

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 • Політка

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΡΟΛΙΤΙΚΑ

Введение

В 1998 году Министерство юстиции и несколько штатов подали иск против *Microsoft* в связи с предполагаемыми многочисленными нарушениями антимонопольного законодательства на рынках операционных систем и браузеров¹. Даже до этого исторического антимонопольного вмешательства в рынок операционных систем исследователи, практики и правоприменители в области антимонопольного законодательства активно спорили об оптимальном устройстве конкурентной политики и правоприменения в инновационных отраслях (часто описываемых как «новая экономика»), характеризующихся нововведениями, динамической конкуренцией, многопользовательскими платформами², возможностью проявления сетевых эффектов и зависимости от предшествующего развития, а также необычными бизнес-моделями и маркетинговыми технологиями. С момента принятия решения по делу *Microsoft* на антимонопольном ландшафте изменилось многое: Министерство юстиции США провело

¹ Общий обзор см. в: *Page W.H., Lopatka J.E. The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare. Chicago: Chicago Press, 2007.*

² Многопользовательские платформы (*multi-sided platforms*) — бизнес-модель, которая предполагает сведение друг с другом нескольких различных, но взаимосвязанных групп пользователей. Такие платформы приносят ценность одной группе пользователей именно тогда, когда к ним прибегают другие группы пользователей. Применительно к многопользовательским платформам обычно наблюдается «сетевой эффект» — ценность их услуг растет по мере роста числа пользователей. Примерами являются клубы знакомств, поисковые системы, журналы, которые помогают рекламодателям найти свою аудиторию. — *Прим. ред.*

слушания о надлежащем предмете применения статьи 2 (Акта Шермана) и выпустило отчет (а затем отозвало его); Европейская Комиссия стала лидером правоприменения, направленного против односторонних действий компаний, выдвигая обвинения в злоупотреблении доминирующим положением и налагая крупные штрафы на такие фирмы, как *Qualcomm*, *Intel* и *Microsoft*; собственное антимонопольное законодательство принял Китай, став влиятельным участником обсуждения будущего международной антимонопольной практики.

В США данное изменение ландшафта выразилось в новом подходе к правоприменению: он «заточен» на высокотехнологичные рынки, новаторские отрасли и практики. Пристальное внимание в плане потенциальных антимонопольных мер направлено на крупные фирмы на рынках, которым свойственны нововведения, интеллектуальная собственность, принятие стандартов и потенциал сетевого эффекта. Наиболее часто обсуждаемой потенциальной мишенью антимонопольных мер стала *Google*, что широко муссируется техническими специалистами, блоггерами и авторами деловой литературы³. На то есть соответствующие причины. «Предупредительный выстрел» произвела в направлении *Google* заместитель генерального прокурора Кристин Варни. Проводя аналогии между потребностью в широком антимонопольном правоприменении и успешным иском против *Microsoft* в 1990-х годах, Варни заметила:

«*Microsoft* остался далеко в минувшем веке. Он не представляет проблемы. Я думаю, мы потенциально будем постоянно испытывать проблемы с *Google*, который, как мне кажется, к настоящему времени законно захватил монополию в Интернете, рекламе в сети. Я не думаю, что они делали что-то, кроме того, чтобы быть особенной и инновационной компанией... Я думаю, что это классическая область для опробования применения (sic) статьи 2 в высшей степени инновационном, в высшей степени подверженном сетевому эффекту и не слишком конкурентном окружении...

Теперь, я думаю, мы увидим все то же повторение *Microsoft*, найдутся компании, которые начнут обвинять *Google* в дискриминации, в недопущении совместимости их товаров с товарами *Google*, и я думаю, что мы поняли из дела *Microsoft*, каковы правильные нормы, и проблема, которая, по моему мнению, у нас была с *Microsoft* как у правительства: мы занялись делом слишком поздно»⁴.

Как и *Microsoft* до него, *Google* стал образцовым ответчиком по антимонопольному иску в контексте нового подхода, нацеленного на успешные, инновационные фирмы. О достоинствах этого нового подхода в антимонопольных кругах было много дискуссий⁵. В некотором отношении эти дис-

³ См., например: *Lohr S.* Google, Zen Master of Market // N.Y. Times. 2009. May 17. www.nytimes.com/2008/07/07/technology/07google.html?pagewanted=print; *Lohr S., Helft M.* New Mood in Antitrust May Target Google // Ibid. www.nytimes.com/2009/05/18/technology/companies/18antitrust.htm; *Lyons D.* They Might Be a Little Evil: Why Google Faces Antitrust Scrutiny // Newsweek. 2009. May 23. www.newsweek.com/id/198855; *Manjoo F.* The Case Against the Case Against Google — The Department of Justice Should Take a Hint From the Microsoft Suit: No More Antitrust Actions Against Tech Companies // SLATE. 2009 July 28. www.slate.com/id/2223755; *McCullagh D.* In D.C. Antitrust Circles, How Google Became the Hunted // CNet News. 2008. Sept. 9. news.cnet.com/8301-13578_3-10036948-38.html; *McCullagh D.* On Antitrust, is Google the Next Microsoft // ZDNet News. 2007 July 23. news.zdnet.com/2100-9588_22-152610.html; *Rowley J.* Antitrust Pick Varney Saw Google as New Microsoft // Bloomberg.com. 2009. Feb. 17. www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aG9B5.J3B1lw; *Vogelstein F.* Why is Obama's Top Antitrust Cop Gunning for Google? // Wired. 2009 July 20. www.wired.com/techbiz/it/magazine/17-08/mf_googlopoly; *WSJ Law Blog.* 2009. May 8. blogs.wsj.com/law.

⁴ *Varney C.* Remarks Before the American Antitrust Institute. 2008. Feb. 11. www.antitrustinstitute.org/Archives/Varney.ashx.

⁵ См., например, сообщение *Мэттью Карнитснига (Matthew Karnitschnig)* в Deal Journal (blogs.wsj.com/deals/2009/05/12/putting-the-anti-back-into-antitrustenforcement). 2009. May 12.

куссии возвращают в повестку дня нерешенные вопросы, касающиеся обоснованности действий по применению антимонопольного законодательства против *Microsoft* и того, заключается ли урок, извлеченный из дела *Microsoft*, в том, что настойчивое и систематическое вмешательство в инновационные отрасли является с точки зрения блага потребителя прогрессом по сравнению со *status quo* или другими возможными альтернативами⁶.

Этот новый подход дает некоторую определенность и ясность фирмам, работающим в инновационных отраслях: их должным образом предупредили. Каким бы хорошим ни было полное раскрытие потенциальной уязвимости к антимонопольному преследованию фирм из «новой экономики», новому подходу недостает «скромности». Разумеется, у данного подхода есть множество сторонников и он уже был с разной степенью представлен. К сожалению, в одном из ранних выступлений Варни сформулировала предельный и провокационный вариант этого нового подхода, в котором объявила, что «не бывает ошибочных осуждений (*false positive*)»⁷. Далее, высказывание Варни подразумевает, что решения о правоприменении будут проводиться, невзирая на издержки, которые потребители могут понести, если «молот» антимонопольного преследования по ошибке обрушится на инновационные фирмы, полагая, что, «чем больше юристов начнут отвергать идею ошибочных осуждений, тем лучше будет нам»⁸. Менее чем через год после того, как Верховный суд подтвердил, что издержки ошибок являются центральной составляющей доктрины монополизации, главный правоприменитель США предложил разительно отличающийся взгляд на роль, которую анти-монопольного правоприменения должны играть в предстоящих решениях.

Изменения произошли и в интернет-экономике, которая, похоже, становится мишенью внимания регуляторов. Как и следовало ожидать на динамичных рынках, в 1998 году было трудно предсказать вызов, который *Linux* бросит *Microsoft*, рост *Google*, коммерческий успех *iPod* и многие другие выгодные для потребителя инновации последнего десятилетия. Но несмотря на эти очевидные изменения в правовой и хозяйственной среде, антитрестовские круги все еще стоят перед теми же вопросами, которые остаются актуальными до и после войн вокруг *Microsoft*: какова должна быть роль антимонопольной практики, в частности законодательства о монополизации, по отношению к инновациям? На эту тему написано многое, практически с любой представимой точки зрения. Некоторые эксперты доказывали, что экономика изменяется слишком быстро для того, чтобы антимонопольные меры могли быть эффективными⁹. И действительно, это один из немногих очевидных уроков дела против *Microsoft* и его последствий¹⁰. Другие утверждали, что, если под вопрос ставятся

16:21 EST); *Epstein R. A Giant Step Backward in Antitrust Law // Forbes*. 2009. May 19. www.forbes.com/2009/05/18/christine-varney-antitrust-opinionscolumnists-law.html.

⁶ См., например: *Page W.H., Lopatka J.E. The Microsoft Case...*

⁷ *Varney C. Remarks before the American Antitrust Institute.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Crandall R.W., Winston C. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence // Journal of economic perspectives*. 2003. Vol. 17. P. 3 (рус. пер.: *Крэндалл Р., Уинстон К. Повышает ли антимонопольная политика благосостояние потребителя? Оценка данных // prompolit.ru/564995*).

¹⁰ *Page W.H., Childers S.J. Measuring Compliance with Compulsory Licensing Remedies in the American Microsoft Case // Antitrust Law Journal*. 2009. Vol. 76. P. 239; *Page W.H. Mandatory Contracting Remedies in the American and European Microsoft cases // Antitrust L.J.* 2008. Vol. 75. P. 787; *Page W.H., Childers S.J. Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of the Microsoft Communications Protocol Licensing requirement // Michigan Telecommunications & Technical Law Review*. 2008. Vol. 14. P. 77.

инновации и динамическая конкуренция, антимонопольные нормы просто не должны применяться ввиду возможного подавляющего инновации эффекта¹¹. Третьи аргументировали, что противодействующие конкуренции злоупотребления в современной экономике с еще большей вероятностью подавят инновации и повредят потребителям, так что антимонопольные регуляторы должны быть особенно активны на данных рынках¹².

В настоящей статье мы поразмышляем над плодотворной работой Фрэнка Истербрука «Пределы антимонопольного правоприменения»¹³, причем задействуем два инструмента, которые недостаточно использовались в данных дискуссиях, но находятся в основе работы Истербрука: экономическую теорию и свидетельство. Первым является подход, который основан на «анализе издержек и ошибок» (*error-cost framework*), интеллектуально подкрепленном статьей Истербрука, и который, как мы утверждаем в противовес некоторым критикам и должностным лицам, критически важен при выявлении оптимальных антимонопольных норм для «новой экономики». Анализ издержек ошибок является одним из наиболее весомых вкладов в методологию антимонопольной политики, главным образом потому, что он позволил включить мощные средства теории принятия решений (или анализа издержек ошибок) в разработку антимонопольных норм. Вторым инструментом является использование ретроспективного взгляда и исторических свидетельств. К сожалению, дискуссии об оптимальной антимонопольной политике, в особенности в отношении законодательства о монополизации, все больше отклоняются от подхода, основанного на анализе свидетельств, в сторону риторически успешных, но экономически ошибочных подходов, отождествляющих уровень активности правоприменителей с успешным правоприменением¹⁴.

Основанный на анализе издержек ошибок подход, предложенный в работе Истербрука, основан на двух предпосылках. Во-первых, на том, что ошибочное осуждение влечет за собой большие издержки, нежели ошибочное оправдание, поскольку механизмы саморегулирования смягчают последствия последнего, но не первого. Во-вторых, на том, что ошибки и первого и второго рода неизбежны, поскольку различить содействующее и препятствующее конкуренции поведение — изначально непростая задача, если речь идет об односторонних действиях компаний. В своей основе данный подход является простым, но мощным средством анализа, требующим данных новейшей экономической теории и эмпирических свидетельств, касающихся последствий для конкуренции из-за различных форм делового поведения, и позволяющим получить результаты в форме правовых норм. В то время как юристы при обсуждении оптимальной конструкции законодательных норм обычно избегают систематических попыток проработать доступные экономические теории и свидетельства, экономисты часто отказываются примерять результаты свое-

¹¹ *Spulber D.F.* Unlocking Technology: Antitrust and Innovation // *Journal of Competition Law & Economics*. 2008. Vol. 4. P. 915.

¹² См., например: *Shapiro C.* Exclusivity in Network Industries // *George Mason Law Review*. 1999. Vol. 7. P. 673, 674—675.

¹³ *Easterbrook F.H.* The Limits of Antitrust // *Texas Law Review*. 1984. Vol. 63. P. 1—41 (рус. пер.: *Истербрук Ф.* Пределы антимонопольного правоприменения // *Экономическая политика*. 2010. № 5. С. 29—41; № 6. С. 75—98.

¹⁴ Такая ассоциация уровня активности с успехом обнаруживается во многих источниках, включая выступления президента Б. Обамы. См.: *Obama B.* Senator. Statement to the American Antitrust Institute. 2009. Nov. 5. www.antitrustinstitute.org/archives/files/aa-i-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf (с обещанием «вдохнуть новую жизнь в антимонопольное правоприменение» и утверждением, что уровень активности в период правительства Буша повлек за собой отрицательные последствия для потребителей).

го анализа к реальной институциональной ситуации и избегают включения общественных издержек ошибочных решений о правоприменении в такие результаты и в рекомендации относительно законодательных норм.

Подход, основанный на анализе издержек ошибок, лежит в основе современных экономических и юридических дискуссий, касающихся предмета законодательства о монополизации и других областей антимонопольной практики. Защитники «нового» и более интервенционистского подхода к антимонопольному правоприменению утверждают, что современная юриспруденция в вопросах монополизации переоценивает как сферу действия, так и масштаб ошибочных осуждений по сравнению с ошибочными оправданиями. К жалобам главного антимонопольного правоприменителя из министерства юстиции присоединяются члены Федеральной комиссии по торговле и ведущие американские и европейские ученые — специалисты по антимонопольной практике: антимонопольные правовые нормы, с их точки зрения, эволюционируют в сторону недопресечения антиконкурентного правоприменения из-за включения в юриспруденцию, согласно Акту Шермана, подхода, основанного на анализе издержек ошибок, и вследствие сопутствующих опасений, связанных с ошибочными осуждениями¹⁵.

Такое (и подобное ему) развитие событий в совокупности предвещает поворот на 180 градусов от анализа издержек ошибок, подкрепляемый уверенностью, что для благосостояния потребителя антимонопольное вмешательство не оборачивается серьезными издержками. Такая уверенность находится в резком противоречии с подходом Истербука, предполагающего, что ошибки являются неизбежной и существенной чертой всей антимонопольной деятельности. Этот новый подход подразумевает, что опасения чрезмерного сдерживания не должны играть принципиальной роли при мотивировке правоприменительных решений или конструировании норм, согласно которым наступает ответственность. На самом деле, защитники нового подхода предполагают, что опасения, связанные с издержками ошибок, устарели в современных условиях хозяйствования и что ошибочные осуждения больше не должны приниматься во внимание в дискуссиях об антимонопольной политике.

Ниже мы вернемся к классической статье Истербука, к подходу, основанному на анализе издержек ошибок, его развитию и его вкладу в антимонопольную практику за последние 25 лет и его следствиям для антимонопольной деятельности применительно к отраслям, характеризующимся инновациями, сетевым эффектом и динамической конкуренцией.

Далее мы обсудим историю связи между инновациями и антимонопольными ошибками и, более конкретно, между техническими переменными и ошибочными осуждениями. Важно, что по ходу обсуждения мы отметим, что проблемы, которые инновации ставят перед антимонопольным анализом, не ограничиваются высокотехнологичными товарами, но проявляются еще и в более приземленных (широко распространенных) деловых процессах. Мы приводим исторические примеры такой положительной связи между продуктовыми и деловыми инновациями, за которыми следовало антимонопольное вмешательство, снижавшее экономическую эффективность и наносившее по объективным экономическим критериям вред потребителям.

В заключение будет оспорена общепринятая точка зрения, согласно которой подход, основанный на анализе издержек ошибок, подразумевает применение к большинству форм делового поведения правила взвешенного подхода,

¹⁵ См., например: *Varney C. Op. cit.*; *Rosch J. T. Thoughts on the Withdrawal of the Section 2 Report.* ftc.gov/speeches/rosch/090625roschibareport.pdf.

а не норм *per se*¹⁶. Несмотря на то, что мы согласны, что нормы *per se* не должны применяться к случаям инновационных товаров или широко понимаемых инновационных деловых практик, мы утверждаем, что подход, основанный на анализе издержек ошибок, не обязательно требует судьи с широким кругозором, изучающего новинки экономической теории и каждое представленное свидетельство. Напротив, мы предпочитаем подход, согласующийся с духом изначального истербрукского исследования и формулирующий — в стремлении задействовать лучшее из имеющегося экономического знания — ряд критериев для конструирования простых правил, минимизирующих издержки ошибок. В завершение мы предлагаем пять простых правил, основанных на существующей экономической теории, эмпирических свидетельствах и признании склонности институтов к ошибочным осуждениям.

1. Пределы антимонопольной политики, подход, основанный на анализе издержек ошибок, и инновации

Основным вкладом, который внесли «Пределы антимонопольного правоприменения» судьи Истербрука, стало принуждение антимонопольных кругов к гораздо более систематичному осмыслению связи между ошибками и антимонопольными нормами ответственности. По мнению Истербрука, ключевым политическим компромиссом является выбор между ошибками I рода («ошибочное осуждение») и ошибками II рода («ошибочное оправдание»).

Хотя подход, основанный на анализе издержек ошибок, может свободно применяться к любой области права, он особенно полезен в антимонопольном праве, учитывая часто недооцениваемую сложность задачи, поручаемой судьям: отличить антиконкурентное поведение от способствующего конкуренции, основываясь на немногих свидетельствах и подсказках, предоставляемых экономической теорией. Так что постановка вопроса о том, что делать с ошибками, на уровне конструирования норм, устанавливающих ответственность, сама по себе стала важным нововведением в антимонопольную практику. На простых правовых и экономических допущениях Истербрук построил эффективный подход, позволяющий осмыслить оптимальную конструкцию антимонопольных норм с учетом ожидаемых ошибок. Допущения были сделаны следующие. 1) Ошибки обоих родов при антимонопольных расследованиях неизбежны ввиду сложности отличия эффективного, способствующего конкуренции делового поведения от поведения антиконкурентного¹⁷. 2) Общественные издержки, связанные с ошибками I рода, будут, как правило, выше общественных издержек от ошибок II рода, поскольку рыночные силы внесут как минимум некоторую поправку по отношению к ошибкам II рода и не внесут таковой по отношению к ошибкам I рода, или, как формулирует это

¹⁶ «Правило взвешенного подхода» (*rule of reason*) предполагает сравнение положительных (конкурентных) и отрицательных (антиконкурентных) последствий деловой практики в конкретном деле и вынесения решения на основе результатов этого сравнения. Запреты *per se* предполагают осуждение действий компании исходя из их характера и не предполагают оценку последствий этих действий. — *Прим. ред.*

¹⁷ На самом деле, здесь объединены два отдельных допущения. Первое — неизбежность ошибок при применении закона вообще. См.: *Easterbrook F.J. The Limits of Antitrust*. P. 14—15 (*Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика*. 2010. № 6. С. 75—76). Здесь повторяется, что «нельзя воспользоваться выгодами принятия решений согласно норме, не приняв издержек ошибок». Второе — критическая зависимость вероятности антимонопольной ошибки от развития экономической науки, порождающей приемы и методы, посредством которых можно успешно выявлять поведение, вредящее потребителям. См. также: *Easterbrook F.J. Workable Antitrust Policy // Michigan Law Review*. 1986. Vol. 84. P. 1696.

Истербрук: «экономическая система скорректирует монополию быстрее, чем судебную ошибку [I рода]»¹⁸. 3) Оптимальными будут антимонопольные нормы, минимизирующие ожидание суммы издержек от ошибок, имея в виду относительную простоту и разумное применение таких норм¹⁹.

Исходя из названных простых допущений Истербрук доказывает, что для минимизации издержек ошибок может применяться несколько простых критериев, включая требование от истца демонстрации того, что обвиняемая фирма обладает рыночной властью; того, что данные практики могут повредить потребителям; того, применяются ли фирмами из данной отрасли другие методы производства и сбыта; того, сопровождаются ли данные факты снижением производства; а также того, была ли фирма-жалобщик ее соперником на релевантном рынке²⁰.

2. Подход, основанный на анализе издержек ошибок

Анализ антимонопольных ошибок, предложенный Истербруком, хорошо ложится на байесовский подход к теории принятия решений, разработанный для задач принятия решений в условиях неопределенности. Экономисты, переименовав данный подход в «подход, основанный на анализе издержек ошибок», применили его для определения оптимальных норм, касающихся ряда практик, включая навязывание условий, эксклюзивное дилерство, поглощения или фиксации цены перепродажи²¹. Применяя данный подход, регуляторный орган, суд или политик первоначально оценивает вероятность того, что конкретная деловая практика является антиконкурентной. Данная предварительная оценка корректируется с учетом новых свидетельств по мере их поступления как со стороны теоретического, так и со стороны эмпирического изучения данной практики, а также сведений, связанных с конкретным делом. Оптимальная норма принятия решений затем основывается на обновленном значении вероятности того, что рассматриваемая практика будет антиконкурентной, с минимизацией функции потерь, измеряющей общественные издержки от ошибок I и II родов.

Следуя Куперу²², мы можем записать ожидания функций потерь, связанных с обоими родами ошибок, следующим образом:

¹⁸ Easterbrook F. J. The Limits of Antitrust. P. 15 (*Истербрук Ф.* Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 6. С. 76).

¹⁹ Это допущение часто связывается с предостережением бывшего тогда судьей Брейера о том, что антимонопольные нормы «должны быть административно применимыми и, следовательно, не могут учитывать все сложные экономические условия и определения» (Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17, 22 (1st Cir. 1990)). Но чикагская школа в антимонопольном анализе, как и гарвардская школа, к которой принадлежит Брейер, всегда предпочитали применять экономику для конструирования простых и административно применимых норм, а не переусложненных экономических тестов. См.: Wright J.D. The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: the 2006 Term and Beyond // Competition Policy Institutional. 3. 2007. P. 25, 27; Kovacic W. The intellectual DNA of Modern u.s. Competition Law for Dominant Firm Conduct: the Chicago/Harvard Double Helix, 2007 // Columbia Business Law Review. 2007. Vol. 1. P. 32—35.

²⁰ Easterbrook F.J. The Limits of Antitrust. P. 18 (*Истербрук Ф.* Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 6. С. 78—79).

²¹ Общий обзор см. в: Wright J.D. Overshot the mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust // Competition Policy Institutional. 2009. Vol. 5. P. 179; Hylton K.N., Salinger M. Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach // Antitrust Law Journal. 2001. Vol. 69. P. 469; Becker C.F. III, Salop C.S. Decision Theory and Antitrust Rules // Antitrust Law Journal. 1999. Vol. 67. P. 41.

²² Общий обзор см. в: Cooper J.C., Froeb L.M., O'Brien D., Vita M.J. Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference // Institutional Journal of Industrial Organization. 2005. Vol. 23. P. 639. См. также: Hylton K.N. The Law and Economics of Monopolization Standards // Antitrust Law and Economics. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010.

$$1) E[(Loss_1|x)] = L_1 P(C|x) = \frac{L_1 P(x|C)P(C)}{P_x};$$

$$2) E[(Loss_2|x)] = L_2 P(A|x) = \frac{L_2 P(x|A)P(A)}{P_x},$$

где: x — имеющееся свидетельство, P — вероятность, C означает, что данная практика конкурентна, A — что она антиконкурентна.

Байесова норма заставляет правоприменителя оспорить рассматриваемую практику только в случае, если ожидание потери от ошибки II рода (при воздержании от вмешательства) выше ожидания потери от ошибки I рода (при вмешательстве). Соответственно затем оптимальная норма правоприменения может быть «скорректирована по издержкам ошибок», так, чтобы минимизировать эти потери:

$$3) \frac{P(x|C)}{P(x|A)} < \left(\frac{L_2}{L_1} \right) \left(\frac{P(A)}{P(C)} \right).$$

При данном подходе, как мы видим, антимонопольная норма ставится в зависимость от вероятности того, что определенные практики окажутся антиконкурентными, от функций потерь правоприменителя и его предварительных предположений. Сразу же можно заметить значимость фундаментального положения из «Пределов антимонопольного правоприменения»: ошибки I рода, скорее всего, будут обходиться дороже, чем ошибки II рода, поскольку рынок несколько ограничивает последствия вторых, но не первых. Разумеется, если наших коллективных экономических знаний о новой деловой практике меньше (иными словами, если оспариваемая практика или ситуация является новой), значимость данного положения возрастает, а не падает. При прочих равных, подход, основанный на анализе издержек ошибок, предлагает более интервенционистские антимонопольные нормы в случае более высоких издержек ошибок II рода, если имеются достаточные основания предварительно оценить данную практику как антиконкурентную и если теория и эмпирические свидетельства говорят о высокой вероятности антиконкурентности данной практики.

Основанный на анализе издержек ошибок подход также дает таксономию антимонопольных ошибок при проведении ошибочных оценок, касающихся антимонопольных эффектов конкретной практики, отказе от пересмотра предварительных оценок при получении новых свидетельств, неточной оценке относительной величины общественных издержек, связанных с антимонопольными ошибками, или включения неэкономических членов в функцию издержек регулирующего органа. Здесь мы сосредоточимся почти исключительно на ошибках I рода, то есть на ошибочном признании судом или регуляторным органом некоторой практики антиконкурентной. Ошибки данного рода сами по себе могут быть вызваны различными причинами, но корень их всех — фундаментальная проблема: сложность выявить в каждом конкретном случае антиконкурентное поведение и отличить его от способствующего конкуренции. Рассмотрим два примера. Во-первых, можно представить себе суд или орган, добросовестно и старательно применяющий слабую экономическую теорию, которая просто еще не объяснила последствия рассматриваемой практики для конкуренции. Антимонопольная юриспруденция, как ранее, так и в недавнее время, дает несколько прекрасных примеров, включая некоторые из решений уорреновского суда²³ о горизонтальных слияниях, таких

²³ Эрл Уоррен председательствовал в Верховном суде США с 1953 по 1969 год. — *Прим. ред.*

как по делу *Vons Grocery*, а также долго действовавший и недавно отмененный запрет *per se* в отношении фиксации цены перепродажи. В каждом из этих случаев судьи осуждали деловые практики, которые экономисты либо вообще не понимали, либо ошибочно понимали как антиконкурентные. Далее мы покажем, что юристы и экономисты-антимонопольщики обладают долгим и богатым опытом систематического антиконкурентного объяснения поведения, являющегося необычным и не до конца понятным.

Во-вторых, обратим внимание, что к ошибкам того же типа ведет и другой класс проблем. Сегодня у нас есть много работ по экономической теории, объясняющих применение эксклюзивных контрактов и их потенциальных последствий для конкуренции²⁴. Сама теория, насколько мы знаем, не является ошибочной. Постчикагские модели описывают потенциально антиконкурентное применение контрактов об эксклюзивном дилерстве, в то время как другие модели дают им обоснования в терминах эффективности. Модели обоих видов строятся на множестве упрощающих и иногда весьма условных допущений. От просвещенного судьи требуется согласовать экономические экспертные мнения конкурирующих экспертов, утверждающих, что именно их модели эксклюзивного дилерства наилучшим образом объясняют практику, рассматриваемую в данном процессе. Эксперты могут подкреплять свои заключения научными приложениями, возможно содержащими некоторые эконометрические модели, такие как регрессии с фиксированным эффектом и инструментальными переменными для учета эндогенности, наряду с обсуждением допустимых стандартных отклонений при такого рода анализе. В подобном случае неизбежность ошибок проистекает не из неадекватной или доказуемо «ошибочной» экономической теории, а скорее из требования, чтобы судья, обычно не имеющий экономического образования, принимал всё более сложные решения, основанные на экономической теории²⁵. В каждом из этих случаев теория не дает адекватных средств выявления антиконкурентного поведения без систематической ошибки. Это не выпад против экономики как таковой в антимонопольной практике. Альтернатива, заключающаяся в простом определении ответственности на основе предварительно сложившегося мнения, не корректируемого с учетом существующей экономической теории и свидетельств, дела бы не улучшила. Некоторые заметили бы, что подобное уже безуспешно практиковалось в первое время после принятия Закона Шермана. Без серьезного методологического поворота к экономической науке включение экономической теории в антимонопольную практику является лишь ширмой, позволяющей регуляторным органам и судьям выбирать экономическую модель, удовлетворяющую их предварительному мнению или политической конъюнктуре, а не максимально соответствующую реалиям. Экономическая теория остается существенно важной для антимонопольного законодательства; именно экономический анализ ограничивает антимонопольное законодательство и заставляет его служить потребителям, а не конкурирующим сторонам. На самом деле именно связь экономики с антимонопольной практикой обусловила успешную эволюцию последней от экономически противоречивого изначального состояния к состоянию теперешнему. Но, как мы полагаем, фундаментальный вызов антимонопольной практике брошен «слишком большим количеством

²⁴ См. тж.: *Abbott A.F., Wright J.D. Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing // Antitrust law and economics / K.N. Hylton (ed.). 2010.*

²⁵ См. общий обзор в: *Baye M.R., Wright J.R. Is Antitrust too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals / George Mason University School of Law. 2009 Aug. 21. papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319888.*

теорий» без надлежащего методологического внимания регуляторных органов и судов к способу выбора между таковыми. Распространение экономических моделей, сопровождавших подъем постчикагской экономической теории, интеграция теории игр в теорию отраслевой организации и все громче звучащие призывы включить достижения поведенческой экономики в антимонопольную и конкурентную политику привели к такому положению дел, при котором регуляторный орган или суд при анализе антимонопольных вопросов располагает выбором из широкого спектра моделей, но у принимающего решение лица отсутствуют практические критерии для совершения данного выбора. Доведенная до крайности, эта проблема выбора модели грозит отменить те дисциплинирующие усилия, которые экономическая теория наложила на антимонопольное законодательство, послужив основным источником успешной эволюции этой области права за последние пятьдесят лет²⁶.

Суть в том, что отличить антиконкурентное поведение от конкурентного — задача, подобная подвигу Геракла. Она стоит перед правоприменителями и судьями, и даже если экономисты найдут ее правильное решение *до того*, как данная практика будет оспорена, ошибки неизбежны. Сила подхода, основанного на анализе издержек ошибок, заключается в том, что он позволяет регуляторным органам, судьям и политикам воспользоваться мощью экономической теории, включая ее новейшие достижения и эмпирические свидетельства, формулируя простые и практичные критерии и зоны невмешательства, а не исполняя на дилетантском уровне роль эконометриков, специалистов по теории игр или бихевиористов.

3. Издержки ошибок и инновации

Хотя данный подход успешно прилагается экономистами к различным деловым практикам, привлекающим внимание антимонопольных регуляторов, цель настоящей статьи состоит в том, чтобы воспользоваться силой этого подхода для формирования в духе Истербрука минимизирующей издержки ошибок подхода к антимонопольному вмешательству на тех рынках, где критически важной частью конкурентной картины являются инновации. Хотя о связи между инновациями и антимонопольной деятельностью говорили много — в основном решительно провозглашая либо первостепенное значение, либо полную ненужность антимонопольной политики для экономического роста в контексте инноваций, — подход, основанный на анализе издержек ошибок, позволяет достичь более высокой точности и дифференцированности при формулировании антимонопольной политики.

Целью настоящей статьи является обсуждение применения основанного на анализе издержек ошибок подхода к деловому поведению, включающему инновации, а также анализ выводов данного подхода с точки зрения экономической политики. Некоторые из этих выводов хорошо освоены в имеющейся литературе, тогда как другие часто игнорируются или совершенно ускользают от внимания. С учетом текущей практики антимонопольного правоприменения — выбора инновационных фирм на высокотехнологичных рынках в качестве вероятных мишеней вкупе с обсуждениями ведущими представителями антимонопольных органов подхода, связанного с анализом издержек ошибок, на недавних слушаниях по вопросам, касающимся

²⁶ *Wright J. Commissioner Rosch, Rhetoric, And The Relationship Between Economics and Antitrust // Truth on the Market. 2009. June 12. www.truthonthemarket.com/2009/06/12/commissioner-rosch-rhetoric-and-the-relationship-between-economics-and-antitrust.*

статьи 2, и некоторых других²⁷ — мы надеемся инициировать более тщательное обсуждение связи между инновациями, антимонопольными ошибками и устанавливающими ответственность оптимальными нормами, выходящее за пределы подбора экономических моделей, максимально соответствующих предварительному мнению регуляторных органов. Мы начнем с обсуждения некоторых принципов применения основанного на анализе издержек ошибок подхода в контексте инноваций, а затем, в третьей части работы, обсудим историческую связь между антимонопольными ошибками и инновациями.

Есть две важные причины, вследствие которых инновации порождают особую возможность для антимонопольной ошибки. Во-первых, инновации по определению предполагают новые деловые практики или новую продукцию. Необычные деловые практики и инновационные товары исторически не встречали теплого приема со стороны антимонопольных органов. С точки зрения подхода, основанного на анализе издержек ошибок, фундаментальной проблемой является набившая оскомину привычка экономистов находить для новых, не вполне понятных форм поведения антиконкурентное объяснение. Как отмечал Нобелевский лауреат Рональд Коуз, удручаясь по поводу состояния литературы по отраслевой организации:

«Когда экономист обнаруживал что-либо (того или иного сорта деловую практику), чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число непонимаемых нами явлений деловой жизни оказывается довольно значительным, а объяснение с помощью монополии — частым»²⁸.

Экономисты, занимающиеся антимонопольными вопросами, не одиноки в поиске монопольных объяснений новых или долгое время не находящихся иного объяснения практик. Суды, опирающиеся на литературу по экономике, причем несколько устаревшую, очаровываются моделью совершенной конкуренции и атомистичных рынков через много лет после того, как большинство экономистов отказались от нее как от модели поведения отдельной фирмы²⁹. По мере того как экономические понятия проникают в антимонопольное законодательство и практически все соглашаются с утверждением, что современная экономика обладает полезным инструментарием для внедрения учета эффектов динамической эффективности при инновациях в традиционный антимонопольный анализ³⁰, антирыночные предубеждения в профессиональном сообществе экспертов по антимонопольным вопросам, описанные Коузом, возможно, окажут еще большее влияние на современную антимонопольную политику.

²⁷ См.: *Varney C.* Remarks Before the American Antitrust Institute; Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act / U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly. 2008. P. viii www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf (опущено внутреннее цитирование). *Dogan S.L., Lemley M. A.* Antitrust Law and Regulatory Gaming // *Texas Law Review*. 2009. Vol. 87. P. 685.

²⁸ *Coase R.* Industrial Organization: A Proposal for Research // *Policy Issues and Research Opportunities In Industrial Organization* / V.R. Fuchs (ed.). 1972 (рус. пер.: Коуз Р. Экономика организации отрасли: программа исследований // Коуз Р. Фирма, рынок и право. М.: Новое издательство, 2007. С. 67. www.inliberty.ru/assets/files/coasepdf.pdf). Более современную критику исследований в области отраслевой организации в том же духе см. в: *Muris T.J.* Economics and Antitrust // *George Mason Law Review*. 1997. Vol. 5. P. 303; *Kobayashi B.H.* Game Theory and Antitrust: A Post Mortem // *George Mason Law Review*. 1997. Vol. 5. P. 411 (обзор критики литературы по отраслевой организации); *Evans D.S., Padilla J.* Neo-Chicago Approach to Unilateral Practices.

²⁹ См.: *Meese A.* Market Failure And Non-Standard Contracting: How The Ghost Of Perfect Competition Still Haunts Antitrust // *Journal of Competition Law and Economics*. 2005. Vol. 1. P. 21; *Demsetz H.* How Many Cheers for Antitrust's 100 Years? // *Economic Inquiry*. 1992. Vol. 30. P. 207.

³⁰ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations. 2007. P. 32.

Продуктовые инновации и инновационные способы ведения дел предполагают необычные практики, а такие практики обычно находят монопольное объяснение со стороны экономистов, за чем следует враждебность со стороны судов (хотя иногда бывает и обратный порядок), однако последующее более тщательное экономическое исследование таких деловых практик обычно признает их достоинства с точки зрения конкуренции. Такие порядок и исход — ровно те, которых и следует ожидать в мире, где карьера экономиста выигрывает от создания моделей, демонстрирующих неэффективность и ниспровергающих *status quo*, созданный чикагской школой, в то время как обвиняемые, вовлеченные в деловую практику, сложившуюся постепенно, путем проб и ошибок, испытывают сложности, формулируя оправдание, подходящее под пункт в заготовленном судом списке допустимых ответов. С точки зрения анализа издержек ошибок ключевым пунктом такого подозрительного отношения антимонопольщиков к инновациям и инновационным деловым практикам является его возможная склонность преувеличивать вероятность того, что рассматриваемая практика окажется антиконкурентной, по сравнению с вероятностью того, что последующие исследования или свидетельства сочтут ее оправданной и верной.

Предрасположенность к ошибке I рода только усугубляется тем, что экономисты со связью конкуренции с инновациями и, как следствие, с благосостоянием потребителей, как правило, знакомы гораздо хуже, чем с обычной ценовой конкуренцией³¹. Антимонопольные круги рады приветствовать предложения не только о более полном учете антимонопольным анализом эффектов динамической эффективности и инноваций, но также о возможности такого применения в рамках существующей аналитики. Например, в рекомендациях и выводах Комитета по совершенствованию антимонопольной политики (Antitrust Modernization Committee — АМС) содержится заключение о том, что:

«Существующая антимонопольная аналитика достаточно обоснованна с точки зрения экономической теории и достаточно гибка для того, чтобы приходиться к соответствующим заключениям по вопросам, касающимся отраслей, в которых центральную роль играют нововведения, интеллектуальная собственность и технические изменения»³².

Дискуссия, таким образом, переходит из плоскости обсуждения того, *должен ли* антимонопольный анализ учитывать инновации, в плоскость *выбора методик* такого рассмотрения. Но что именно мы знаем о связи между конкуренцией, инновациями и благосостоянием потребителей? Хотя мы знаем, что инновации критически важны для экономического роста, теоретическая литература о конкуренции и инновациях остается недостаточной для того, чтобы внушать сколько-нибудь заметную уверенность в нашей способности определять, какая антимонопольная политика будет поощрять инновации и в итоге положительно скажется на благосостоянии потребителей. Более узко: наша способность применять антимонопольные нормы зависит от способности прогнозировать, как конкретная норма повлияет на тот *конгломерат* форм конкуренции, который возникнет в результате реализации данной политики, и от способности ранжировать такие конгломераты по критериям

³¹ См., например: *Wright J.D. Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have an Antitrust Relevant Theory of Competition Now? // Regulating Innovation: Competition Policy and Patent Law under Uncertainty / G.A. Manne, J.D. Wright (eds.). Cambridge University Press, 2010 [forthcoming].*

³² Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations. 2007. P. 38.

благополучия потребителей или эффективности³³. Хотя прогресс экономики в этой области продолжается, глубокий анализ Р. Гилберта говорит о том, что существующий массив теоретической и эмпирической литературы о связи конкуренции и инноваций «не поддерживает шумпетерианскую гипотезу о том, что монополия повышает вложения в НИР или общие результаты инновационной деятельности», и что «ни теоретические, ни эмпирические свидетельства также не обуславливают однозначный вывод о том, что конкуренция всегда подталкивает к инновациям»³⁴.

Ключевым пунктом здесь является тесная связь с антимонопольными ошибками. Аргументация проста. Поскольку инновации предполагают новую продукцию и новые деловые практики, суды и экономисты изначально переоценивают вероятность того, что инновация окажется антиконкурентной и заслуживающей антимонопольного внимания. Данная проблема обостряется по мере того, как современный антимонопольный анализ все больше полагается на экономическую теорию. Более того, чем меньше у экономистов систематического теоретического и эмпирического знания о связи конкуренции с инновациями по значимым для практической политики вопросам, по сравнению с другими традиционными формами конкуренции, тем больший вред способна нанести такая переоценка.

Вторая критически важная связь антимонопольных ошибок с инновациями заключается в том, что ставки здесь выше, чем в случаях, не связанных с инновациями. Хотя эмпирические исследования не содержат надежных сведений о сравнительной величине издержек ошибок I и II родов, хорошо известная связь между инновациями и экономическим ростом говорит нам о гораздо более высокой плате за ошибку. Конечно, на это можно возразить, что инновации просто увеличивают издержки ошибок как I, так и II рода, и соответственно не видят оснований для изменения оптимальных норм антимонопольной ответственности в терминах подхода, основанного на анализе издержек от ошибок. Однако это означало бы проигнорировать главное предположение Истербрука о том, что ошибки I рода (ошибочные осуждения) обычно обходятся дороже, чем ошибки II рода, поскольку рыночные силы способны как минимум частично скорректировать последние. В контексте инноваций успешное оспаривание деловой или продуктовой инновации, скорее всего, подавит инновации во всей хозяйственной системе, в то время,

³³ См.: *Wright J.D. Antitrust, Multi-Dimensional Competition... по: Gilbert R.J. Competition and Innovation // Issues in Competition Law and Policy / W.D. Collins (ed.). 2008. No 1. P. 577, 583* («экономическая теория не поддерживает с определенностью ни точку зрения о том, что рыночная власть в общем и целом угрожает инновациям, снижая отдачу от новаторских усилий, ни шумпетерианскую точку зрения, согласно которой концентрированные рынки обычно способствуют инновациям»).

³⁴ *Ibid.* Следует отметить, что Р. Гилберт выводит из этих противоречивых данных то, что презумпцию об увеличении инноваций вследствие конкуренции на товарном рынке следует применять с определенными оговорками и что обычно уместен анализ каждого случая с учетом фактов. Это соответствует общей точке зрения экономистов о том, что анализ в соответствии с правилом взвешенного подхода наиболее пригоден в случаях, когда конкурирующие объяснения дают различные предсказания последствий для потребительского благополучия. Мы не согласны с этим по причинам, обсуждающимся ниже. Основное возражение заключается в том, что при различии предсказаний, даваемых экономикой, требовать от судей принять решение значило бы делать нереалистичные предположения об [их] экономической грамотности. Альтернативный подход, который проводится в «Пределах антимонопольного правоприменения», заключается в сведении наличных экономических знаний в простые презумпции, способные сократить частоту ошибок. При этом мы замечаем, что, более того, в той степени, в которой мы правильно понимаем связь между антимонопольным правоприменением и издержками ошибок, эмпирическая неудача шумпетерианской гипотезы может следовать из долгосрочного опыта решений по применению антимонопольной политики, недостаточно учитывающей выгоды монополии.

как ошибки II рода как минимум смягчатся за счет входа на рынок новых участников и иной конкуренции. При рассмотрении через призму подхода, основанного на анализе издержек ошибок, сочетание антирыночной предрасположенности в пользу монополистических объяснений инновационного поведения, непонятного судьям и экономистам, с возросшими ставками антимонопольного вмешательства, направленного против инновационных деловых практик, создает проблемы с точки зрения благосостояния потребителей.

Регуляторам остается сложный набор проблем, требующих разрешения, для того, чтобы антимонопольная власть была использована с положительным для потребителей результатом. Нам достаются сочетание стимулов, которое выливается в рост количества дел, связанных с новым и инновационным поведением, предрасположенность судов и экономистов к антиконкурентному объяснению таких практик до того, как они будут хорошо исследованы (и соответствующая склонность к преувеличению вероятности антиконкурентности конкретной инновации) и функция потери, которая предсказывает возрастание издержек ошибок I рода в случае, когда имеют место инновации.

Далее мы рассмотрим историю отношений антимонопольных вмешательств и инноваций в свете перечисленных условий.

4. Краткая история антимонопольных ошибок и инноваций

Сопряженные проблемы вероятности и издержек ошибочного антимонопольного правоприменения усложняются при реализации инноваций. Но в то время, как некоторые из инноваций очевидны — например технические достижения, — обнаружить другие несколько сложнее, но тем не менее они порождают огромные выгоды для благосостояния потребителей³⁵. Как уже говорилось, имеется значительный корпус исследований, отслеживающих вклад технологических инноваций в экономический рост и общественное благосостояние. Разумеется, один из постоянно преподаваемых экономической литературой об инновациях уроков заключается в том, что даже инновации, кажущиеся скромными, могут приносить значительную выгоду потребителям³⁶. Именно эти динамичные и зачастую во многом непредсказуемые последствия необычных технических инноваций увеличивают вероятность и общественные издержки ошибочного вмешательства, направленного против инноваций. Как и в случае с ошибочными осуждениями в традиционном контексте, здесь очевидно применимо наблюдение судьи Истербука о фундаментальной асимметрии издержек ошибок I и II родов, поскольку последствия ошибок I рода усугубляются угрозой того, что ошибочное вмешательство воспрепятствует следующим подобным инновациям или применению этих инноваций в иных ситуациях.

Менее очевидно, хотя и не менее важно, то, что и деловые инновации — инновации в организации, производстве, сбыте или распространении — могут иметь подобные далеко идущие последствия³⁷. Часть недооцененных выводов Истербука из его первой статьи заключалась в том, что он выявил особую остроту проблемы издержек ошибок перед лицом «новых методов

³⁵ См., например: *Hausman J. Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition // The Economics Of New Goods / T. Bresnahan, R.J. Gordon (eds.). 1997. P. 209—267* (обсуждение выгод для потребительского благосостояния при выведении на рынок новых товаров и расширении ассортимента).

³⁶ *Hausman J. Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition. P. 67.*

³⁷ *Williamson O.E. Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in The Economics of Internal Organization. 1975.*

производства или сбыта товаров»³⁸. Взрывной рост «новой экономики» вскоре после публикации статьи Истербрука привлек внимание к проблемам антимонопольного вмешательства перед лицом новшеств преимущественно технических, хотя они не были предметом этой статьи. Однако выводы Истербрука относительно проблемы ошибочных осуждений в равной степени применимы в контексте деловых или договорных инноваций.

К сожалению, в нашем антимонопольном правоприменении антимонопольные меры против инноваций (деловых новшеств или инновационной продукции) на самом деле преобладают и, как правило, ошибочны. Значительная доля важных антимонопольных дел может быть охарактеризована как вмешательства, предпринятые в условиях неопределенности, связанные с новыми деловыми практиками или продуктами, основанные на принципиально ошибочных или неверно примененных экономических предпосылках, впоследствии опровергнутых. В некоторых случаях суды на самом деле исправили ошибку изначального правоприменения или судебные решения; но в большинстве случаев — не исправили.

Любопытно, что в антимонопольной практике «новое» означает «плохое» — она враждебна к инновациям. Как было сказано, несмотря на очевидный вклад экономики в развитие антимонопольной политики, эта враждебность характерна для экономической теории и экономистов. Стимулы, существующие в научной экономической среде, в сочетании со стимулами, существующими в среде судей, сотрудников регуляторных органов и юристов, ведут к производству и ошибочному применению экономических конструкций, направленных на доказательство того, что практически каждое неопробованное рыночное новшество может иметь антиконкурентные последствия. И в самом деле, знакомство с основными современными учебниками и обзорами литературы по отраслевой организации обнаруживает теоретико-игровые модели, выявляющие условия, при которых практически любое условие договора, новая продукция или деловая практика может нанести вред потребителям³⁹. Отметим, что именно по отношению к инновационной продукции и новаторским контрактам последствия ошибочного правоприменения растут. Хотя этот аргумент подразумевает, что подход, основанный на анализе ошибок, и его уроки становятся все *более* значимыми перед лицом технических и деловых инноваций, тревожная тенденция, свойственная учебной литературе и убеждениям ведущих антимонопольных регуляторов, заключается в преуменьшении роли ошибок при принятии решений о правоприменении и разработке действенных антимонопольных норм.

Эта установка (традиция «негостеприимности») враждебна по отношению к необычному хозяйственному поведению. Она институционализирует законы и процедуры, осуждающие инновации. Судья Истербрук подчеркивает данную проблему:

«Знание далеко отстает от рынка. Во многих смыслах полезно считать рыночное поведение случайным. Фирмы испытывают десятки практик. Большинство из них проваливаются, и фирмы вынуждены пробовать другие или уходить. Другие практики что-то приносят потребителям — сокращая издержки или повышая качество продукта — и таким образом выживают. В конкурентной борьбе выживают фирмы, применяющие лучшие практики. Ошибающийся погибает.

³⁸ Easterbrook F.H. The Limits of Antitrust (*Истербрук Ф.* Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 5. С. 33).

³⁹ Общий обзор см. в: Tirole J. The Theory of Industrial Organization. 1988; см. также комментарии в: Muris T.J. Antitrust Law, Economics, and Bundled Discounts. July 15. 2005 govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris.pdf.

Почему конкретные практики срываются? Фирмы, избравшие их, могут либо знать причину, либо не знать ее. Они могут описать, «что» 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»⁴⁰.

Истербрук ссылается при формулировке этого фундаментального принципа на Армена Алчяна. Как полагает Алчян, не вполне разумно требовать от хозяйствующих субъектов выявления, понимания и оценки конкурентной, максимизирующей прибыль основы поведения, поскольку им мешает «неточный прогноз и неспособность человека решать сложные задачи, включающие много переменных, даже если оптимум поддается определению»⁴¹. Экономическая эффективность обусловлена скорее немногими вычислениями, «которые дополняются основными элементами дарвиновского эволюционного естественного отбора»⁴². По Алчяну, приписывать хозяйствующим субъектам какое-то особое знание о хозяйственных последствиях своих действий в долго- и даже краткосрочной перспективе ошибочно.

Это предостережение в еще большей степени применимо к регуляторным органам и судам, в частности предупреждает их об ошибочности допущений, основанных на выводах об антиконкурентных последствиях еще не получившего объяснения нового хозяйственного поведения (или, что еще хуже, об антиконкурентных намерениях хозяйствующих субъектов). Инновации бросают антимонопольной политике особый вызов.

5. Новая продукция

Проблема ошибочных осуждений усугубляется в контексте технических новшеств как из-за собственной ценности инновации⁴³, так и ввиду повышенной вероятности ошибки. В своей статье «Антимонопольная политика в „новой экономике“» судья Р. Познер перечисляет ряд сторон «новой экономики», которые бросают вызов антимонопольной политике в аспекте доктрины ее применения. Что интересно — все, кроме одной из этих характеристик, сущностно *специфичны для продукции* (исключением является повышение темпов вертикальной интеграции).

[«Новая экономика»] характеризуется... снижением средних издержек (исчисляемых по товарам, а не по фирмам) для широкого круга продукции, умеренными требованиями к капитальным затратам по сравнению с тем, что новое предприятие может получить на рынке капитала, очень высоким темпом инноваций, быстрым и частым входом на рынки и уходом с рынков, а также экономией на масштабе на стороне потребления (также известной как «сетевые экстерналии»), реализация которой может потребовать либо монополии, либо сотрудничества между фирмами в установлении стандартов. А вертикальная интеграция, хотя и является общей чертой «старой» экономики, в «новой» становится еще более общей, вовлекая необычайно большое количество фирм в связи с другими

⁴⁰ Easterbrook F.H. The Limits of Antitrust. P. 5. (Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 5. С. 33).

⁴¹ Alchian A. Uncertainty, Evolution, and Economic Theory // Journal of Political Economy. 1950. Vol. 58. P. 211, 212.

⁴² Ibid. P. 213.

⁴³ Jones C. I., Williams J. C. Measuring the social return to R&D // Quarterly Journal of Economics. 1998. Vol. 113. P. 1119 (с оценкой, согласно которой общественная отдача от вложений в НИР намного превышает частные прибыли, то есть имеющихся стимулов для инноваций уже недостаточно для оптимума).

фирмами — покупателями или поставщиками, — являющимися в то же время их конкурентами⁴⁴.

Познер добавляет, что «основным результатом деятельности данных отраслей ...является производство интеллектуальной собственности». Ключевыми (и потенциально создающими проблемы) элементами производства и распространения интеллектуальной собственности являются стандартизация, потребность в операционной совместимости, экономия на масштабе и наличие сетевых эффектов, каждый из которых может вносить вклад в нарастающее подобие монополизации в этих отраслях. В то же самое время сама доступность монопольной ренты порождает ожесточенную конкуренцию за рынок, приносящую огромные краткосрочные выгоды потребителям (некоторые из них затем могут присваиваться через монопольную ренту), а также долгосрочные динамические выгоды, которые вряд ли будут когда-либо присвоены инновационной фирмой.

Познер также указывает на часто упускаемое из виду соображение о том, что «перспективы сетевой монополии должны, таким образом, привести не только к высокому темпу инноваций, но также и к стратегии низкой цены, стимулирующей ранние покупки и компенсирующей первым покупателям позднейшую возможность предпринимателя взимать монопольную цену»⁴⁵. Таким образом, с издержками технического новшества должны сопоставляться не только предстоящие, динамические выгоды, но и *уже состоявшиеся*, статические. Одна из проблем применения антимонопольных принципов к «новой экономике» заключается в том, что [они] обращены в будущее. Инноваторы жертвуют монопольными прибылями в конкуренции за рынок в ожидании будущей отдачи — только для того, чтобы обнаружить, что эта отдача становится недоступна в тот момент, когда начинают ее получать. Обращенная в будущее оценка упускает уже полученную потребителем инновационной продукции выгоду и губит рынок из-за имеющихся или предполагающихся в будущем ожиданий вреда потребителям. Это оказывает долгосрочное влияние на динамическую эффективность, подавляя те самые новшества, которые могли приносить изначальную выгоду потребителям⁴⁶, но может также просто бить мимо цели и осуждать поведение, которое уже способствует повышению благосостояния потребителей.

Одна из проблем с характерной для экономистов тенденцией изыскивать теоретическую возможность антиконкурентного поведения и с традицией негостеприимности антимонопольного законодательства заключается в чрезвычайной сложности определения условий, при которых конкретное приложение данной теории может быть отвергнуто. «Как только для нахождения баланса эффективности и монополии призывается антимонопольный суд, возникают проблемы; царят правовая неопределенность и возможность ошибки»⁴⁷. Разумеется, исключая конкурентов новшество вовсе не обязательно должно быть антиконкурентно, и даже нововведение, которое может *иногда* быть антиконкурентным, вряд ли будет антиконкурентным *всегда*. Таким образом, главная критика современных исследований по отраслевой организации и ее возможных теорем, касающихся антимонополь-

⁴⁴ Posner R.A. Antitrust in the New Economy // Antitrust Law Journal. 2001. Vol. 68. P. 925, 927.

⁴⁵ Ibid. P. 929.

⁴⁶ Teece D.J. Favoring Dynamic over Static Competition: Implications for Antitrust Analysis and Policy. 2009.

⁴⁷ Posner R. Op. cit. P. 932.

ного поведения, состоит в том, что она не способна систематически давать проверяемые следствия⁴⁸.

Адекватное применение принципов основанного на анализе издержек ошибок подхода позволило бы отложить в таких случаях вмешательство до получения и оценки эмпирических свидетельств. Тем не менее именно в таких ситуациях вмешательство наиболее вероятно. С одной стороны, это может быть обусловлено отсутствием сведений, *опровергающих* презумпцию антиконкурентного эффекта, а привести аргументы против такого поведения проще — и это несмотря на нормы, которые перекаладывают бремя доказательства на истца. С другой стороны, успешные инновации также с большей вероятностью возбуждают гнев конкурентов и/или покупателей, и как наличие таковых, так и даваемые ими отрицательные характеристики с большей вероятностью будут представлены судье — провоцируя частные иски в поисках возмещения убытков в тройном размере.

Для иллюстрации данных проблем рассмотрим более подробно два дела.

Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co. В деле *Berkey Photo* под вопросом оказалось такое новшество, как новый фотоаппарат и фотопленка для него. Иск, в сущности, называл вывод на рынок новой продукции антиконкурентным действием. Более определенно, истец заявил, что антиконкурентным действием является вывод новой продукции *без предварительного уведомления конкурентов*. Для нас эта определенность значения не имеет: превращение необычного нововведения в хорошо знакомое посредством предъявления требования предварительного раскрытия разрушило бы структуру стимулов и вознаграждений, поощряющую технические инновации (а также сбыт и распространение инновационной продукции). Жаловаться на новшества, которые появились без предварительного уведомления, означает жаловаться на новшества как таковые.

Допустим, апелляционный суд по этому делу правильно в нем разобрался, по крайней мере на самом общем уровне. Мнение главного судьи Кауфмана из Второго судебного округа даже привело к знаменитой формулировке Лёрнида Хэнда по поводу ключевого спора об Акте Шермана в деле *Alcoa*, привлекающей внимание к сложным стимулам, провоцирующим иски конкурентов с обвинениями в антиконкурентном поведении:

«В своем ярком тексте судья Хэнд указывает на головоломку, которую не смог разрешить. Установив, что Конгресс «не разрешил „хорошие тресты“, запрещая „плохие“; он запретил любые», он не менее энергично заявил, что «успешный участник конкуренции, вынужденный конкурировать, не должен наказываться за победу». Хэнд, таким образом, говорит нам, что было бы, в сущности, нечестно осуждать успех, в то время как конкуренцию предписывает сам Акт Шермана. Такая негибкая норма, опасается Хэнд, может также лишить стимулов ведущую фирму в отрасли прилагать дополнительные усилия. Развитие успеха может повлечь за собой не вознаграждение, но наказание по суду. Антимонопольное законодательство, таким образом, вознаградит ту самую нерадивость, которую намеревалось предотвратить. Мы всегда должны помнить, что Акт Шермана не должен применяться в извращенной форме на благо тех, кто ищет защиты от тягот конкуренции»⁴⁹.

Но окружной суд и присяжные оказались не склонны принять такую точку зрения, и процесс в совокупности занял девять лет, включая целых *четыре года* досудебных разбирательств — серьезное предостережение даже

⁴⁸ Общий обзор см. в: *Evans D.S., Padilla J.* Neo-Chicago Approach to Unilateral Practices; Wright. Overshot the Mark?

⁴⁹ *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, (2d, Cir. 1979).

виду в целом положительного исхода для ответчика. И хотя мнение Второго окружного суда содержит ряд разумных мыслей и формулировок⁵⁰, оно все же демонстрирует близорукость в отношении всей полноты условий конкуренции, подлежащих учету при определении антиконкурентного воздействия.

Например, в судебном мнении не упомянута роль *Fuji Film*, стремительно ворвавшейся на американский рынок в 1972 году, за год до подачи иска *Berkey Photo* и в то же самое время, как *Kodak* вывел свою полуавтоматическую камеру 110-й серии на рынок «карманных» фотоаппаратов — рынок, существенно оживившийся после появления пленки Kodacolor II, выпускавшейся (изначально) только для данной модели⁵¹. На самом деле, начиная с 1967 года доля *Kodak* как на рынке фотоаппаратов, так и на рынке фотопленки падала (оставаясь, впрочем, достаточно высокой на обоих рынках)⁵². Динамические изменения рынка такого типа, а также предпринимаемые фирмами в ответ на них усилия представляют для антимонопольных дел постоянную проблему. У фирм мало возможностей оценивать грядущие конкурентные угрозы и противостоять им. Судьи в оценке этого факта сталкиваются со значительными сложностями. Более того, в первую очередь при определении границ рынка, значимость конкурентных угроз систематически недооценивается судами ввиду того, что им приходится оценивать факты до их возникновения и с подозрением выискивать еще не реализовавшиеся угрозы конкуренции.

В своей основе данное дело подобно многим другим случаям выведения на рынок инновационных продуктов, в которых иски основываются на каком-либо варианте аргументации, касающейся возможности взаимодействия и доступа к интеллектуальной собственности (или к продукции, защищенной интеллектуальной собственностью). В данном случае участник этого рынка жаловался, что оказался в положении, невыгодном для соревнования с доминирующим конкурентом, поскольку не был в достаточной степени предупрежден о готовящемся доминирующей фирмой новшестве⁵³. Хотя в рассматриваемом деле это не обсуждалось, данный довод схож с аргументом о ключевых мощностях, и во всех подобных делах, касающихся инновационной продукции, есть элемент, основанный на доктрине о ключевых мощностях. Проблема с данным доводом заключается в том, что предполагается (ошибочно), что при реализации инноваций невозможна серьезная конкуренция с утвердившимся участником рынка или что отсутствие конкурентов на данных рынках означает неэффективность. Проблема на самом деле коренится в применении негостеприимных антимонопольных норм. Традиционные критерии доминирования часто легко выполняются в случае

⁵⁰ Включая суждения, свидетельствующие об учете существенного риска и издержек ошибочных осуждений, создаваемых неопределенным или переусложненным применением антимонопольного законодательства (Ibid.: «Но трудно понять, как крупная корпорация, как бы хорошо она ни привыкла принимать решения с учетом возможных антимонопольных последствий, может обладать всеведением, необходимым для предвидения всех случаев, в которых присяжные могут прийти к выводу, что в прошлом предварительное раскрытие было необходимым»).

⁵¹ См.: *Kadiyali V. Eastman Kodak in the Photographic Film Industry: Picture Imperfect? // Market Dominance: How Firms Gain, Hold Or Lose It And The Impact On Economic Performance / D. Rosenbaum (ed.). 1998. P. 89, 100.*

⁵² Ibid. P. 92 (цитируется дело *Berkey Photo*, 603 F.2d). Стоит отметить, что рынок фотоаппаратов в то время испытывал значительно меньшее давление, а серьезный удар был нанесен выводом на рынок камер «Pocket 110», рассматривавшимся в данном деле. Однако стоит упоминания и то, что наиболее существенное падение (7%) доли на рынке фотоаппаратов воследовало от конкурентов на том же самом рынке спустя лишь год после вывода на рынок «Pocket 110».

⁵³ Решение суда более низшей инстанции тем более тревожно вследствие того факта, что *Kodak* на самом деле предложил предварительное раскрытие (за плату), но двухмесячного опережения оказалось для *Berkey* недостаточно.

успешного нововведения в продукции, в особенности в «новой экономике». Но отсюда вовсе не следует, что доминирование порождает те же самые проблемы, что и в других секторах экономики. Как замечает Ф. Этро:

Некоторые факторы делают лидеров все более агрессивными и способствуют росту их доли на рынке (иногда вплоть до того, что другие фирмы с него уходят): таковы экономия на масштабе, сетевые эффекты и обучение путем практики, однородность продукции и быстрое техническое развитие, каждый из которых характерен для рынков «новой экономики». В результате рынки с высокой концентрацией, обусловленной присутствием доминирующей фирмы, вполне хорошо сочетаются с эффективностью. Отсюда следует важный для конкурентной политики вывод: если при старом подходе к злоупотреблениям доминирующим положением требовалось проверять доминирование посредством структурных индикаторов и установления наличия недобросовестного поведения, то подход «новой экономики» требует лишь проверки наличия вреда, наносимого потребителям⁵⁴.

В делах, связанных с инновационной продукцией, существует неудачный способ рассуждения *post hoc*, когда технический стандарт или доминирующая доля на рынке нового продукта принимается за данность, и приводятся (и принимаются) доводы о том, что конкуренция возможна только с доступом к доминирующей или стандартизированной новинке (и возможностью скопировать ее). Проблема с этим типом доводов, как выявляют исследования по сетевым эффектам, заключается в том, что правомерная (основанная на преимуществе в эффективности) конкуренция остается возможной даже перед лицом доминирующей продукции или стандартов. Примечательно, с учетом огромного количества ресурсов, поглощенных этим судебным процессом, что сама *Berkey* смогла вывести на рынок конкурирующий со 110-й серией *Kodak* фотоаппарат спустя лишь 18 месяцев после его появления.

Более того, если рынок динамически эффективен и если излишки делятся между производителями и потребителями, конкуренция может быть столь же действенной и *ex post*⁵⁵.

Для данного сущностного затруднения при применении экономической теории к политическим решениям символично то, что даже если справедливо утверждение о способности монополии с учетом сетевого эффекта выйти за пределы, в которых она компенсирует экономию, принесенную в жертву на ранних этапах доминирования⁵⁶, перед теорией, которая формулирует такое утверждение, стоит непосильная задача определения *того момента*, когда оно оказывается истинным. Более того, наиболее частое корректирующее действие — принудительный доступ — должно регулироваться на экономически благоприятных условиях. Антимонопольный орган — принимая теоретическое утверждение о том, что определенная динамика рынков может, при определенных условиях, позволять «старожилу» рынка (*incumbent*) доминировать и после прохождение теоретически оптимальной точки, — становится постоянным контролером цены⁵⁷. Но данные, необходимые для ее определения, никогда не станут доступны регулирующему органу. Кроме того, единственным свидетельством, которое у него есть, остается свидетельство пострадавшего конкурента, чьи потери и конкурент, и регулирующий орган,

⁵⁴ *Etro F.* Competition Policy: Toward A New Approach // European Competition Journal. 2006. Vol. 2. No 1.

⁵⁵ *Demsetz H.* Why Regulate Utilities? // Journal of Law and Economics. 1968. Vol. 11. P. 55.

⁵⁶ См., например: *Janusz J., Saloner G.* Predation, Monopolization and Antitrust // Handbook of Industrial Organization / R. Schmalensee, R. Willig (eds.). 1989. P. 538.

⁵⁷ *Verizon Commissions., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2005).

а также экономист готовы описывать как свидетельство того, что пострадала «конкуренция», а не всего лишь один из конкурентов⁵⁸.

Символично для этой проблемы напутствие, которое дал окружной судья коллегии присяжных по делу *Berkey*:

«Сам по себе тот факт, что *Kodak* не предупредила заранее конкурентов о своей новой продукции, не дает вам оснований признать такое поведение исключительным конкурентов. Обычно у производителя нет обязанности подобным образом предварительно раскрывать свою продукцию. Скрывать новые работы — это обычная и приемлемая деловая практика. Однако если вы найдете, что *Kodak* обладала монопольной властью на рынке фотоаппаратов или на рынке фотопленки, и если вы найдете эту власть достаточно сильной, чтобы сделать невозможной конкуренцию на рынке фотоаппаратов с *Kodak*, не предлагая продукции, подобной кодаковской, вы можете считать отказ от раскрытия сведений в свете иного поведения, которое сочтете антиконкурентным, значимым исключительным способом поведения»⁵⁹.

На самом деле, если бы даже присяжные выяснили, что монополия *Kodak* была «достаточно сильной», чтобы препятствовать конкурентам конкурировать в данный момент с этим конкретным инновационным продуктом на этом конкретном рынке, то данный вывод не сделал бы доступ к новшеству *Kodak* необходимым для конкуренции. Расчеты, необходимые для определения того, является ли отказ от раскрытия «по совокупности обстоятельств» исключительным образом действия, были бы гораздо более сложными, скорее всего требующими сведений, выходящих за пределы доступных и понятных судье и присяжным. Но те свидетельства (наряду с теорией), которые все же доступны и понятны, формируют неверный подход к делу, допуская то, что должно бы быть более общим исследованием динамической эффективности, определяющим, соответствует ли конкретное достижение или конкретный конкурент теоретической модели. Эта сосредоточенность на поиске свидетельств, подходящих для антиконкурентного объяснения, влечет за собой еще одну проблему: слишком большое доверие свидетельствам, связанным с наличием умысла.

Суд в деле *Berkey Photo*, повторяя ход ряда других процессов, установил, что «если образ действия неоднозначен, „большую роль в реальном происхождении и исходе поведения, по отношению к которому ставится вопрос о его антиконкурентности, играет наличие умысла“»⁶⁰. В определенном смысле это, наверное, так, но применение данной максимы к оценке «антиконкурентных эффектов» (необходимого условия в антимонопольных делах), в особенности вместо прямых свидетельств антиконкурентного эффекта, — проблематично. Данная проблема усугубляется в случаях, связанных с инновациями, когда даже деловым людям трудно предсказать эффект производимой продукции или своих действий. «Имеется существенная разница между надежностью свидетельства, привлекаемого для доказательства того, что актер осуществлял определенное умышленное поведение, и свидетельством, привлекаемым для доказательства того, что поведение актора *влечет за собой определенные хозяйственные и правовые следствия*»⁶¹.

⁵⁸ См.: *Lipsky A.B. Jr., Sidak J.G. Essential Facilities // Stanford Law Review. 1999. Vol. 51. P. 1187.*

⁵⁹ *Berkey Photo*, 603 F.2d.

⁶⁰ *Berkey Photo*, 603 F.2d (цитируется *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 436 n.13 (1978) и *Sargent-Welch Scientific Co.*, 567 F.2d. P. 712).

⁶¹ *Manne G.A., Williamson E.M. Hot Docs vs. Cold Economics: The Use And Misuse of Business Documents in Antitrust Enforcement and Adjudication // Arizona Law Review. 2005. Vol. 47. P. 609, 647—648.* Гарольд Демсец делает связанное с этим замечание в контексте хищнического ценообразования: «Снижение цен с целью приобретения новых покупателей наносит соперникам

Вполне адекватно эта проблема сформулирована самим судьей Истер-бруком:

«Почти все свидетельства, касающиеся «умысла», обычно показывают движимое алчностью стремление преуспеть и удовольствие от воспрепятствования конкурентам. Но стремление преуспеть лежит в основе конкурентной экономики. Фирмы не обязаны любить своих конкурентов и радоваться их достижениям, а желание уничтожить соперников вполне совместимо с конкуренцией и часто бывает ее мотивом. ...Критерий умысла не позволяет отличить конкуренцию от попытки монополизации и подталкивает присяжных наказывать жесткую конкуренцию. Также он усложняет разбирательство. Адвокаты перелопачивают деловую отчетность, изыскивая эпизоды, которые впечатлят присяжных. Долгие путешествия по складам компаний в поиске неверных свидетельств удорожают расследование и одновременно снижают точность решений. ...Хотя в редких случаях отсылка к умыслу *в принципе* и способна помочь избавиться от неопределенных фрагментов хозяйственных свидетельств, цена (и в смысле денег, и в смысле ошибок) поиска таких редких случаев слишком высока — в значительной степени потому, что свидетельства, приводимые в доказательство наличия умысла, еще менее определены, чем те хозяйственные данные, которые они призваны прояснить»⁶².

В дополнение к наращиванию неопределенности в антимонопольных оценках, которые и так неопределены, в особенности в контексте инноваций, применение свидетельств умысла усугубляет ту асимметрию, которая лежит в основе подхода, основанного на анализе издержек ошибок. Другими словами, свидетельства умысла действуют как храповик, помогая доказать антиконкурентные действия, но не помогая оправдать инновационное поведение. Параллель с предвзятостью экономической теории налицо, и обе предвзятости усиливают друг друга.

*Microsoft*⁶³. Мало дел оказало такое серьезное влияние на историю и будущее антимонопольной политики, как дело против *Microsoft*. В совокупности, расследования Министерства юстиции США и Европейской Комиссии держали *Microsoft* под подозрением 25 лет и продолжают держать до сих пор. В США *Microsoft* все еще работает на условиях мирового соглашения, в Европе — продолжает досудебное и судебное урегулирование и остается открытым для исков частных лиц и правительств по всему миру.

Для краткости мы не будем касаться всех аспектов дел против *Microsoft*, осветим лишь фундаментальную проблему, которая поднимается в связи с вынесением приговора, касающегося инноваций⁶⁴.

Дело *Microsoft* представляет собой сложную проблему инноваций в двусторонней платформе с сетевыми эффектами. Как мы упоминали, сущност-

столько же вреда, сколько и снижение цен с целью им навредить» (*Demsetz H. Barriers to Entry // American Economic Review. 1982. Vol. 72. P. 47, 54.*)

⁶² *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989)* (курсив оригинала).

⁶³ Хотя настоящая глава сосредоточена на американском деле против *Microsoft*, относящиеся к делу цитаты из релевантных решений как в США, так и в ЕС доступны здесь: *United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)*; *Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, Commission Decision of 24 March 2004* europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf (далее — «Европейское решение»); *European Commission v. Microsoft Corp., Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber), Case T-201/04. Sept. 17, 2007* curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher&d_ocrquire=alldocs&numaff=T-201/04&datefs=&datefe=&nomus uel=&domaine=&mots=&resmax=100 (далее — Решение Суда первой инстанции).

⁶⁴ См.: *Page W.H., Lopatka J.E. Op. cit.*; *Page W.H., Childers S.J. Op. cit.* См. также: *Spulber D.F. Competition Policy and the Incentive to Innovate: The Dynamic Effects of Microsoft v. Commission // Yale Journal of Regulation. 2008. Vol. 25. P. 101.*

ным моментом в делах, касающихся инновационной продукции, является способность к взаимодействию или доступ к интеллектуальной собственности. Касается ли претензия ключевых мощностей, уклонения от заключения договора, отказа от предварительного раскрытия или эксплуатации монополии — суть претензии заключается в предположении, что эффективная конкуренция требует доступа к нововведению монополиста. Это определенно тот случай, когда правительство применило к *Microsoft* некоторые вполне традиционные претензии об исключительном поведении. Но дело против *Microsoft* и подобные дела исходят из того, что инновационная продукция изначально создает проблемы (порождая рыночную власть), требуя правительственного вмешательства для обеспечения конкуренции со стороны конкурентов, которые в противном случае ограничены в своих действиях.

Дело против *Microsoft* свелось, в сущности, к сетевым эффектам. Во-первых, важно отметить, что, согласно современному пониманию, сетевые эффекты являются полезными, хотя в литературе ведется спор о той степени, в которой они вызывают также опасения в части исключительных эффектов⁶⁵. Хотя при определении терминов нередко серьезная небрежность, в особенности при искажающем переводе с экономико-теоретического языка на язык судебных решений, известно критически важное различие между *косвенными* и *прямыми* сетевыми эффектами⁶⁶. С. Лейбович и С. Марголис подчеркивают, что последствия этих двух типов эффектов существенно различаются, в частности демонстрируют, что транзакции с взаимодополняющими товарами (косвенный сетевой эффект) позволяют полностью присвоить выгоды при потреблении взаимодополняющих товаров⁶⁷. Таким образом, несмотря на противоположные утверждения, косвенные сетевые эффекты не являются источником провала рынка, ведущим к технической привязке (*lock-in*), то есть потенциально — к исключительным эффектам⁶⁸.

Дело против *Microsoft* в США строилось на косвенных сетевых эффектах. Самое серьезное обвинение — то, что значительное количество разработчиков, пишущих прикладные программы для запуска под системами *Microsoft Windows*, соответственно, стало «барьером для выхода на рынок прикладных программ», — использует довод о том, что косвенные сетевые эффекты оградили *Microsoft* от конкуренции и создали монопольную власть, требующуюся для того, чтобы суд вынес обвинительное решение⁶⁹. Но аргументы суда здесь менее чем убедительны и основываются на «факте того, что барьер для входа на рынок прикладных программ *демотивирует* многих к написанию программ для менее популярных платформ»⁷⁰. Проблема заключается в определении того момента (если он вообще наступает), после которого это конкурентное преимущество представляет собой непреодолимый барьер для вывода новой продукции и санкционирует монополизацию, а также в определении того, принимаем ли теория к имеющимся фактам.

Похоже, что прямые свидетельства внесли бы коррективу, и, действительно, в *Microsoft* настаивали, чтобы вопрос решался на основе прямых свиде-

⁶⁵ Ср.: *Liebowitz S.J., Margolis S.E.* Network Externality: an Uncommon Tragedy // *Journal of Economic Perspectives*. 1994. Vol. 8. P. 133, с: *Shapiro C.* Exclusivity in network industries // *George Mason Law Review*. 1999. Vol. 7. 673. См. также: *Priest G.L.* Rethinking antitrust in an age of network industries papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031166.

⁶⁶ *Liebowitz S.J., Margolis S.E.* Op. cit.; *Katz M.L., Shapiro C.* Systems Competition and Network Effects // *Journal of Economic Perspectives*. 1994. Vol. 8. P. 93.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Spulber D.F.* Op. cit.

⁶⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 55 (D.C. Cir. 2001).

⁷⁰ *Ibid.* (курсив наш). Окружной суд все же не был столь осторожен.

тельств. Суд, однако, отверг прямые свидетельства, касающиеся монопольной власти *Microsoft*, и руководствовался в основном структурными аргументами, следовавшими из имевшего место «барьера» для вхождения на рынок прикладных программ. Проблема, разумеется, заключается в том, что судебное решение было опровергнуто. Сегодня *Linux* и *Apple* являются значимыми конкурирующими платформами, а *Google* и другие молодые компании (включая, вероятно, несколько неизвестных компаний) накладывают мощные ограничения на монополию *Microsoft*. Даже Лоуренс Лессиг, когда-то участвовавший в данном процессе и бывший одним из горячих сторонников обвинуения, признал свою ошибку, заявив: «Я наговорил лишнего на *Microsoft*»⁷¹.

Экономисты сетей и ее приложении к антимонопольной политике получили достаточное признание к тому моменту, когда рассматривалось американское дело против *Microsoft*. Как минимум, уже имелись важные теоретические достижения Артура, Катца, Шапиро, Салонела и Фаррела, а также большая часть теоретических и эмпирических исследований Лейбовича и Марголиса плюс некоторое количество более ранних работ. Однако этот корпус работ носил в высшей степени теоретический и математизированный характер, а мнения Лейбовича и Марголиса представляли хотя и убедительный взгляд, но противоречащий мнению большинства. Применение этих исследований в деле против *Microsoft* и сопутствовавшее этому применению уменьшение веса прямых свидетельств было, на наш взгляд, ошибкой. Признавая, что природа монополий, основанных на технике, потенциально быстротечна (со ссылкой на Шумпетера), суд, в сущности, игнорировал свидетельства о конкурентных угрозах, приводимые *Microsoft*. Как писали Лейбович с Марголисом в разгар дела против *Microsoft*: «Очевидно, что потенциал злоупотребления такими антимонопольными теориями со стороны конкурентов, неспособных победить на рынке, очень велик, так же как и теориями о хищническом поведении. Поскольку эмпирических свидетельств в поддержку такой теории мало, она выглядит с лучшим случае незрелой, а в худшем — неприменимой в качестве основы для решений по антимонопольным делам»⁷². По сути, от суда требуют выступить в качестве рецензента с правом решающего голоса во внутреннем споре экономистов — в деле, для которого он абсолютно не приспособлен.

Одна из причин сравнительно редкого (что радует) антимонопольного вмешательства в случае инновационной продукции — традиционно высокая ценность новой продукции; кроме того, издержки сдерживания дорогостоящего и рискованного вывода новых товаров на рынок, как и сдерживания высоких и рискованных затрат на нововведения, велики⁷³. По этой же причине весьма рискованно и какое бы то ни было вмешательство регуляторных органов, направленное против инновационных товаров. Дело против *Microsoft* наверняка стимулировалось убежденностью в том, что уникальность и повсеместное распространение продукции *Microsoft* позволят ей не скоро столкнуться с конкуренцией. Как отмечено выше, последующие события продемонстрировали неточность этого предсказания.

Одним из осложнений, упускаемых большинством теоретиков сетевых эффектов и не принятых во внимание в деле против *Microsoft*, является способность корректирующих действий рынка — способность координации потребителей

⁷¹ Lessig L. I Blew It on Microsoft // Wired Magazine. 2007. Jan. www.wired.com/wired/archive/15.01/posts.html?pg=6.

⁷² Liebowitz S.J., Margolis S.E. Network Effects // The New Palgrave's Dictionary of Economics and the Law. 1998.

⁷³ Общий обзор см. в: The Economics of New Goods / T.F. Bresnahan, R.J. Gordon (eds.). 1997. P. 209; см. тж.: Easterbrook F. The Limits of Antitrust.

с целью поощрения изменений в поведении вышестоящей (но менее развитой) сети — преодолеть проблемы данной (сетевой) модели. По Дэну Спалберу:

«Обычное определение сетевых эффектов отсылает нас к росту выгод для потребителя по мере роста числа других потребителей сетевого блага. Я определяю *сетевые эффекты* как вытекающие из более глубинного эффекта: взаимных выгод при потреблении. Он позволяет потребителям заботиться о том, кто еще и в каких количествах потребляет. Обычное определение подразумевает, что потребители заботятся только об общем числе потребителей, и является частным случаем нашего более широкого определения. Для извлечения взаимных выгод от потребления нужна координация между решениями, принимаемыми потребителями. Пессимистичный взгляд заключается в том, что потребители не осуществляют координацию из-за трансакционных издержек, что влечет за собой экстерналии и провал рынка»⁷⁴.

Следствие такого определения — поощрение потребителями (включая новых потребителей) координации в рамках небольших (и больших) потребительских групп. Но Спалбер прав в том, что судьбы и большинство экономистов *подразумевают* отсутствие потребительской координации на сетевых рынках (что влечет за собой предположение о невозможности межсетевой конкуренции, сводящейся к конкуренции за рынок).

Как и в деле *Berkey* (и во всех делах, где предписывалось обеспечить доступ к технологии устоявшегося участника рынка), в процессах против *Microsoft* американский суд — и даже в большей степени Европейская Комиссия и Европейский суд первой инстанции — действовал в убеждении, что соответствующее нововведение само по себе должно быть доступно, чтобы имела место действительная конкуренция. Эта ошибка, конечно, менее распространена в экономических исследованиях, но и они ее не лишены. Довод о том, что конкуренция на каком-либо рынке не может иметь места в условиях реализации инноваций, обладающих потенциалом исключаящего эффекта, выдвигается вновь и вновь, несмотря на то, что ни эмпирические свидетельства, ни экономические исследования его не подтверждают. В реальности, разумеется, даже перед лицом отказа от заключения договоров, отказов от обеспечения совместимости, отказов от предоставления лицензий и сетевых эффектов конкуренты могут найти и находят способ действовать против устоявшихся участников рынка. Как отмечалось, операционные системы *Linux* и компании *Apple*, а также сдвигающая парадигму угроза со стороны *Google* являются мощными сдерживающими факторами для доминирования *Microsoft*, даже если они не были заметны в то время, когда принималось решение по американскому делу против *Microsoft*; серверные компьютерные программы с открытыми исходными текстами на самом деле доминируют на некоторых рынках и продолжают набирать вес против *Microsoft* даже в условиях отсутствия лицензирования интеллектуальной собственности, достаточного для удовлетворения требованиям Европейской Комиссии; технические изменения сделали устаревшей монополию *IBM*, и этот список открыт. Дело, возбужденное по иску конкурента, требующего доступа к существующей технологии и сосредоточенное на таком доступе в качестве своей основы, не обязательно способствует хозяйственной эффективности, поскольку серьезная конкуренция может возникать и без такого доступа.

Окончание следует

⁷⁴ *Spulber D.F.* Consumer Coordination in the Small and in the Large: Implications for Antitrust in Markets With Network Effects // *Journal of Competition Law and Economics*. 2008. Vol. 4. P. 207, 209.