что они выносят разные суждения о сравнительной важности различных фактов и в особенности о том, какие из моделей наиболее релевантны»).

теорий, подорвал бы ряд антимонопольных исков. В результате, усилия, которые в изобилии затрачивались на вычленение значения прецедентов, были бы перенаправлены на изучение релевантности и надежности экономических моделей, предположительно, в соответствии с нормой «Daubert», влияющих на исход антимонопольного судебного следствия.

Антимонопольная деятельность стремится отыскать антиконкурентное поведение. Воля Конгресса заключалась в том, чтобы оставить задачу такого поиска судебной системе¹. Можно предположить, что процесс выявления антиконкурентного поведения должен быть по своей природе скорее дедуктивным, чем индуктивным; никакое деловое поведение не должно считаться антиконкурентным, если и пока не его антиконкурентность не доказана. К сожалению, события развивались в противоположном направлении. Чаще всего за антимонопольной теорией, применяемой судьей для оценки природы вменяемого поведения, стоит антимонопольная идеология, которую судье случилось принять. Такой скрытый идеологический базис, в свою очередь, порождает цикл тенденций в антимонопольном правоприменении². Мы утверждаем, что дедуктивное рассуждение в форме применения критериев «Daubert» было бы способно улучшить антимонопольное правоприменение.

Становление в последние десятилетия постчикагской школы антимонопольной экономики и бихевиористской экономики проливает свет на будущее антимонопольного правоприменения. Хотя некоторые комментаторы предсказывают, что постчикагская методология слабо повлияет на существующую судебную систему, вероятность этого все же зависит в существенной степени от экзогенных факторов, таких как личные склонности судей и давление со стороны регуляторных органов. Надлежащее соблюдение нормы «Daubert» дало бы антимонопольному правоприменению больше шансов идти в ногу с развитием экономики.

Остающийся объем статьи разделен на три главы. В главе 1 оценивается потенциальное влияние предложенных Истербруком критериев и рассматриваются контраргументы, делающие его предложение спорным. В главе 2 показывается, что критерии «Daubert» являются юридически обязательными, а также теоретически реалистичными, а в методологическом плане — дедуктивными. В ней также детализируются несколько возможных путей, которыми элементарная экономика может подорвать валидность многих антимонопольных опасений, упомянутых в статье 1 Закона Шермана. В главе 3 подводятся итоги статьи.

ГЛАВА 1. КАК КРИТЕРИИ ИСТЕРБРУКА СТАЛИ СПОРНЫМИ

1.1 ОШИБОЧНЫЕ ОСУЖДЕНИЯ И ОШИБОЧНЫЕ ОПРАВДАНИЯ

Суды могут ошибаться³. Ошибочные решения, принятые судами, подпадают под одну из двух категорий: ошибки первого и второго типа. Ошибки первого типа иногда называют

1 Flynn, John J. and Ponsoldt, James F. . "Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: The Limitations of Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes." *New York University Law Review* , 1987, 62 .

2 См. Patterson, Mark R. . "The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Cases: A Rhetorical History." *San Diego L. Rev.* , 2000, 37 ., где автор дает хороший исторический обзор того, насколько различные критерии рыночной власти принимали суды разных округов . О неопределенности результатов применения правила взвешенного подхода в антимонопольном праве см. тж.: Arthur, Thomas C. . "Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act." *California Law Review* , 1986, 74.

3 Good, I. J. and Tullock, Gordon. "Judicial Errors and a Proposal for Reform." *The Journal of Legal Studies* , 1984, 13 (2), pp. 289—98.

«ошибочными срабатываниями», что означает несправедливое осуждение невиновного лица, а ошибки второго типа — «ошибочными несрабатываниями», что означает несправедливое освобождение от наказания виновного лица. В частности, в области антимонопольного правоприменения ошибка первого типа имеет место, когда суд несправедливо осуждает добросовестный (способствующий конкуренции) деловой метод. А ошибка второго типа происходит, когда суд несправедливо оставляет безнаказанным вредоносное (антиконкурентное) деловое поведение.

Если количество способствующих конкуренции и антиконкурентных действий среди рассматриваемых судом существенно различается, надежное знание их пропорции наверняка поспособствовало бы повышению аккуратности судов за счет сосредоточения на частоте ошибочных срабатываний или ошибочных несрабатываний, в зависимости от того, что является источником большего количества ошибок. Например, если верно, что из всех типов делового поведения, становящихся предметом антимонопольных разбирательств, способствующие конкуренции типы по количеству превышают антиконкурентные, тогда стратегия, оправдывающая деловое поведение, не являющееся заведомо антиконкурентным, поможет снизить частоту ложных срабатываний (т. е. основной источник ошибок в предполагаемых обстоятельствах), повышая таким образом общую аккуратность судебных решений. Вообще, оптимальной нормой такого рода будет такая, при которой предельная ошибка первого типа, порождаемая правилом, будет равна предельной ошибке второго типа, порождаемой той же самой нормой.

1.2 КРИТЕРИИ ИСТЕРБРУКА

В статье 1984 г. «Пределы антимонопольного правоприменения»¹ судья Истербрук предложил в качестве эмпирического правила, позволяющего отделить антиконкурентное поведение от конкурентного и, таким образом, минимизирующего цену потенциальных ошибок, причиняемых в процессе антимонопольных судебных разбирательств, пятичленный критериальный механизм. Эта исходящая из цены ошибок парадигма с очевидностью основана на его застарелой и твердой убежденности в том, что рынок гораздо лучше выполнит самокоррекцию антиконкурентного поведения, чем суды, — это мнение он пропагандирует в многочисленных статьях в течении приблизительно трех десятилетий. Например, беспокойство по поводу судебных издержек обнаруживается уже в статье судьи Истербрука 1981 г., касающейся отношения к хищническому ценообразованию² и его

1 Easterbrook F. H. "The Limits of Antitrust." *Texas Law Review*, 1984, 63. На самом деле, судья Истербрук обнародовал предлагаемые им критерии в 1984 г. дважды (см. Easterbrook F. H. "Vertical Arrangements and the Rule of Reason." *Antitrust Law Journal*, 1984—1985, 53). Кроме того, судья Истербрук в основном повторил свое предложение в публикации 1992 г. (см.: Easterbrook F. H. "Monopolization: Past, Present, Future." *Antitrust Law Journal*, 1992- 1993, 61): «Нормы права, решающие большинство споров, ничего не делая (позволяя рынкам самим избавиться от угрожающих методов) и небольшое количество споров — посредством быстрого и автоматического признания <таких методов> незаконными, освобождение правовой системы от издержек подхода «изучите всё» и невежества людей, подобных мне. Да, подобных мне; даже бывшие профессора болваны, когда дело доходит до этой тематики. Вопрос заключается в том, обладает ли правовая система средствами создать подобные нормы. Пока нет; и до тех пор, пока не обладает, ее методы будут административными (как это и имеет место в большей части остального мира), а не судебными. ... Умножение количества запрещающих инстанций является особой проблемой в быстро меняющихся и наукоемких отраслях. Эти отрасли зависят от минимизации риска при быстром принятии новых методов. Для снижения рисков нужна правовая система, способная уверенно ответить «да» на вопрос: «Можно ли сделать X?». В нашей правовой системе есть десятки институций, могущих запретить, но ни одной, которая может разрешить.

2 «В части 3 я утверждаю, что совокупные общественные издержки хищничества — потери для благосостояния, причиняемые монополией, плюс потери, причиняемые сдерживанием конкуренции посредством нормы, направленной против хищничества, и издержки применения такой нормы — были бы минимизированы посредством объявления низких цен законными *per se*. Теоретические

предложении 1983 г. об использовании в антимонопольном правоприменении экономики федерализма¹, в то время как открытые сомнения в способности судей распознавать антиконкурентное поведение он продолжает высказывать по крайней мере до пересмотра вклада чикагской школы антимонопольной экономики в 2008 г.²

Вера в то, что рынок вообще работает гораздо более эффективно, чем это можно себе вообразить, влечет ряд утверждений, и все они расписываются в публикациях судьи Истербука на протяжении десятилетий: 1) что суды не слишком хорошо разбираются в рынке³; 2) что попытки судов координировать многоцелевую антимонопольную политику не дадут предсказуемой нормы, которой могли бы следовать участники рынка⁴; 3) что даже сами бизнесмены, осуществляющие определенное деловое поведение, не всегда могут

доводы в пользу наличия нормы против хищничества слишком слабы, определение размера ущерба слишком грубо, а издержки правоприменения слишком высоки, чтобы оправдать вмешательство, задуманное с целью контроля за ценами, взимаемыми конкурентами» (Easterbrook F. H. "Predatory Strategies and Counterstrategies." *The University of Chicago Law Review*, 1981, 48 (2)).

1 «Но с поправками на все сложности с межюрисдикционной конкуренцией, все же можно доказать, что бегство <фирм из одной юрисдикции в другую> порождает мощную тенденцию к оптимальному законодательству при соблюдении четырех условий: 1) люди и ресурсы более мобильны; 2) количество юрисдикций растет; 3) юрисдикции в состоянии выбирать любой набор законов по желанию и 4) все последствия законов одной юрисдикции остаются в ее пределах. Чем ближе удастся подойти к соблюдению данных условий, тем более вероятно, что конкуренция между юрисдикциями будет эффективной. ... Величайшую угрозу благосостоянию потребителей несут не штаты и их конкуренция, в единообразный национальный режим, удушающий мощь бегства, — то есть, монополия на законодательство» (Easterbrook F. H. "Antitrust and the Economics of Federalism." *Journal of Law and Economics*, 1983, 26 (1), pp. 23- 50.).

2 «Правительство справлялось с 1890 по 2006 г. плохо, даже с простыми нормами. Почему мы должны думать, что регуляторы (включая судей) будут справляться хорошо при усложнении правил, разработке стратегий сокрытия релевантных издержек и т. д.? Если такие стратегии скрывают материалы от конкурентов, они могут скрыть их и от судей и других регуляторов» (Easterbrook F. H. "The Chicago School and Exclusionary Conduct." *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2008, 31).

3 «Многие ли люди думают, что суды добились бы нетто-улучшения для общественного благосостояния, если бы закон дал им власть проверять решения производителей о том, какие товары им производить? Скорее всего, никто. Но поскольку судебный контроль за решениями, касающимися проектирования экономически идентичен судебному контролю за решениями о розничном обслуживании, нет резонов верить, что судьи обладают сравнительным (или абсолютным) преимуществом в решении и этой задачи. Если мы не хотим, чтобы у судов была власть над проектами товаров, почему мы должны вручать судам власть над функционально идентичными экономическими вопросами? ... Каждый раз, когда кто-то предлагает, чтобы правительство улучшило результат работы рынков, следует задаться вопросом, лучше ли такая форма вмешательства, чем издержки никогда не совершенных рынков. Суды являются регуляторными органами, имеющими дело с наиболее широким кругом вопросов. Чем более разнообразны их дела, тем меньше они знают о каждой вещи, на которую воздействуют. Суды децентрализованы и не имеют возможности отслеживать последствия своих решений. Они не поручают эмпирических исследований и не координируют реакцию социологов. ... ФКТ и Антимонопольный отдел <Министерства юстиции> могут реагировать быстро, в то время как суды не в состоянии даже получить данных, из которых следует необходимость вмешательства. Чиновники, ответственные за назначение, редко проверяют компетентность авторитетных судей в антимонопольных вопросах или их отношение к антимонопольной деятельности. По мере того, как антимонопольная деятельность становится более изощренной, важность этих сравнительных недостатков растет» (Easterbrook F. H. "Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks." *Geo. L. J.*, 1987—1988, 76).

4 «С этим связана проблема непредсказуемости и беспринципности многоцелевой антимонопольной политики. Если жертвовать в какой-то мере эффективностью ради других целей, судьи смогут согласовать любое решение по любому делу с любой политикой» (Easterbrook F. H. "Is There a Ratchet in Antitrust Law?" *Texas Law Review*, 1981—1982, 60). Возражение см. в примечаниях 74 и 104 к: Kaplow, Louis. "Antitrust, Law & Economics, and the Courts." *Law and Contemporary Problems*, 1987, 50 (4, Economists on the Bench), pp. 181—216.

полностью обосновать его с точки зрения эффективности¹; 4) что влияние антиконкурентного поведения, не наказанного судом ввиду ошибочного несрабатывания, в долгой перспективе будет компенсировано рыночной конкуренцией²; 5) что влияние ошибочного решения, несправедливо запрещающего способствующие конкуренции действия в результате ошибочного срабатывания нормы, будет, напротив, долгосрочным и сложным для судебной отмены³, и 6) что каждый из критериев, предлагаемых в виде набора эмпирических правил, выделяющих антиконкурентное поведение, хорошо обосновывается экономическими принципами, каковые предположительно и являются единственным основанием антимонопольной политики.

Встав на почву вывода о том, что рынок сможет позаботиться и позаботится о себе сам за исключением немногих особых сценариев, где сравнительное преимущество для осуществления действий на стороне суда⁴, судья Истербрук предлагает пятичленный критериальный механизм, призванный предотвратить совершение судом в ходе антимонопольных разбирательств большого количества ошибочных осуждений. Эти пять критериев суть: 1) *рыночная власть*, в том смысле, что одностороннее поведение, не сочетающееся с рыночной властью, должно рассматриваться как законное *per se*, 2) *логическая связь между прибылью и снижением конкуренции*, в том смысле, что наказываться судом должно только такое антиконкурентное поведение, которое приносит правонарушителю прибыль; 3) *широкое распространение идентичных методов*, в том смысле, что нет необходимости наказывать одностороннее поведение, несущее антиконкурентные последствия, пока оно не распространилось настолько, что данные антиконкурентные последствия стали заметны; 4) *последствия для объемов производства и выживания*, в том смысле, что если фирма переживает некоторые рыночные договоренности, которые она принимает, эти договоренности должны рассматриваться как

1 «Дела попадают в суды обычно задолго до того, как ученые начнут изучать проблему, приведшую к подаче исков. Так дело обстоит с поддержанием цены перепродажи» (Easterbrook F. H. "Is There a Ratchet in Antitrust Law?" *Texas Law Review*, 1981—1982, 60).

2 Истербрук рекомендует, чтобы случаи повышения издержек конкурентам оставить для научного изучения, поскольку издержки ложных срабатываний весьма высоки. «Для того, кто озабочен благосостоянием потребителей, остается только два важных вопроса: совместные предприятия и исключение с рынка. ... Другими словами, судьи и правоприменительные органы должны с осторожностью относиться к искам, принимающим форму: „Вот модель, согласно которой могут наступить плохие последствия; нам нужно прибегнуть к правовой системе и выяснить, наступят ли они“. Такой подход игнорирует издержки ложных срабатываний. ... Моя рекомендация заключается в том, чтобы в обозримом будущем оставить <проблему> поднятия издержек конкурентам для научного изучения. Может быть, когда-нибудь удастся создать правило, достаточно простое, чтобы судьи могли применять его, когда у них остается время от слушаний о контрабанде кокаина. Но на сегодня издержки ложных срабатываний при разбирательствах с методами исключения конкурентов с рынка представляются слишком высокими, поскольку ложное срабатывание означает, что мы перепутали реальную конкуренцию с исключением конкурентов и повредили таким образом потребителям» (см. Easterbrook F. H. "When Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?" *Columbia Business Law Review*, 2003, 345).

3 Истербрук утверждает, что бремя неведения влечет воздержание от действия. «Следует дать волю скептицизму. У Школы работоспособной антимонопольной политики есть скептическая программа, даже несколько⁴¹. Верховный суд решил, к добру ли, к худу ли, подвергнуть эти программы проверке. В деле „Matsushita“ во главе угла процесса стоит несколько простых экономических вопросов⁴². Даже эти простые вопросы ведут часто к неоднозначным ответам, и тогда судьи должны решать, на кого возложить бремя неведения. Принцип, согласно которому тот, кто требует вмешательства, должен доказать наличие вреда от того, что есть, и доказать, что предлагаемое ему на смену будет лучше, из чего следует, что из неведения часто следует воздержание от действий» (см.: Easterbrook F. H. "Workable Antitrust Policy." *Michigan Law Review*, 1986, 84 (8), pp. 1696—713).

4 Easterbrook F. H. "Does Antitrust Have a Comparative Advantage?" *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1999- 2000, 23 .

законные, поскольку по-настоящему монополистическое поведение наверняка было бы самоубийственным, если оно привлекало бы новых игроков; 5) *личность истца*, в том смысле, что у ряда типов истцов не должно быть права подавать в суд, поскольку многие формы экономического вреда являются последствиями добросовестной конкуренции.

В результате применения последовательности критериев Истербрука, подозреваемыми для антимонопольной деятельности остались бы, видимо, лишь «изолированные картели» <“naked cartels”> и «крупные слияния на рынках с высокими входными барьерами»¹.

1.3 КРИТИКА ИЗ ИМЕЮЩЕЙСЯ ЛИТЕРАТУРЫ

Исходящая из цены ошибок парадигма судьи Истербрука вызвала на протяжении десятилетий многочисленные комментарии, большая часть которых относится к: 1) вере в рынок, 2) законодательным препонам, 3) элементам методологии, 4) фактическим вопросам и 5) предложениям альтернативы или усовершенствованиям.

1) ВЕРА В РЫНОК??

Больше всего возражений в предложенных судьей Истербруком критериях вызвано скептицизмом касательно способности рынка к самокоррекции. Уже в год публикации «Пределов антимонопольного правоприменения» Марковиц справедливо отметил «веру в рынок» Истербрука, хотя сам Истербрук отрицал, что опирался на такую веру, предлагая свои критерии. Будучи чрезмерно уверенным в способности рынка к самокоррекции, — утверждает Марковиц, — Истербрук недооценил ряд антиконкурентных последствий, которые могли бы быть осуждены антимонопольными законами².

Кэплой отреагировал на веру Истербрука подобным комментарием, утверждая, что Истербрук предубежден в пользу экономических объяснений, благоприятствующих рассматриваемому деловому поведению, и против объяснений, не благоприятствующих ему³. Полагая фиксирование цен незаконным *per se*, Кэплой отвергает предложение считать

1 «Таким образом, у закона есть преимущество над рынками тогда, когда правовая процедура быстра, когда ошибочные срабатывания редки (или быстро исправляются) и когда рынки мешают с исправлением ошибочных оправданий. Данным критериям удовлетворяют изолированные картели (осудить которые можно быстро и с большой долей уверенности в уместности осуждения) и крупные слияния на рынках с высокими входными барьерами (следующая из которых рыночная власть может потребовать долгого времени, чтобы ее размыло давление со стороны конкурентов)» (Ibid.).

2 «Другими словами, он настаивает, что его подход „не зависит от ‚веры в рынок‘ или подобной ей идеологии“. 0 6 Но тон и содержание сочинения Истербрука показывает уверенность в рынках, которая гораздо выше, чем та, что следует из данных пассажей, и чем та, которая, как я думаю, обоснована. ... Подобным образом, в отличие от Истербрука, я не верю, что „большинство современных исследований показывают, что даже самые сконцентрированные из отраслей ведут себя конкурентно“. ... В частности, сочинение Истербрука подсказывает мне, что он недооценивает 1) объем имеющего место хищнического ценообразования¹⁰⁹, 2) количество исполняемых хищнических договоров на полный ассортимент, 3) долю вертикальных договоров и интеграции, редко ведущих, если ведущих вообще к сокращению конкуренции, которые тем не менее снижают аллокативную эффективность» (Markovits, Richard S. "The Limits to Simplifying Antitrust: A Reply to Professor Easterbrook." *Taxes Law Review*, 1984, 63. Page 86 - 87).

3 «Истербрук не придает равного значения возможности того, что методы, не являвшиеся вредными вчера, могут нести вред сегодня. В другом месте своей статьи он критикует утверждения об антиконкурентном потенциале ограничительных методов следующим образом: „Правда, мир экономической теории кишит ‚теоремами существования‘, доказывающими, что в определенных обстоятельствах методы, которые в обычных условиях благотворны, могут иметь нежелательные последствия. Но теоремами существования не проживешь. (Id. At 15). Таким образом, перечнем потенциальных антиконкурентных последствий следует пренебречь, поскольку в нем содержатся лишь возможности, в то время, как теоремы существования, касающиеся конкурентных объяснений, следует принимать и считать основанием для ожидания дополнительных, пока еще неведомых, преимуществ. В данном подразделе утверждается, что на очереди более сбалансированный подход, и

первым необходимым условием наступления антиконкурентных последствий рыночную власть, замечая, что Истербрук переоценивает необходимость рыночной власти как условия для наступления неблагоприятных последствий¹.

2) ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПРЕПОНЫ?

В ст. 2 Закона Шермана от истца требуются доказательства наличия соглашения между правонарушителями и умысла на сговор, в то время как доказывать применение ответчиком власти для совершения преступного деяния или наличие у него таковой не требуется. Решая проблему выбора судом критерия наличия соглашения, Шорз выдвигает тот момент, что точка зрения Истербрука, согласно которой «метод, не ведущий к монопольной прибыли, не представляет антимонопольной проблемы», полностью игнорирует критерий умысла из ст. 2 Закона Шермана, поскольку «если ее предметом считать лишь монополизацию, ст. 2 ничего не добавляет к ст. 1»².

Другой критик, Лао, выдвигает похожее возражение, утверждая, что «проверке на монополизацию хорошую услугу окажет большее внимание к свидетельствам умысла». И что «„Microsoft“ является примером того, как суд неоднократно сослался на дурной умысел ответчика, подтвердив тем самым, что свидетельства умысла продолжают играть важную роль³. На самом деле, второй критерий, согласно которому судом должно наказываться лишь антиконкурентное поведение, приносящее прибыль правонарушителю, требует пересмотра Закона Шермана посредством практически полной отмены сложившегося толкования ст. 1⁴. Как утверждает Лао, предложение Истербрука подрывает традиции антимонопольного регулирования⁵. В любом случае, предложение судьи Истербрука кажется большинству антимонопольных практиков — даже тем, кто допускает, что правоприменению есть куда совершенствоваться — слишком смелым, чтобы оказаться реалистичным в плане закона⁶.

что следует опасаться рационализации задним числом методов, внедренных, поскольку фирмы думали, что достигнут антиконкурентных последствий, но ныне защищаемых с привлечением экспертных показаний, приводящих различные конкурентные теоремы существования. Многие из таких методов и в самом деле тем не менее быть желательны, но чтобы прийти к такому выводу, нужна аргументация на уровне, превышающем обычно предлагаемый» (Kaplou, Louis. "Extension of Monopoly Power through Leverage." *Columbia Law Review*, 1985, 85 (3), pp. 515—56. Note 123).

1 «Его утверждение о том, что для наступления вредных последствий необходимым условием является рыночная власть (id. At 2 1), опускает данный аргумент. Кроме того, поскольку он, кажется, готов применить данное требование даже к делам о фиксировании цен, в его подходе от истцов требуется то, что часто является наиболее сложным из доказательств, в то время как безусловный запрет данного метода принес бы мало вреда. Стремление избежать такого итога, видимо, в значительной степени стояло за возражениями Ариды, критикуемыми Истербруком (id. at 29 n.62), хотя Истербрук не отвечает на рассуждение, которое, как представляется, содержит серьезные основания для позиции Ариды» (Ibid. Note 127).

2 Shores, David F. "Narrowing the Sherman Act through an Extension of Colgate: The Matsushita Case." *Tenn. L. Rev.*, 1987, 55.

3 Lao, Marina. "Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis." *Am. U. L. Rev.*, 2004, 54.

4 По контрасту, у судьи Познера было совсем другое предложение о снижении общественных издержек антимонопольной политики. «Любой из предлагавшихся подходов (для простоты я сосредоточусь на отмене всего <антимонопольного законодательства> за исключением Ст. 1 Закона Шермана) сократил бы общественные издержки, причиняемые избыточными, неоднозначными, необоснованными и противоречивыми формулировками правовой обязанности» (Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. At 260).

5 Lao, Marina "Tortious Interference and the Federal Antitrust Law of Vertical Restraints." *Iowa L. Rev.*, 1997, 83.

6 «Антимонопольное право нуждается в некотором пересмотре для улучшения его экономических эффектов, но резкое сокращение его предмета не оправдано» (Turner, Donald).

Кроме того, многие комментаторы выражают сомнения в экономике как основании антимонопольной политики, демонстрируя примеры расхождения между экономическими рассуждениями и волей законодателя, принявшего антимонопольное законодательство. Так, в дотошном анализе в работах Борка, Познера и Истербука, Флинна и Понсольдта отвергается применимость неоклассической экономики к антимонопольному правоприменению, исследуется источник воли законодателя и предлагается многоценностный метод анализа соглашений о вертикальных ограничениях¹.

3) ЭЛЕМЕНТЫ МЕТОДОЛОГИИ

Предполагаемые антиконкурентные последствия незаконного делового поведения могут появляться на временно́м горизонте в динамичной манере. Критики отмечают, что критерии Истербука, исходящие скорее из статической точки зрения, должны упускать динамическое разворачивание конкуренции во времени². Кэплов утверждает, что, поскольку в предложениях Истербука принимается статическая точка зрения, из поля зрения антимонопольщиков выпадает «любая деятельность одной фирмы, на которой была сосредоточена ст. 2 Закона Шермана и ст. 3 Закона Клейтона». Кроме того, типичные действия по хищническому ценообразованию, кажущиеся невинными со статической точки зрения, могут напрямую вести к долговременным последствиям для структуры рынков, которая незаметна, если не перейти на динамическую точку зрения³. В том же духе утверждение о том, что критерии упускают стратегическое поведение, развивается Уильямсоном⁴.

"Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy." *California Law Review*, 1987, 75.).

1 Flynn, John J. and Ponsoldt, James F. . "Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: The Limitations of Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes." *New York University Law Review*, 1987, 62.

2 Динамическая точка зрения тем не менее важна даже для сторонников ограничения власти антимонопольной политики. «У судьи Роберта Борка есть две противоположные точки зрения на совершенную конкуренцию. Это крайне полезная экономическая модель, демонстрирующая аллокативную эффективность, но негодная модель для политики, поскольку она намеренно отвлекается от производственной эффективности. В своем анализе он согласует эти точки зрения, комбинируя совершенно-конкурентную аллокативную эффективность с динамически конкурентной производственной эффективностью. Однако, сочетать эти два вида конкурентности не так просто» (см. High, Jack C. "Bork's Paradox: Statistic Vs. Dynamic Efficiency in Antitrust Analysis." *Contemporary Policy Issues*, 1985, III (Winter)).

3 «Третье это широкое распространение идентичных методов в отрасли (см. id. At 29—31). Данный критерий ограничивает антимонопольную деятельность горизонтальными действиями, имплицитно исключая любые действия со стороны одной фирмы, бывшие предметом ст. 2 Закона Шермана и ст. 3 Закона Клейтона. Такой подход имеет смысл только в статических понятиях, когда структура рынка считается заданной, а согласованные действия имеющихся конкурентов — единственной возможной угрозой. ... Его четвертое требование, ограничивающее антимонопольные расследования ситуациями, в которых падает выпуск и рыночная доля (см. id. At 31—33) ограничивает анализ статической точкой зрения даже еще более очевидным образом. ... Пятое требование Истербука в своей основе сводится к тому, чтобы не рассматривать иски, подаваемые конкурентами (см. id. At 33—39). И опять, со статической точки зрения антиконкурентные действия ассоциируются с завышенными ценами, которые конкурентам были бы выгодны. Поэтому жалобы конкурентов считаются свидетельствующими против такой возможности. С динамической точки зрения, статическая картина может показывать низкие цены и ущерб для конкурентов, каковой ущерб напрямую ведет к долгосрочным последствиям для структуры рынка» (Kaplou, Louis. "Extension of Monopoly Power through Leverage." *Columbia Law Review*, 1985, 85 (3), pp. 515—56. Note 57.).

4 «Дихотомическое мышление — искусственно подразделяющее слияния на тип А и тип Б — слишком просто. Усилия для очернения стратегического поведения, подобным образом, были чрезмерны. Более того, правовые нормы, принимаемые во имя применимости, могут достаться неприемлемой ценой: антимонопольная деятельность в 1960-х гг. была самонадеянной и даже вызывающей¹³⁰. К счастью, от этого отошли. Однако, идти дальше, „уравновешивая“ эксцессы охоты

С чисто логической точки зрения можно увидеть противоречие между критерием 2 («логической связью между прибылью и снижением конкуренции»), заключающемся в том, что суды должны наказывать лишь то антиконкурентное поведение, которое привело к прибыли правонарушителя, и критерием 4 («последствиями для выпуска и выживания»), согласно которому если фирма переживает некоторые рыночные договоренности, которые она принимает, эти договоренности должны рассматриваться как законные, поскольку по-настоящему монополистическое поведение наверняка было бы самоубийственным, если оно привлекало бы новых игроков. Однако, если критерии 3 и 4 применить совместно, правонарушитель, нарушивший антимонопольное законодательство в любом смысле, всегда может, получил он прибыль или нет, избежать наказания, использовав тот из данной пары критериев, который выгоден ему.

4) ФАКТИЧЕСКИЕ ЭЛЕМЕНТЫ

Кэплоу высказывает сомнения в заявлении Истербрука о том, что ответчик не в состоянии показать издержки следующей по предпочтительности альтернативы поведения, не нарушающего антимонопольное законодательство¹. Кроме того, Кэплоу отвергает утверждение Истербрука о том, что ответчик будет не склонен разъяснять содействующие конкуренции последствия рассматриваемого делового поведения². У Макгоуэна есть те же самые сомнения относительно вопроса о том, насколько часто руководство не понимает, в чем могут заключаться антиконкурентные последствия рассматриваемого делового поведения³.

Сэлоп обращает внимание на утверждение Истербрука о том, что экономика бесполезна в анализе единообразного рассуждения о деловом поведении, подлежащем проверке в соответствии со ст. 2 Закона Шермана. Сэлоп утверждает, что поскольку «правило взвешенного подхода применяется в делах по стт. 1 и 7, неясно, почему со ст. 2 дело будет обстоять сложнее»⁴, ведь если экономика столь ненадежна, что становится неприменимой,

на монополии той эпохи эксцессами выискивания конкуренции сегодня не позволит добиться лучших результатов» (Williamson, Oliver E. "Delimiting Antitrust." *Geo. L. J.*, 1987, 76).

1 «Истербрук утверждает, что „такие альтернативы могут быть дороже, но ответчик может оказаться не в состоянии точно назвать разницу в цене“ (Easterbrook, *supra* note 57, at 9.). Это не снижает важности рассмотрения данного вопроса. Во-первых, если издержки альтернатив являются реальной мотивацией применения более ограничительного метода, следует ожидать, что анализ издержек и процесс принятия решений, имевшие место одновременно с принятием метода, помогут обосновать такой вывод. Во-вторых, вера в то, что издержки никогда не могут быть измерены точно, не подразумевает, что анализ менее ограничительных методов не поможет в расследовании ни одного дела. Самого этого анализа избегают или недооценивают его слишком часто, но часто возможны весьма уверенные оценки сравнительных издержек альтернатив» (Kaplou, Louis. "Extension of Monopoly Power through Leverage." *Columbia Law Review*, 1985, 85 (3), pp. 515—56. Note 104).

2 «Если бы многие из только что обсуждавшихся альтернативных объяснений были бы действительными объяснениями ограничительных методов, ответчики уверенно сообщали бы эти соображения суду» (Ibid. Text on pp 544). «Истербрук утверждает, что после того как метод признан незаконным, доводы в его защиту уже не будут предлагаться, поскольку ответчику пришлось бы признать, что он нарушил закон (см. Easterbrook, *supra* note 57, at 6—7). Это положение, за редкими исключениями, совершенно неубедительно, поскольку упускает возможность встречной аргументации, опровергается тем фактом, что все доводы защиты, предлагаемые Истербруком и другими на самом деле предлагались (а многие из них и рассматривались судом) в антимонопольных процессах, и часто могут считаться учебными(?), поскольку такие доводы часто согласуются с другими положениями и часто являются единственными правдоподобными ввиду того факта, что применение ответчиком такого метода всерьез не оспаривается» (Ibid. Note 119).

3 «Отчеты о процессе „United States v. Microsoft“, однако, дают резоны верить, что руководители „Microsoft“ знали, что делали, и зачем» (McGowan, David. "Has Java Changed Anything - the Sound and Fury of Innovation Litigation." *Minn. L. Rev.*, 2002, 87).

4 Salop, Steven. "Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice

можно заключить, что под угрозой вся процедура применения правила взвешенного подхода.

Некоторые критики, включая Бейкера, обращают внимание на вывод Истербрука о том, что вертикальные ограничения обычно способствуют конкуренции. Бейкер утверждает, что предложение Истербрука об узаконивании большинства вертикальных ограничений может зайти слишком далеко, поскольку клаузы и исключения для «самых любимых клиентов» (или деловые соглашения, поднимающие издержки конкурентов) могут способствовать антиконкурентной горизонтальной координации¹.

Питофский отвечает на замечание Истербрука о том, что природа краткосрочности рыночной власти должна иметь в виду разнообразное антиконкурентное поведение(?), решая проблему, проистекающую из пересечения антимонопольного права и права интеллектуальной собственности, за счет отказа от принуждения владельца патента продавать или лицензировать любому желающему, была бы неумным и неудачным отступлением от традиции в данной области². В том же духе, Дрейфус обсуждает баланс прав лицензиара и лицензиата, замечая, что истербруковский критерий личности мог бы подорвать права лицензиата на использование патента³.

1.4 ОРИЕНТАЦИЯ НА РЕЗУЛЬТАТ И ОРИЕНТАЦИЯ НА ПРОЦЕДУРУ

Рассмотренные возражения, которые обнаруживаются в литературе, отвечающей на предложенные Истербруком критерии, во многих отношениях не подлежат решению за счет достижений экономики, поскольку укоренены в более глубоких мыслительных конфликтах, находящихся за пределами экономики как науки, свободной от ценностей. Дебаты о предложенных Истербруком критериях, касающиеся веры в рынок с его способностью к самокоррекции, представляют собой типичнейший пример. Разумеется, вера в рынок не есть вера в его совершенство. Вера в рынок сводится к вере в то, что произвольное правовое вмешательство является альтернативой еще худшей, нежели любое несовершенство рынка⁴. Но прояснение этого момента вовсе не приводит экономистов, по-разному верящих

Standard." *Antitrust Law Journal*, 2005, 73.

1 «Первый вид последствий для конкуренции, о котором следует позаботиться, это включение положений о наибольшем благоприятствовании определенным клиентам для проведения в жизнь антиконкурентных горизонтальных сговоров. II Сговоры более удачны, если у фирм изначально мало причин их нарушать. У фирмы, согласившейся на предложение статуса наиболее благоприятствуемых клиентов в своих договорах, стимулы отклоняться от скоординированного горизонтального соглашения ниже, поскольку она не может ограничить свои скидки единственному клиенту. ... Второй вид последствий для конкуренции — это исключение с рынка или, обобщенно, повышение издержек конкурентов. Вертикальные ограничения способны повредить конкуренции за счет создания условий, в которой фирмы, находящиеся дальше по производственно-сбытовой цепочке, должны участвовать или вступить в то, что можно назвать недобровольным или принудительным картелем. Такие ограничения могут повышать предельные издержки некоторых из названных фирм, побуждая их сокращать выпуск и поднимать цену. Таким образом, остальные фирмы (или фирма) могут сокращать выпуск, поднимая цены, не опасаясь, что недобровольный картель будет подорван такими конкурентами, снизившими цены. ... Вертикальные ограничения могут повредить горизонтальной конкуренции и третьим способом: снижая конкуренцию напрямую. Может показаться, что участник <сговора о> вертикальных ограничениях обременяет себя, ограничивая диапазон собственных конкурентных действий. Такое бремя представляет собой стратегическое вложение в поощрение антиконкурентной кооперации или подавление активной конкуренции со стороны своих горизонтальных соперников» (Baker, Johnathan B. "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects Of "Most- Favored-Customer" Clauses." *Ibid.*1995, 64).

2 Pitofsky, Robert. "Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property." *Ibid.*2000, 68.

3 Dreyfuss, Rochelle Cooper. "Dethroning Lear: Licensee Estoppel and the Incentive to Innovate." *Va. L. Rev.*, 1986, 72.

4 Tullock, Gordon; Seldon, Arthur and Brady, Gordon L. *Government Failure : A Primer in Public Choice*.

в рынок, к согласию. Напротив, многие интервенционисты основывают предпочитаемую ими политику на аргументе о том, что рынок скорректирует себя сам до того, как антиконкурентные последствия заметной продолжительности оправдают применение антимонопольной политики.

Даже в строгих областях, подобных эконометрике, теоретизирование является также и нормативным предприятием¹. Антимонопольное правоприменение не представляет собой исключения. Джекоб отмечает тот момент, что «сама продолжительность экономических диспутов показывает ... неизбежность нормативной основы антимонопольного права»². В том, что касается вопросов права, проблема, состоящая в том, следует ли принять за единственную цель антимонопольной политики эффективность, не является проблемой, подлежащей разрешению в рамках самой экономики, хотя персональный ответ на данный вопрос может предопределять оценку тем или иным экономистом последствий антимонопольного запрета³. С этой точки зрения, Фокс выявляет «пути, которыми применение экономики может при антимонопольном правоприменении соскользнуть с позитивного к нормативному», включающие «формулировку релевантных вопросов, выбор подходящих предположений, а также включение или исключение из уравнения отдельных категорий издержек и выгод»⁴.

ГЛАВА 2. КАК НОРМА «DAUBERT» МОЖЕТ ИЗМЕНИТЬ АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ

2.1 ИСТОРИЯ: НЕЗАКОННОСТЬ PER SE ПРОТИВ ПРАВИЛА ВЗВЕШЕННОГО ПОДХОДА

Незаконность per se в антимонопольном праве представляет собой эмпирическое правило выявления подозреваемых в антиконкурентном поведении и объявления их виновными «без подробного исследования, касающегося точной оценки причиненного ущерба или деловых оправданий для применения <данного метода>»⁵. Разумеется, у него есть свои издержки и выгоды. Выгодой, без сомнения, являются низкие третичные издержки, т. е. издержки правоприменения. Издержки же, предотвращающие рост совокупных издержек всей процедуры ввиду роста первичных издержек, заключаются в том, что правило как

Washington, DC: Cato Institute, 2002.

1 Levy, David and Peart, Sandra. "Inducing Greater Transparency: Towards the Establishment of Ethical Rules for Econometrics." *Eastern Economic Journal*, 2008, 34, pp. 103—14.

2 «Как и другие ученые, антимонопольные экономисты могут быть склонны отрицать субъективность своего занятия. Возможно, с их точки зрения господство исключительно экономической модели и самоочевидная природа ее универсальных истин должны положить конец политическим спорам при антимонопольном анализе. Триумф экономики следует приветствовать в эпоху консенсуса, касающегося цели антимонопольной политики, омрачаемого лишь мелкими разногласиями касательно средств достижения этой цели. Но поскольку их нельзя разрешить ни теоретически, ни эмпирически, споры, захватившие современных антимонопольных экономистов убедительно свидетельствуют об отсутствии трансцендентной экономической точки зрения и доказывают живучесть идеологических вопросов, которые экономисты стремились исключить из антимонопольных рассуждений. Таким образом, текущая эпоха экономических диспутов показывает, как никакие из дебатов прошлого, нередуцируемый нормативный базис антимонопольного права» (Jacobs, Michael S. "An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics." *N. C. L. Rev.*, 1995, 74).

3 «Чикагцев от их предшественников отличает не применение экономической теории, а то, что они настаивают на двух фундаментальных предложениях: что аллокативная эффективность, узко понимаемая, должна стать единственной целью антимонопольного законодательства, и что история принятия данных законов требует, или по крайней мере допускает, судебную реализацию такой узко понимаемой эффективности как цели» (Ibid.).

4 Fox, Eleanor M. "Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window." *New York University Law Review*, 1986, 61.

5 См. Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007., at 49, n. 254., citing *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

такое 1) «требует от Суда широких обобщений, касающихся общественной полезности определенных коммерческих методов» и 2) отражает суждение о том, что любые примеры поведения указанной категории, не приводящие к вредным для конкуренции последствиям, «недостаточно распространены или недостаточно важны для того, чтобы оправдать время и затраты, необходимые для их выявления»¹. Правило взвешенного подхода же, заключается в судебно-следственной процедуре, при которой деловой метод подвергается оценке в терминах общих последствий, вытекающих из его антиконкурентных и конкурентных сторон².

Кажущееся предельно четкое различие между незаконностью *per se* и правилом взвешенного подхода размывается тем фактом, что применимость незаконности *per se* все еще требует принятия решения. Суды принимают решения о применимости незаконности *per se* не только в свете прецедентов и косвенных доказательств, но и с учетом обвинений, выдвигаемых каждой из сторон в ходе слушаний³. Зная об этом, ответчик будет вкладывать ресурсы с целью предотвратить принятие судом решения о применимости к рассматриваемому делу незаконности *per se*. На протяжении десятилетий судам случалось даже пересматривать прецеденты на основе свидетельства со стороны экономических исследований⁴. В любом случае, незаконность *per se* не является автоматической процедурой выявления, обязательно экономящей издержки, а также не свободна от влияний, оказываемых состязавшимися сторонами в ходе антимонопольных слушаний⁵.

Правило взвешенного подхода также не является нейтральной и сбалансированной процедурой исследования природы делового метода. Хотя традиционно правило взвешенного подхода выступает альтернативным по отношению к незаконности *per se* подходом к расследованию, применяется оно в контексте, в котором определенные деловые методы считаются антиконкурентными. Краттенмейкер утверждает, что «суды фактически применяют нормы <незаконности> *per se* в качестве критерия допустимости <доводов> защиты, а не для классификации определенных деяний как незаконных»⁶. Будро заключает: «В этом отношении, правило взвешенного подхода в антимонопольном праве может быть охарактеризовано как правило допустимости <доводов> в защиту предполагаемых антимонопольных нарушений, в противоположность правилам о допустимости <доводов> обвинения против предполагаемых законных методов»⁷. Сущность тенденции к сокращению области применения незаконности *per se*, в этом отношении, заключается в

1 См. *Ibid.*, at 50, n. 255., citing *Sylvania*, 433 U.S. at 50 n.16.

2 Стоит заметить, что «анализ на основе правила взвешенного подхода не позволяет судам сопоставлять общие издержки и выгоды делового поведения; исследованию подлежат лишь нетто-последствия <деловых> методов для степени конкуренции» (Boudreaux, Donald J. "Per Se Rules," *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 2004).

3 См. «*Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*» (441 U.S. 1 (1979)).

4 См. «*Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*» (220 U.S. 373 and *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*» ,

5 В решении по делу «*California Dental Association v. FTC*» Верховный суд постановил, что «истина заключается в том, что категории, в которых мы анализируем антиконкурентные последствия, менее устойчива, чем то подсказывается такими терминами, как „*per se*“, „*prima facie*“ или „правило взвешенного подхода“ ... Обычно не существует четкой границы между ограничениями, влекущими интуитивно очевидные антиконкурентные последствия, и теми, которые нуждаются в более детальном рассмотрении. Требуется не такая черта, а соответствие подхода делу, ввиду его обстоятельств, подробностей и логики ограничения» (см. U.S. 756, 779 (1999) AT 780—81. Cited from *Handbook*, at n51, p490).

6 Krattenmaker, T. "Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses." *Georgetown Law Journal*, 1988.

7 Boudreaux, Donald J. "Per Se Rules," *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 2004,

том, что суды становятся все больше склонны допускать доводы в пользу конкурентности <методов>, предположительно являющихся антимонопольными нарушениями.

2.2 НОРМА «DAUBERT»: ОБЯЗАТЕЛЬНАЯ, ПРАКТИЧНАЯ И ОТКРЫТАЯ

1) ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ

Норма «Daubert» и ее вариации не только стали обязательным законом в США с 1993 г., но также находят все больше путей к проникновению в процедуру антимонопольного расследования. В соответствии с недавним опросом, процент экспертов-экономистов, привлекаемых к участию в делах антимонопольной направленности, являлся в 1993—2008 гг. наивысшим среди всех типов дел, включая трудовые отношения, контрактное право, законодательство о ценных бумагах и об ответственности за качество товаров¹. Будущее развитие антимонопольного правоприменения наверняка будет существенно зависеть и даже определяться способом применения нормы «Daubert» и ее вариаций к процедуре антимонопольного расследования. Поскольку эти нормы уже приспособлены к ныне действующей правовой системе, любые обозримые последствия, проистекающие из применения нормы «Daubert» защищены от обвинений в том, что сама эта процедура нарушает изначальную волю законодателя в антимонопольной области, что представляет проблему в случае критериев, предложенных Истербруком².

2) ПРАКТИЧНОСТЬ

Норма «Daubert» и ее вариации теоретически реализуемы в том смысле, что большая часть имеющих место споров по антимонопольным вопросам между различными интеллектуальными школами, в особенности гарвардской, чикагской и постчикагской, легко переформулируются в добертовский критерий надежности и релевантности стоящих за ними экономических теорий. За исключением вопросов права, экономические споры могут быть сведены к различиям либо в оценке непротиворечивости теории, либо в оценке соответствия допущений теории условиям реального мира. Эти два элемента в точности соответствуют предметам двух ветвей критерия «Daubert», т. е. надежности и релевантности.

3) ОТКРЫТОСТЬ

Решение Верховного суда 1993 г. по делу «Daubert» изменило норму о допустимости экспертных показаний на двусторонний критерий, согласно которому показания должны быть «релевантными» и «надежными». В деле «Kumho» вытекающее из «Daubert» решение распространило данную норму на все, не только научные, но и не научные, экспертные показания³. В 2000 г. Правило 702 Федеральных правил о доказательствах было изменено вследствие решения по делу «Daubert» и его вариаций. В результате, изучение методологии стоящих за антимонопольным иском экономических теорий стало важнейшим вопросом в процедуре антимонопольного судебного разбирательства⁴. А именно, «экспертное

1 Langenfeld, James and Alexander, Chris. "Daubert Challenges of Antitrust Experts." Working Paper, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1337081.

2 См. раздел «Правовые препятствия» в гл. 1.

3 «Kumho Tire Co. v. Carmichael» (526 U.S. 137 (1999)).

4 «Правило 702 и норма „Daubert“ применяются в антимонопольных расследованиях для проведения четырехчастной проверки: 1) эксперт должен быть квалифицированным экспертом в рассматриваемой области, 2) использованные данные должны подтверждать мнение эксперта, 3) использованная для получения выводов эксперта методика должна иметь удовлетворительную степень надежности, 4) показания должны помогать лицам, устанавливающим факты, понять свидетельства или определить проблему. Другие суды применяют на антимонопольных слушаниях модифицированный анализ по норме „Daubert“, требуя, чтобы рассуждение и методика, стоящие за показаниями эксперта, были „экономически корректными“ и применимыми к фактам, представленным суду» (At 985, Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust

свидетельское показание должно выявлять конкретные модели и методы экономики, подтверждающие каждое высказываемое мнение, подготовку и опыт, характеризующие эксперта, применяющего данные модели и методы, а также экономическую логику, ведущую к принятию окончательного решения»¹.

Заменив норму «Frye» о «критерии общего согласия», «Daubert» и ее вариации постоянно повышают свое значение в антимонопольных судебных процессах, но комментаторы смотрят на последствия этого и расценивают их по-разному. Многие комментаторы выражают оптимизм, считая, что норма «Daubert» может повысить строгость экспертных свидетельств в антимонопольных делах. Фрёб и Кобаяси сопоставляют «Daubert» и «Frye», критикуя последнюю норму с точки зрения <теории> общественного выбора и утверждая, что как эта норма, так и назначаемые судом эксперты оказываются хуже, чем выставление экспертов состязующимися сторонами². Паркер рассуждает так же, заключая, что «Daubert» «экономически лучше, поскольку снижает стимулы внешней заинтересованной группы влиять на содержание допущенных показаний»³. Познер, отвечая на повторяющуюся критику привлечения экспертов, утверждает, что норма «Daubert» поможет смягчить остроту проблемы несостоятельных экспертных свидетельств⁴. Верден, вслед за лаконичным анализом применения Правила 702 Федеральных правил о доказательствах, пересмотренного в соответствии с «Daubert» и ее вариациями, заключает, что новые правила «повышают качество и ясность экономических свидетельств в антимонопольных процессах, уточняя тем самым рассуждения, имеющие место при антимонопольных разбирательствах и точность решений судьи и присяжных»⁵. Другие комментаторы более сдержаны. Гэфил обеспокоен возможностью того, что «стремление к большей надежности в процессе судопроизводства может на деле невольно привести к обратным последствиям, запутывая судебный процесс в дополнительных уровнях дорогостоящей, но бессмысленной процедуры», и что постоянно продлеваемые разбирательства в части соблюдения «Daubert» могут «стать лишь дополнительным средством поиска стратегических преимуществ и изматывания оппонента»⁶.

Law. Antitrust Law Developments (Sixth) . Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007).

1 См. Werden, Gregory J. "The Admissibility of Expert Economic Testimony in Antitrust Cases." Antitrust Law Journal , Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=956397> . P. 20.

2 Froeb, Luke M. and Kobayashi, Bruce H. "Competition in the Production of Costly Information: An Economic Analysis of Adversarial Versus Court-Appointed Presentation of Expert Testimony." GMU School of Law Working Papers, 1994.

3 «Я провожу данный тезис, применяя как экономическую теорию транзакционных издержек, так и экономическую теорию общественного выбора. Теория транзакционных издержек доказывает, что эффективность вряд ли повысится вследствие правовой нормы, создающей диффузные экстерналии. Анализ общественного выбора указывает на то, что предоставление посторонним права голоса в решениях правительства означает побуждает их влиять на такие решения в собственных частных эгоистических интересах, а не в интересах общества. Оба эти эффекта наблюдались вследствие нормы „Frye“. Повышает или понижает норма „Daubert“ издержки представления научных свидетельств в целом, она скорее всего понизит влияние внешних заинтересованных групп на содержание и издержки представляемых в соответствии с ней научных свидетельств» (Parker, Jeffrey S. "Daubert's Debut: The Supreme Court, the Economics of Scientific Evidence, and the Adversarial System." Supreme Court Economic Review , 1995, 4).

4 «Критика: 1) неизбежная партийность, 2) недостатки ограниченной рациональности, 3) противоречия между экспертами, опровергающими друг друга; ответы Познера: 1) у постоянных участников есть стимулы удовлетворять клиентов, чтобы те возвращались, 2) поддержание научной репутации, 3) перекрестный опрос снижает количество безответственных показаний, 4) норма „Daubert“ помогает» (Posner, Richard A. "The Law and Economics of the Economic Expert Witness." Journal of Economic Perspectives , 1999a, 13 (2), pp. 91—99).

5 Werden, Gregory J. "The Admissibility of Expert Economic Testimony in Antitrust Cases." Antitrust Law Journal , Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=956397> .

6 Gavil, Andrew I. "Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case

Существенная часть обсуждений введения нормы «Daubert» и ее вариаций сосредоточены на применении в антимонопольном разбирательстве теории игр. Теория игр все больше применяется в современных исследованиях отраслевой организации и антимонопольном правоприменении. Однако, наиболее заметной чертой теории игр, является ли эта черта теоретическим преимуществом или практическим недостатком, выступает зачастую высокая зависимость следствий теоретико-игровых моделей от допущений. Примечательно, что Пельцман выписал неисчерпывающий список из 20 вопросов, касающихся применимости <теории> некооперативных игр¹. Кобаяси проясняет причины, по которым теория игр мало повлияет на антимонопольное правоприменение, предсказывая также, что угроза псевдонауке со стороны «Daubert» может оказаться пустой². Коут и Фишер утверждают, что постчикагская экономика может не пережить нормы «Daubert»³. Верден и др., применяя норму «Daubert», предложили специфический критерий для включения имитационной модели, утверждая, что «любая [имитационная] модель, применяемая для предсказания последствий слияния, обязана соответствовать фактам

Studies from Antitrust." Wash. & Lee L. Rev., 2000, 57.

1 «1) Сколько имеется игроков? 2) Кто ходит первым? 3) Кто что помнит (т. е. присутствует ли запаздывание сигнала)? 4) Кто что знает (т. е. является ли знание общедоступным или тайным)? 5) Когда они это узнают? (См. тж. вопрос (3)) 6) Кто с кем и когда может общаться? 7) Какова вероятность каждого исхода? 8) Насколько рациональны игроки? 9) Делается ли выбор раз и навсегда, или он может меняться со временем? 10) Сколько продолжается каждый из периодов? 11) Какова ставка дисконта? 12) Сколько живут игроки? 13) Как игроки сегодня реагируют на игру в прошлом (т. е. нарабатывается ли репутация игроков)? 14) Существует ли равновесное состояние? 15) Является ли равновесие устойчивым к созданию коалиций? (См. вопрос (1)) 16) Устойчиво ли равновесие к изменению допущений? 17) Как наказывается отклонение? 18) Носит ли реакция континуальный или дискретный характер? 19) Являются ли функции реакций игроков непрерывными или прерывистыми? 20) Какова целевая функция игрока Б с точки зрения игрока А, и наоборот?» (Peltzman, Sam. "The Handbook of Industrial Organization: A Review Article." J. POL. ECON., 1991, 99).

2 «Этим предполагается, что теория игр должна достаточно аккуратно описывать поведение и результаты исходя из набора фактов, чтобы служить надежным руководством решения проблем антимонопольной политики. Более того, ее применение должно легко пониматься теми, кто подпадает под регулирующие нормы. 9. Однако, при ближайшем рассмотрении, теоретический корпус, составляющий теоретико-игровую литературу (10) по отраслевой организации, оставляет мало оснований верить, что хотя бы одно из этих условий будет удовлетворено. ... Хотя, теоретически, норма „Daubert“ в состоянии наказать свидетельствующих экономистов, который используют „чистую теорию“, практические ее следствия по многим причинам будут ограничены. Есть некоторые свидетельства тому, что суды будут считать норму „Daubert“ критерием второго уровня, определяющим допустимость свидетельств, не прошедших первоначальную проверку согласно норме „Frye“ (см. Jeffrey S. Parker, Daubert's Debut: The Supreme Court, the Economics of Scientific Evidence, and the Adversarial System, 4 SUP. cr. ECON. Rev. 12 (1995)). Возможно, более важно, что немногие споры доходят до суда. Таким образом, тот факт, что у судов есть возможность наказывать экономистов, может остаться пустой угрозой. В той степени, в которой эта угроза существует, результат, скорее всего, повлияет на частные антимонопольные иски, но не будет иметь заметных последствий для антимонопольных ведомств, которые могут выступать фактически как регулирующие ведомства с минимальным надзором со стороны судов» (Kobayashi, Bruce H. "Game Theory and Antitrust: A Post-Mortem." George Mason Law Review, 1996- 1997, 5).

3 «Должно быть очевидным, что чикагский анализ представляет собой пример обобщающей теории, в то время как постчикагская экономика определяет различные типы конкретизирующих теорий. ... Поскольку постчикагские теории являются конкретизирующими, они часто не подходят к фактам, а поскольку постчикагские теории часто основываются на ненаблюдаемых допущениях, они часто сосуществуют с другими, более простыми объяснениями того же поведения. Поэтому эти теории не помогают судебным процедурам, и от них следует отказаться. ... Пока экономисты не смогут представить эмпирических свидетельств последствий, мы уверены, что суды вполне обойдутся применением текущего чикагского понимания экономики к действующему антимонопольному праву. Для того, чтобы отличить экономическую науку от экономической фантазии, судьям полезна будет норма „Daubert“» (Coate, Malcolm B.; and Fischer, Jeffrey H. . "Can Post-Chicago Economics Survive Daubert?" Akron L. Rev., 2000—2001, 34).

отрасли в том смысле, что должна удовлетворительно объяснять прошлые состояния рынка».

В противоположность упомянутым пессимистическим высказываниям о будущем применения теоретико-игровых моделей в антимонопольных разбирательствах, Лопатка и Пейдж бросают некоторый луч надежды на данную проблему, показывая, что постчикагская экономика «не является категорически недопустимой или недостаточной», но «должна оцениваться в соответствии с требованиями релевантности» и «доказательной ценности»¹.

В конце концов, будущее применения нормы «Daubert» не очевидно, поскольку норма «Daubert» не заставляет судью выбирать лишь одно экспертное показание из многих. Вместо этого, она требует от судьи исключать только экспертные показания, не удовлетворяющие критериям надежности и релевантности. В результате, судья может допустить на слушаниях одного антимонопольного дела несколько экономических свидетельств, поддерживаемых различными экономическими теориями². Антимонопольные процессы обычно движимы теориями в том смысле, что законность рассматриваемого делового метода определяется в зависимости от экономической теории, принятой судом. Подлинное значение антимонопольных законов, таких как Закон Шермана, никогда не самоочевидно. Напротив, то, что в законе на самом деле имеется в виду, всегда из него вычитывается (или, точнее говоря, в него дописывается) с помощью весьма изощренных теорий, предположительно применимых к конкретным ситуациям³.

Есть два возможных пути решения проблемы невозможности сделать окончательный выбор единственной надежной и релевантной экономической теории, чтобы опереться на нее в антимонопольном процессе. Один из них: выбор между предложенными теориями можно передать присяжным. Другой: выбор останется в полной власти судьи, и это в конце концов поднимет планку критерия «Daubert» так высоко, что преодолеть процесс отсева сможет одна и только одна теория⁴. В любой из этих ситуаций у присяжных и судьи есть по меньшей мере два принципа, которым они могут следовать. Первый заключается в отбрасывании всех конфликтующих теорий, если ни одна из них не является подавляюще убедительной, несмотря на то, что все они удовлетворяют изначальной норме «Daubert», на том основании, что, хотя человек может заблуждаться относительно несомненности чего-

1 Lopatka, John E. and Page, William H. "Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases." *Cornell Law Review*, 2004—2005, 90.

2 «Экономика может предоставить несколько моделей или методов, которые окажутся полезны для анализа определенной проблемы, встающей в антимонопольном процессе, и норма „Daubert“ не требует от судов и не дает им полномочий определять, какая из конкурирующих экономических теорий более благородна. Она требует лишь, чтобы предлагающий свидетельство показал, что экспертное заключение выведено научно допустимым и методологически надежным методом» (Werden, Gregory J. "The Admissibility of Expert Economic Testimony in Antitrust Cases." *Antitrust Law Journal*, Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=956397>).

3 См. Werden, Gregory J. "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory." *Antitrust Law Journal*, 2003, 71., цитирующую Познера о том, что «наиболее проблематичными для привлечения экспертов-экономистов остаются области экономики, в которых между ними нет консенсуса. Таковой была и до некоторой степени остается ситуация с антимонопольной экономикой. Вполне уважаемый экономист может быть антимонопольным „ястребом“, а другой в равной степени уважаемый — „голубем“» (Posner, Richard A. "The Law and Economics of the Economic Expert Witness." *The Journal of Economic Perspectives*, 1999b, 13 (2), pp. 91—99).

4 «Буквальное применение нормы „Daubert“ привело бы к отводу большинства показаний <экспертов>-экономистов» (Gavil, Andrew I. "After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation." *Antitrust Law Journal*, 1996, 65).

либо, сам думая, что в этом не сомневается, он должен быть прав относительно сомнительности чего-либо, думая, что в этом сомневается¹.

В остающейся части статьи мы будем утверждать на примерах из области горизонтальных соглашений, что основав антимонопольный анализ на экономических принципах, прошедших проверку критериями надежности и релевантности «Daubert», суды могут в итоге исключить из антимонопольных разбирательств множество видов делового поведения, которые были бы исключены критериями Истербрука.

2.3 СООТВЕТСТВИЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ МОДЕЛЕЙ КРИТЕРИЯМ «DAUBERT»

2.3.1 МОДЕЛЬ ЦЕНОИСКАТЕЛЯ

Антиконкурентные последствия горизонтальных соглашений целиком проистекают из весьма упрощенной, но широко распространенной модели ценообразования «ценоискателя».

Изначально поставщики разбиваются на два класса, т. е. ценополучателей <price takers> и ценоискателей <price searchers>, в зависимости от формы кривой спроса, с которым они имеют дело. Ценополучатель — это поставщик, имеющий дело с горизонтальным графиком спроса, с ситуацией, когда он в состоянии продать столько, сколько захочет, без влияния на заданную рынком цену. Ценоискатель, напротив, это поставщик, имеющий дело с ниспадающей кривой спроса, с ситуацией, в которой, имея возможность произвольно устанавливать цену, он тем не менее вынужден снижать цену, чтобы продать больше.

В модели ценообразования ценоискателя, если предположить стратегию единых цен, заложены омертвленные потери, типичные общественные потери, при которых нет того, кто выигрывал бы в то время как другой теряет. Ценоискатель волен устанавливать такую цену, какую найдет нужным. Но, по определению, цена, устанавливаемая ценоискателем, является единой на все единицы товара, продаваемые совокупной клиентуре. Чтобы продать дополнительную единицу товара, ценоискатель вынужден, по определению, снижать цену не только данной дополнительной единицы, но и всех единиц, которые могли быть проданы и по предыдущей, более высокой цене. В результате, ценоискатель не сможет максимизировать свои доходы, а следовательно, и прибыль, пока цена не установится на уровне, при котором предельные издержки равны предельному доходу, а не на уровне, при котором они равны персональной предельной ценности <для каждого покупателя>, т. е. кривой спроса.

Экономисты видят незримое, т. е. потенциальный товар, который недопроизведен. Это потому, что ценоискатель вынужден, максимизируя доходы, устанавливать единую цену на более высоком уровне, так что значительные объемы продукции недопроизводятся и недопродаются. Недопроизведенная продукция представляет собой омертвленные потери в том смысле, что ввиду отказа от ее производства ни одна сторона не выигрывает. Таков официальный приговор, выносимый экономикой ценоискателю, известному также под именем монополии, в обществе, где нет места деятельности по охоте за рентой².

Примечательно, но причина, по которой ценоискатель отказывается от производства дополнительной единицы продукции после того, как предельный доход сравнялся с предельными издержками, заключается не в том, что производить и продавать такие

1 Изначальное обсуждение определяющих функций образования и репутации см. в: Allen, Ronald J. and Miller, Joseph S. Miller. "The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?" *New York University Law Review*, 1992, 87.

2 Объяснение того, как стремление к монополии, даруемой вмешательством государства, приводит к омертвленным общественным потерям, см. в: Tullock, Gordon. "The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies, and Theft." *Western Economic Journal (now Economic Inquiry)*, 1967, 5, pp. 224—32.

дополнительные единицы для ценоискателя невыгодно, но лишь в том, что ценоискатель, чтобы продать такие дополнительные единицы, вынужден снижать единую цену на все единицы товара.

Но почему дело обстоит так? Что, если бы ценоискатель установил разные цены на различные единицы товара, а не единую цену на все? В таком случае, если ценоискатель установит разные цены для различных единиц, он сможет продать столько единиц, насколько цена опустится до достижения равенства предельных издержек дополнительной единицы и предельной ее ценности для ее покупателя. Тогда не придется отказываться от производства ни одной дополнительной единицы продукции. Будучи в состоянии осуществлять ценовую дискриминацию, ценоискатель может быть допущен в общество, где нет места охоте за рентой. Кроме того, стоит отметить, что в модели ценообразования с ценоискателем единственным препятствием на пути осуществления ценоискателем ценовой дискриминации является *предположение* экономиста, что тот таковой не предпринимает. Другими словами, вред от причинения омертвленных потерь ценоискателем зависит лишь от предположения, что ценоискатель будет запрашивать единую цену на все продаваемые единицы продукции. Но если от такого допущения, совершенно несостоятельного в отношении реального мира, отказаться, вывод модели, где монополия в ходе максимизации прибыли выливается в омертвленные потери, будет полностью отброшен¹.

Примечательно, что, в зависимости от применяемой экономической модели, монополия не только с единой ценой, но и с несколькими ценами может вести к общественным омертвленным потерям. Ричард А. Познер² справедливо отмечает, что «многие экономисты уверены, что несовершенная дискриминация скорее повлечет рост, чем сокращение производства, но твердых оснований для такой уверенности нет»³. На самом деле, простой подсчет показывает, что при обычной ценовой дискриминации третьего рода, при которой монополист запрашивает различные цены на сегрегированных рынках с различной эластичностью спроса, выльется не в рост производства, а лишь в рост прибыли монополиста за счет потребителей. Однако, сам этот факт еще не предполагает никакой неэффективности. Некоторые экономисты, в том числе, Познер, ошибочно заключают, что рост прибыли продавца без роста производства является неэффективным и потому оправдывает антимонопольное вмешательство. Как говорит Познер: «Издержки проведения в жизнь системы ценовой дискриминации (что важно, включающие издержки предотвращения арбитража) являются общественными потерями, поскольку извлекаемая из них выгода сводится к росту прибыли, т. е. перераспределению богатства от одной группы (потребителей) к другой (производителям)»⁴.

Утверждение Познера сомнительно по двум причинам. Во-первых, он фактически утверждает, что торг, ведущий к росту прибыли производителей, несет потери. А как быть тогда с торгом, ведущим к увеличению выгоды, извлекаемой потребителями? По тому же принципу, его также следует считать несущим потери. Но на деле ни одна цена не устанавливается без торга. Таким образом, издержки торга, ведет ли он к росту прибыли производителей или выгод покупателей, не должны рассматриваться как общественные потери.

1 «Мир, в котором издержки торга равны нулю, является миром без какой-либо монополистической неэффективности, просто потому, что как покупатели, так и продавцы извлекали бы выгоду из торга, приводящего к сокращению и устранению неэффективности» (Demsetz, Harold. "Why Regulate Utilities?" *Journal of Law and Economics*, 1968, 11 (1), pp. 55—65).

2 [Posner, 2001].

3 См. Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001., at 88 n43.

4 См. *Ibid.*, at 86.

Во-вторых, когда Познер пытается оценить общественные потери, причиняемые ценовой дискриминацией со стороны монополиста, он теряется в крупномасштабной картине, где, бесспорно, именно производители (включая монополистов) изначально создают из ничего все торговое сальдо. Рост прибыли, в этом смысле, можно рассматривать как экономическую ренту, предлагаемую носителями спроса и извлекаемую производителями. Армен А. Алчян¹ лаконично описывает, как со стороны спроса формируется предложение экономической ренты, управляя тем самым использованием ресурсов:

«Спрос здесь на некоторое количество ресурса является наиболее ценным применением ресурса, если его использовать здесь. Издержки его использования здесь являются отказом от наиболее ценного альтернативного использования его в другом месте. Для любого ресурса издержки его использования здесь равняются его наивысшей ценностью в другом месте, т. е. спросом на него в другом месте. ... Продукт земледелия может быть продан по наивысшей цене здесь; поэтому предлагаемая рента столь высока, даже если конкретный предложивший ее победивший покупатель верит, что высокая цена на продукт, который необходимо приобрести, обусловлена данной рентой, а не наоборот. Как и с каждым ресурсом на рынке, данная рента определяется наиболее ценным его использованием, а не наоборот»².

В этом смысле, свобода фирм (даже монополистов) присваивать порожденную ими самими экономическую ренту не только критически важна для их выживания в конкуренции со своими соперниками, но также и необходима для распределения обществом ресурсов в соответствии с наиболее ценным их использованием.

В тех экономических моделях, которые выражают сомнения в горизонтальных соглашениях, именно отсутствие ценовой дискриминации обычно делает из слившейся фирмы с высокой рыночной властью подозреваемого в причинении общественных омертвленных потерь. Основной пункт здесь, как мы говорили, заключается в том, что предположение, согласно которому монополист будет продавать всю свою продукцию по единой цене, логически допустимо, но весьма нереалистично в реальных хозяйственных условиях.

2.3.2 МОДЕЛЬ КУРНО

Модель Курно стала первой формулировкой олигополии и все еще остается одной из самых релевантных и красноречивых формулировок, предполагающих, что там, где важна антимонопольная политика, значение имеет количество фирм³.

В типичной модели Курно фирмы конкурируют друг с другом посредством стратегических решений об объеме производства. На предварительной стадии предполагается, что имеется две фирмы, торгующие однородным товаром с постоянными предельными издержками. Каждая из этих фирм взимает единую цену. Поскольку никакой ценовой дискриминации не происходит, у каждой из фирм остается неудовлетворенная доля на рынке, заполняемая другой фирмой. Каждая из данных фирм, в свою очередь, определяет объем своего производства и цену, по которой данный объем находит спрос, в предположении, что объем

1 [Alchian, 2000]

2 См. Alchian, Armen A. "Rent," M. M. John Eatwell, Peter Newman, The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Palgrave Macmillan, 2000,

3 «Несмотря на кажущуюся наивность самых основополагающих моделей, подход Курно устоял после века критики, и его исходные интуиции — о том, что в некооперативной игре существует предсказуемая связь между концентрацией и равновесной ценой, оправдывающая правила <регулируемого> слияний, исходящие в том числе и из концентрации, — поддерживаются современными теоретико-игровыми моделями» (Hay, George A. and Werden, Gregory. "Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics." American Economic Review, 1993, Papers & Proceedings 83: , pp. 173—77).

производства соперника будет неизменен. Результатом повторения такого рода шагов является равновесный уровень, при котором каждая из фирм продает треть того общего количества гомогенного товара, которое было бы продано при полностью удовлетворенном спросе. Далее, по мере роста количества фирм с двух до бесконечности, совокупный объем производства всех фирм будет стремиться к равновесному уровню при падении объема производства каждой отдельной фирмы. Ни одна из фирм не будет стремиться к сговору ввиду бесконечно малой доли на рынке и бесконечному количеству фирм. Цены стремятся к предельным издержкам.

На первый взгляд, нет ничего удивительного в том, почему модель Курно стоит в центре экономических теорий, касающихся количества фирм. С очевидностью, ее предположения прямолинейны, догма изящна, а выводы поразительны, достигая предела того, что могла бы означать «совершенная конкуренция» в смысле объема производства, цен и распределения выгоды потребителей¹. Тем не менее, внимательное исследование допущений, стоящих за данной моделью, в отличие от условий реального мира, показывает, что логическая структура данной модели непоследовательна, и что ее допущения далеки от реалистичности.

ПРОБЛЕМА 1. ПРЕДПОЛОЖЕНИЕ О РАВЕНСТВЕ И ПОСТОЯНСТВЕ ИЗДЕРЖЕК ВСЕХ ФИРМ КРАЙНЕ СОМНИТЕЛЬНО

Поскольку модель Курно относится только к природе стратегических действий, издержки фирм представлены переупрощенно. Проблему этого переупрощения пытались решить на протяжении ряда лет с двух различных точек зрения. Одна из них — это внешняя эмпирическая точка зрения, согласно которой функции издержек различных фирм различаются; другая — формальная, демонстрирующая, как изменяющиеся функции издержек фирм могут оказывать тонкое влияние на равновесный итог модели Курно.

Экономисты, предпринимавшие первый поход, включают Борка, Уильямсона, Макги, Демзетца и Познера. Как говорит Борк: «Экономия на масштабе, специализация функций, доступ к капиталу, навыки управления — все это, наряду со многим другим, выступает элементами, вносящими вклад в способность фирмы удовлетворять потребителей, но все это является причинами, а не проявлениями эффективности. Эффективность в основе своей является оценочным понятием <a value concept>, а не описанием механических или технических процессов»².

Уильямсон ослабляет данное допущение, указывая на возможность дополнительной экономии: «Предположим, что предлагается слияние (или иное объединение), которое влечет экономию, повышая в то же время рыночную власть. ... Тогда для рационального решения вопроса о <допущении> такого слияния требуется приложить усилия к

1 См. Hay, George A. "Horizontal Mergers," M. M. John Eatwell, Peter Newman, The New Palgrave: A Dictionary of Economics. London: Macmillan, 1987. Автор подводит итог типичному симптому монополии: «Экономические последствия монополии хорошо известны: повышение цен и снижение выпуска. В результате имеет место перераспределение от потребителей в пользу монополиста (потребитель уплачивает завышенную цену, а монополист извлекает завышенную прибыль) и сокращение аллокативной эффективности ввиду того, что при предельных значениях добавленная потребительская ценность недопроизведенного товара превышает релевантные издержки его выпуска. Пользование рыночной властью может принимать другие формы, такие как снижение качества, и анализ легко обобщить на такого рода иные последствия. Другой возможностью является утрата слившейся фирмой стимулов оставаться эффективной в техническом смысле, т. е. сводить к минимуму удельные издержки производства».

2 Bork, Robert H. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. New York: Basic Books, 1978.

определению аллокативных последствий экономии на масштабе и последствий для рыночной власти, связанных с данным слиянием»¹.

Макги предполагает вероятный компромисс между количеством фирм и степенью экономии: «И нетто-последствия для цен могут, таким образом, быть легко показаны для случаев, в которых рост числа продавцов поднимает функцию издержек каждого из них. Все зависит от того, перевесит ли фактор издержек или фактор количества»². Большая часть аргументов в защиту горизонтальных соглашений после дела «Broadcast Music Inc. v. CBS»³ может быть охарактеризована как попытки полностью или частично устранить данное допущение.

Демсетц, лаконично объяснив, почему бухгалтерские издержки обычно не отражают экономическую ценность исходных ресурсов, утверждает, что «возросшая производительность может быть атрибутирована сочетанию высокой неопределенности и удачи или необычной прозорливости руководства авиакомпаний»⁴. Предлагая «отменить все, кроме первой, статьи Закона Шермана»⁵, Познер объясняет, почему нападки на монополизацию будут снижать эффективность: «Если фирма удерживает монопольную позицию в течение многих лет, как „Alcoa“, не прибегая к антиконкурентным методам, есть предположение, что либо монополистическая организация наиболее эффективна для данного рынка, либо монополист торгует по конкурентной цене (возможно, потому что на деле у него никакой рыночной власти нет), либо же (9), ввиду своей эффективности, монопольная цена ниже издержек, которые понес бы любой новичок, и, соответственно, ниже конкурентной цены. Если монополисту говорят, чтобы он снизил свою долю на рынке, угрожая наказанием в соответствии со ст. 2 Закона Шермана, он поднимет цену и, тем самым, пригласит фирмы, которые могут быть менее эффективны, к увеличению своей доли или выходу на данный рынок; таким образом, отрицательные последствия монополии на деле усугубятся. К счастью, подход, проявившийся в деле „Alcoa“, больше не является законом»⁶.

Фаррел и Шапиро идут другим путем, доказывая, что изменения в допущениях модели Курно могут оказывать тонкое влияние на результаты. Предположив, что имеются небольшие изменения в функции издержек фирм-участников до и после слияния, они показывают, что хотя «как правило, слияния действительно повышают цены»⁷, корреляция

1 Williamson, Oliver E. "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs." *The American Economic Review*, 1968, 58 (1), pp. 18—36.

2 McGee, John S. "Competition" And the Number of Firms: *Economic Theory*, In *Defense of Industrial Concentration*. New York: Praeger Publisher Inc., 1971,

3 «Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.» (441 U.S. 1 (1979)).

4 «Более того, исходные ресурсы приобретаются по историческим ценам, но их применение, включая управленческие ресурсы, приводит лишь к неопределенным результатам. Поскольку последствия управленческих решений окружены неопределенностью и специфичны для конкретной фирмы в конкретный момент ее истории, цена приобретения исходных ресурсов может не отражать их ценность для фирмы в некие последующие времена. К моменту, когда их ценность для фирмы может быть осознана, они недоступны для приобретения другими фирмами по той же исторической цене, а в промежутке владельцы успешной или удачливой фирмы будут извлекать более высокую прибыль. Когда природа соучаствует в том, чтобы подобные решения оказались корректными, они могут привести к повышенной бухгалтерской отдаче в течение нескольких лет или к одномоментному росту капитала, если бухгалтеры сумеют оценить а priori решения, оказавшиеся ex post правильными. В течение периода, когда ход дел определяется такими решениями, выпуск будет сосредоточен в фирмах, которым посчастливилось принять верные решения» (Demsetz, Harold. "Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy." *Journal of Law and Economics*, 1973, 16 (1), pp. 1—9).

5 Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

6 См. *Ibid.*, at 262—263.

7 Farrell, Joseph and Shapiro, Carl. "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis." *The American Economic Review*, 1990, 80 (1), pp. 107—26.

между концентрацией рынка и общим экономическим благосостоянием может быть положительной, в том смысле, что снижение производства слившейся фирмой может быть компенсирована сторонними фирмами с более высокой эффективностью, и это предполагает, «что многие из изменений, приводящих к снижению производства, общество должно не нехотя терпеть, но с радостью приветствовать»¹.

ПРОБЛЕМА 2: РЕЗУЛЬТАТЫ КУРНО СПРАВЕДЛИВЫ ЛИШЬ ДЛЯ ЦЕЛОСТНОГО РЫНКА, ПРЕДЛОЖЕНИЕ НА КОТОРОМ РАСКУПАЕТСЯ МОМЕНТАЛЬНО

Только в случае целостного рынка, предложение на котором раскупается моментально, конкуренция по Курно с неизбежностью поведет к снижению цен. Это требование можно назвать «предположением о немедленном удовлетворении спроса». В любой ситуации, когда данное предположение не удовлетворяется, или когда рынок отчасти сегрегирован и/или когда поставщики выходят на него по очереди, рост количества фирм может не выливаться в снижение цен и совокупных прибылей поставщиков, как то предполагает модель Курно.

Важность предположения о немедленном удовлетворении спроса может быть продемонстрирована тем способом, которым изначальное намерение некоторой фирмы восполнить неудовлетворенный спрос трансформируется в снижение совокупной прибыли обеих фирм на рынке.

Выше мы предположили, что каждая фирма считает объем производства конкурента постоянным. Альтернативное предположение заключается в том, что каждая фирма может считать постоянной цену продукции другой фирмы. Давайте, исследуем обе гипотезы.

В чем причина формы кривой спроса, с которым имеет дело фирма 1? Если продукция поистине однородна, как мы предположили, то при повышении фирмой 1 цены выше уровня цены своего конкурента она потеряет в пользу конкурента всех своих покупателей. Таким образом, ясно, что если обе фирмы действительно работают в условиях равновесия, им обеим придется изменять одну и ту же цену (назовем ее p^*)².

Что парадоксально, так это то, что фирме нет нужды устанавливать данную цену точно на уровне цены конкурента, если она уверена, что объем производства ее конкурента действительно постоянен. Напротив, фирма установит цену на том уровне, который максимизирует ее прибыль с учетом независимо принятого решения об объеме выпуска. Другими словами, если фирма предполагает, что ее конкурент зафиксирует объем производства, тогда она выйдет на рынок только чтобы восполнить часть совокупного неудовлетворенного спроса. Пока ее цена ниже, чем персональная ценность для конкретных покупателей, фирма может продавать все, что произведет, даже по цене выше, чем цена конкурента. По определению, то, с чем имеет дело в модели Курно фирма, является неудовлетворенным спросом. Тогда зачем фирме следить, чтобы ее цена не превышала цены конкурента? Очевидно, что причина, по которой фирма так поступает, лежит в том, что данная фирма предполагает 1) целостность рынка при его сегрегации, 2) немедленную покупку всего предложения или 3) высокую вероятность изменения, а не сохранения постоянными, объемов производства конкурентом — предположение, сразу же

1 Верден справедливо отрицает правильность выводов, сделанных Фаррелом и Шапиро, утверждая: что «потенциальный выигрыш для благосостояния от повышения концентрации в модели Курно, отмечаемый Фаррелом и Шапиро (Farrell and Shapiro 1990a), проистекает исключительно из экзогенных различий в масштабе фирм, идентичных в прочих отношениях. Таким образом, результат Курно не имеет отношения к аргументу Демзетца» (Werden, Gregory J. "Horizontal Mergers: Comment." Ibid.1991, 81 (4), pp. 1002—06).

2 См. Varian, Hal R. Microeconomic Analysis . New York: W.W. Norton, 1984., P. 100.

нарушающее допущение о том, что фирма принимает решение об объеме производства в предположении постоянства объема производства конкурента.

Наибольшую сложность, заключенную в (1) и (2), однако, представляет собой предположение о немедленном удовлетворении спроса. В модели Курно к моменту принятия выходящей на рынок фирмой решения об объеме производства она имеет дело с неудовлетворенным спросом, в то время как предполагается сегрегация рынка либо во временно?м, либо в географическом отношении. Однако, после того как данное решение принято, рынок рассматривается как единое целое, и предполагается моментальное совершение всех сделок.

Но в реальном мире рынки сегрегируются по множеству параметров, таких как эластичность спроса, географическое местоположение и последовательность времени. На рынке с географической сегрегацией и временной последовательностью критична роль предпринимательства, извлекающего преимущество из знания местного спроса и предвидения поведения рынка. На делимом (в любом смысле) рынке поставщики мотивированы продолжать наращивать производство до момента, когда удовлетворен весь спрос без роста количества фирм, действующих на рынке. Другими словами, на делимом рынке количество фирм не находится в причинной связи со снижением местной цены и ростом совокупного объема производства.

ПРОБЛЕМА 3: УЧЕТ РЕАКЦИИ КОНКУРЕНТА МОЖЕТ БЫТЬ СЛОЖНЫМ

Предполагается, что каждая из сторон полностью *осведомлена* о текущей стратегии конкурента, в то время как предполагается также, что каждая из сторон совершенно *не осведомлена* о том, что ее конкурент сделает следующий шаг сразу по завершению ею шага текущего. Другими словами, конкурирующие стороны в мире Курно не обладают ни возможностью коммуникации, но способностью к научению.

Как замечает Макги: «В любой момент времени каждый из конкурентов знает собственную функцию издержек, общий спрос на товар, собственный объем производства и объем производства конкурента, а также рыночную цену. Короче говоря, ему известна „текущая“ ситуация. Но, за исключением случая равновесия, он существенно заблуждается в том, что касается будущего. <Его ошибка заключается в том, что он> не учится, он не совершенствуется»¹. Иными словами, равновесие Курно несовместимо с допущением полностью рациональных ожиданий. Верно, что модель Курно прежде всего исключает возможность сговора. Но не исключен молчаливый сговор, проистекающий из рациональных ожиданий, который может помешать фирмам участвовать в игре Курно, а также кончить нулевой прибылью. Подлежит объяснению, почему фирмы не предвидят исход поведения по Курно, приводящего к нулевой прибыли, и решают участвовать в игре, а не остановиться и продолжать получать положительную прибыль².

1 См. McGee, John S. " "Competition" And the Number of Firms: Economic Theory," In Defense of Industrial Concentration. New York: Praeger Publisher Inc., 1971. Еще одна цитата: «В системе Курно каждый продавец предполагает, что суммарный выпуск его конкурентов не изменится после того, как свой выпуск изменит он. Для любого заданного объема выпуска конкурентов любой конкурентный торговец примет на свой счет неудовлетворенность части кривой отраслевого спроса конкурентами. Как следствие, равновесие проходит через приравнивание суммы объемов выпуска, решения о которых принимались независимо, агрегированному количеству спроса».

2 См. Daughety, Andrew F. "Reconsidering Cournot: The Cournot Equilibrium Is Consistent." The RAND Journal of Economics, 1985, 16 (3), pp. 368—79. Дорти утверждает, что «наконец, проистекающее равновесие рационально с индивидуальной точки зрения, в том смысле, что никакие индивидуальные действия (включая более глубокое обдумывание или более удачные ходы) не могут увеличить богатство игрока». Проблема заключается в том, что 1) игра проводится в один раунд, 2) как только допускается ценовая дискриминация, данный результат перестает быть справедливым.

Дорти решает данную проблему, поставленную Бреснахеном и другими¹ и касающуюся причин, по которым фирма в игре Курно получит положительную прибыль, если неправильно вычислит будущий объем производства конкурента. Как говорит сам Дорти: «При обычном равновесном анализе последовательных шагов игроки наказываются за то, что является (кажется) выигрышными шагами: они идут к итогу с нулевой прибылью, в то время как худшие шаги могут приводить к положительной прибыли». Дорти доказывает, что проблема проистекает только из вариаций шагов при конечном их числе в игре Курно. Если игроки в игре Курно выполняют бесконечную последовательность шагов, они могут придерживаться стратегии, при которой будет достигнуто равновесие по Курно. В результате, утверждает Дорти: «Проистекающее равновесие рационально с индивидуальной точки зрения, в том смысле, что никакие индивидуальные действия (включая более глубокое обдумывание или более удачные ходы) не могут увеличить богатство игрока».

Если считать фирмы рациональными и считать, что они рациональны постоянно, доказательство Дорти верно и непротиворечиво. Но оно не полностью отвечает на вызов, брошенный Макги и Бреснахеном и др. Более глубокий вопрос заключается в том, как игра Курно может вообще начаться, если только никто из игроков не просчитается в том, чем в итоге закончится максимизация прибыли.

Предполагается, что фирмы стремятся к максимизации именно прибыли, а не объема производства. Тогда без явного или неявного сговора каждая фирма может независимо прийти к выводу о том, что при кривой спроса с монотонным отрицательным уклоном существует одно и только одно значение объема производства, максимизирующее ее прибыль. Этого простого факта не в силах изменить ничто, если не предполагать только, что фирмы меняют свои цели и стремятся к максимизации не прибыли, но объема производства. Другими словами, — если 1) фирма не замечает того, что делают конкуренты, 2) ей известна доля спроса, остающаяся неудовлетворенной, 3) она стремится к максимизации прибыли, а не объема производства, — она будет придерживаться объема выпуска, максимизирующего прибыль, и никуда с него не сойдет. Игры Курно вообще не случится.

Вкратце, моделью Курно предполагается, что рациональности фирм хватает только на то, чтобы определить оптимальный объем производства на каждом шаге игры, но недостаточно, чтобы выйти из самоубийственного процесса, в ходе которого каждому достанется меньшая часть уменьшившегося пирога.

ПРОБЛЕМА 4: ФИРМЫ БУДУТ ИМЕТЬ ТЕНДЕНЦИЮ ПЕРИОДИЧЕСКИ РАЗДЕЛЯТЬСЯ

С учетом предположений модели Курно, каждая из фирм с рынка будет иметь тенденцию делиться пополам, чтобы получить бо?льшую долю прибыли на рынке, которая в целом будет становиться все меньше при продолжающемся росте объемов производства. Это следствие иронично. С одной стороны, можно прийти к выводу о том, что двух фирм достаточно для эндогенного порождения в итоге состояния совершенной конкуренции. Каждая из фирм, на которые произошло разделение, будет действовать как *если бы* она была конкурентом изначальной фирмы, так что фирмы, на которые произошло разделение, получают в итоге львиную долю прибыли, обозначенной площадью под заданной кривой спроса. Если функции издержек всех фирм идентичны, а действительные издержки не меняются со временем, то барьеры между фирмами полностью исчезнут. Останется

Еще? Возможно, так называемая «игра в один раунд» не проводится реально в один раунд, в том смысле, что подразумевается бесконечный регресс. Бесконечный регресс за один ход — это что-то парадоксальное.

1 [Bresnahan, 1981].

загадкой, почему то, что справедливо для одной фирмы, не может быть справедливо для множества фирм, и наоборот. Другими словами, одна-единственная фирма может имитировать поведение множества фирм, если последнее окажется более выгодным, и наоборот. Разумеется, сохраняются проблемы управления и прав собственности. Но все они касаются функции издержек фирмы и, таким образом, не имеют отношения к чисто математической форме модели Курно. С другой стороны, можно прийти к выводу, согласно которому модель Курно <совершенно> нереалистична в своих предположениях о том, что фирма на реальном рынке попадет в ловушку неуправляемой самоубийственной последовательности наращивания объемов производства, которая в конце концов превратит прибыль из положительной в нулевую. В любом случае, характерна неопределенность исхода, поскольку неизменного правила, касающегося степени, в которой фирма может пользоваться своим умом, при исходных условиях модели Курно, не существует.

Кроме того, модель Курно игнорирует различие между приростом количества фирм в результате выхода на рынок новых участников и приросте в результате разделения. Макги утверждает: «При данной модели Курно почти или вовсе не говорит ни о том, ни о другом. Число фирм просто задано; оно не объясняется. И, с учетом предполагаемой им функции издержек, олигополия просто не удержится: если издержки не меняются в зависимости от количества фирм, любая цена выше долгосрочных предельных издержек будет привлекать новых игроков. Поэтому, объяснение постоянной олигополии должно основываться на организационных ограничениях или владении каким-либо абсолютно ограниченным ресурсом — подобным артезианской скважине в его примере. Если будет больше скважин данного качества, может быть и больше фирм»¹.

В отличие от того, что, как может показаться, следует из модели Курно, даже если все допущения данной модели были бы реалистичными, а любыми издержками реорганизации фирм (как разделения, так и слияния) можно было бы пренебречь, уроком, извлекаемым из данной модели, все же является то, что количество фирм значения не имеет. Данная модель не влечет определенных следствий <их количества> для эффективности, благосостояния потребителей или общественных издержек².

2.3.3 ОПРЕДЕЛЕНИЕ РЫНКОВ

Современный способ определения релевантных рынков называется «проверкой на гипотетического монополиста», при которой к предполагаемому монополисту применяют критерий способности произвести по крайней мере «небольшое, но заметное и постоянное» повышение цены без утраты перспективы получения прибыли³. Стоящее за этим экономическое соображение заключается в том, что монополист обладает властью (или привилегией) повышать цену на релевантном рынке без отрицательных последствий для прибыли, в предположении неизменности прочих условий.

1 McGee, John S. "Competition" And the Number of Firms: Economic Theory," In Defense of Industrial Concentration. New York: Praeger Publisher Inc., 1971,

2 См. Demsetz, Harold. "Why Regulate Utilities?" Journal of Law and Economics , 1968, 11 (1), pp. 55—65. Изучая факторы, касающиеся масштаба экономии, издержек сговора и навыков торга, Демсетц отвергает теорию естественной монополии, т. е. веру в то, что «цена и выпуск будут на монопольном уровне, если ... только одна фирма преуспеет в производстве данного товара», и приходит к выводу о том, что «следует подчеркнуть, что я утверждаю не нежелательность регуляторных комиссий, а отсутствие в экономической теории обоснования комиссий, основанных на уверенности в необходимой связи между наблюдаемой концентрацией и монопольной ценой», и что «у нас нет теории, позволяющей выводить из наблюдаемой степени концентрации на отдельном рынке конкурентность или неконкурентность цен и выпуска на нем».

3 COMM'N, U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. "Horizontal Merger Guidelines," 1992. § 1.0.

У этой проверки три взаимосвязанных составляющих: 1) предполагается, что гипотетический поставщик является монополистом, 2) повышение цены должно быть заметным и постоянным, 3) повышение цены не должно отрицательно воздействовать на прибыль. Например, если «небольшое, но заметное и постоянное» повышение цены подрывает прибыль гипотетического монополиста, тому могут быть две возможные причины: монополист на данном рынке определен неудовлетворительно и/или данное повышение цены не является «небольшим, но заметным и постоянным»¹.

Существует много проблем технического свойства и связанных с доступностью данных². Но люди, применяющие данный способ, обычно предполагают, что критерий «небольшого, но заметного и постоянного» может быть уточнен посредством согласования. Они также полагают, что сложность предсказания случая подъема цен также можно преодолеть или каким-то образом пренебречь ею. Тогда, это утверждение сводится к простой проверке: *если монополист способен с выгодой повышать цену, тогда релевантный рынок уже надлежащим образом определен; если нет, то релевантный рынок очерчен слишком узко.*

Как поясняет Джордж Э. Хей³: «Ключевым словом является „с выгодой“. ... Если сменит поставщика настолько большое количество <покупателей>, что попытка повышения цен не будет выгодна, формальным выводом будет слишком узкая товарная или географическая граница рынка, которую следует расширить, дабы включить источник конкурентного давления. Если, с другой стороны, „гипотетический монополист“ способен поднимать цены с выгодой — т. е. большинство потребителей не сменят поставщика, — тогда выявлен „релевантный рынок“, и процедура продолжается анализом конкуренции на этом рынке»⁴.

Несмотря на неоднозначности и сложности, этот способ горячо рекомендуется некоторыми экономистами со времени его официального признания в «Руководстве по слияниям» 1992 г.⁵ Как говорит Хей: «Основной понятийный каркас для определения рынков, по крайней мере, достаточно однородной продукции широко поддерживается экономистами и одобрен регуляторными органами в качестве способа анализа слияний во многих современных промышленно развитых странах, где установлены официальные процедуры»⁶.

Помимо того, что решению подлежит множество реальных технических проблем и проблем, связанных с доступностью данных, следовало бы еще раз проверить справедливость стоящего за данным подходом утверждения о том, что «монополист обладает властью или привилегией с выгодой повышать цену на релевантном рынке». Вопрос заключается в том, соответствует ли данное утверждение экономическому взгляду на природу закономерностей монополистического ценообразования.

Даже монополист не имеет власти или привилегии повышать цену неограниченно. Технически говоря, столкнувшись с кривой спроса с отрицательным уклоном и не прибегая к многоценовой стратегии (обычно называемой ценовой дискриминацией), монополист способен максимизировать прибыль лишь при одной определенной цене — цене, определяемой не силой стремления к прибыли монополиста, а высотой и формой агрегированного спроса на рынке, где высота обозначает объем, а форма — эластичность агрегированного спроса. Согласно принципам экономики, монополист не обладает властью

1 Ibid.

2 «Не следует считать, что в какой-либо конкретной ситуации возникнет много технических проблем и проблем доступности данных» (Hay, George A. "Horizontal Mergers," M. M. John Eatwell, Peter Newman, The New Palgrave: A Dictionary of Economics. London: Macmillan, 1987).

3 [Hay, 1987].

4 См. Ibid.

5 См. COMM'N, U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. "Horizontal Merger Guidelines," 1992.

6 См. Hay, George A. "Horizontal Mergers," M. M. John Eatwell, Peter Newman, The New Palgrave: A Dictionary of Economics. London: Macmillan, 1987,

поднимать цены на релевантном рынке, не поступаясь прибылью, поскольку монополист уже продает по уникально удачной цене, т. е. по цене, максимизирующей прибыль. В реальной жизни у управляющих нет бумажки с графиком цен на целевых рынках. Они никогда не знают в точности объема и эластичности агрегированного спроса. Так что они никогда не знают точек, в которых достигаются правильные (максимизирующие прибыль) цены. Цена не является известной величиной. Скорее, она представляет собой бесконечный динамичный процесс, в ходе которого управляющие ищут правильную цену путем проб и ошибок¹. На момент, когда производится «проверка на гипотетического монополиста», текущий ценовой уровень гипотетического монополиста скорее всего будет выше или ниже цены, максимизирующей прибыль, а не в точности ей соответствующим. «Небольшое, но заметное и постоянное» повышение цены понизит прибыль, если изначальная цена равняется цене, максимизирующей прибыль, или выше ее, и повысит прибыль, если ниже цены, максимизирующей прибыль. Поэтому, все, что доказанный рост цен может сказать, это то, находится ли изначальная цена ниже максимизирующей прибыль цены, или нет. Из данной проверки не следует никаких выводов относительно того, правильно ли определен рынок, даже если будет установлена максимизирующая прибыль цена, что на деле невозможно.

С учетом технических проблем, таких как неоднозначность ключевой фразы «небольшой, но заметный и постоянный», а также сложности сбора данных, «проверка на гипотетического монополиста» скорее всего на практике окажется дезориентирующей. Исходя из экономически ошибочного положения о том, что «у монополиста есть власть или привилегия с выгодой поднимать цены на релевантном рынке», этот способ неверно интерпретирует даже основы экономики.

Кроме того, пока не существует экономической теории релевантных рынков. Может иметься возможность собрать данные и вычислить значения кросс-эластичности некоторых товаров на определенном рынке. Эти значения могут оказаться большими или малыми, а также достаточно значимыми в математическом смысле. Но большие и маленькие в математическом смысле и статистически заметные — это не то же самое, что большие, маленькие или заметные в экономическом смысле². Невозможно вывести вероятность, с которой потребитель перейдет с одного рынка на другой, из чисто математического значения кросс-эластичности, составляющей, допустим, 0,83, просто потому, что данное значение не несет никаких сведений, касающихся человеческих соображений. Вкратце,

1 Управляющие никогда не располагают графиками, на которых однозначно отмечены ниспадающая кривая спроса и максимизирующая прибыль цена. Они не знают, какая цена максимизирует прибыль, даже если взимают эту цену. Все, что они знают, это то, положительно ли прибыль. О том, как «выбирается адаптивное, подражательное и склонное к движению на ощупь поведение, преследующее „положительную прибыль“, а не „максимальную прибыль“», см.: Alchian, Armen A. "Uncertainty, Evolution, and Economic Theory." *The Journal of Political Economy*, 1950, 58 (3), pp. 211—21.

2 «Примерно три четверти авторов „American Economic Review“ применяли критерии значимости. Они применяли его, чтобы убедить себя, что некая переменная имеет значение. Но данный критерий может лишь подтвердить оправданность крайнего скептицизма перед лицом ошибок, проистекающей из слишком малой выборки. Данный критерий не сообщает экономисту о том, что подобранный коэффициент велик или мал в смысле его экономического значения. ... [В литературе] нет ответов, что такое большое значение. Единственная имеющаяся мера — это статистическая значимость результатов, то есть, <мера того>, насколько неожиданным является получение наблюдаемой выборки при предположении, что совершенно истинно $p = 1$. Но „совершенная“ истинность нерелевантна большинству задач экономики. Релевантно лишь нахождение p в окрестности единицы, где „окрестность“ определяется причиной, по которой оно релевантно — <ее значением для> политики, научной репутации или научного прогресса». (McCloskey, Donald N. "The Loss Function Has Been Misplaced: The Rhetoric of Significance Tests." *The American Economic Review*, 1985, 75 (2), pp. 201—05).

«проверка на гипотетического монополиста» даже теоретически является безнадежной затеей.

Применение «проверки на гипотетического монополиста» с неизбежностью произвольно. Существует два типа возможных результатов — уклонение вверх или вниз при оценке размера релевантного рынка.

К счастью, если при проведении «проверки на гипотетического монополиста» повышение цены подрывает перспективы прибыли, релевантный рынок считается определенным слишком узко и подлежит переопределению. С увеличением релевантного рынка рыночная власть фирмы, находящейся под антимонопольным следствием, падает. Это может помочь данной фирме избежать любого грозящего ей антимонопольного наказания. Если же «небольшое, но заметное и постоянное» не подрывает видов на прибыль, релевантный рынок будет считаться определенным правильно. Фирма, находящаяся под следствием, окажется под более пристальным антимонопольным вниманием и с большей вероятностью к ней будут применены меры воздействия.

Более определенно: проблема здесь не в том, что грубая проверка может привести к неверному очерчиванию релевантного рынка, поскольку строгого экономического смысла у «релевантного рынка» вообще нет. Реальная опасность заключается в том, что грубая проверка, основанная на ошибочной интерпретации основ экономики, может привести антимонопольное следствие к ошибочному заключению о виновности невиновной фирмы.

Примеры можно легко обнаружить в типовом сценарии, при котором фирмы искусственно устанавливают цены на свои товары ниже максимизирующего прибыль уровня. Одной из причин, по которым у фирмы могут быть мотивы снизить текущие цены в обмен на более широкую рыночную долю, чтобы породить в будущем более высокие прибыли, может быть сетевой эффект, к примеру. В статье 2001 г. Бенджамин Клейн¹, объяснил, что причина, по которой «Microsoft» снизила цены на свой Интернет-браузер, заключается в том, что они могла иметь замысел породить дополнительные побочные доходы от стимулирования продаж комплементарных компьютерных программ и услуг в будущем². Разумеется, если бы цену на Интернет-браузер «Microsoft», «Internet Explorer» («IE») подвергнуть «проверке на гипотетического монополиста», «IE» должен был бы быть буквально оправдан как товар, состоящий из уникального рынка, на котором единолично доминирует «Microsoft», несмотря на то, что онлайн доступно большое количество браузеров-заменителей, большинство из которых были свободными³.

2.3.4 ЛЕГКОСТЬ ВЫХОДА НА РЫНОК

Чтобы поддерживать конкуренцию на рынке, антимонопольные регуляторы проверяют предложения о горизонтальных слияниях, изучая легкость выхода на рынок до и после слияния. В соответствии с «Руководством по слияниям» 1992 г.: «Слияние вряд ли приведет

1 [Klein, 2001].

2 «Однако, единственное свидетельство правительства, заключающееся в том, что „Microsoft“ уплатила „слишком много“ за то, чтобы поставщики услуг доступа к Интернет пользовались „Internet Explorer“, опять-таки, неуместное сравнение высоких затрат со стороны „Microsoft“ на приобретение подписчиков с крайне малыми, <или> нулевыми, прямыми финансовыми выгодами, получаемыми „Microsoft“ от расширения пользования „Internet Explorer“. Косвенные выгоды от повышения будущих продаж „[Microsoft] Windows“, связанные с сохранением платформы „[Microsoft] Windows“, по определению считались антиконкурентным мотивом для запрашиваемой чрезвычайной компенсации» (см. Klein, Benjamin. "The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?" Journal of Economic Perspectives, 2001, 15 (2), pp. 45—62. At 54).

3 На конец 2007 г. имеющиеся на рынке Web-браузеры включали «Internet Explorer», «Firefox», «Opera», «Mozilla», «Safari», «OpenWare»(Openwave?), «Camino» и «ghost»(Ghost-Fox?).

к возникновению или усилению рыночной власти, а также к злоупотреблению таковой, если выход на данный рынок настолько легок, что участники рынка после слияния коллективно либо в одностороннем порядке не в силах с выгодой повышать цены выше их уровня до слияния. Такой выход на рынок, скорее всего, предотвратит антиконкурентное слияние в зародыше, либо предотвратит или окажет противодействие последствиям слияния для конкуренции. ... Если рынки, выход на которые настолько легок (т. е. если выход удовлетворяет данным критериям своевременности, вероятности и достаточности), такое слияние не поднимает антимонопольных вопросов и, как правило, не нуждается в дальнейшем анализе»¹.

В части своевременности. «Руководство по слияниям» 1992 г. гласит, что выход на рынок должен быть вероятен в течение двух лет после предполагаемого повышения цен, проистекающего из слияния: «Ведомство как правило будет своевременно рассматривать лишь те возможные выходы альтернативных <игроков> на рынок, которые могут иметь место в течение двух лет с изначально планировавшегося оказания влияния на рынок»².

Теория о том, что о конкурентности рынка можно судить, оценивая легкость выхода на него, опрокидывается тем принципом экономики, согласно которому чем больше в определенной отрасли ожидаемая разовая прибыль, тем быстрее выйдут на него потенциальные участники. Как и всегда, если считать, что существует такая вещь, как избыточная прибыль, чем выше избыточная прибыль, извлекаемая слившейся фирмой, тем быстрее и тем в большем количестве на рынке появятся новые участники. Поскольку легкость выхода на рынок всегда является функцией того, насколько завышена цена, взимаемая слившейся фирмой, логически невозможно узнать легкость выхода на рынок, не зная того самого завышения цены после слияния. Однако, это требование соблюдается редко, поскольку повышение цен оказывает различное влияние на разные рынки. Регуляторам данная проблема известна. В «Руководстве по слияниям» 1992 г. к рынку товаров длительного пользования подходят более снисходительно:

«Если релевантным товаром является благо длительного пользования, потребители, в ответ на значительные вложения, совершаемые с целью выйти на рынок, могут отложить покупки, вкладывая дополнительные средства в продление срока службы ранее приобретенных товаров, предотвращая или противодействуя последствиям концерна для конкуренции. В таких обстоятельствах, в случае вероятного выхода на рынок за пределами двухгодичного срока, Ведомство будет рассматривать такой выход как своевременный, если только он будет предотвращать или сдерживать последствия концерна для конкуренции в течение двух лет и далее»³.

В результате, данных двухлетний период настолько гибок, что применение данного правила зависит лишь от того, насколько «длительным» является пользование товаром, производимым слившейся фирмой. В терминах базовой экономики, все, что можно сказать о данном механизме оценки легкости выхода на рынок, — это то, что само такое понятие противоречит принципам экономики, и если данное правило должно бы было применяться, оно в лучшем случае обернулось бы политикой, основанной лишь на догадках правоприменителя.

2.3.5 ВЗЯТКА ЗА ИСКЛЮЧЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ

1 См. COMM'N, U.S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. "Horizontal Merger Guidelines," 1992., at § 3.0.

2 См. Ibid., at § 3.2.

3 См. Ibid., at § 3.3.

«Обратные платежи» в спорах об интеллектуальной собственности поднимают вопрос о том, могут ли коузианские «левые» выплаты между сторонами, конкурирующими за исключительное использование интеллектуальной собственности, привести к сговору. Ответ на этот вопрос должен существенно повлиять на понимание и отношение к горизонтальным слияниям не только в форме споров об интеллектуальной собственности, но и в форме споров о любом осязаемом имуществе с денежной компенсацией.

При соглашении об обратных выплатах выплаты осуществляются владельцем имеющегося патента тому, кто его оспаривает, в обмен на обещание последнего задержать или отменить план выхода на рынок. В результате, абсолютное число действующих конкурентов на данном рынке постоянно или временно снижается. Направление платежа от патентодержателя к оспаривающему этот патент, а также уменьшение количества действующих конкурентов возбуждают антимонопольные подозрения. Но как одно, так и другое может быть объяснено в свете представлений о мотивах избежать риска, асимметрии информации и теоремы Коуза.

1) СУДЕБНЫЕ РИСКИ

Держатель имеющегося патента, при оспаривании действительности патента потенциальным участником рынка примет во внимание судебные риски и будет склонен минимизировать потенциальные убытки, выплатив оспаривающему патент компенсацию за внесудебное урегулирование. В деле «In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litigation»¹ суд объяснил причины, по которым могут иметь место обратные платежи, и постановил, что не следует подводить обратные платежи под норму <о незаконности> per se:

«Фактически, даже в традиционном контексте неявная компенсация идет от патентообладателя к предполагаемому нарушителю. Например, вообразим, что суд готов к слушаниям, а патентообладатель в силах доказать ущерб (неосуществленные продажи) в 100 млн долл. Стороны приходят к внесудебному соглашению, при котором обвиняемый в нарушении уплачивает патентодержателю 40 млн долл и соглашается прекратить продажи своей продукции. В дополнение к 40 млн долл. имеет место подразумеваемый платеж 60 млн долл. подозреваемому в нарушении за прекращение им продаж. В реальности, произошло то, что обвиняемому в нарушении разрешили сохранить часть прибыли от его продаж. При принятии анализа, предложенного истцом, подобного рода соглашение, при котором патентообладатель отказывается от полного возмещения ущерба, было бы нарушением per se. Такая норма разохотила бы любую рациональную сторону от внесудебного урегулирования патентных споров, поскольку послужила бы приглашением на антимонопольное расследование. Таким образом, в итоге, ввиду общего права промышленников в соответствии с поправкой Хетча—Уоксмана возбуждать патентные разбирательства путем простой подачи упрощенной заявки на регистрацию препарата <ANDA IV>, данный публично-правовой механизм имеет непреднамеренным последствием перемещение судебных рисков при патентных исках. Соответственно, так называемые обратные выплаты являются естественным побочным продуктом процедуры Хетча—Уоксмана и — даже если такие выплаты не предусматривались и не предвиделись данной поправкой — истец не доказал, что они настолько преступны в данном случае, касающемся оспариваемых соглашений, предусматривающих данные выплаты, чтобы подводить их под норму per se.

Очевидно, поскольку потенциальный убыток, которым могут обернуться судебные риски, равен сумме судебных издержек плюс само возмещение ущерба, размер внесудебного

1 См. «In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litigation, 261 F. Supp. 2d 188 (E.D.N.Y. 2003)

возмещения патентообладателем оспаривающему патент чаще всего выше, чем одни лишь судебные издержки. Таким образом, норма, предложенная Карлом Шапиро¹, согласно которой любой платеж выше, чем «сэкономленные судебные издержки», должен составлять «достаточную основу для подозрений [со стороны ФКТ]» в том, что «покупается отсрочка выхода на рынок», не оправдана².

Кроме того, в отличие от обычных споров об интеллектуальной собственности, обратные платежи обнаруживаются в случаях, на которых потенциальный истец, оспаривающий патент, еще не вышел на рынок. Пока не причинено никакого ущерба. Таким образом, единственным наблюдаемым платежом между имеющимся патентообладателем и оспаривающим патент, если таковые имели место, должен быть направленный от первого второму. В традиционном споре, напротив, законный патентообладатель может быть заинтересован в том, чтобы урегулировать дело, снизив компенсацию ущерба, выплачиваемую нарушителем, то есть, оказав ему имплицитную услугу. В случае, когда имеет место обратный платеж, поскольку никакого ущерба не нанесено, если законный патентообладатель хочет уладить спор об интеллектуальной собственности до суда, оказав услугу оспаривающему патент, вне зависимости от того, какая из сторон обладает более высоким шансом выиграть дело, услуга, оказываемая имплицитно в традиционном деле, становится явной. Марк Дж. Шильдкраут³ утверждает, что поскольку многие соглашения по спорам об интеллектуальной собственности заключаются таким образом, что нарушитель соглашается ограничить нарушения при условии получения компенсации от патентодержателя, предложение осудить обратные платежи равносильно предложению осудить многие другие внесудебные урегулирования споров об интеллектуальной собственности.

В случае выигрыша обвиняемый сможет получить только конкурентную прибыль, но проиграв, он уплатит компенсацию ущерба, исчисленную исходя из монопольной прибыли патентодержателя. Во многих случаях обвиняемый в нарушении согласен поступиться своей потенциальной конкурентной прибылью, чтобы избежать риска уплаты гораздо большей компенсации за ущерб, даже если уверен в своей победе в суде. Патентообладатель готов поступиться частью или всей компенсацией за ущерб, поскольку сможет получить больше, если обвиняемый в нарушении уйдет с рынка. В этих обстоятельствах у обвиняемого в нарушении есть средства избежать выплаты разорительной компенсации, повышая ожидаемую патентообладателем монопольную прибыль. ... Если стимулы к патентным искам таковы, как описано выше, в соответствии с такой теорией практически все традиционные внесудебные урегулирования патентных споров являются антиконкурентными. Скрытый «обратный платеж» имеет место от патентообладателя к нарушителю. От последствий страдают потребители⁴.

Рассуждение Шильдкраута полностью соответствует обоснованию, приводимому Робертом Д. Уиллигом и Джоном П. Биглоу⁵, согласно которому обратный платеж эквивалентен страховому взносу, уплачиваемому уходящим от риска лицом. Премия, уплачиваемая патентообладателем посредством хеджирования риска судебного преследования, является законным монополистическим правом на патент, полностью признаваемым антимонопольным законодательством. Как говорит Марк Дж. Шильдкраут⁶: «Таким

1 [Shapiro, 2003].

2 См. прим. выше.

3 [Schildkraut, 2004].

4 См. Schildkraut, Marc G. "Patent-Splitting Settlement and the Reverse Payment Fallacy." *Antitrust Law Journal*, 2004, 71 (Winter), at 1048.

5 [Willig and John P. Bigelow, 2004].

6 [Schildkraut, 2004].

образом, если у патентообладателя имеется действительный патент, который нарушают, соглашение, которое частично или полностью исключает нарушителя с рынка, может и не быть незаконным. ... В контексте патентного <права>, данное поведение на самом деле не ухудшает положения потребителей, поскольку у потребителей нет права на извлечении выгоды за счет конкуренции со стороны нарушителей»¹.

2) АСИММЕТРИЯ ИНФОРМАЦИИ

Спор может иметь место из-за проблемы асимметрии информации, и денежная выплата является хорошим способом мотивировать спорящие стороны раскрыть свои действительные оценки и урегулировать спор, если конфликт должен быть тем или иным способом разрешен. Если патентообладатель относительно менее, чем оспаривающий патент, пессимистичен по отношению к своим шансам выиграть дело, и сравнительно более оптимистичен по отношению к перспективам извлечения в будущем монопольной прибыли, соглашение об обратном платеже может быть разумным, если не единственным, средством сторон в патентном споре, вне зависимости от справедливости этих их оценок. Обратный платеж может оказаться еще более предпочтительным вариантом, если обе стороны примут во внимание опыт и издержки, необходимые для производства и сбыта.

3) ТЕОРЕМА КОУЗА

Патент является срочным имущественным правом на неосязаемое изобретение. Имущественное право по определению является исключительным правом на производство, использование и продажу целиком или частично. Не только приобретение и накопление патентов законны², но и намерение не использовать патент охраняется патентным правом. Суд постановил, что:

«Патентообладатель не находится в положении квазипопечителя в общественных интересах и не обязан, чтобы общество получило свободное право использовать данное изобретение. У него нет обязанности ни использовать его, ни предоставлять <право на> его использование другим. Если он раскрыл изобретение в своей патентной заявке, так что оно перейдет в общественное достояние по истечении 17 лет действия исключительного права, он выполнил единственное обязательство, возложенное на него законом. Это является общепринятой доктриной по крайней мере с 1896 г.»³

Исключительные имущественные права на изобретения критически важны для новаторства и долгосрочной выгоды потребителя. Исследуя значение патентной системы, Эдмунд У. Китч⁴ утверждает, что «правовая система, в которой есть производственная тайна и система патентов, лучше послужит общественному благосостоянию, чем та, в которой есть только производственная тайна». По Китчу, исключительные права на изобретения, охранять которые призвана патентная система, могут рассматриваться как «набор ожиданий, с каждым из которых связано множество издержек и множество доходов». При оценке природы патентной системы Китч утверждает, что «патентная „перспектива“ повышает эффективность управления затратами на изобретение», и что под охраной патентной системы «у патентообладателя есть стимул вкладывать средства, чтобы максимизировать ценность патента, без опасений, что плоды такого вложения породят непатентуемую информацию, которой смогут воспользоваться конкуренты»⁵.

1 См. Ibid., at 1040, citing Hovenkamp, Herbert. Antitrust Law . 1999., ¶ 2040b, at 199.

2 См. прим. выше.

3 См. прим. выше.

4 [Kitch, 1977].

5 См. Kitch, Edmund W. "The Nature and Function of the Patent System." Journal of Law and Economics , 1977, 20 (2), pp. 265—90.

Однако, есть и другой подход, в рамках которого некоторые экономисты утверждают, что имущественные права, даруемые патентной системой патентообладателям, являются лишь вероятностными имущественными правами. Следствием этой аргументации является то, что соглашения между патентообладателями и оспаривающими патент не являются сами по себе и как таковые законными, и посему подлежат проверке на предмет соответствия общественным интересам. Как говорит Шапиро:

«Важно иметь в виду, что монопольная прибыль, которую можно (совместно) извлекать посредством неограниченного урегулирования, изначально не является простым отражением прав, предоставляемых патентообладателю вследствие того, что он получил патент. Как подчеркивают Иан Айрес и Пол Клемперер¹, патент лучше всего рассматривать как вероятностное имущественное право. То, что дает патент — это право патентообладателя судиться для предотвращения нарушения данного патента другими. Патент никак не гарантирует, что его признают действительным, или что ответчик по делу о нарушении патента будет признан виновным. Другими словами, все реальные патенты менее сильны, чем идеализированные патенты, воображаемая обычно в экономическом обществе»².

Из этого некоторые экономисты переходят к выводу, что потребители обладают «имущественным правом» на «конкуренцию, которая победила бы в среднем случае патентного спора двух сторон, решаемого в суде»³.

Такой подход проблематичен. Разумеется, не только патенты, но и любые другие имущественные права не определены с железной непрерываемостью. Не существует такой вещи, как «абсолютное имущественное право», иначе человек, получивший «абсолютное право» на нож, обрел бы «абсолютное право» на весь мир. Но тот факт, что имущественные права могут быть оспорены в суде, не отменяет защиту имущественных прав как назначение правовой системы. Напротив, сама идея уточнения действительности имущественных прав основывается на представлении о том, что существует важная ценность сохранения исключительных прав в распоряжении частных лиц. Даже если имущественное право вероятно в том смысле, что обладатель данного имущественного права не владеет всем потоком дохода, проистекающего от <объекта> имущественного права, у потребителей (кого бы не называть этим словом) нет права заявлять имущественные права на оспариваемое имущество. Представьте спор двух соседей о том, где должен стоять забор между двумя домами. Что если прохожий подойдет и скажет, «Поскольку ваши права собственности с очевидностью спорны, они принадлежат мне».

Тот факт, что какое-либо имущественное право является вероятностным или определено нечетко, не влечет вывода о том, что данное имущественное право подлежит пересмотру в свете общественных интересов. Было бы тавтологией сначала привести общественный интерес в спор между двумя сторонами, оспаривающими право интеллектуальной собственности, а затем подтверждать правомерность этого общественного интереса в ходе разрешения спора.

Соглашаясь с природой и функциями патентной системы, истолкованными Китчем как отмечено выше, можно с большей ясностью видеть, что *вероятностный* подход к имущественным правам сводится к утверждениям, безразличным к тому способу, которым

1 [Ayres and Paul Klemperer, 1999].

2 См. Shapiro, Carl. "Antitrust Limits to Patent Settlements." RAND Journal of Economics, 2003, 34 (2), pp. 391—411., at 395.

3 См. LAW, ABA SECTION OF ANTITRUST. Intellectual Property and Antitrust Handbook. American Bar Association, 2007., at 256, note 540, citing Leffler, Keith B. and Leffler, Christofer. "The Probabilistic Nature of Patent Rights: In Response to Kevin Mcdonald." ANTITRUST, 2003, 77.

какое-либо изобретение становится полезным. С эволюционной точки зрения, выгоды от интеллектуальной собственности — не пирог, который следует разделить. Даже если вероятность признания действительным имущественного права низка, это не обязательно означает, что доля имущества, которой владеют потребители, высока. Изобретение приносит прибыль, поскольку изобретение является объектом частных имущественных прав. Признаваемое законом право на изобретение может быть достаточно или недостаточно четко определено. Но без защиты частных имущественных прав отдача от изобретений наверняка уменьшится. Потребителям может достаться меньше, даже если за ними признать права.

Реализация патентных прав, будь то в форме производства, пользования, проката или продажи, не должно снижать конкуренции. Познер выражает сомнения в теории, согласно которой обратные платежи могут снижать конкуренцию, на том основании, что «если переговоры о внесудебном урегулировании провалятся, и патентообладатель обратится в суд, чтобы выиграть его, конкуренция будет предотвращена в той же степени»¹. А если бы эта теория была справедлива, внесудебного урегулирования вообще не случилось бы. Как говорит Познер: «Любое соглашение о внесудебном урегулировании может считаться связанным с „компенсацией“ ответчику, который не пошел бы на него, если бы у него не было стимула. Если каждое внесудебное соглашение считать на этом основании связанным с запрещенным „обратным платежом“, внесудебных урегулирований патентных споров у нас больше не будет»².

2.3.6. ИТОГИ

Модель ценоискателя и модель Курно, рассматриваемые как теоретическое основание уверенности в наличии устойчивой причинной связи между количеством фирм и конкурентностью и эффективностью рынка, не поддерживают антимонопольного законодательства, за исключением случая одновременного удовлетворения в реальной жизни целой кучи нереалистичных условий.

Для изначальной модели ценоискателя обязательно предположение о неспособности ни одной из фирм на рынке проводить какую-либо ценовую дискриминацию, иначе предполагаемый ущерб от монополии (т. е. общественные омертвленные потери) снизится и даже исчезнет. Однако в условиях реальной жизни трудно найти крупного игрока на рынке, который не мог бы осуществлять или не осуществлял бы ценовой дискриминации.

Для модели Курно, во-первых, обязательно предположение об идентичности и постоянстве издержек всех фирм, иначе можно доказать эффективность горизонтального слияния, в то время как принудительное разделение крупной фирмы регуляторными органами может оказаться неэффективным. В условиях реальной жизни функции издержек горизонтальных конкурентов и слившихся фирм вряд ли будут идентичными.

Во-вторых, обязательно предположение об интегральности рынка и полном удовлетворении спроса, иначе фирмы могут выжить даже при взимании ими различных цен за один и тот же товар. В реальной жизни фирмы конкурируют в условиях разнородности. Фирмы выходят на рынок по очереди. Даже заменимые товары различаются качеством, функциональностью или долговечностью. Покупатели в разной степени склонны иметь дело с различными торговцами.

В-третьих, обязательно предположение о том, что горизонтальные конкуренты составляют свои стратегии одним конкретным способом, иначе движение к равновесию по Курно

1 См. *Asahi Glass Co. v. Pentech Pharm.*, 289 F. Supp. 2d 986 (N.D. Ill. 2003)

2 *Id.*, at 994.

никогда не завершится. В реальной жизни фирмы, играющие в повторяющуюся игру, обладают предвидением. Если их изначальные стратегии окажутся выгодными, они скорее всего будут продолжать их придерживаться. Таким образом, самоубийственного движения к равновесию по Курно может и не случиться.

В-четвертых, при удовлетворении всех условий модели Курно фирмы будут склонны к поочередному делению с целью удержать бо́льшие доли рыночной прибыли. Таким образом, образовавшиеся в результате разделения фирмы могут с легкостью координировать свое деловое поведение, опровергая тем самым предположение об обеспечении <достижения> равновесия по Курно за счет роста количества фирм.

Способ, применяемый в последнее время для определения рынка и называемый «проверкой на гипотетического монополиста»¹, основан на том, что «если монополист способен с выгодой повышать цены, то релевантный рынок определен надлежащим образом; если нет, релевантный рынок определен слишком узко». Этот способ противоречит принципу экономики, согласно которому монополист в силах максимизировать прибыль только при одной конкретной цене — цене, определяемой высотой и формой агрегированного рыночного спроса, а не силой стремления монополиста к прибыли. Выгодно ли «небольшое, но заметное и постоянное» повышение цены гипотетическим монополистом или нет, единственное, что можно определить при помощи предлагаемого способа, — это то, была ли изначальная цена слишком низка для максимизации прибыли. Даже при доступности всех релевантных наблюдений и данных этот способ ничего не может сказать о том, правильно ли определен рынок.

Теория оценки легкости выхода на рынок посредством оценки вероятности такого выхода, стимулируемого ростом цен после слияния, противоречит принципу экономики, гласящему, что чем выше ожидаемая разовая прибыль, тем быстрее появятся потенциальные новички. Данную проверку осуществить невозможно, если только не определено нормативное значение «чрезмерной цены». Однако, в реальной жизни нет такой вещи, как правильная цена», в сравнении с которой можно определить, насколько завышена «чрезмерная цена».

Теория, ставящая под сомнение различные роды соглашений о внесудебном урегулировании споров об интеллектуальной собственности, такие как объединение патентов в пулы и обратные выплаты, основана на искаженном понимании природы и функции права интеллектуальной собственности. Хотя патенты и могут быть оспорены, так называемые потребители не являются с необходимостью потенциальными обладателями прав интеллектуальной собственности на изобретения. Более того, поток доходов, проистекающих от применения изобретения, не является пирогом неизменных размеров, который можно произвольным образом делить между спорящими сторонами и потребителями. Что показывает исследование природы и функций патентной системы — так это то, что без охраны прав интеллектуальной собственности делить бы было вообще нечего. Таким образом, постоянно возникающий в ходе патентных споров вопрос о том, действителен ли конкретный патент, не имеет отношения к антимонопольным вопросам.

Глава 3. Заключительные замечания

Небольшое изменение в процессе правоприменения способно изменить результат применения закона. Норма «Daubert» и ее вариации делают давно продолжающиеся дебаты в антимонопольном сообществе — которые ранее были лишь отдаленно релевантными — все более влиятельными, поскольку требуют от судей строго проверять «надежность» и «релевантность» теорий, стоящих за антимонопольными обвинениями.

1 См. прим. выше. «Если монополист в состоянии с выгодой поднять цены, релевантный рынок уже определен надлежащим образом; если нет, релевантный рынок очерчен слишком узко».

Совокупность антимонопольных экономических моделей влечет смешанные следствия: она не поддерживает радикальных предложений об отходе от <доктрин> незаконности *per se* и правила взвешенного подхода — к законности *per se*, но и не усиливает доводов в пользу того, что деловые методы, изначально подпадающие под антимонопольное законодательство, в целом несут антиконкурентные последствия. Скорее, эта совокупность экономических моделей, взятая как целое, доказывает, что вероятность наступления антиконкурентных последствий в результате применения подозрительных деловых методов, ниже, чем это казалось 50 лет назад. Внимательно изучая связи между допущениями и следствиями данных моделей и оценивая их значение в реальном мире, мы обнаруживаем не то, чтобы антиконкурентные последствия оспариваемых деловых методов полностью исключались, но то, что их вероятность в последние десятилетия существенно скорректировалась в сторону уменьшения.

В этом отношении, вместо радикального скачка к законности *per se*, в общем и целом предлагаемого в критериях судьи Истербрука, сбалансированным подходом, минимизирующим судебные ошибки в антимонопольной судебной практике, было бы четкое соблюдение нормы «Daubert» и ее разновидностей, в том смысле, что оспариваемые деловые методы не должны признаваться незаконными, пока убедительно не продемонстрировано, что экономические теории, обосновывающие выявление и оценку антимонопольных нарушений, не только надежны методологически, но и релевантны эмпирически.

МЕСТО ЭКОНОМИЧЕСКОГО АНАЛИЗА В ПРИМЕНЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Значение экономического анализа для применения антимонопольного законодательства весьма высоко. Напомним лишь несколько направлений его обязательного использования:

1. *Дела по обвинению в злоупотреблении доминирующим положением.* Использование Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС № 220 от 28 апреля 2010 года [далее - Порядок], обязательно для установления факта доминирования. Соответственно, невозможно признать компанию злоупотребляющей доминирующим положением, не проведя оценку показателей концентрации и преодолемости барьеров входа на рынок. Вот почему определение границ рынка, расчет показателей концентрации и оценка стабильности распределения рынка между продавцами, выводы о состоянии конкуренции являются предметами состязательности в антимонопольных процессах.
2. *Получение согласия на сделку слияния.* Компании, подпадающие под режим предварительного контроля сделок экономической концентрации, при подаче ходатайства должны убедить антимонопольные органы в том, что предполагаемая сделка не приведет к ограничениям конкуренции. Должен быть проведен перспективный анализ рынка. Для оценки влияния сделки на будущую интенсивность конкуренции ключевое значение имеют текущий уровень конкуренции, а также преодолимость барьеров входа.
3. *Определение суммы штрафа за нарушения антимонопольного законодательства.* Помимо оценки структуры рынка и действий продавца на рынке некоторые приемы экономического анализа могут быть полезны даже в том случае, когда обвинения в адрес компании оспорить не удалось. Поскольку штрафы за ограничения конкуренции рассчитываются в процентах от оборота компании на рынке, именно от определения границ рынка зависит сумма штрафа.

Если следовать закону буквально, не требуется проведения анализа рынков в том случае, когда компании обвиняются в *соглашениях и согласованных действиях*. Однако и здесь экономический анализ рынка мог бы оказать существенное влияние на результаты рассмотрения дел. Так, при анализе соглашений (за исключением определенных в законе наиболее опасных форм ограничения конкуренции – например, ценового сговора) для оценки возможного воздействия соглашения на рынок необходимо представлять специфику конкуренции на этом рынке. Особенно это важно для вертикальных соглашений, а также так называемых *иных* соглашений, участники которых не продают товары-заменители и не представляют последовательные этапы цепочки создания стоимости. Значительную роль экономический анализ мог бы сыграть и при квалификации сделок как

¹ Готовится к публикации.

согласованных – во многих случаях экономический анализ был бы достаточным для того, чтобы опровергнуть гипотезу о сознательной координации.

ИСТОРИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В МИРОВОЙ ПРАКТИКЕ И В РОССИИ

Отношения между применением антимонопольного законодательства и экономической теорией, на которую должно опираться такое применение, за последние сто лет проходили разные фазы. В течение приблизительно половины этого срока решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства в США выносились без серьезной опоры на теорию, практически в большей степени опираясь на понятия о приемлемом и неприемлемом рыночном поведении и здравый смысл.

Ситуация изменилась после появления в 1930-1950-х годах теории несовершенной конкуренции, и затем – выделения в экономической теории специального направления, отражавшего потребности экономической интерпретации поведения компаний, получившего название теории отраслевых рынков (Industrial Organization, IO). В свою очередь, развитие IO оказало влияние на формирование стандартов экономического анализа для целей применения антимонопольного законодательства¹.

Можно выделить по крайней мере два направления развития IO, оказавших существенное воздействие на стандарты экономического анализа в антимонопольных делах. Первое относится к развитию представлений о влиянии структуры рынка на поведение продавцов, и в конечном итоге – на показатели эффективности (цены, прибыль, выигрыши потребителей, общественное благосостояние). Отправной точкой развития современной IO выступала так называемая парадигма «структура – поведение – результат», в соответствии с которой структурные характеристики рынка (число продавцов, распределение рынка между ними, барьеры входа) оказывают однозначное влияние на поведение компаний, и в итоге – на цены. Предельно упрощенно основное положение этой концепции может быть сформулировано так: чем меньше продавцов на рынке и чем выше барьеры входа, тем более высокие цены продавцы назначают и тем большую прибыль они получают, поскольку интенсивность конкуренции между ними понижается. Нетрудно заметить, что Порядок – точно так же, как и многие другие документы, регламентирующие анализ рынка (например, Horizontal Merger Guidelines в США), в качестве теоретической базы опирается именно на парадигму «структура – поведение – результат». Именно в рамках этой концепции концентрация продавцов (измеренная индексом концентрации CR или индексом концентрации Герфиндаля-Гиршмана) может использоваться как характеристика конкуренции, а изменение значений индексов концентрации – например, в результате слияний, - может рассматриваться как свидетельство изменения рыночной власти.

¹ Безусловно, IO не является единственным драйвером изменений модели применения антимонопольных запретов. Большую роль в этом процессе играет новая институциональная экономическая теория. Тем не менее IO является главным источником представлений о закономерностях развития рынков и конкуренции.

С развитием IO парадигма «структура – поведение – результат» стала объектом жесткой критики, особенно в части выводов о роли показателей концентрации. В рамках теоретических моделей связь между числом продавцов и ценами зависит от модели стратегического взаимодействия – при некоторых предпосылках число продавцов действительно влияет на их политику цен, при других нет. В эмпирических исследованиях не было получено убедительных доказательств предсказанной парадигмой зависимости между показателями концентрации и прибыли или уровнем цен. Правда, на следующем витке развития IO на основе моделей теории игр было продемонстрировано, что при данной структуре рынка, если ослабление конкуренции в принципе возможно, то эта возможность повышается со снижением числа продавцов. Иначе говоря, на одном и том же рынке, если этот рынок в принципе допускает явную или молчаливую координацию между продавцами, шансы на эту координацию с ростом концентрации возрастают. И тем не менее, говорить о предсказанной связи между показателями концентрации и рыночной властью некорректно. Правда, необходимо подчеркнуть, что значение группы характеристик рынка, связанных с барьерами входа, в более поздних теоретических построениях было не ослаблено, а напротив, усилено. Одним из конвенциональных в современной теории стал тезис о том, что долгосрочные тренды развития рынка зависят именно от высоты и особенностей барьеров входа.

Тем не менее, критика парадигмы «структура – поведение – результат» привела и к изменениям в стандартах экономического анализа в антитрасте. Постепенно место исследования структуры рынка занимают методы непосредственной количественной оценки ожидаемых эффектов слияний¹. Сравняя руководства по анализу горизонтальных слияний, разработанные Министерством юстиции и Федеральной торговой комиссией США 2010 года, и предшествовавший вариант 1992 года, мы видим, что в более позднем документе прямая оценка ожидаемых эффектов занимает большее место, а анализ структуры рынка отступает на второй план.

Вторым направлением реакции антимонопольной политики на развитие IO стало отражение так называемых «парадоксов чикагской школы». Теория поставила под сомнение способность и стимулы ограничивать конкуренцию действиями крупных продавцов. Это касалось, например, хищнического ценообразования (в терминах российского антимонопольного законодательства – монопольно низкой цены), предназначенного для вытеснения конкурентов². Это также относилось к исключаящим условиям вертикальных ограничивающих контрактов³. В итоге некоторая часть антимонопольных запретов стала применяться на основе правила взвешенного подхода (rule of reason) в противоположность

¹ Пример исследования, основанного на этом подходе – Ivaldi M., Verboven F. Quantifying the effects from horizontal mergers in European competition policy, International Journal of Industrial Organization, 2005, vol.23, No 9-10, pp.669-691.

² Мак-Ги Дж.С. Хищническое снижение цен: дело компании Standard Oil (Нью-Джерси). В: Вехи экономической мысли. Теория отраслевых рынков, том 5, С-Пб, Экономическая школа, 2003, с.567-621.

³ Подробнее об изменении теории и практики применения антимонопольного законодательства в отношении вертикальных ограничивающих контрактов см. Авдашева С., Дзагурова Н. Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве. Вопросы экономики, № 5. С. 110—122.

трактовке по букве закона (*per se*). Применение взвешенного подхода предполагает, что определенная практика может быть запрещена только если будет доказано, что ущерб от ограничений конкуренции превосходит выигрыши эффективности. Очевидно, что использование этого правила в антимонопольных делах предполагает расширение экономического анализа. В отношении той части нарушений, для которых запреты применяются *per se*, возрастают требования к доказательной базе, которая также включает в первую очередь результаты экономической оценки.

За последние пятьдесят лет спрос на экономический анализ для целей применения антимонопольного законодательства не только существенно повысился. Изменилось содержание этого спроса: он сместился от исследования структурных характеристик рынков к прямой оценке последствий действий продавцов или изменения распределения рынка между ними. С этой точки зрения Порядок отражает гораздо более традиционный – не сказать, старомодный, – подход к анализу рынков. Тем не менее, поскольку развитие навыков анализа требует некоторой последовательности, овладение приемами, предусмотренными Порядком, приближало бы применение российского антимонопольного законодательства к лучшей практике с точки зрения мирового опыта. Прежде чем пытаться оценивать последствия альтернативных сценариев развития рынка под влиянием действий компаний или сделок слияний, нужно уметь определять продуктовые и географические границы этого рынка, а также факторы, от которых зависит реализация сценариев.

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ПРИМЕНЕНИЯ РОССИЙСКОГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: СОСТОЯНИЕ ДЕЛ

Качеству экономического анализа в делах о нарушении антимонопольного законодательства в России даются самые противоречивые оценки¹. В большей степени эти оценки носят качественный характер, и вот почему Бюро экономического анализа в одном из исследовательских проектов поставило задачу дать количественную оценку применения Порядка². Качество применения приемов анализа также оценивалось, причем для всех участников системы правоприменения – для антимонопольных органов, для представителей компаний, обвиненных в нарушении закона «О защите конкуренции», для судов. Использованная выборка невелика и составляла всего пятнадцать дел, однако эти дела интересны тем, что при их рассмотрении можно было рассчитывать на состоятельность сторон и в представлении результатов анализа. Все дела прошли по

¹Достаточно сравнить позиции А.Шаститко и В.Пружанского, с одной стороны, и А.Сушкевича, с другой, высказанные на конференции «Антимонопольное регулирование в России», организованной газетой «Ведомости» в октябре 2010 г. и опубликованные в приложении к газете «Ведомости» 17 ноября 2010 г. См. Шаститко А.Е. Роль экономистов в антимонопольном процессе недооценена, с.22-23; Пружанский В. Экономического анализа пока нет, с.23; Сушкевич А. ФАС сравнится по точности с генетиками, с.25.

² Авдашева С.Б., Шаститко А.Е., Дубиничева Н.В. Стандарты экономического анализа в делах о нарушении антимонопольного законодательства в России. М., Макс-пресс, 2011; См. также Авдашева С., Шаститко А. Экономический анализ в делах о нарушении закона «О защите конкуренции». Вопросы экономики, 2011, № 2, с. 122-139.

крайней мере две судебные инстанции. Практически все дела были возбуждены в период 2006-2008 гг., и соответственно, в качестве основы экономического анализа использовался предшественник ныне действующего Порядка, принятый в 2006 году.

Оценка качества экономического анализа именно в делах, проходящих судебные инстанции, имеет большое значение не только с точки зрения узкой темы, но и для оценки перспектив развития антимонопольной политики в России. На протяжении более пятнадцати лет раздаются голоса о том, что антимонопольные запреты, основанные на так называемых оценочных нормах, не имеют перспективы применения в российских судах. Прежде всего потому, что суды не располагают достаточной квалификацией, чтобы оценивать и тем более сопоставлять альтернативные аргументы сторон, основанные на результатах экономического анализа. Если бы исследование показало, что суды действительно не в состоянии ориентироваться в аргументах сторон и в результатах применения Порядка, эта точка зрения получила бы подкрепление.

Однако самым важным результатом исследования стало то, что российские суды вполне способны воспринимать экономическую аргументацию. Более того, именно позиция судов оказалась самым важным фактором, создающим спрос на использование Порядка. Среди проанализированных дел было несколько случаев, когда суды отказывались соглашаться с квалификацией положения и поведения участников рынка на том основании, что антимонопольные органы не провели последовательный анализ в соответствии с Порядком. В одном случае суд отверг результаты исследования рынка со стороны ФАС даже на том основании, что продуктовые границы рынка были определены не в соответствии с тем методом, который Порядком признается приоритетным.

Учитывая, что история применения экономического анализа в делах о нарушении закона «О защите конкуренции» весьма непродолжительна, квалификации выносящих решения судей можно дать высокую оценку. Более чем удовлетворительной оценки заслуживают и навыки экономического анализа, продемонстрированные антимонопольными органами.

Другое дело, что приемы экономического анализа усваиваются и судами, и антимонопольными органами неравномерно. Среди пятнадцати проанализированных дел в 2/3 случаев антимонопольный орган основывал свою оценку продуктовых и географических границ рынка на результатах экономического анализа (рис.1).

Приблизительно в половине случаев представители хозяйствующих субъектов оспаривали выводы антимонопольных органов, предлагая альтернативную аргументацию. Далекое не все использованные приемы можно отнести к передовому краю экономического анализа: например, оценка продуктовых границ рынка на основе ГОСТ легко может привести к неверным выводам. В то же время антимонопольные органы почти в половине случаев привлекали для оценки продуктовых границ рынка мнения потребителей. Это чрезвычайно

важно, поскольку не только теория, но и многочисленные кейсы¹ демонстрируют, что о фактической заменяемости продуктов могут обоснованно судить только их покупатели.

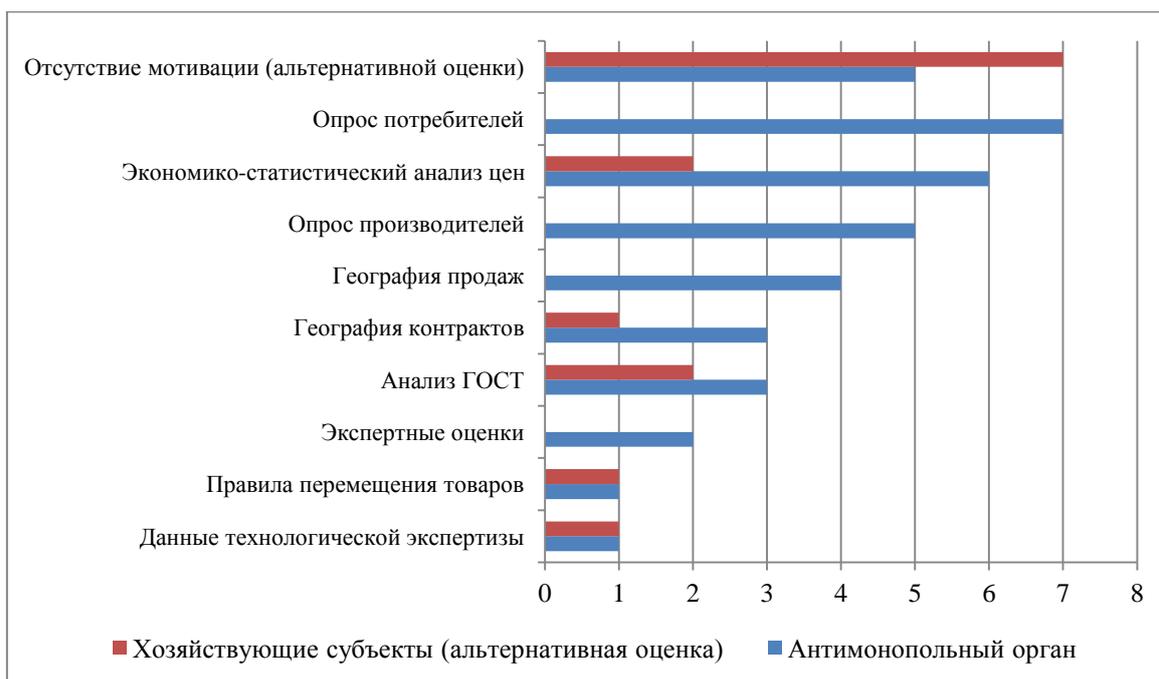


Рис. 1. Число дел, в которых использовались отдельные типы анализа для определения границ рынка (из 15 дел)

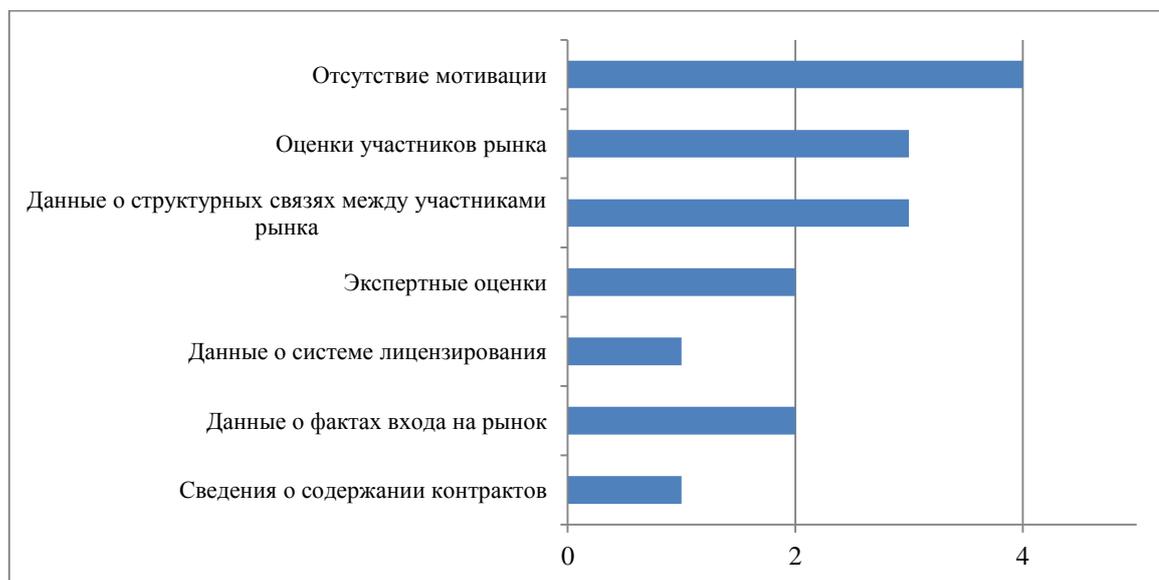


Рис. 2. Число дел, в которых использовались разные типы данных для характеристики барьеров входа на рынок (из 15 дел)

Если определение продуктовых и географических границ рынка можно отнести к сравнительно развитому направлению экономического анализа, то совершенно иначе

¹ Бродский В. О некоторых ключевых понятиях антимонопольного законодательства. Экономическая политика, 2010, № 6, с.124-143.

обстоят дела с оценкой барьеров входа. Ни в одном из рассмотренных дел хозяйствующие субъекты и их представители не пытались оспаривать выводы антимонопольных органов о высоте барьеров входа. Этот факт не может не вызывать удивление по крайней мере по трем причинам. Во-первых, преодолимость барьеров входа не менее важна для оценки состояния конкуренции, чем концентрация продавцов. Во многих случаях выводы о доминировании продавца можно оспорить даже при высокой рыночной доле, опираясь именно на данные о преодолимости барьеров. Во-вторых, характеристика барьеров входа антимонопольными органами (рис.2) в большинстве случаев отличается неполнотой: указывается на наличие определенного барьера и делается вывод о том, что вход на рынок затруднен. Такой вывод не может удовлетворить: с одной стороны, вход на любой рынок затруднен, с другой – этот вывод даже формально не соответствует требованиям Порядка, предполагающего оценку не наличия, а преодолимости барьеров входа. Наконец, оценка преодолимости барьеров не намного сложнее расчета показателей концентрации. Тем не менее, в этой части навыки экономического анализа не развиты. Это не может не беспокоить: в результате в большинстве дел оценка конкуренции основана на данных о распределении рынка между продавцами (показателях концентрации). В то же время именно от преодолимости барьеров входа зависит не только оценка текущего состояния конкуренции, но и прогноз её изменения. И в современном Ю, и в экономическом анализе для целей применения антимонопольного законодательства величина и структура издержек входа (в российских терминах – барьеров входа) рассматривается как ключевой фактор рыночной динамики.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОГО АНАЛИЗА В ДЕЛАХ О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: РЕКОМЕНДАЦИИ

Практикующим юристам, заинтересованным в повышении стандартов доказывания в судах, можно порекомендовать стараться более активно использовать при подготовке своей аргументации результаты экономического анализа. При этом не следует однозначно ориентироваться на позицию антимонопольных органов. Безусловно, качество анализа и обоснованность аргументации с их стороны в последние годы непрерывно повышаются. Однако и антимонопольные органы могут, с одной стороны, допускать непреднамеренные ошибки, с другой стороны, не заинтересованы развивать исследование в том направлении, которое чревато опровержением их собственных выводов.

Применять Порядок можно гораздо шире, чем это предусмотрено действующим законодательством. Строго говоря, по действующим нормам он необходим для вынесения решений по делам о злоупотреблении доминирующим положением. Особенно актуален экономический анализ в делах, где обвинение строится на квалификации положения продавцов как коллективно доминирующих. Затрудненный вход на рынок (то есть барьеры входа), несоответствие изменения величины спроса изменению цены (низкая эластичность) должны быть объектом исследования, а не умозрительной оценки.

Однако можно указать по крайней мере еще один тип обвинений, доказывание которых требует применения структурного анализа в соответствии с Порядком. Это дела о согласованных действиях. Для того, чтобы гипотезу о согласованных действиях нельзя было однозначно опровергнуть, издержки (барьеры) входа на рынок должны быть достаточно высокими. Вторым необходимым условием успешных согласованных действий должна быть высокая суммарная доля продавцов, третьим – идентичность участников

согласованных действий, в том числе приблизительная одинаковая доля. И эти, и другие важные характеристики рынка, на котором *возможны* согласованные действия, должны быть доказаны только на основе применения экономического анализа. До сих пор такой анализ практически не применяется в делах о согласованных действиях, однако в условиях состязательности именно обвиняемые заинтересованы внедрять эти стандарты в рассмотрение дел.

Необходимость экономического анализа в делах о согласованных действиях поддерживается и позицией Высшего арбитражного суда, и «третьим антимонопольным пакетом». Согласно Постановлению Президиума ВАС № 15956/08 от 21.04.2009, важнейший признак согласованных действий – известность продавцам действий других продавцов заранее, - может быть установлен на основе анализа результата их решений. Однако результаты действий продавцов можно наблюдать или предсказывать только в рамках рынка с данными структурными характеристиками. В свою очередь, «третий антимонопольный пакет» вводит граничные значения долей, при которых обвинение в согласованных действиях может быть предъявлено. Уже для сопоставления фактических долей продавцов на рынке с заданными значениями необходимо проводить значительную часть анализа, предусмотренного Порядком (по меньшей мере в части определения продуктовых и географических границ).

При проведении структурного анализа следует переходить от преимущественного внимания к определению продуктовых и географических границ к исследованию факторов, от которых зависит изменение интенсивности конкуренции. Лидирующая роль принадлежит здесь издержкам (барьерам) входа. Необходимо правильно идентифицировать группы потенциальных конкурентов и определять издержки входа в разрезе этих групп. Кроме того, в рамках структурного анализа необходимо шире применять метод сравнения. Недопустимо останавливаться на утверждении «вход на рынок сопряжен с барьерами» (тем более, что какие-то издержки продавцы несут при входе на любой рынок), для правильной оценки состояния конкуренции и тем более для прогноза её изменения следует сопоставлять высоту барьеров и возможные масштабы входа на данный рынок с условиями входа на сопоставимом рынке. Это же верно и для других характеристик структуры рынка.

При проведении сравнительного анализа следует шире использовать бенчмаркинг с аналогичными рынками за рубежом. Сопоставление тенденций развития российских рынков с зарубежными позволит лучше оценить и высоту барьеров входа, и состояние конкуренции. Подобный сравнительный анализ даёт исследователям в руки еще один полезный инструмент: если мы обращаемся к исследованию рынков зарубежными антимонопольными органами (например, Европейской комиссией по конкуренции), мы получаем возможность использовать те методы, которые в деятельности этих органов развивались и совершенствовались годами и десятилетиями.

Далее, аргументация в делах о нарушении антимонопольного законодательства может и должна опираться на результаты структурного анализа, но ни в коем случае не может и не

должна ограничивать этим анализом. Выводы структурного анализа могут и должны использоваться при оценке поведения участников рынка. Например, снижение расценок крупным продавцом может интерпретироваться как назначение монопольно низкой цены, однако в условиях интенсивной конкуренции на рынке и при снижении рыночного спроса более обоснованной гипотезой будет именно реакция продавца на конкуренцию. Аналогично, гипотеза о монопольно высокой цене не выглядит обоснованной в том случае, когда вход на рынок может быть осуществлен без существенных издержек.

Но, конечно, потребности квалификации в делах о нарушении антимонопольного законодательства (в отличие от сделок слияний) не могут быть удовлетворены исключительно результатами структурного анализа. Гораздо более востребованным, и в то же время менее развитым является анализ и интерпретация поведения участников рынка. Как проводить сравнительный анализ цен на сопоставимых рынках, как исследовать динамику цен, какими правилами необходимо пользоваться при определении экономических (в противоположность бухгалтерским) издержек – все эти вопросы требуют специального решения. Методика анализа поведения может быть предложена антимонопольными органами, но может быть сформирована и в ходе судебных дел. В любом случае в интересах и участников рынка, и профессиональных юристов – принимать активное участие в формировании адекватной практики анализа поведения. Такое участие может принимать разные формы – обсуждение документов, разработанных ФАС, разбор подходов, примененных в конкретных делах, а также инициативная разработка принципов экономического анализа поведения продавцов.

Разработка новых стандартов поведения необходима не только для применения закона «О защите конкуренции». Не менее, а может быть и более проблемную сферу составляет закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». До сих пор в решениях антимонопольных органов преобладает очень примитивная интерпретация такой запрещенной практики, как дискриминация. Дискриминация усматривается в назначении разных закупочных цен на товары-заменители, в установлении разной торговой наценки, в зависимости скидок (в процентах) от объема закупки. Подобные решения основаны на отсутствии адекватной концепции эквивалентности и неэквивалентности предмета договора. Подход к определению эквивалентности, очевидно, нуждается в глубокой проработке и обсуждении. Совершенно недопустимо сводить эквивалентность к физической идентичности объекта поставки.

Организация хорошего экономического анализа не является бесплатной. Она требует значительных ресурсов, среди которых главным является ресурс времени. Сколь бы квалифицированной не была компания или экспертная группа, проводящая такой анализ, он должен занимать не менее месяца-полутора. Продолжительность работы резко возрастает, если анализ потребует сбора специализированной информации – например, организации выборочного обследования покупателей. Более того, именно квалифицированная экспертная группа не возьмется за подготовку заключения в течение двух недель. Вторым важнейшим ресурсом, необходимым для организации хорошего

анализа рынка, является сотрудничество трех сторон – компании-заказчика, юристов и экспертов-экономистов. Участие компании-заказчика в обсуждении концепции анализа, промежуточных и финальных результатов позволяет, во-первых, избежать ошибок при интерпретации отраслевых данных, во-вторых, более полно использовать информационные ресурсы, которыми располагает каждый участник рынка – однако вполне может и не располагать экспертная группа. Участие в подготовке экономических заключений юристов позволяет экономистам избежать неверных с точки зрения законодательства формулировок, а юристам – определить те результаты экономического анализа, на которые лучше всего может опираться правовая позиция. Третьим ключевым ресурсом выступает информация. Однако, представляется, что как раз проблемы сбора информации при подготовке экономических заключений обычно преувеличиваются. В большинстве случаев существует множество способов приобрести необходимую информацию – маркетинговые обзоры, базы данных, интервью с отраслевыми экспертами.

Подводя итог, профессиональное юридическое сообщество может и улучшить порядок использования уже разработанных приемов экономического анализа, и способствовать разработке новых методов.

РАЗМЫШЛЕНИЕ НАД ПРОЧИТАННЫМ

Для тех, кому небезразлично качество российской правоприменительной системы, исследование Майкла Бейи и Джошуа Райта даёт интересную информацию: американские судьи, которые обучались основам экономики, на треть реже сталкиваются с апелляцией и почти в три раза реже с отменой их решений, чем судьи без такой подготовки.

Экономисты Майкл Бейи и Джошуа Райт, в недавнем прошлом работавшие в Федеральной комиссии по торговле США на должностях, соответственно, директора Экономического бюро и советника по исследованиям главы ведомства, получили этот вывод, рассмотрев несколько факторов, способных влиять на частоту апелляций и отмен судебных решений по антимонопольным делам. Среди таких факторов — образование судей, предшествующий опыт антимонопольных разбирательств и наличие базовой экономической подготовки.

Оказалось, что опытные в антимонопольных делах судьи показывают себя ничем не лучше новичков. Возможно, что не даёт преимущества и наличие высшего образования и научной степени. Однако экономическая подготовка судьи имеет несомненное значение. Решения судей без подготовки оспариваются в 36% случаев, тогда как у судей с подготовкой этот показатель равен 23%. При этом, решения судей без подготовки отменяются в 24% случаев апелляции, а у получивших подготовку судей — только в 14% случаев.

В этой связи авторы заключают, что не стоит связывать надежду на повышение качества антимонопольных решений американских судов с ростом специализации судей и созданием особых антимонопольных трибуналов: практический опыт судьи в антимонопольных делах оказался плохой заменой экономической подготовке. Поэтому именно последняя должна стать ответом на проблему удручающего качества решений: только 24% экономистов-антимонопольщиков, которых опросила Американская ассоциация юристов, считает, что судьи «как правило» понимают экономическую суть дел, и 29% думают, что судьи делают

это «часто»¹, а согласно другому исследованию экономисты считают ошибочными не менее 40% антимонопольных решений судов².

Из исследования Майкла Бейи и Джошуа Райта также следует, что значение экономической подготовки судей ограничено лишь легкими делами. В сложных антимонопольных делах, где привлекаются серьезные экономические и статистические свидетельства, судьи с базовой подготовкой демонстрируют ничуть не лучшие показатели, чем судьи без подготовки. Можно сказать, что в плане экономического существа дела, решения по таким делам принимаются «вслепую»: базовая подготовка не поможет разрешить научный спор, тем более что по многим вопросам нет согласия и между признанными экспертами.

Если не предполагать, что в России дела обстоят лучше (а никаких свидетельств этому не видно), добросовестный судья, которому предстоит разрешить сложное дело, сталкивается с проблемой. Он должен оценить доказательства «по своему внутреннему убеждению», однако то же самое «внутреннее убеждение» должно ему подсказать, что он не может быть убежден в своих выводах. Такой судья попадает в положение человека, которому про себя известно, что он не может отличить красный от зеленого, и от которого требуют «по внутреннему убеждению» определить цвет шарика: о каком «убеждении» тут может идти речь?

Майкл Бейи и Джошуа Райт не дают решения этой проблемы, замечая лишь, что повышение качества правоприменения по сложным делам может потребовать «более резких институциональных перемен», чем только лишь рост экономической грамотности судей. Однако судья, дожидаящийся тех самых «институциональных перемен», может найти некоторые подсказки в других источниках.

Во-первых, для минимизации ошибок следует проводить предварительную оценку достоверности и относимости доказательств: в частности, удостовериться, что теории, на которые опираются стороны, надежны и прошли научную апробацию в реферируемых журналах, что предпосылки этих теорий применимы к рассматриваемым фактам и что эти теории относятся к широко преобладающим, а не являются предметом неразрешенного научного спора между основными школами в антимонопольном правоприменении – гарвардской, чикагской и пост-чикагской³. Эта оценка не возлагает на судью чрезмерного бремени: определить, что находится за пределами общепринятого в экономической теории, намного легче, чем выбрать наилучшее объяснение из в принципе приемлемых, и во многих случаях уже этой оценки может оказаться достаточно.

Разумеется, наряду с исключением из аргументации сторон противоречивых или не относящихся к делу теорий необходимо избегать и специфической российской опасности — принятия выводов без достаточного экономического обоснования. Российские экономисты С. Авдашева и А. Шаститко в недавнем исследовании⁴ показали, что даже обязательные для сотрудников ФАС стандарты доказывания, которые предусмотрены в принятом в 2006 г.

¹ Baker J.B. Morse M.H. Final Report of the American Bar Association Antitrust Division Economic Evidence Task Force. 2006. Доклад доступен по адресу: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/report_01_c_ii.authcheckdam.pdf

² Rubin P.H. What Do Economists Think About Antitrust?: A Random Walk down Pennsylvania Avenue // The Causes and Consequences of Antitrust. The Public Choice Perspective / F.S. McChesney, W.M. Shughart II (eds.) Chicago; L.: The University of Chicago Press, 1995).

³ Butler H.N. Xue Z. From Easterbrook to Daubert: Mimimizing Judicial Error in Antitrust Law. Presentation and National School of Development. 2009. Статья доступна по адресу: <http://en.nsd.edu.cn/en/userfiles/Other/2010-05/2010052017024261362281.pdf>

⁴ Авдашева С. Шаститко А. Экономический анализ в делах о нарушении закона «О защите конкуренции» // Вопросы экономики. 2011. № 2.

службой «Порядке проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» соблюдаются далеко не в полной мере, что было бы невозможно при более требовательной позиции судов. Не менее опасно и то, что многие арбитражные суды стали толковать появившееся в принятой в 2010 г. новой версии Порядка положение об отсутствии необходимости в ряде случаев «анализа состояния конкуренции» в смысле этого Порядка как свидетельство того, что нет необходимости в анализе рынка как таковом. Между тем, обоснование нарушения закона зачастую требует такого анализа, пусть и не обязательно совпадающего с предусмотренным Порядком¹.

Во-вторых, судья может полагаться на общую оценку вероятности событий². Если известно, что в коробке 90 из 100 шариков красные, то дальтонику следует на любой шарик из коробки говорить «красный», а не пытаться полагаться на свои глаза. В этом случае он правильно определит цвет в 90% случаев, а не только лишь в 50%³. По той же логике, учитывая, что для компаний с малой суммарной долей рынка сговор почти никогда не рационален и они почти никогда в него не вступают, судье при малой доле рыночной доле ответчиков по сложному делу будет более обоснованно предполагать отсутствие сговора между ними (если, конечно, он не убежден в том, что его знания в экономике помогут разобраться в конкретных обстоятельствах дела точнее, чем простая статистика).

Эти меры способны уменьшить число судебных ошибок и потому заслуживают серьезного рассмотрения. Однако образ судьи, которому известно, что он не в состоянии верно оценить доводы сторон, и который вынужден игнорировать конкретные обстоятельства дела, пользуясь общей статистикой, вызывает обоснованное смущение — судебный процесс в привычном нам виде оказывается выхолощенным. Это смущение в первую очередь должно одолевать законодателей, которые возлагают на судей непосильные для тех задачи.

В.Н.

¹ Описание такого анализа на примере дел о согласованных действиях, в отношении которых Порядок 2010 г. не является обязательным, можно найти в *Новиков В. Стал бы он оборачиваться? // Конкуренция и право. 2011. № 3.*

² *Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 5-6. Статья доступна по адресу: <http://www.inliberty.ru/library/study/Easterbrook/>*

³ Может показаться удивительным, но если количество шариков одного цвета заметно преобладает, этот подход может оказаться оптимальным не только для дальтоника. Представим, что некто в сумерках при определении цвета ошибается в 20% случаев. В таком случае он ошибочно «запишет» 18 из 90 красных шариков в зеленые, а 2 из 10 зеленых — в красные. Как результат, из 26 «обнаруженных» им зеленых шариков 18 — т.е. подавляющее большинство — на самом деле будут красными. В этой ситуации, сопоставляя данные о соотношении красных и зеленых шаров с предполагаемой надежностью своих глаз, рациональный человек должен прийти к убеждению, что даже если шарик *кажется* зеленым, то он все равно вероятнее всего является красным. (Подробнее см. *Salop S.C. Evaluating Uncertain Evidence With Sir Thomas Bayes: A Note For Teachers // Journal of Economic Perspectives. Vol. 1. № 1. 1987. P. 155-159. Статья доступна по адресу: <http://mres.gmu.edu/readings/BayesianArticles/Salop1987.pdf>*).

ИТОГИ И ПЕРСПЕКТИВЫ

СВЕТЛАНА АВДАШЕВА. НАТАЛЬЯ ДЗАГУРОВА. ПОЛИНА КРЮЧКОВА. ГЮЗЕЛЬ ЮСУПОВА. РАЗВИТИЕ И ПРИМЕНЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РОССИИ: ПО ПУТИ ДОСТИЖЕНИЙ И ЗАБЛУЖДЕНИЙ (ИЗВЛЕЧЕНИЕ)¹

В последние годы российское антимонопольное законодательство претерпело радикальные изменения. В 2006 г. был принят новый закон «О защите конкуренции». Резко повышены санкции за нарушения: в 2007 г. введены оборотные штрафы, а в 2009 г. — уголовная ответственность за ограничения конкуренции. Изменение законодательства, более активная деятельность Федеральной антимонопольной службы по его применению повысили роль антимонопольной политики с точки зрения ее воздействия на поведение хозяйствующих субъектов и места в системе государственного управления.

В то же время в сфере антимонопольного законодательства существует целый ряд серьезных проблем, связанных как с содержанием норм, так и с практикой их применения. Основными целями доклада являются оценка результативности российских антимонопольных законов и выработка рекомендаций по стратегии их совершенствования и применения.

Для адекватной оценки результатов необходимо определить объективные ограничения возможностей антимонопольной политики в России. Особенности российских рынков — высокие барьеры входа, консервативность отраслевой структуры, преобладание рынков с высокой концентрацией, тенденции повышения концентрации производства, второстепенность отечественного рынка для крупнейших национальных продавцов, активно конкурирующих на глобальном рынке, — объективно осложняют задачи развития конкуренции. На рынках, обладающих подобными характеристиками, выше стимулы участников к отказу от соперничества. Выше и возможности крупных компаний ограничивать конкуренцию в одностороннем порядке. Развитие конкуренции, кроме того, осложнено кризисом, точнее — программой антикризисных мер, опирающейся преимущественно не на системные, а на селективные механизмы, что возродило одну из ключевых проблем российской модели поддержки бизнеса — создание и закрепление неравных условий конкуренции. Большинство факторов, препятствующих развитию конкуренции в России, не может быть устранено с помощью даже идеального применения идеального антимонопольного законодательства. Требуются меры активной конкурентной политики, включая повышение защиты прав собственности, расширение экономической свободы, снятие инфраструктурных ограничений. Антимонопольная политика — лишь один из инструментов развития конкуренции, играющий чрезвычайно важную роль, но инструмент не единственный. Результативность антимонопольной политики в России ограничена еще и значительно более широким, чем в странах с развитой рыночной экономикой, набором сфер ответственности антимонопольного органа, что в условиях ограниченных ресурсов не всегда позволяет в полной мере сосредоточиться на действительно важных задачах.

Тем не менее российскому антимонопольному органу в последние годы удалось решить несколько принципиальных задач. К несомненным успехам следует отнести ужесточение санкций за нарушения и снижение пороговых значений для согласования сделок экономической концентрации. Введение с 2007 г. системы оборотных штрафов сделало последствия ограничения конкуренции чувствительными для продавцов. Введение

¹ Авдашева С. и др. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений. М.: Изд. дом Высшей школы экономики. 2011. Настоящее извлечение воспроизводит раздел «Краткое содержание доклада».

программы освобождения от ответственности создает стимулы к отказу от нарушения для тех, кто в него уже вовлечен. Российский антимонопольный орган получил достаточно весомые инструменты для наказания, а, следовательно, и для предотвращения ограничений конкуренции.

Однако эффект от использования этих инструментов напрямую зависит от описания нелегальной практики и используемых в деятельности ФАС и в решениях судебных органов стандартов доказательств. При высоких санкциях значительно возрастают издержки ошибок для несправедливо обвиненных.

В то же время последние изменения системы санкций (2009–2010 гг.) предусматривают в определенном смысле «откат» и снижение масштабов наказания виновных. До известной степени это оправданно, поскольку позволяет предотвратить массовое использование антимонопольных санкций против продавцов, фактически не ограничивающих конкуренцию. Вместе с тем ослабление санкций снижает и угрозы для потенциальных нарушителей, а соответственно, стимулы воздерживаться от нарушений законодательства. Представляется малоэффективным снижение штрафов на отдельных рынках (ограничение штрафов за нарушение ст. 13 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (Закон о торговле) — 1 млн руб. или даже 5 млн руб.) и предложенное в рамках «третьего антимонопольного пакета» ограничение той же суммой штрафов за «нанесение ущерба». Не очень понятно, зачем вообще преследовать малозначимые нарушения и налагать на их инициаторов малочувствительные санкции. Возникает и более глобальный вопрос: о необходимости защиты в рамках антимонопольного законодательства не конкуренции, а контрагентов.

Радикальное сокращение масштабов и методов предварительного контроля слияний следует признать несомненным достижением ФАС. Новации законодательства — вывод ряда типов сделок из-под предварительного контроля и увеличение пороговых значений сделок, подлежащих согласованию, — позволили более чем вчетверо (с более чем 20 тыс. до 5 тыс. сделок в год) снизить масштабы предварительного контроля и тем самым издержки выполнения административной процедуры для самого антимонопольного органа и для бизнеса. Эти изменения позволили сконцентрировать усилия ФАС на сделках, действительно способных оказать отрицательное воздействие на конкуренцию. Единственной проблемой, не позволяющей безоговорочно поддержать новую модель предварительного контроля, является содержание предписаний, выдаваемых участникам рынка. Заметное место в составе поведенческих предписаний занимает ограничение темпа роста цен. Предписания о предельном уровне повышения цен выдаются в том числе и продавцам на рынках, где оправданность подобных предписаний сомнительна (например, на рынках, где единственным покупателем является государство, или на рынках с достаточно развитой конкуренцией). Выдача предписаний, содержащих ограничения на повышение цен, создает опасность дрейфа антимонопольной политики в сторону тарифного регулирования, со всеми присущими ему недостатками. Этот инструмент может привести к ограничению конкуренции на целевых рынках участников слияний, поскольку информация о рекомендуемых темпах повышения цен координирует всех продавцов (а не только участников конкретных рынков), «подсказывая» им, на какую величину они могут вполне безопасно повышать цены.

Достижением применения антимонопольного законодательства может служить развитие стандартов квалификации доминирующего положения (за исключением коллективного доминирования). В 2006 г. в ФАС был разработан Порядок проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках, утвержденный Приказом ФАС от 25 апреля 2006 г. № 108. Как методический документ, основа для формирования стандартов экономической аргументации Порядок 2006 г. заслуживал всяческой поддержки. Авторам документа

удалось достичь редкой комбинации: одновременно продемонстрировать связь между компонентами анализа рынка и применением антимонопольного законодательства и предложить альтернативные решения ряда методических проблем. Порядок способствовал повышению качества экономической аргументации в делах по нарушениям антимонопольного законодательства как со стороны ФАС, так и со стороны обвиняемых в нелегальной практике.

Но позитивные тенденции развития российского антимонопольного законодательства, к сожалению, сопровождались и негативными. Серьезными проблемами развития российского антимонопольного законодательства в 2006–2010 гг. стали, с одной стороны, растущие риски совершения ошибок I рода (признание незаконной той практики, которая реально не ограничивает конкуренцию), а с другой — ползучая тенденция к использованию антимонопольного законодательства не по назначению: для решения политических (а часто и популистских) задач, защиты интересов отдельных групп экономических агентов, а не конкуренции.

Риск ошибок I рода связан, прежде всего, с нормами, определяющими понятия коллективного доминирования и согласованных действий.

В условиях объективной сложности доказывания явного сговора о ценах или разделе рынка вместо прямых улик широко используются «квазидоказательства».

Доктрина коллективного доминирования основана на осознании того факта, что структура рынка воздействует на стимулы к молчаливому сговору. Однако из того, что при определенных условиях молчаливый сговор между продавцами может поддерживаться, выводится презумпция, что поведение крупных продавцов на данном рынке, отклоняющееся от эталона результата конкуренции, должно рассматриваться именно как результат молчаливого сговора. При этом сам факт координации или молчаливого сговора не нуждается в специальном доказательстве. Соответственно обеспечивается снижение издержек доказательства ограничения конкуренции для антимонопольного органа, и, напротив, резко возрастает вероятность признания нелегальной практикой действий участников рынка, которые и не собирались ограничивать конкуренцию.

Риски доктрины коллективного доминирования ярко проявились в делах против «большой четверки» вертикально интегрированных нефтяных компаний, на которые в результате этих дел были наложены огромные по российским меркам оборотные штрафы. Данные дела могут служить ярким примером снижения стандартов доказательств до неприемлемо низкого уровня, что может быть объяснено исключительно политической мотивированностью дел.

Принятое в российском законодательстве определение согласованных действий также позволяет уйти от доказательства прямого сговора и создает возможность вынесения решений по делу почти без доказательной базы. Причем проблемы законодательного определения согласованных действий еще более обострились в связи с решениями Высшего Арбитражного Суда. В частности, ВАС РФ встал на позицию, что вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно что о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. О согласованности действий, в числе прочего, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Такая интерпретация дает изрядную свободу в определении согласованных действий через их объективированный результат, путем

анализа состояния конкуренции на рынке. Кроме того, для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом. Данная трактовка позволяет квалифицировать как согласованные действия поведение в ситуации «ценового лидерства» (хотя сама по себе модель ценового лидерства не является взаимовыгодной, но предполагает «синхронное» повышение цен) и, шире, вообще любые однонаправленные действия хозяйствующих субъектов вне зависимости от их рыночной доли и общего состояния конкуренции на рынке. Оценка «объективированного результата» не дает гарантии того, что одинаковое поведение контрагентов не было вызвано единой общей причиной. И такой подход все шире применяется судами.

Обсуждаемый в настоящее время (зима 2010/11 г.) «третий антимонопольный пакет» предполагает в том числе уточнение понятия согласованных действий: в определении будут добавлены квалифицирующие критерии, по которым можно будет отличить просто параллельные действия на рынке, вызванные общими для всех условиями, от согласованных действий.

Помимо этого участники согласованных действий освобождаются от уголовной ответственности. Как путь снижения числа ошибок и снижения их издержек для несправедливо обвиненных такие предложения нельзя не приветствовать. Однако эти изменения не решают основную проблему антимонопольной политики в России — неспособность привлечь прямые улики сговора о ценах.

Условием результативности антимонопольной политики является правильное применение этого инструмента. Его использование для целей, непосредственно не связанных с развитием и поддержанием конкуренции, приводит к снижению эффективности антимонопольной политики в тех областях, где она может быть успешной даже в непростых российских условиях. В последние годы антимонопольное законодательство все чаще начинает применяться как инструмент защиты одних групп экономических агентов в ущерб интересам других. Это проявляется, в частности, в нормах, регламентирующих допустимость или недопустимость тех или иных видов вертикальных соглашений. При этом достаточно взвешенная позиция закона «О защите конкуренции» в части определения допустимости вертикальных соглашений фактически разрушается другими документами. Принятое в 2009 г. постановление Правительства РФ № 583 запрещает все ценовые ограничения (в том числе и вполне безобидные «рекомендуемые цены»), а также некоторые виды неценовых условий, объявляя, в свою очередь, допустимыми «исключительные территории» (запрещенные, например, в Европейском союзе). Понять логику этого постановления мы не в состоянии. Еще более странными выглядят ст. 9 и 13 Закона о торговле, вводящие ряд запретов в отношениях между поставщиками продовольственных товаров и ритейлерами. Даже брошенный мельком взгляд на содержание статей позволяет понять, что цели большинства вводимых норм никак не связаны с развитием конкуренции. Запрет на возврат непроданных товаров поставщику, на требование информации об условиях договора с другими контрагентами, на требование унификации условий договора с разными контрагентами и многие другие не способны защитить конкуренцию. Более того, применение запретов способствует конкуренции. Например, требование недискриминационности условий договоров приводит к тому, что ритейлер не имеет права компенсировать различие конкурентных преимуществ поставщиков различием условий договоров с ними. В такой ситуации ему проще отказаться от заключения договоров с новыми контрагентами, которым он по логике этой статьи должен предложить те же условия, что и проверенным надежным партнерам. Тем самым ст. 9 и 13 закона становятся не способом поддержки всей группы поставщиков, а способом поддержки укоренившихся поставщиков в их конкурентной борьбе с новичками.

Перекося в сторону «защиты конкурента» в противовес защите конкуренции проявляется и в положении о том, что для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц (этот момент подчеркнут решением Пленума ВАС РФ). Таким образом создается едва ли не презумпция нелегальности любой цены, назначаемой доминирующим участником рынка, которая противоречит интересам его контрагента. Тем более противоречащим закону становится различие в ценах, назначаемых разным контрагентам (поскольку, естественно, интересы того, кто платит больше, ущемляются). И данный подход был также использован в делах против «большой четверки»: совершенно игнорировались аргументы о том, что поставки разным покупателям в зависимости от объема, срока, периодичности, от длительности взаимоотношений влекут за собой разные не только транзакционные, но даже и трансформационные издержки (например, на логистику). Практически создается следующий стандарт легального поведения: продавай всем по одинаковой цене, а если тебе это кажется невыгодным — вообще не продавай за пределами компании. Нетрудно заметить, что объективно запрет на дискриминацию повышает для вертикально интегрированных компаний привлекательность внутрифирменных транзакций и снижает стимулы для продаж независимым покупателям.

Тревожная тенденция «ползучего регуляционизма» связана также с законодательным определением и практикой квалификации цен как монопольно высоких. Закон «О защите конкуренции» ввел два равноправных критерия монопольно высокой цены: превышение цены над ценой сопоставимого, но конкурентного рынка и превышение цены над экономически обоснованными издержками и прибылью. Однако второй подход на практике стал доминирующим. Разъяснение ВАС РФ 2008 г. позволило, если анализ не обнаруживает сопоставимых рынков, применять для квалификации монопольно высокой цены только превышение цены над суммой экономически обоснованных издержек и прибыли. Преобладание бухгалтерского подхода, свойственного регулируемым отраслям, к 109 экспертизе цены закрепляется сверхвысокими требованиями к квалификации рынка как сопоставимого. В результате мы получаем те же проблемы, которые характерны для тарифного регулирования: непонятные критерии определения «экономической обоснованности» затрат и прибыли и стимулы для компаний раздувать бухгалтерские издержки. Уточнение нормы о монопольно высокой цене в рамках «второго антимонопольного пакета» — введение «квазидинамического» определения — только усилило тенденцию к регуляционизму. В новой редакции предусмотрены два пути установления монопольно высокой цены: повышение цены в том случае, если есть возможность ее не повышать, и отказ от снижения, если оно возможно. Опираясь на принцип необходимого соответствия повышения цены росту издержек — значит то же самое, что вводить тарифное регулирование.

При этом обсуждение принципов квалификации монопольно высокой цены заслоняет гораздо более важный вопрос — о целесообразности широкого применения обвинения в этой практике. Само по себе назначение высокой цены даже доминирующим продавцом в принципе не означает ограничения конкуренции. Если мы говорим о товаре, который

поставляется не только доминирующим продавцом, но и конкурентами, назначение сколь угодно высокой цены скорее будет стимулом для конкурентов расширять производство, а для потенциальных соперников — входить на рынок. Как инструмент ограничения конкуренции высокую цену имеет смысл рассматривать в единственном случае — в случае цены на услуги так называемых ключевых мощностей в регулируемых отраслях, когда конкурентов нет и в среднесрочной перспективе не будет, а для способности конкурировать на смежном рынке использование ключевой мощности принципиально. На остальных

рынках предотвращение назначения монополю высокой цены может иметь весьма неожиданные результаты, в том числе снижение стимулов входа, т.е. ограничение конкуренции.

Суммируя вышесказанное, можно сделать вывод, что результаты применения антимонопольного законодательства в России с точки зрения достижения его прямой цели — способствования развитию конкуренции, мягко говоря, неоднозначны. Для выработки конкретных рекомендаций по совершенствованию законодательства необходимо сначала сделать выбор между двумя принципиально разными стратегиями: либо антимонопольной политике возвращается положенное ей место как политике, нацеленной на защиту конкуренции (с разумным разграничением между легальными и нелегальными действиями в законодательстве и с разумными стандартами доказательств), либо антимонопольная политика продолжает применяться как инструмент достижения текущих политических и популистских целей. Во втором случае антитраст фактически замещается регулированием, со всеми его дополнительными возможностями и недостатками. И антимонопольное законодательство перестает быть инструментом поддержки конкуренции, сохраняя свое название, но не суть.

Если же речь идет все-таки о возврате к антимонопольной политике как таковой, то в первую очередь следует предоставить антимонопольным органам и судам независимость. Оба участника системы правоприменения — и антимонопольные органы, и суды — показали, что, находясь вне политического давления, они способны на разумные, взвешенные и эффективные решения.

Чтобы вернуться на этот путь, по нашему мнению, необходимо следующее.

1. Прекратить неконтролируемое изменение закона «О защите конкуренции». В нем достаточно норм для того, чтобы осуществлять разумную конкурентную политику (как показывают действия антимонопольных органов в те периоды, когда они не находятся под политическим давлением). В нем есть и явно лишние для решения поставленной задачи нормы, но даже в этом случае правильнее менять не закон, а модель его применения.
2. Решительно прекратить создавать отраслевые антимонопольные нормы, подобные содержащимся в Законе о торговле. Недопустимо оправдывать правила, перераспределяющие выигрыши в пользу одной из групп участников рынка, целями защиты конкуренции.
3. Признать, наконец, что целью применения антимонопольного законодательства не должна быть защита отдельных групп участников рынков. Антимонопольные запреты должны быть нацелены против исключаяющих практик, а не против так называемого ущерба. Это автоматически означает смену приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием (снижение числа дел, возбуждаемых по факту монополю высокой цены) и о вертикальных соглашениях (снижение числа дел по факту нанесения ущерба в рамках добровольно заключенных договоров за пределами отраслей естественных монополий). «Нанесение ущерба» вне связи с ограничением конкуренции вообще не следует рассматривать как нарушение антимонопольного законодательства. Такой шаг, возможно, привел бы к снижению популистских возможностей ФАС и его популярности, но резко повысил бы обоснованность его действий.
4. В том случае, если антимонопольным органам не предоставляются широкие права на осуществление оперативно-розыскных действий (мы в целом согласны, что такое решение было бы сопряжено со слишком высокими рисками, а риски от сотрудничества ФАС с МВД выглядят еще выше), нельзя требовать от ФАС суперэффективной борьбы с тайными соглашениями. И самое главное — не побуждать ФАС преследовать участников рынка за

недоказанные картельные соглашения (согласованные действия и злоупотребление доминирующим положением в форме монопольно высокой цены).

5. Необходимо остановить колебания маятника размера санкций. Вилка оборотных штрафов позволяет наказывать компании за ограничения конкуренции. Фиксированные же штрафы за ущерб вообще не должны применяться, поскольку масштабы преследования за нанесение ущерба должны быть максимально сокращены. Перечень конкретных действий, которые целесообразно было бы предпринять для совершенствования российского антимонопольного законодательства именно как инструмента конкурентной политики, можно продолжить. Но повторим еще раз: все рекомендации бесполезны, пока не решен вопрос о соотношении защиты конкуренции и регулирования в деятельности российских антимонопольных органов.