

ИННОВАЦИИ И ПРЕДЕЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ

Джеффри А. МАНН

Международный центр права и экономики,
Школа права Льюиса и Кларка

Джошуа Д. РАЙТ

Школа права и кафедра экономики
Университета Джорджа Мейсона,
Международный центр права и экономики

Оіковочіа • Політика

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΡΟΛΙΤΙΚΑ

6. Деловые инновации

Видимо, представление о выгодах, которые способны обеспечить инновации с точки зрения экономического роста и благосостояния потребителей, распространилось уже достаточно широко, а с ним и — пусть минимальное — 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 относительно издержек от ошибок, должны учитываться и оптимальными нормами, касающимися новшеств в части ведения дел. Как уже говорилось, соображения по поводу деловых и контрактных инноваций стали центральной темой исследования Истербрука; данный выбор был абсолютно логичен. Основной урок новой институциональной экономики (раздела экономики, ныне ассоциируемого с именами как минимум трех нобелевских лауреатов: Фогеля, Коуза и Уильямсона) заключается в том, что новшества в договорных отношениях и изменения организационных форм, так же как и нововведения в части продукции, способны обеспечивать значительный выигрыш в эффективности. К сожалению, антимонопольное законодательство плохо учитывает этот опыт при разработке норм ответственности, несмотря на то, что к нововведениям в части продукции и ведения дел применимы сходные соображения в части издержек от ошибок.

Manne G., Wright J. Innovation and the Limits of Antitrust // George Mason Law & Economics Research Paper. 2009. No 09–54.

Окончание. Начало см. в № 6, 2010.

На самом деле, центральную роль в истории взаимоотношений антимонопольной политики и новшеств в ведении дел 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 речь идет о новых деловых практиках или договорных новшествах, на деле ответственность предшествует анализу, осуждение — экономическому пониманию, и обычно это влечет за собой ошибку первого рода. В табл. представлена не претендующая на полноту выборка дел, которые, как нам кажется, подпадают под такое описание и являются типичными для судебного антимонопольного правопринуждения, касающегося инноваций. Каждое дело относится к новой деловой практике или к договорной инновации, в связи с которыми 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 стоящие за таким делом антиконкурентные объяснения.

Данная таксономия несовершенна, и наверняка имеют место неразрывно связанные с продуктовыми инновациями деловые решения, так что отделить одни от других трудно. Дело, однако, заключается в том, чтобы показать, что инновации не ограничены новой продукцией и техническими достиже-

Т а б л и ц а

Судебные дела о деловых инновациях

Дело	Инновация	Спорная антиконкурентная теория	Ответственность	Конкурентное объяснение
Vons Grocery	Супермаркеты	«Нарушение в зародыше»; связь между концентрацией и ценой	Да	Концентрация рынка явилась результатом повышения эффективности
Broadcast Music	Биржа авторских и смежных прав	Сговор	Нет	Биржа прав стала решением проблемы транзакционных издержек
Paramount; Lowes	«Продажа кинофильмов в нагрузку»	Злоупотребление монополией	Да	Ценовая дискриминация; минимизация издержек информирования/транзакционных издержек (предотвращает дорогостоящий «чрезмерный поиск»)
Dr. Miles	Фиксация цен перепродажи	Сговор	Да	Совмещает стимулы производителя и торговца в рекламе товара и предотвращает «безбилетничество»
FTC v. McCormick	Плата за полку	Исключение конкурентов	Да	Совмещает стимулы производителя и торговца в рекламе товара
Chicken Delight	Связывающая франшиза	Злоупотребление монополией	Да	Конкуренция ex ante исключает монополию; совмещает стимулы франшизодателя и франшизополучателя; контроль качества
Albrecht; White Motor Co.	Эксклюзивные территории	Разделение рынков	Да	Совмещает стимулы производителя и торговца

ниями. Нарастание вероятности и издержек ошибок наблюдается не только в случаях, связанных с сетевыми эффектами и интеллектуальной собственностью; проблема, которую мы обсудили, присутствует в огромном количестве 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 за собой конкурентные преимущества и до сих пор как следует не поняты, связаны с неопределенностью, стремлением к ренте и с репрессалиями. Деловые инновации представляют собой интересный случай для экономического анализа (на самом деле, даже более интересный, чем инновационная продукция) и, таким образом, подвержены той системной пристрастности при проведении анализа, которую мы обсуждали. Подобные новшества также весьма ценны, в том числе ввиду возможности их прямого распространения в значительно более широком спектре отраслей хозяйства, чем распространение новой продукции. Как и инновационная продукция, деловые новшества могут оказывать широкое, энергичное 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 применения антимонопольного законодательства. Еще чаще такие нововведения становились мишенью жестких антимонопольных преследований, но мы не включаем их в список, поскольку ко времени, когда их оспаривали, они уже не были новшествами¹.

До обсуждения дел из табл. 3 в качестве иллюстрации сто́ит отметить, что в статье Истербрука прогнозируется данная общая оценка; фактически, статья по большей части посвящена деловым решениям, а не характеристикам продукции и отношению к ним со стороны антимонопольного законодательства:

С незнанием можно было бы смириться, но вот только у каждой успешной конкурентной практики могут оказаться и жертвы. Чем более успешен новый метод производства или сбыта товаров, тем больше жертв и тем сильнее они пострадают. Йозеф Шумпетер назвал конкуренцию «вихрем созидательного разрушения». Это нескончаемый процесс «прореживания» нерасторопных и неэффективных предпринимателей. 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 сделать «работу над ошибками»).

Жертвы вихря созидательного разрушения появляются раньше, чем экономические теории и доказательства его эффективности².

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.

² Easterbrook F. H. The Limits of Antitrust // Texas Law. Review. 1984. Vol. 63. P. 5 (рус. пер.: Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 5. С. 5).

Со времени появления статьи Истербрука наступила эпоха «новой экономики», и проблема ошибок в условиях инноваций (проблема динамической эффективности) правомерно требует особенно пристального анализа издержек ошибок на основе подхода 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 продукции³. Рассмотрим два примера.

Vons Grocery. В деле *Vons Grocery* (далее — *Vons*) представлена ясная картина проблемы издержек ошибок при осуществлении 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—1963 годы 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 за собой 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. В действительности, 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»⁴) утверждала, что слияние повлечет за собой сговор и повышение цен, 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 обусловил бы повышение эффективности и снижение цен, выбивающее малые фирмы из отрасли, и в то же время 2) принимала экономическую логику, согласно которой высокая концентрация, в особенности имеющая тенденцию к росту, с необходимостью влечет за собой 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 1960-х годов

³ 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.

⁴ From Von's to Schwinn to the Chicago School: Interview with Judge Richard Posner, Seventh Circuit Court of Appeals // *Antitrust*. 1992. No 4—5. См. также: *Posner R.A.* *Antitrust Law*. 2^d ed. 2001. P. 127 («Фатальной ошибкой со стороны правительства было игнорировать возможность легкого и быстрого вхождения в отрасль розничной торговли продуктами питания»). См. также: *Wright J.D.* *Von's Grocery and the Concentration-Price Relationship in Grocery Retail* // *UCLA Law Review*. 2001. Vol. 48. P. 743 (содержащую эмпирические свидетельства о том, что эта отрасль, рассматриваемая в деле *Vons*, была в высокой степени конкурентной и что даже на современном уровне концентрации нет положительной корреляции между концентрацией рынка и ценой).

экономический анализ того времени рассматривал проблему рыночной концентрации и олигополистического сговора как «принципиальный недостаток существующего антимонопольного законодательства»⁵. Ученые требовали от Конгресса США 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 формах⁶. У. Ковачич и К. Шапиро описали эпоху, породившую хорошо известные и повсеместно критикуемые решения по делам, подобным *Vons, Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*⁷, *United States v. Pabst Brewing Co.*⁸ и *Brown Shoe Co. v. United States*⁹, как характеризующую «значительную согласованность судебных решений с экономическими воззрениями»¹⁰.

Не то чтобы экономических ошибок и противоречий в анализе, проводимом судами, тогда никто не замечал. В особом мнении судья Стюарт утверждал, что «даже самый тщательный анализ данных с очевидностью показывает ошибочность умозаключения суда о том, что конкуренция неизбежно уменьшается при уменьшении количества конкурентов»¹¹. Связь антимонопольных ошибок и инноваций также не укрылась от внимания судьи Стюарта, 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»¹².

Сегодня, спустя более сорока лет после дела *Vons*, в анализе слияний возгоржествовала идея о том, что, независимо от того, привлекается ли теория односторонних эффектов или координированных эффектов, ключевым в деле слияния является вопрос о том, способно ли сокращение количества независимых конкурентов в конкретном случае привести к изменению стимулов 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, существенно изменился. Профессор Мюрис описал эти изменения в контексте возможного расследования Федеральной комиссии по торговле в автомобилестроении, подчеркивая разительные перемены, произошедшие в экономике за десятилетие, последовавшее за делом *Vons*:

В августе 1976 года Комиссия начала официальное расследование в автомобилестроении. Решение начать это 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 общеиз-

⁵ *Kaysen C., Turner D. Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis. 1959. P. 110.*

⁶ *White House Task Force Report on Antitrust Policy // Antitrust Law & Economic Review. Vol. 2. 1968—1969. P. 11, 14—15, 65—76.*

⁷ 386 U.S. 568. 1967.

⁸ 384 U.S. 546. 1966.

⁹ 370 U.S. 294. 1962.

¹⁰ *Kovacic W. E., Shapiro C. Antitrust Policy: A Century of Legal and Economic Thinking // Journal of Economic Perspectives. 2000. Vol. 14. P. 43, 52. См. также: Kovacic W. E. The Influence of Economics on Antitrust Law // Journal of Economic Inquiries. 1992. Vol. 30. P. 294, 295—296 (описываются черты американской политики в области конкуренции, предоставляющие экономистам важнейшую роль при конструировании антимонопольных норм).*

¹¹ *United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270, 281 (1966) (особое мнение Дж. Стюарта).*

¹² *Ibid. P. 278—288.*

вестные свидетельства, оправдывающие фундаментальную перестройку данной отрасли в США. Эти сотрудники предлагали горизонтально и вертикально расчленить лидера отрасли (*General Motors*) и указывали, что второй и третий участники американской «Большой тройки» (*Chrysler u Ford*) также могут быть достойными кандидатами на разделение.

Принципиально важным аналитическим основанием данного критического обзора послужила простая доктрина о концентрации рынка — убежденность в том, что концентрация и экономические показатели тесно связаны обратной корреляцией. Если бы на дворе стоял 1966 год, решение Комиссии согласиться с данным убеждением было бы более понятно. В 1966 году 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. Спусти десять лет, однако, у ФКТ были серьезные причины сомневаться в справедливости простой гипотезы о концентрации или в презумпции неуязвимости американских производителей. К 1976 году научный консенсус, осуждающий концентрацию рынков, был нарушен. Как более подробно показано ниже, сдвиги в экономической теории и, что более важно, эмпирические исследования подорвали простую гипотезу о концентрации¹³.

Возможно, наиболее существенный вклад в исследования, подрывающие гипотезу о простой концентрации, стоящую за парадигмой «структура—поведение—результат» (СПР) и часто связываемую с именем Джо Бейна, внес экономист из Университета Калифорнии в Лос-Анджелесе Гарольд Демсец, представивший альтернативное объяснение эффективности для наблюдаемой связи между концентрацией и ценами¹⁴. Конкретно Демсец утверждал, что наблюдаемая связь между концентрацией и прибылью, вероятнее всего, объясняется большей эффективностью, а не сговором¹⁵.

Нововведением, связанным с делом *Vons* и, несомненно, ставшим возможным в том числе 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 почти исключительно антиконкурентными по природе. Разумеется, рассматриваемое деловое нововведение ставило суд перед выбором, прямо противоречащим одной из излюбленных концепций антимонопольной юриспруденции того времени: чем больше фирма, тем хуже. Вооруженный этими антиконкурентными объяснениями или по крайней мере знающий 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».

¹³ *Muris T.J.* Improving the Economic Foundations of Competition Policy // *George Mason Law Review*. 2003. Vol. 12. P. 1.

¹⁴ *Demsetz H.* Two Systems of Belief about Monopoly // *Industrial Concentration: The New Learning* / H.J. Goldschmid et al. (eds.). 1974. P. 164. См. также: *Brozen W.* Concentration, Mergers and Public Policy. 1982.

¹⁵ Обсуждение данных исследований см. в: *Wright J.D.* Von's Grocery... P. 755—762.

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 за собой ревизию доктрины о горизонтальных слияниях, «Руководство по горизонтальным слияниям» стало прогрессом 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, такими как по делу *FTC v. Staples*, знаменовавшему собой «наступление эпохи» экономического анализа слияний¹⁶. 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 предполагаем, что потока новых деловых инноваций будет достаточно для подкрепления данного пристрастия к ошибочным суждениям в течение неопределенного времени. Третья: на каждую область материального антимонопольного законодательства, совершенствующуюся по мере повышения 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 подводит нас к «сage» о деле *Dr. Miles* и антимонопольном анализе фиксации минимальной цены перепродажи (ФЦП). *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 лекарства¹⁷. Хотя датировать введение ФЦП в практику сбыта трудно, существуют по крайней мере некоторые свидетельства того, что она появилась в США на рубеже [XIX и XX] веков и что в деле *Dr. Miles* Суду представился первый случай ее рассмотреть¹⁸. Несмотря на всю непривычность рассматривать ФЦП в качестве деловой инновации, Суд начал свой анализ с утверждения того, что «очевидно, что такие соглашения ограничивают торговлю»¹⁹.

Очевидное для Суда объяснение заключалось в том, что ФЦП работает как картель торговцев. Суд представил следующее объяснение:

В иске отмечается важность единой розничной цены и утверждается, что торговля по ценам ниже установленных повлечет за собой неразбериху и ущерб. Но преимущества установленных розничных цен в основном касаются торговцев. Дополнительная прибыль, возникающая вследствие поддержания цен, пойдет

¹⁶ *Posner R. A. Antitrust Law. P. 127, 158.*

¹⁷ 220 U.S. 373. 1911.

¹⁸ См.: *Breit W. Resale Price Maintenance: What Do Economists Know and When Did They Know It? // Journal of Institutional & Theoretical Economics. 1991. Vol. 147* (с утверждением, что «Принципы экономики» Альфреда Маршалла были первым товаром, распространяемым в США по схеме «цифрового управления правами»).

¹⁹ 220 U.S. 373. P. 400.

им, а не истцу. Невозможностью для 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 принадлежит²⁰.

Как теперь совершенно понятно, Суд ошибся в экономическом анализе назначения соглашений о ФЦП. Как отмечает 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 конкурентных²¹. 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 значительно лучшее понимание вертикальных ограничений, таких как ФЦП²². 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.*²³ 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 подхода²⁴. Большинство поддержало мнение, сформулированное судьей Кеннеди, придя 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 сначала 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 группы экономистов из Федеральной комиссии по торговле и Министерства юстиции, аннотирует 24 статьи, опубликованные в 1984—2005 годы и содержащие

²⁰ 220 U.S. 373. P. 407—408.

²¹ Posner R.A. Antitrust Law. P. 177.

²² Данное обсуждение поддержания цены перепродажи исходит из: *Wright J.D. Overshot the mark?*...

²³ 551 U.S. 877. 2007.

²⁴ 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 // Maryland Law Review. 2009. Vol. 50. P. 1937.*

эмпирические свидетельства о последствиях вертикальной организации и вертикальных ограничений²⁵. Второй, принадлежащий Франсин Лафонтен и Маргарет Слейд, рассматривает 23 статьи (их список пересекается с аннотированным в первом)²⁶. В обоих обзорах делается попытка синтезировать имеющиеся эмпирические свидетельства и оба приходят к поразительно схожим заключениям. Экономисты ФКТ и Министерства юстиции замечают, что «эмпирический анализ вертикальной интеграции и контроля не обнаруживает убедительных свидетельств того, что названные практики повредили конкуренции, а многочисленные исследования показывают обратное»²⁷, и что, хотя «некоторые исследования содержат свидетельства, согласные как с конкурентным, так и с антиконкурентным объяснением»²⁸, «практически ни одно исследование не заявляет об обнаруженных примерах того, как методы вертикальной [интеграции и ограничений], вероятно, повредили конкуренции»²⁹.

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 другу³⁰.

Данные выводы находят дополнительную поддержку в более позднем анализе литературы по вертикальным ограничениям. О'Брайен отмечает, что три недавние работы содержат дополнительные свидетельства того, что ФЦП способствует конкуренции, и заключает, как и авторы других обзоров, что, «за немногими исключениями, исследования не поддерживают взглядов, согласно которым данные практики применяются в антиконкурентных целях»³¹.

В части теории экономисты за минувшее столетие изменили свое отношение к 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»³². Принимая в расчет, что Суд в конце концов оправдал ФЦП и отменил норму, установленную в деле *Dr. Miles*, в пользу правила взвешенного подхода, не понятно, почему мы до сих пор говорим, что антимонопольный анализ ФЦП — скандал, а не пример победы экономической науки, одержанной со временем?

²⁵ Cooper J.C., Froeb L.M., O'Brien D., Vita M.G. Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference // International Journal of industrial organization. 2005. Vol. 23. P. 639.

²⁶ Lafontaine F., Slade M. Empirical Assessment of Exclusive Contracts // Handbook of Antitrust Economics / P. Buccirossi (ed.). 2008.

²⁷ Cooper Fr., O'Brien V. Op. cit. P. 658.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Lafontaine S. Op. cit.

³¹ 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. www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros& Cons/rap_pros_and_cons_vertical_restraints.pdf.

³² 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.

Одна из причин этого — сумевшее собрать четыре голоса особое мнение, которое заключается в признании недостаточным широко распространившегося консенсуса относительно того, что ФЦП «не всегда и не почти всегда антиконкурентна» в качестве изменения экономического учения для отмены нормы дела *Dr. Miles*. Несмотря на прогресс экономической науки, продемонстрированный в экспертном заключении, судья Брейер в представленном особом мнении обращает внимание на путаницу с возможными выигрышами в эффективности от применения ФЦП в отсутствие «безбилетников»:

Я не понимаю, как в отсутствие «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 специалистом³³.

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 статья Б. Кляйна и К. Мёрфи об экономике вертикальных ограничений, в которой за 20 лет до этого был дан надлежащий ответ на этот вопрос³⁴. 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 типа ФЦП с подозрением. Без сомнения, позиция Верховного суда по отношению к вертикальным ограничениям сдерживала действенные методы сбыта в течение без малого века. Еще один урок, который следует извлечь из дела *Dr. Miles*, заключается в том, что даже радикальных изменений в экономическом знании (а трудно найти столь же единогласный консенсус, как в случае с ФЦП, в отношении практики вертикальных ограничений вообще) может быть недостаточно для того, чтобы преодолеть пристрастность и тенденциозность, которые суды и органы исполнительной власти традиционно демонстрируют по отношению к деловым инновациям.

7. 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

³³ *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

³⁴ *Klein B., Murphy K.M. Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms // J. l. & econ.* 31. 1988. P. 265. См. также: *Klein B., Wright J. D. The economics of slotting contracts // Journal of Law & Economics.* 2007. Vol. 50. P. 473.

антимонопольным вмешательством — с другой. Мы утверждаем, что данный перекос в сторону ошибочных осуждений проистекает от институциональных факторов, присутствующих в антимонопольном законодательстве, судебной практике и экономике как профессии. Эта давняя пристрастность, укоренившаяся в антимонопольных институтах, приводит к более высокой вероятности ошибочного вмешательства при наличии 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 значимость выработки антимонопольными институтами некоторого механизма борьбы с исторически сложившейся системной предубежденностью по отношению к инновационным деловым практикам. 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 ограничению³⁵. Подобные выражения встречаются в материалах дел *Maricopa*³⁶, *Broadcast Music, Inc.*³⁷, *Topco*³⁸ и *NCAA*³⁹. 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

³⁵ *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»).

³⁶ *Arizona v. Maricopa County Med. Soc.*, 457 U.S. 332, 351 n. 19 (1982) (цитируется дело *White*: «установившееся мнение о том, что введение нового *per se* правила не оправданно, пока в судах не накопилось достаточно опыта решения дел на основе правила взвешенного подхода при оспаривании конкретного типа ограничений»).

³⁷ *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»).

³⁸ «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)).

³⁹ *Board of Regents of University of Oklahoma. v. NCAA*, 707 F.2d 1147, 1166 (1984).

с опасениями ошибочного вмешательства и ответного приспособления к соответствующей норме⁴⁰.

По причинам, обсуждавшимся Истербруком в «Пределах антимонопольного правоприменения», наиболее важный урок анализа издержек 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 уже говорили, как продуктовые, так и контрактные инновации почти всегда подходят под данное описание. В этом смысле приведенные выше примеры следуют данному принципу умеренности по отношению к инновациям 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 первого 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 первого рода влекут за собой больший риск для потребителей, чем в обычных антимонопольных процессах. Критическая роль инноваций в ускорении хозяйственного роста, а также относительная скудость теоретических и эмпирических знаний, имеющихся у экономистов, о связи конкуренции и инноваций, заставляет при подходе к разработке антимонопольных норм, учитывающем издержки от ошибок, особо выделить новаторское поведение. Другими словами, более высокие риски, связанные с ошибочными осуждениями, в данном подмножестве дел требуют более широкого использования «зон невмешательства» и норм, обеспечивающих определенность фирмам, чем в обычных делах, которые связаны с товарными рынками и не затрагивают инноваций.

Во-вторых, признание предрасположенности к ошибкам первого рода перед лицом новаторского поведения, укорененной в современных антимонопольных институтах, включая суды, органы исполнительной власти, и на кафедрах экономики, означает, что ошибочные осуждения в подобных случаях будут встречаться чаще и потребуют отдельного подхода. Подмеченная Коузом склонность экономистов подбирать антиконкурентные объяснения для не вполне понятного поведения в совокупности с историей опыта антимонопольной политики, традиционно практикующей последующее нахождение объяснений ранее осужденного поведения исходя из критерия

⁴⁰ «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 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)).

эффективности, мешает проявлению умеренности в том контексте, который, по определению, включает необычные деловые практики. Такая умеренность тем более необходима, поскольку даже новейшая экономическая теория поднимает вопросы о возможных антиконкурентных последствиях, связанных с инновациями, хотя пока и 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 судах⁴¹. Нет сомнений в том, что экспертные споры в делах, разрешаемых на основе правила взвешенного подхода, были благом для экономистов, выступавших в качестве экспертов. Однако даже в случае, когда эксперты 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 мы не приводим аргументы 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 свои экономические знания. Это вопрос того, в каких случаях и где применять экономику, а не того, применять ли ее вообще. Требовать от судьи-неспециалиста оценки новейших экономических теорий и эмпирических данных 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 надежно не ассоциируются 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 отсутствуют надежные свидетельства об антиконкурентных последствиях. В итоге мы 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 запутанный тип дел о применении антимонопольной ответственно-

⁴¹ Общий обзор см.: *Baye M., Wright J. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges?*

сти. Широкомасштабная динамическая общественная выгода от инноваций в сочетании с неопределенностью, окутывающей критерии, такие как вычленение границ рынка и рыночной власти, уверенно склоняют чашу весов при оценке издержек от ошибок в сторону 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 очевидные свидетельства того, 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 НИР 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 что 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 значительны⁴². В то же время, как мы подробно обсудили выше, в случае, если антимонопольная ответственность наступает в связи с самим товаром (или с услугой), создающим рыночную власть (например, создающим сетевые эффекты или эксплуатирующим монопольное положение), ключевые мощности или стандарт, требующий операциональной совместимости, есть основание ожидать, что суды и правоприменительные органы будут систематически недооценивать остающиеся пути практически возможной конкуренции⁴³. И наконец, корректирую-

⁴² *Baye M., Wright J.* Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? Г. Ховенкемп, М. Дженис и М. 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 // *South California Law Review*. 2001. Vol. 74. 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.

⁴³ Обратите внимание на то, 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.

шая 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 для того, чтобы его последствия были ощутимы, и иного, нежели откровенно картельные соглашения и незавершенные слияния⁴⁴, истцы обязаны предоставить доказательства действительно наступивших антиконкурентных последствий, а не предположительного вреда для конкуренции в будущем. Для ряда случаев, включая монополизацию, завершенные 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 повышают издержки истца, но данные издержки должны сравниваться с возрастанием вероятности возникновения издержек от ошибок, связанной с исками, основанными на неопровержимых, по сути, 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 выступало 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 повышает эффективность, ограничивая суды в возможности осуждать поведение на основании умозрительных экономических теорий и корректируя предвзятость, согласно которой эффективность по природе труднее поддается измерению и объяснению в суде, чем антиконкурентные последствия⁴⁵. Однако подобное правило должно увеличить число ошибочных оправданий, поскольку неизбежны случаи, когда прямые свидетельства действительно наступивших последствий будет трудно получить экономическими и статистическими методами, несмотря на

⁴⁴ 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 за собой антиконкурентные последствия. Профилактическая терминология Акта Клейтона требует исключения незавершенных горизонтальных слияний.

⁴⁵ См.: *Carlton D.W. A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal To Deal — Why Aspen and Kodak are Misguided // Antitrust Law Journal. 2001. Vol. 68. P. 659, 675* («измерить эффективность трудно, и сомнение должно толковаться в пользу ответчиков, а не истцов; в противном случае большие приросты в эффективности, ведущие к повышению нашего уровня жизни, окажутся под угрозой»).

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 прямым приглашением к удушению инноваций и конкуренции. Однако данное правило задумано не для полного исключения ошибок, а для нахождения оптимального баланса между ошибками первого и второго 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 утроение 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. И хотя в этом случае можно использовать тот аргумент, что правильный мультипликатор ущерба в делах о фиксировании цен зависит от наилучшей оценки вероятности выявления «жесткого» картеля⁴⁶, не существует 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 высока не только вероятность его выявления, но и общественные издержки, связанные с ошибками, выше среднего. Таким образом, в подавляющем большинстве частных исков, касающихся исключающего поведения и слияний, утроение практически не несет иной экономической функции, нежели привлечение избыточных ресурсов на подачу исков и усугубление проблемы, связанной с ошибками первого рода, за счет распространения эффекта решения по делу. Хотя звучали подобные предложения о переходе к однократному возмещению ущерба⁴⁷, предусматривающие оценку судом вероятности сокрытия поведения⁴⁸, 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

⁴⁶ См., например: *Bryant P.G., Eckard E.W., Jr. Price Fixing: the Probability of Detection of Getting Caught // Review of Economics & Statistics. 1991. Vol. 73. P. 531; см. также: Miller N.H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement // American Economic Review. 2009. Vol. 99. P. 750.*

⁴⁷ *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 открыто (например, при „исключительном дилерстве“»).*

⁴⁸ *Posner R.A. Antitrust Law. P. 272–273.*

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 того, что подобное поведение действительно приносит вред потребителям. Свидетельство об умысле в отсутствие такого более строгого эмпирического доказательства выступает прямым приглашением продолжать попадаться в «ловушку Коуза»: в осуждение эффективного поведения из-за того, что оно еще недостаточно понято. Данное правило ограничит возможность истца продвигать дело, ущерб в котором — [лишь] теоретический или умозрительный, но невозможность доказать теоретический случай реальным хозяйственным вредом не является основанием для смягчения данного требования.

Основная проблема заключается в том, что связь между *умыслом* на причинение антиконкурентного вреда и *воплощением* хозяйственного вреда неочевидна. Это справедливо в первую очередь по отношению к необычному деловому поведению, 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 явно сомнительны в качестве доказательств последствий, имеющих значение для антимонопольных целей. И в случае сложных нововведений, касающихся комплексных экономических свидетельств, которые судьи-неспециалисты понимают все хуже, искушение опереться в качестве суррогата на интуитивно гораздо более понятные свидетельства наличия умысла усиливается. Данного искушения следует избегать, и свидетельства об умысле не должны допускаться для доказательства хозяйственных последствий.

Принцип, положенный в основу данного правила, был опробован во всех подробностях Филом Арида в контексте хищнического ценообразования, но, хотя в этом контексте данная проблема стоит особенно остро, она им не ограничивается⁴⁹. Именно в контексте хищнического ценообразования данная проблема, имеющая более общий характер, становится доминирующей, когда правоприменительные органы и истцы, ограниченные при демонстрации вероятности принуждения к возврату аванса не только решением по делу *Brooke Group*, но и практически полной невозможностью доказать наличие умысла как хозяйственной реалии, обращаются к *умыслу на такое принуждение* в качестве искомого аргумента. 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 реально помогли сместить это равновесие во многих случаях — недавний (и, возможно, наиболее спорный) пример этому дает их применение в деле *LePage* судом Третьего округа⁵⁰.

⁴⁹ См.: *Areeda P., Turner D.F. Predatory Pricing and Practices under Section 2 of the Sherman Act // Harvard Law Review. 1975. Vol. 88. P. 697; Areeda P. Predatory Pricing // Antitrust Law Journal. 1981. Vol. 49. P. 897, 899—890* (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 показательны»). Сам Арида рассматривает проблему вне контекста хищнического ценообразования. См.: *Areeda P. Monopolization, Mergers and Markets: A Century Past and Future // California Law Review. 1987. Vol. 75. P. 959, 963—965* (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 тех, что предлагаются нами в настоящей статье.

⁵⁰ *LePage's, Inc. v. 3M, 324 F. 3d 141, 159—163 (3d Cir. 2003)*.

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 каждый 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 первого 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 подобными соображениями, и, по обсуждавшимся нами выше причинам, риск ошибочного осуждения практик, которые имели бы положительный эффект для динамического благосостояния, превалирует⁵¹. Эта проблема наиболее остро стоит в случае отказа от лицензирования интеллектуальной собственности.

Как заметил Фрэнк Истербрук, обязанность заключить сделку, примененная в деле *Aspen Skiing*, «обречена породить систематические ошибки»⁵². И хотя решение Верховного суда по делу *Trinko* намекает на необходимость коррективы, требуется более жесткое правило⁵³. 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 2⁵⁴. Наше простое правило поддерживает эту разумную позицию.

⁵¹ См.: *Carlton D.W.* A General Analysis of Exclusionary Conduct...

⁵² *Easterbrook F.H.* On Identifying Exclusionary Conduct // *Notre Dame Law Review*. 1986. Vol. 61. P. 972, 973.

⁵³ *Verizon Comm. Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

⁵⁴ U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act 2008. P. 129. www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf. См. также: U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission / Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Protecting Competition. 2007. P. 23–24. 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 // University of Chicago Press, 1976. P. 243–244 (отмечающую, что «не является разумным законодательство, при котором, когда Конгресс отказывается регулировать или исключает регулирование какого-либо аспекта поведения естественного монополиста, в дело вступает антимонопольный суд и, посредством самого решения, восполняет пропущенные моменты в антимонопольном режиме»).

Заключение

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, максимально совпадающую с предварительно сложившимся мнением. Без институциональных механизмов, которые должны гарантировать основанный на эмпирических свидетельствах подход к выбору экономических моделей, обеспечивая, таким образом, решения, базирующиеся на лучших из имеющихся теоретических достижений и свидетельств, потребители рискуют потерять как минимум некоторые из существенных выгод включения экономики в антимонопольную политику за последние 50 лет. Подготовка юристов в области *основ* экономики — очевидный первый шаг в деле сокращения издержек, связанных с разрывом между предложением и спросом на экономическую грамотность судей, при рассмотрении антимонопольных дел⁵⁵. 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 очевидного решения. Инновации — относящиеся как 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 — первый шаг к такому развитию институтов.

⁵⁵ См.: *Baye M., Wright J.D. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges?*