

# ПРЕДЕЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЯ\*

**Фрэнк ИСТЕРБРУК**

профессор,  
Университет Чикаго

Оіковочіа • Політка

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΡΟΛΙΤΙΚΑ

**Ц**елью антимонопольной практики является совершенствование работы конкурентных рынков. Что это значит? «Конкурентный рынок» — не обязательно тот, где больше конкурентов в каждый отдельный момент времени. Аукцион, на котором малые покупатели и продавцы непрерывно выкрикивают свои предложения и запрашивают цены, — картина «совершенной конкуренции», известная по работам экономистов, является гипотетической конструкцией. Каждый рынок предполагает определенную долю кооперации в некоторой области, обеспечивающую конкуренцию в других областях. Каждая фирма обладает сетью внутренней кооперации. Каждое совместное производство, каждое партнерство — а в действительности и каждый договор — создает кооперацию между людьми, которые в отсутствие их были бы конкурентами. Сами рынки организованны. На Чикагской товарной бирже — возможно, наиболее похожей на идеал из учебника — действует множество правил и договоренностей, сокращающих издержки конкуренции.

Дихотомия кооперации внутри «фирмы» и конкуренции на «рынке» — лишь удобное упрощение гораздо более сложного спектра взаимодействий. Антимонопольное законодательство допускает и даже поощряет кооперацию внутри «фирмы», поскольку такая кооперация закладывает основу производительности

\* Я благодарен Дугласу Дж. Бэйрду, Гэри С. Беккеру, Деннису У. Карлону, Диане Вуд-Хатчисон, Виктору Х. Крамеру, Джеффри Миллеру, Ричарду А. Познеру, Джорджу Дж. Стиглеру, Кессу Р. Санстейну, Лестеру Телзеру и Ричарду О. Зербе-мл. за полезные советы, касавшиеся ранних вариантов.

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, менеджерами и владельцами капитала. Расширяясь, фирма включает все больше таких договорных соглашений, пока, достигнув предела, издержки управления дополнительным производством внутри фирмы не сравниваются с издержками координации производства посредством рынка или «точечных» сделок с «независимыми» контрагентами<sup>1</sup>. Издержки внутрифирменных трансакций могут быть обусловлены сложностью координации, трудностями обеспечения надлежащей мотивации агентов, а также недостаточностью 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, различающийся от фирмы к фирме, от товара к товару и от одного момента времени к другому из-за изменений относительных издержек внутрифирменной и рыночной деятельности.

Если все хозяйственные договоренности предполагают разнообразную кооперацию, то как может действовать антимонопольный суд? Если суд не обладает информацией о «правильном» балансе между конкуренцией и кооперацией на каждом рынке, то он не знает, в каком направлении двигаться. Является ли 10-летний договор об эксклюзивном дилерстве между нефтяными компаниями и бензозаправочными станциями слишком продолжительным, слишком коротким или оптимальным? Имеет ли значение, две нефтяные компании существуют или двадцать, 200 станций или 20 000? Является ли значение индекса Херфиндаля—Хиршмана, равное 3000, слишком высоким, слишком низким или наиболее разумным? Если каждый раз суд будет пытаться строить экономику на базе моделей атомистичных аукционов из учебника, то в подавляющем большинстве случаев это будет ошибкой. Если суд попытается сделать что-либо другое, он окажется в тупике.

Фундаментальная сложность, с которой сталкивается суд, заключается в несоизмеримости ставок. Если суд ошибается, осуждая приносящую пользу практику, то выгоды от ее применения могут быть утрачены 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. Монополия сама себя разрушает, монопольные цены неизбежно привлекают на рынок новых игроков. Разумеется, такой процесс может оказаться действительно длительным,

---

<sup>1</sup> См.: *Coase R.H.* The Nature of the Firm // *Economica*. 1937. Vol. 4. P. 386 (рус. пер.: Коуз Р. Природа фирмы // Коуз Р. Фирма, рынок и право. М: Дело ЛТД, Catallaxy, 1993. [libertarium.ru/1\\_lib\\_firm02](http://libertarium.ru/1_lib_firm02)). О связи фирмы, договора и рынка см.: *Cheung S.N.S.* The Contractual Nature of the Firm // *Journal of Law and Economics*. 1983. Vol. 26. No 1. P. 1; *Jensen M., Meckling W.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Organizational Structure // *Journal of Financial Economics*. 1976. Vol. 3. No 4. 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: Aldine-Atherton. 1972. P. 175—217; *Carlton D.W., Klammer J.* The Need for Coordination Among Firms, with Special Reference to Network Industries // *The University of Chicago Law Review*. 1983. Vol. 50. No 2. P. 446. Говоря об оптимальном размере фирмы, я не имею в виду исключить возможность того, что координация между «фирмами» также является источником хозяйственной выгоды.

и на протяжении его общество понесет потери. Но это не должно уводить от сути дела: судебные ошибки, при которых оправдываются монопольные практики, самокорректируются, 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 эталона. Неудивительно, что антимонопольная история полна решениями, которые сегодня представляются грубыми ошибками.

Применение нормы, осуждающей изолированные горизонтальные ограничения, кажется разумным<sup>2</sup>. Но процессы против слияний в большинстве случаев касались комбинаций, которые повышают эффективность производства, и запрет на слияния привел к росту цен на товарном рынке<sup>3</sup>. Имеются веские теоретические основания полагать, что издержки других случаев правоприменения также превышают выгоды от них<sup>4</sup>. Разумеется, иногда Верховный суд в явном виде утверждает, что жертвует экономической эффективностью ради достижения других целей<sup>5</sup>. Я не думаю, что такие жерт-

<sup>2</sup> *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 // Journal of Political Economy. 1981. Vol. 89. P. 429 (вмешательство Министерства юстиции имело следствием снижение цены хлеба); *Stigler G.J.* The Economic Effects of the Antitrust Laws // Journal of Law and Economics. 1966. Vol. 9. P. 225, 236 (обнаружены некоторые незначительные преимущества).

<sup>3</sup> Это следствие тех эффектов, которые слияния оказывают на фондовый рынок. Если слияние монополистическое, 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 вновь возрастать при отмене слияния). Второй из названных сценариев наблюдается более часто. См.: *Eckbo B.E.* Horizontal Mergers, Collusion, and Stockholder Wealth // Journal of Financial Economics. 1983. Vol. 11. No 1. P. 241; *Stillman R.* Examining Antitrust Policy toward Horizontal Mergers // Journal of Financial Economics. 1983. Vol. 11. P. 225; *Wier P.* The Costs of Antimerger Lawsuits: Evidence from the Stock Market // Journal of Financial Economics. 1983. Vol. 11. P. 207; см. также: *Audretsch D.* The Effectiveness of Antitrust Policy towards Horizontal Mergers. Ann Arbor: UMI Research Press, 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., например: *Elzinga K.* The Antimerger Law: Pyrrhic Victories // Journal of Law and Economics. 1969. Vol. 12. P. 43; *Gellhorn E.* Regulatory Reform and the Federal Trade Commission's Antitrust Jurisdiction // Tennessee Law Review. 1982. Vol. 49. P. 471, 479—499.

<sup>4</sup> Лишь некоторые примеры см. в: *Bork R.* The Antitrust Paradox. N.Y.: Basic Books, 1978 (логическая критика, основанная на экономических принципах, почти всего антимонопольного учения); *Bowman W.* Patent and Antitrust Law. Chicago: University of Chicago Press, 1973 (логическая критика навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента, исключающих соглашений и связанных доктрин применительно к патентам); *Posner R.* Antitrust Law: an Economic Perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1976 (экономическая критика практически всего антимонопольного учения); *Gellhorn E.* Regulatory Reform and the Federal Trade Commission's Antitrust Jurisdiction. P. 479—499 (с подбором источников). Другие ученые, предлагая не столь сокрушительную критику, уверены, что многие области антимонопольного права принесли больше вреда, чем пользы. См., например: *Areeda P., Turner D.* Antitrust Law. Boston: Little, Brown and Co, 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 / R. Tollison (ed.). Lexington, Mass.: Lexington Books. 1980. P. 3—4.

<sup>5</sup> Например: *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 нынешнего 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 предубежденность, противоречащая эффективности, глубоко укоренена в некоторых делах и в истории Акта Робинсона—Патмана и в доктрине навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента. Эта цепочка может возобновиться.

вы приемлемы в антимонопольной практике, но это предмет другого спора<sup>6</sup>. *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 практик. Пределами антимонопольного правоприменения являются издержки, связанные с действием и наличием информации. В настоящей статье я задаю вопрос о том, как мы должны учитывать эти пределы.

## 1. Незнание и негостеприимство в антимонопольной практике

Дональд Тернер однажды заметил, что антимонопольной практике свойственна «традиция негостеприимства». Она заключается в том, что судьи с подозрением относятся к каждой деловой практике, предполагая, что фирмы применяют ее, чтобы навредить потребителям. Если ответчику не удастся убедить судью, что его практики неразрывно связаны с конкуренцией, судья запрещает их применение.

Негостеприимство является давней традицией. Адам Смит утверждал, что предприниматели не успевают начать разговор, как их мысли обращаются к ограничению торговли<sup>7</sup>. Джереми Бентам и Оливер Уэнделл Холмс закладывают в закон образ «предпринимателей-злоумышленников». Джордж Стиглер разворачивает картину политики, в которой заинтересованные группы «покупают» законы, подавляющие конкуренцию<sup>8</sup>. Склонность к подозрительности характерна не только для судей, но и для экономистов: «Когда экономист обнаруживал что-либо... чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число недопонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым»<sup>9</sup>.

Однако любые деловые договоренности предполагают некоторую кооперацию, хотя бы кооперацию при поставке товара, предусмотренной договором купли-продажи. Кооперация, будучи источником монополии, в то же время является и мотором эффективности. Фирмы организуют некоторую совокупность действий, чтобы лучше конкурировать с другими. Неудивительно, что

<sup>6</sup> Ср.: *Areeda P., Turner D.* Antitrust Law. P. 103—113; *Bork R.* The Antitrust Paradox. P. 81—89; *Easterbrook F.H.* Is There a Ratchet in Antitrust Law // *Texas Law Review*. 1982. Vol. 60. P. 705, 714—717; *Fox E.M.* The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium // *Cornell Law Review*. 1981. Vol. 66. P. 1140; *Pitofsky R.* The Political Content of Antitrust // *University of Pennsylvania Law Review*. 1979. Vol. 127. P. 1051; *Sullivan L.A.* Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships // *California Law Review*. 1980. Vol. 68. P. 1.

<sup>7</sup> «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» (*Smith A.* *The Wealth of Nations*. N.Y.: Modern Library Edition, 1937. P. 128 — впервые опубликовано в 1776 году).

<sup>8</sup> *Stigler G.* *The Citizen and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1975. P. 114—188. Взгляды Стиглера, которые также поддерживались многими другими экономистами (см., например: *Peltzman S.* *Toward a More General Theory of Regulation* // *Journal of Law and Economics*. 1976. Vol. 19. 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 регулируемым, группам.

<sup>9</sup> См.: *Coase R.H.* *Industrial Organization: A Proposal for Research* // *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*. Vol. 3 / V. Fuchs (ed.). Cambridge, 1972. P. 59, 67 (рус. пер.: *Коуз Р.* Экономика организации отрасли: программа исследований // *Коуз Р.* Фирма, рынок и право. [www.libertarium.ru/1\\_lib\\_firm03](http://www.libertarium.ru/1_lib_firm03)).

правоприменительные органы и антимонопольные суды, обязанные выскивать антиконкурентную кооперацию в хитросплетениях кооперации, приносящей пользу, должны с подозрением относиться к практикам, которые, как им кажется, предполагают кооперацию без укрепления 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 используют десятки практик. Большинство из них терпят фиаско, и фирмы вынуждены пробовать другие или уходить<sup>10</sup>. Другие практики что-то приносят потребителям — сокращая издержки или повышая качество продукта — и таким образом выживают. В конкурентной борьбе выживают фирмы, применяющие лучшие практики. Ошибающийся погибает.

Почему конкретные практики срываются? Фирмы, избравшие их, могут либо знать причину, либо не знать ее. Они могут описать, «что» именно они делают, но гораздо 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 его оценки. Иногда ответить на него не может никто.

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»<sup>11</sup>. 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 эффективности. 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 деловую практику, которая привела к неудаче или лишила 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 ослабление конкуренции. Остается меньше конкурентов, а меньшее число конкурентов совпадает с определением монополии (или, по крайней мере, олигополии). Ответчик вряд ли сумеет представить внятные 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 данную практику? Если она антиконкурентна, запрет принесет благо. Если она таковой не является, запрет не принесет вреда: ответчик не в силах объяснить мне, как данная практика способна приносить пользу».

<sup>10</sup> Г. Беккер и А. 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: University of Chicago Press, 1976. P. 153—168; *Alchian A.* Uncertainty, Evolution, and Economic Theory // *Journal of Political Economy*. 1950. Vol. 58. P. 211.

<sup>11</sup> *Schumpeter J.* Can Capitalism Survive? N. Y.: Basic Books, 1978. P. 24.

Подобного 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»<sup>12</sup>, и эта фраза применялась ко многим другим практикам. Но это не так. Экономисты разработали конкурентные объяснения всех этих практик, иногда по несколько объяснений для каждой. Кроме того, практики, которые вчера были признаны приносящими вред, могут оказаться приносящими пользу сегодня, с изменением баланса между договорной и рыночной организацией. К моменту, когда ученые понимают, в чем выгодность практики, становится уже слишком поздно.

«Слишком поздно» в том смысле, что потеряны годы эффективного применения деловых практик. «Слишком поздно» в том смысле, что Верховный суд создал прецедент<sup>13</sup>, а один из членов Конгресса призвал к импичменту главы Антимонопольного отдела, серьезно отнесшегося к «новому учению»<sup>\*14</sup>. «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 осужденной практики) 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 некоторая практика уже признана незаконной, фирма склонна отвечать на обвинение отрицанием ее применения. Редко когда она заявит: «Да, мы это делали, и вот почему эти действия экономически выгодны для общества». 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 отклонено<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, 305—306 (1949).

<sup>13</sup> Ср.: *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551, 1556 (1984) (говоря, что отменять, 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. — *Примеч. ред.*

<sup>14</sup> *Seiberling J. Congress Makes Laws; The Executive Should Enforce Them* // *Antitrust Law*. 1984. Vol. 53. P. 175. Сенатор Меценбаум в самом деле призывал к импичменту заместителя Генерального прокурора Бекстера. См. также: *Litvack S.M. Government Antitrust Policy. Theory versus Practice and the Role of the Antitrust Division* // *Texas Law Review*. 1982. Vol. 60. P. 649; *Pertschuk M. P., Correia E. Resale Price Maintenance — Why the Per Se Rule Should Be Enforced* // *National Journal*. 1983. Vol. 15. P. 1201.

<sup>15</sup> *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 104 S. Ct. 1464, 1469 n. 7 (1984). Можно задаться вопросом: 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?

Практики, 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, возникающими из-за «оптовых лицензий», выпускаемых ASCAP и BMI (двумя обществами по управлению авторскими правами), 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 недоумение<sup>16</sup>.

В другом деле рассматривалось соглашение между аризонскими 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 служит цели иной, нежели подавление конкуренции»<sup>17</sup>.

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. Спортивная ассоциация отличается от фирмы только своей неполной интеграцией — кооперация при взаимодействии с телевидением сосуществует

<sup>16</sup> 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—939 (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—296 (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 Law Journal. 1983. Vol. 52. P. 625, 631—635 (с анализом оптовых лицензий).

<sup>17</sup> Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982). См. оценку хозяйственных последствий таких соглашений в: Easterbrook F.H. Maximum Price Fixing // University of Chicago Law Review. 1981. Vol. 48. P. 886; пример критики данного решения: Gerhart M. The Supreme Court and Antitrust Analysis: The (Near) Triumph of the Chicago School // Supreme Court Review. 1982. P. 319. Однако см.: Leffler K.B. Maximum-price agreements in markets with insured buyers Supreme Court Economic Review. 1983. No 2. P. 187 (где данное решение основывается на доводе, 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).

с конкуренцией за демонстрацию талантов на поле. Ассоциация описывала свои методы как элементы борьбы, в которой участвуют профессиональный футбол, другие виды спорта и развлечений в целом, 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 в захвате ее рынка. Ответ суда низшей инстанции: «Неубедительно», к которому Верховный суд добавил: «Не обязательно ошибочно»<sup>18</sup>.

Решение «неубедительно» принимается 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 практики срабатывают, — а это бывает не слишком часто, — объяснить это другим сложно. Такое объяснение может потребовать замысловатой теории или сложной эконометрической модели. То, что можно объяснить на научном семинаре либо 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 практики кооперации (или практики, исключая конкурентов либо вредящие им), которые на первый взгляд кажутся ограничивающими конкуренцию, в долгосрочной перспективе способствуют ей. Такие объяснения встречаются с откровенной враждебностью.

Решение «неубедительно» 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 благосостояния, обеспечиваемое ею по сравнению со следующей по выгодности практикой, направленной на достижение той же самой цели. Если трудно определить, что именно представляет собой данная практика, то невозможно определить разницу в эффективности между известной практикой и некоей гипотетической альтернативой.

Тем не менее наличие альтернативы сохраняет свое «высшее» значение. Например, вертикальная интеграция может нести некоторые преимущества, связанные с ограничением 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 конкретной практики может показаться хитростью, направленной на обход существующих норм закона. Объяснение само может показаться атакой на конкуренцию. Ведь оно стремится оправдать кооперацию? Оно стремится оправдать структуру рынка иную, нежели атомистическая конкуренция? Почему судья должен на это согласиться? Любое заявление о долговременной выгоде для конкуренции сталкивается со скептическим отношением суда, и это правильно. За скептицизмом следуют требования «лучших», возможно недоступных, доказательств. Почему судья должен соглашаться с замысловатой, необычной, неапробированной теорией при наличии под рукой менее ограничительной альтернативы, более близкой к модели атомистической конкуренции?

<sup>18</sup> Board of Regents of the University of Oklahoma v. NCAA, 546 F. Supp. 1276 (W.D. Okla. 1982), aff'd in part, 707 F.2d 1147 (10th Cir. 1983), aff'd, 104 S. Ct. 2948 (1984). См. также: Los Angeles Memorial Coliseum Commission 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.



Неизбежный вопрос заключается в том, что должно произойти, когда судья «не убежден» объяснением, предложенным для некоей сложной практики. Традиция негостеприимства требует от судьи осуждения такой практики. Однако этот ответ ошибочен. Судья, не убежденный таким объяснением, не должен сразу переходить к заключению о том, что недостаточно понятное является антиконкурентным. Вместо этого судья должен стремиться найти способ различения конкурентных объяснений данной практики и антиконкурентных. Каждое объяснение прогнозирует определенные последствия. Например, большинство антиконкурентных объяснений предсказывают снижение объема производства и повышение цен. Судья должен в меньшей степени поддаваться соблазну модели атомистической конкуренции и больше полагаться на составление и проверку таких прогнозов. 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 практик, которые настолько редко приносят пользу, что имеет смысл наложить запрет на всю эту категорию, даже зная, что осужденными окажутся некоторые случаи полезного применения этих практик. Издержки такого неудачного осуждения ниже, чем издержки (включая издержки информации и цену ошибки) принятия решения о наличии пользы для конкуренции в каждом конкретном случае.

С течением времени все меньшее количество практик считаются подходящими для запрета *per se*. Мы видим пользу для конкуренции в методах, которые ранее рассматривались исключительно как опасные. Десять лет назад незаконными *per se* были связанные контракты, бойкоты, территориальное разделение рынков и поддержание цены перепродажи. За прошедшее время Верховный суд изъял 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 перепродажи<sup>19</sup>. Он

<sup>19</sup> 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 требующее исследования последствий 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 Service 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., например: NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 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. также: Ibid., 2962 n. 26 (дающий основание думать, что резкой границы 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 Association, 665 F.2d 781 (7th Cir. 1981) (en banc).

отказался применить запрет *per se* к горизонтальному соглашению почти 100% композиторов на том основании, что данное соглашение приносило пользу конкуренции<sup>20</sup>. 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 основанием для такого запрета.

Эти изменения в структуре антимонопольного анализа с неизбежностью следуют за изменениями в понимании хозяйственных последствий рассматриваемых практик. Если запрет *per se* зависит от заключения о том, что практически все случаи применения некой практики несут вред, обнаружение 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 определенной деловой практики при тех обстоятельствах, в которых она была применена. Но предположение о том, что судьи и присяжные в состоянии провести такое исследование, фантастично. Последствия большинства форм делового поведения для благосостояния общества находятся далеко за пределами нашего понимания. Собрав двенадцать крупных экономистов и предоставив им все доступные сведения о какой-либо деловой практике плюс неограниченные вычислительные мощности, мы даже от них не получим согласованного решения о том, повышает ли данная практика благосостояние потребителя (или более широко определяемую экономическую эффективность). Они нашли бы пробелы в обеспечении информацией и темы для дальнейших исследований. Кто-нибудь применил бы принцип «квазиоптимальности», утверждая, что монополия скорректировала бы искажения на каком-либо ином рынке. По крайней мере один из экономистов построил бы модель, показывающую, как данная практика может снижать эффективность при наличии определенных условий (неочевидных при имеющихся данных). Глобальное исследование не предполагает ответа, поскольку ставит слишком много вопросов. Чтобы получить ответ для практической задачи, мы должны исходить из определенных презумпций и набора референсных точек.

Экономисты все же могли бы прийти к соглашению, хотя и не на основе исчерпывающего эмпирического исследования. Они могут опираться на некоторые ориентиры и накопленный опыт. Они могут применить свое экономическое знание о других рынках для умозаключений о рассматриваемом рынке. Вывод может основываться на выживаемости: если некоторая практика используется в течение длительного времени, несмотря на давление со стороны конкурентов, то она, скорее всего, является полезной. В противном случае позиция применяющей ее фирмы на рынке ухудшилась бы по сравнению с конкурентами. Фирма, запрашивающая слишком много, в конце концов сократит объем продаж в пользу фирмы, торгующей по конкурентной цене. Однако свидетельства не всегда достаточны для такой долговременной оценки, и антимонопольная политика задумана для ускорения наступления этого «конца концов» (так, чтобы фирмы теряли монопольные позиции на рынке быстрее). Экономисты, таким образом, могут посмотреть на изменение производства в краткосрочной перспективе. Растут или падают продажи у фирмы, применяющей оспариваемую практику? Рост подразумевает эффективность, снижение фактической цены продажи на единицу поставляемой продукции. Растет или падает доля фирмы на рынке? Рост

<sup>20</sup> Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, 441 U.S. 1 (1979).

опять-таки подразумевает нетто-выгоду. Такие проверки требуют приложения немалых сил: экономистам приходится прибегать к регрессионному анализу для того, чтобы привести функцию к постоянному значению других переменных и изолировать последствия применения оспариваемой практики. Но по крайней мере такие проверки представляют некоторое надежное реальное правило.

Если у экономистов и есть подход к новым практикам, 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...»<sup>21</sup>. Как суд определит, способствует или препятствует соглашению конкуренции? Он должен рассмотреть факты, специфические для отрасли, в которой имеет место ограничение, ее состояние до и после установления ограничения, природу ограничения и его последствия, наступившие или вероятные. Релевантными фактами являются история ограничения, вред, который оно может принести, основания для применения определенной формы защиты права, достигаемая цель или решаемая задача<sup>22</sup>.

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»<sup>23</sup>.

Разумеется, судьи не могут выполнить то, чего требуют от них подобные открытые формулировки. Когда к делу относится все, ничто не может иметь решающего значения. Любой из факторов по усмотрению следователя может перевешивать другой (или все остальные), а может и не перевешивать. Эта формулировка бесполезна для фирм, планирующих свое поведение. Столкнувшись с множеством таких неосязаемых сущностей, адвокаты должны заняться нескончаемым поиском и представлением документов.

<sup>21</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679, 691, 692 (1978).

<sup>22</sup> Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918). Более длинный перечень факторов см. в: United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158, 176—177 (1964); Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594, 614—626 (1953) (где перечень, изначально составленный в деле о слиянии: United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 527—528 (1948), применяется к правилу взвешенного подхода в общем случае).

<sup>23</sup> United States v. Topco Association, 405 U.S. 596, 609, 612 (1972) (подстрочная сноска опущена); см. также: Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293, 307—314 (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 по неведению, поскольку судьи потребовали, чтобы представленные доказательства их полезности 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.: Yale University, 1983. P. 180, 183—184). Если он прав, такой отказ от популистских настроений предвещает изменения в реакции на неопределенность. Однако см.: Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332, 342—345 (1982), где Верховный суд вновь 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, полностью возлагающей бремя неопределенности 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.

(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 сбора документов или ведения судебного процесса может сэкономить миллионы или десятки миллионов долларов. Издержки судебных процессов — следствие нечетких норм в сочетании с высокими ставками, и нигде эта комбинация так не пагубна, как в антимонопольных процессах, придерживающихся правила взвешенного подхода<sup>24</sup>.

Сложности антимонопольной практики отчасти связаны с двусмысленностью того, что понимается под конкуренцией<sup>25</sup>. Целью антимонопольной политики является защита конкуренции как средства повышения экономической эффективности. Однако, как я отметил во введении, конкуренция не может быть определена как состояние наибольшего соперничества, поскольку это путь к дезинтеграции. Сегодняшняя кооперация обуславливает 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 стало ясно 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; к сожалению, 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*<sup>26</sup> Верховный суд постановил, что территориальные ограничения должны оцениваться путем сравнения роста конкуренции между владельцами различных товарных знаков и проистекающего из территориальных ограничений ослабления конкуренции между продавцами продукции под одним брендом. Верховный суд также призвал окружных судей различать ценовые и неценовые ограничения. Это — «охота на бекаса»<sup>27</sup>.

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

<sup>24</sup> 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 // Journal of Law and Economics. 1980. P. 331, 353—364.*

<sup>25</sup> См. *Bork R. The Antitrust Paradox. P. 58—61.*

<sup>26</sup> См. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977).*

<sup>27</sup> «Snipe hunt» — «охота на бекаса», или «снайперская охота». Розыгрыш для охотников-новичков, когда для поимки птицы им предлагается осуществить малоосмысленные действия типа пробежки по кустам или грохотания пустой кастрюлей (разг. — охота на лоха). — *Примеч. ред.*

жаловаться, что в корпорации нет внутренней конкуренции за более дешевое производство товара. Ни один производитель не стремится к снижению конкуренции между торговцами своим товаром только ради снижения конкуренции. Снижение конкуренции торговцев в ценовом измерении является просто средством, к которому производитель прибегает для побуждения их к большей конкуренции в измерении услуг<sup>28</sup>. Нельзя сопоставлять «потерю» в одной графе с «выигрышем» в другой — тогда получается, что безусловная прерогатива производителя решать, какой именно товар производить, порождает потери от «уменьшения конкуренции между товарами под одним знаком». Продавцам не удастся изменить качество товара, и мы не видим здесь никакой потери.

Если бы «потеря» и была, то что дало бы ее сопоставление с «выгодой»? К какому «ослаблению конкуренции между продавцами продукции под одним товарным знаком» должен быть толерантен суд при получении какого «повышения конкуренции между владельцами различных товарных знаков»? Эти вопросы обычно решает рынок. В судебном разбирательстве ответа на них не найдется, и это означает, что их не следует задавать.

Предписание различать ценовые и неценовые ограничения 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*<sup>29</sup>. Это лишает содержания правило взвешенного подхода.

*Окончание следует*

---

<sup>28</sup> См.: *Easterbrook F.H.* Vertical Arrangements and the Rule Of Reason // *Antitrust L.J.* 1984. Vol. 53. P. 135; *Liebeler W.J.* Economic Review of Antitrust Developments: The Distinction between Price and Nonprice Distribution Restrictions // *UCLA Law Review.* 1983. Vol. 31. P. 384; *Mathewson G.F., Winter R.A.* An Economic Theory of Vertical Restraints // *RAND Journal of Economics.* 1984. Vol. 15. P. 27; *Posner R.A.* The Next Step in the Antitrust Treatment Of Restricted Distribution: Per Se Legality // *University of Chicago Law Review.* 1981. Vol. 48. P. 6, 18—22; *Telser L.G.* Why Should Manufacturers Want Fair Trade // *Journal of Law and Economics* 1960. Vol. 3. P. 86.

<sup>29</sup> *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 104 S. Ct. 1464, 1470 (1984); см.: *Easterbrook F.H.* *Op. cit.* P. 169—172.