

ПРЕДЕЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЯ*

Фрэнк ИСТЕРБРУК

профессор,
Университет Чикаго

Оіковочіа • Політка

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΡΟΛΙΤΙΚΑ

Целью 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» контрагентами¹. 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,

¹ 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). 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 разумным². Но процессы против слияний в большинстве случаев касались комбинаций, которые повышают эффективность производства, и запрет на слияния привел к росту цен на товарном рынке³. Имеются веские теоретические основания полагать, что издержки других случаев правоприменения также превышают выгоды от них⁴. Разумеется, иногда Верховный суд в явном виде утверждает, что жертвует экономической эффективностью ради достижения других целей⁵. Я не думаю, что такие жерт-

² *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).

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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 спора⁶. *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 торговли⁷. Джереми Бентам и Оливер Уэнделл Холмс закладывают в закон образ «предпринимателей-злоумышленников». Джордж Стиглер разворачивает картину политики, в которой заинтересованные группы «покупают» законы, подавляющие конкуренцию⁸. 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»⁹.

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

⁶ 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.

⁷ «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).

⁸ *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.

⁹ 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).

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 уходить¹⁰. 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»¹¹. 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».

¹⁰ 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.

¹¹ *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»¹², 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 выгода 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 прецедент¹³, а один из членов Конгресса призвал к импичменту главы Антимонопольного отдела, серьезно отнесшегося к «новому учению»^{*14}. «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 отклонено¹⁵.

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

¹³ 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.*

¹⁴ *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.

¹⁵ *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 считал это достаточно сложным, чтобы призвать к применению правила взвешенного подхода, что повергло нижестоящие суды в недоумение¹⁶.

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»¹⁷.

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

¹⁶ Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., 441 U.S. 1 (1979). При исследовании 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).

¹⁷ 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»¹⁸.

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?

¹⁸ 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 модели 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 перепродажи¹⁹. Он

¹⁹ 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 конкуренции²⁰. 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

²⁰ 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...»²¹. 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 задача²².

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»²³.

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.

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

²² 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).

²³ 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 подхода²⁴.

Сложности антимонопольной практики отчасти связаны с двусмысленностью того, что понимается под конкуренцией²⁵. 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*²⁶ 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»²⁷.

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

²⁴ 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.

²⁵ См. *Bork R. The Antitrust Paradox*. P. 58—61.

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

²⁷ «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 услуг²⁸. 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*²⁹. Это лишает содержания правило взвешенного подхода.

Окончание следует

²⁸ 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.

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

ПРЕДЕЛЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПРАВОО ПРИМЕНЕНИЯ

Фрэнк ИСТЕРБРУК

профессор,
Университет Чикаго

Оіковочіа • Політка

OIKONOMIA • POLITIKA

3. Критериальный подход к антимонопольным расследованиям

Значение презумпций

Суды должны последовать за экономистами. Они должны принять ряд простых презумпций, структурирующих антимонопольное расследование. Сильные презумпции будут служить ориентиром для планирующих свою деятельность фирм, подтверждая мнение юристов о том, что некоторые поступки не влекут за собой риска судебной ответственности. Это сократило бы издержки судебного разбирательства, поскольку выделяло бы в качестве решающих определенные вопросы, требующие разрешения.

Если презумпции позволят избежать наказания за применение некоторых нежелательных для общества практик, тогда с ними можно смириться. Запрет *per se* объявляет незаконными целые категории практик, даже при том, что некоторые из этих практик объективно полезны¹. Верховный суд допускает такой перехлест, поскольку все нормы не точны. Экономии от их применения невозможно получить, не неся издержек, вызванных ошибками². Мы допускаем подобные ошибки, поскольку почти все действия, охватываемые запретами *per se*, антиконкурентны и подход, основанный на индивидуальном рассмотрении

¹ См., например: *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 342 (1982), где горизонтальное соглашение осуждается, несмотря на допущение того, что оно сэкономило потребителям миллионы долларов.

² См.: *Ehrlich I., Posner R.A. An Economic Analysis of Legal Rule Making // Journal of Legal Studies*. 1974. Vol. 3. P. 257.

Easterbrook F. The Limits of Antitrust // Texas Law Review. 1984. Vol. 63. No 1.

Окончание. Начало см. в № 5, 2010.

(для предотвращения осуждения эффективных действий, попадающих под такие категории), оставил бы лазейку для слишком большого количества вредных действий. Та же аргументация приводит нас к заключению, что правило взвешенного подхода нуждается в замене более содержательными руководствами для принятия решений.

В каком плане позволительна ошибочность таких норм? По ряду причин более предпочтительны ошибки в плане оправдания сомнительных практик. Во-первых, поскольку большинство форм кооперации эффективны, оправдание отдельной практики, о которой мы не имеем достаточных сведений, вряд ли способно причинить особый вред. Правда, экономическая теория кишмя кишит «теоремами существования», доказывающими, что в определенных обстоятельствах практики, которые в обычных условиях полезны, могут иметь нежелательные последствия. Но одними теоремами существования жив не будешь. Издержки поиска подобных нежелательных случаев весьма высоки. Издержки сдерживания эффективного поведения (побочный продукт при любом поиске нежелательных случаев) также высоки. Когда большинство случаев из некоторой категории поведения конкурентны, нормы судебного разбирательства должны быть «перенастроены» под то, чтобы избежать подпадания под них множества подобных практик в результате слепого стремления осудить несколько антиконкурентных. Если в большинстве случаев практика конкурентна или нейтральна, нормы должны иметь ту же структуру (склоняясь при этом в противоположную сторону), что и применяемые при антиконкурентном характере большинства случаев.

Во-вторых, экономическая система корректирует монополию быстрее, чем судебную ошибку. Не существует способа автоматического отказа от ошибочных решений Верховного суда. Единожды осужденная практика с большой вероятностью таковой и останется, какие бы выгоды она ни приносила. Монополистическая же практика, ошибочно оправданная, в конце концов уступит конкуренции, как только монополю завышенные цены привлекут конкурентов.

В-третьих, во многих случаях издержки ошибочно разрешенной монополии малы, а ошибочно осужденной конкуренции велики. Эффективная практика может сокращать издержки производства каждой единицы производимой продукции, а монополистическая практика влечет за собой потери только в той мере, в какой она ведет к сокращению производства. При обычных допущениях об эластичности предложения и спроса даже небольшой выигрыш в эффективности производства может компенсировать существенный рост цен и связанное с ним сокращение производства³. При прочих равных мы предпочтем ошибочно терпеть сомнительное поведение, чреватое потерями лишь части объема производства, нежели ошибочно осудить полезное поведение, что обернется потерями всего объема производства.

Юридическая система должна разрабатываться для минимизации общих издержек 1) не осуждаемых антиконкурентных практик, 2) осуждаемых или сдерживаемых конкурентных практик и 3) самой этой системы. Понять третью составляющую проще всего. Некоторые практики, хотя и являются антиконкурентными, не стоят того, чтобы их сдерживать. Мы не проводим

³ См., например: *Fisher A.A., Lande R.H., Vandaele W.* Afterword: Could a Merger Lead to both a Monopoly and a Lower Price // *California Law Review*. 1983. Vol. 71. P. 1697; *Williamson O.E.* Economies as an Antitrust Defense Revisited // *University of Pennsylvania Law Review*. 1977. Vol. 125. P. 699. Существует, разумеется, проблема, что фирмы будут тратить ресурсы на поддержание монополии, так что общие потери от монополии могут оказаться гораздо выше, чем треугольник общественных потерь. Однако определить размер этих дополнительных потерь чрезвычайно трудно.

трехнедельных слушаний о штрафах за неправильную парковку. А то, что мы желаем сдержать, мы хотим делать с минимальными издержками. Переход к презумпциям напрямую относится к третьему пункту, а изменение материальной части юридической системы влияет на все три пункта.

Второй пункт особенно важен в том случае, если большинство практик из некоторой категории являются эффективными. Юридическая система, ошибающаяся даже в нескольких процентах случаев, с большой вероятностью «отловит» в основном полезные практики. Если 5% соглашений, ограничивающих деятельность контрагента, вредны, а юридическая система ошибается в 10% случаев, она осудит вдвое больше эффективных соглашений, чем антиконкурентных⁴. Лучше изменить презумпцию, чем нести такой риск. Это четко определил судья Брейер:

Хотя специальная экономическая дискуссия помогает направлять антимонопольное законодательство, это законодательство не может в точности воспроизводить экономические (иногда противоречащие друг другу) рассуждения. Ведь, в отличие от экономики, законодательство является административной системой, эффективность которой зависит от содержания законов и прецедентов только в той мере, в какой они применяются судьями и присяжными, а также адвокатами, консультирующими своих клиентов. Нормы, стремящиеся учесть каждую экономическую тонкость и каждое определение, вполне могут из-за превратностей применения привести к обратным результатам, подрывая те самые хозяйственные цели, которым они призваны служить. Таким образом, несмотря на теоретическую возможность обнаружения случаев, когда горизонтальное или вертикальное фиксирование цен экономически оправданно, суды сочли его незаконным *per se*, заключив, что простота применения перевешивает случайные «хозяйственные» потери. И наоборот, мы должны опасаться того, чтобы норма или прецедент, предписывающие поиск определенного типа нежелательного ценового поведения, не повлекли за собой препятствий для допустимой ценовой конкуренции⁵.

Задача, таким образом, заключается в создании простых норм, которые выведут категории практик, с большой вероятностью являющихся эффективными, за пределы системы правоприменения, оставляя для оценки по правилу взвешенного подхода лишь те, что влекут за собой значительные риски нанесения ущерба конкуренции⁶.

⁴ Доля ошибочных решений может быть весьма высока. В 1983 году апелляционные суды изменили 17,3% всех решений по гражданским антимонопольным искам, и это после того, как было полностью принято допущение, позволяющее судьям или присяжным принимать сомнительные или ошибочные решения об установлении фактов. 1983 AD. OFF. U.S. CTS. ANN. REP. 225. Если доля ошибочных решений только по вопросам права составляет 17%, то насколько более частыми должны быть незамеченные или неисправимые экономические ошибки по сложным вопросам, к которым суды не привыкли?

⁵ *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983) (цитирование опущено).

⁶ В деле *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551, 1569 (1984) четверо судей рекомендовали схожий подход (судья О'Коннор в совместном мнении, к которому присоединились главный судья Дж. Бёргер, а также судьи Пауэлл и Ренквист), а комментаторы были убеждены, что упрощение антимонопольной практики весьма желательно, так что я не одинок в своих рекомендациях. Несколько других примеров, каждый из которых ограничен одним набором антимонопольных вопросов, см. в: *Fisher A.A., Lande R. H. Efficiency Considerations in Merger Enforcement // California Law Review*. 1983. Vol. 71. P. 1580 (применение презумпций для учета в делах о слияниях последствий для эффективности); *Joskow P.L., Klevorick A.K. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy // Yale Law Review*. 1979. Vol. 89. P. 213 (Критерии для исключения дел о хищническом ценообразовании, в которых риски монополизации низки); *Posner R. The Next Step in the Antitrust Treatment...* (применение нормы о легальности *per se* для многих вертикальных соглашений); Note: A suggested role for rebuttable presumptions in antitrust

Некоторые перспективные критерии

В заключительной части настоящей статьи описывается и защищается ряд презумпций. Первые две применимы к любому делу. Другие могут применяться только в том случае, если практики ответчика потенциально экономически выгодны. В совокупности они помогают защитить случаи, когда риск потребительских и хозяйственных потерь достаточно мал и отсутствует необходимость детального рассмотрения и принятия риска того, что такое рассмотрение приведет к ошибочному осуждению или к сдерживанию конкурентной деятельности в случае, если фирмы будут всеми силами избегать опасной области деятельности.

Эти критерии применяются до всяких попыток определения реальной пользы. Вспомним проведенное обсуждение сложности или невозможности определения реальной хозяйственной пользы. Основным назначением подхода с последовательным применением критериев является переориентация антимонопольного правоприменения с определения реальных последствий практик (ведущего суды к осуждению того, чего они не могут понять) на определение того, вредят ли данные практики конкуренции также и потребителям.

Во-первых, от истца следует потребовать представления логичного доказательства того, что фирма или фирмы, практикующие данное соглашение, обладают рыночной властью. Такое доказательство не должно включать сложного определения рынка, подобного тем, что так изматывают суды в делах о слиянии (см. ниже). Во-вторых, от истца следует потребовать доказательства того, что практики ответчика могут его обогатить, нанося вред потребителям. То есть истец должен показать, что у ответчика есть мотив для антиконкурентного поведения и что для корректировки его мотивов необходимы антимонопольные санкции.

Если исследование этих двух вопросов показало, что у данных фирм есть как возможность, так и мотив для антиконкурентного поведения, суд должен определить, является ли ограничение «голословным». Если рассматриваемая договоренность существует сама по себе — например если некая группа фирм согласует цены, но не интегрирует никаких производственных мощностей, — она должна быть признана незаконной. Это функция запрета *per se* картелей. Имеющиеся свидетельства подсказывают нам, что применение данной нормы полезно для экономики, об этом же говорит и экономическая теория. Картели сокращают производство и ничего не дают взамен.

Исследование вопроса о том, является ли ограничение «голословным», требует некоторого знания его последствий. Здесь важнейшую роль играет дело *Broadcast Music*. Суд должным образом пытается понять, заложена ли в данной практике потенциальная польза для конкуренции, способен ли он увеличить эффективность экономики. Только в том случае, если договоренность удовлетворяет этому критерию потенциальной пользы, суд должен переходить к исследованию следующих вопросов.

Следующий вопрос (третий критерий): применяют ли фирмы из данной отрасли различные практики производства и сбыта. Если да, тогда конкуренция между такими практиками должна быть достаточной гарантией пользы. Если фирмы применяют схожие договоренности, суд (и это — в-четвертых) должен

restraint of trade litigation // Duke Law Review. 1972. P. 595; Note: Fixing the Price Fixing Confusion: A Rule of Reason Approach // YALE L.J. 1983. Vol. 92. P. 706 (с обсуждением причин для ограничения запрета *per se* изолированным фиксированием цен). См. также: *Easterbrook F. Vertical Arrangements and the Rule of Reason.*

задаться вопросом, существуют ли свидетельства сокращения производства. Это предполагает 1) оценку изменений объемов производства в краткосрочный период после внедрения практики и 2) оценку того, смогла ли данная практика «выжить» без существенных отрицательных последствий для рыночной доли ответчика. Пятый и последний критерий относится к положению истца, требуя сделать некоторые предположения о последствиях поведения ответчика. Если истец является его деловым конкурентом, то часто можно с уверенностью предположить, что данная договоренность выгодна потребителям.

И только в том случае, если потенциально эффективная деловая практика удовлетворяет всем пяти перечисленным критериям, суду следует предпринимать героическую попытку, предписываемую сегодняшним правилом взвешенного подхода. Применение названных критериев в большинстве случаев сократит сроки следствия, а следовательно, издержки и неопределенность судебной тяжбы. В оставшихся случаях оно структурирует слушания, позволив суду сосредоточиться на наиболее важных вопросах.

Существующие нормы, напротив, требуют в первую очередь рассмотрения вопроса о подпадании под запреты *per se*. Однако за последние годы исследование данного вопроса требует все больше экономических прелюдий. Запреты *per se* больше не сокращают путь к осуждению. Ответчик может показать, что его практика на самом деле эффективна и таким образом не обладает атрибутами, требуемыми для осуждения в соответствии с запретом *per se*. В соответствии с решением по делу *NCAA* ответчик может представить экономическое оправдание даже в случае «голословного» ограничения⁷. Право ответчика демонстрировать полезность [практики] обуславливает его обязанность оценивать конкурентные последствия, к чему привлекают внимание презумпции и второй критерий.

До сих пор существует одна категория случаев, для которых действует запрет *per se*, но издержки поиска примеров из этой категории возросли, когда суды попытались уточнить границы применимости данного запрета. Представляется более разумным начинать с исследования вопросов о рыночной власти и мотивах, а не вопросов, касающихся, по сути, определений. В то же время мы на этом ничего не потеряем. Ценность запрета, действительно являющегося запретом *per se* (то есть осуждение без предоставления ответчику возможности объяснить или оправдать свое поведение), непрерывно падала начиная с 1890 года. Сокращение транспортных издержек расширило рынки, поэтому несколько фирм, как бы ни старались, просто не смогут больше монополизировать масштабные рынки. Возникновение мировых рынков многих товаров весьма затрудняет получение монопольных прибылей даже всеми работающими в США фирмами. Самые последние исследования показывают, что конкурентными сегодня стали даже наиболее концентрированные отрасли⁸. Нарастающая мощь конкуренции, а также осознание того, что коопе-

⁷ См.: *NCAA v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 104 S. Ct. 2948, 2965 (где ограничение называется «голословным»), 2967—2970 (оценка оправданий) (1984); см. также: *Ibid*, 2962 n.26, 2965 n.42.

⁸ См., например: *Kwoka J.E.* The effect of Market Share Distribution on Industry Performance // *Review of Economics and Statistics*. 1979. Vol. 61. P. 101 (как только отрасль насчитывает трех крупных конкурентов, данные говорят о том, что сговор становится невозможным или весьма нестабильным); *Leitzinger J.J., Tamor K.L.* Foreign Competition in Antitrust Law // *Journal of Law and Economics*. 1983. Vol. 26. P. 87 (при присутствии импортируемой продукции концентрация отечественных производителей теряет предсказательную силу в отношении прибылей); *Libecap G.D., Wiggins S.N.* Contractual responses to the common pool prorationing of crude oil production // *American Economic Review*. 1984. Vol. 74. P. 87 (пяти владельцев общего ресурса уже слишком много для стабильного соглашения, если только не поспособствует правительство); *Ravenscraft D.J.* Structure-profit Relationships at the Line of Business and Industry Level // *Review of Economics*

рация может оказывать положительное воздействие способами, которых мы не понимаем и не можем объяснить, диктует сдержанность при осуждении практик без как минимум поверхностного исследования рыночной власти и мотивов. Итак, я перехожу к своим пяти критериям.

1. Рыночная власть. Первым критерием является наличие рыночной власти. Суд должен рассмотреть практики, на которые жалуется истец, и задаться вопросом о том, обладает ли ответчик или ответчики рыночной властью. Если истец возражает против практик одной фирмы, суд должен оценить власть этой фирмы, если оспариваются кооперативные практики нескольких фирм, суд должен поставить вопрос, обладают ли ответчики в совокупности властью при тех совместных действиях, в которых их обвиняют.

Рыночная власть — это способность существенно поднять цены, не теряя продаж в том объеме, который сделал бы это невыгодным. Небольшая власть есть у многих фирм, поскольку их продукция не является вполне заменимой товарами других производителей. Но рыночная власть некоторых фирм значительна. Фирмы, у которых нет рыночной власти, не могут повредить конкуренции, как бы они ни старались. Они могут, прибегая к «антиконкурентной» тактике, нанести вред некоторым потребителям, некоторым конкурентам или самим себе (см. п. 2 ниже). Однако если фирмы не обладают рыночной властью, они не могут постоянно применять вредоносные практики. Конкурирующие фирмы предложат потребителям лучшие условия. Предложения конкурентов покончат с хищническими практиками быстрее, чем судебный процесс. По этой и другим причинам многие суды низших инстанций считают доказательство рыночной власти необходимым первым шагом в любом деле, разбираемом на основе правила взвешенного подхода⁹. Верховный суд постановил, что наличие рыночной власти обязательно для преследования по делам о соглашениях, ограничивающих деятельность конкурента (несмотря на то что ограничение деятельности конкурента номинально остается нарушением закона *per se*), по тем же основаниям, что и представленные нами: если ответчик лишен рыночной власти, другие фирмы могут предложить лучшие условия, и необходимости в судебном вмешательстве нет¹⁰.

Рассмотрим, каким образом кооперация может повредить потребителям и снизить эффективность экономики. Обычным способом является соглашение между конкурентами о поднятии цен (картель). Однако если стороны в таком соглашении лишены рыночной власти, они не смогут снизить производство в отрасли — по крайней мере в той степени, чтобы это обнаружилось в ходе судебного разбирательства. Другие фирмы предложат то, чего хотят потребители, по конкурентным ценам, и вред нанесен не будет. Другие кооперативные практики — бойкот, вертикальная интеграция и ограничения

and Statistics. 1983. Vol. 65. P. 22 (концентрация не связана с прибылью). У каждого из данных подходов есть сложности, не последней из которых является то, что, возможно, данные о бухгалтерской прибыли не являются важным показателем. Но эти и подобные им исследования подсказывают, что парадигма «структура—поведение—результат» — уверенность в том, что определенные условия ведут к сговору и монопольным сверхприбылям, на которой основывается значительная часть антимонопольной практики, — может быть неверна.

⁹ Например: *White & White, Inc. v. American Hosp. Supply Corp.*, 723 F.2d 495, 500—504 (6th Cir. 1983); *Graphic Prods. Distrib., Inc. v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560, 1568—1572 (11th Cir. 1983) (организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами); *Products Liab. Ins. Co. v. Crum & Forster Ins. Cos.*, 682 F.2d 660, 663—665 (7th Cir. 1982); *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982); *Muenster Butane, Inc. v. Stewart Co.*, 651 F.2d 292, 298 (5th Cir. 1981); *Cowley v. Braden Indus., Inc.*, 613 F.2d 751, 755 (9th Cir.), cert. denied, 446 U.S. 965 (1980).

¹⁰ *United States Steel Corp. v. Fortner Enters.*, 429 U.S. 610 (1977).

на дилерство и принудительный ассортимент — могут повышать для конкурентов барьер для входа на рынок. Например, вертикальная интеграция в масштабе отрасли может потребовать от потенциального игрока на рынке входить на него на двух уровнях (скажем, на уровне производства и на уровне сбыта). Это потребует больше времени на подготовку и повысит риски, которые несет потенциальный участник рынка. Но в условиях отсутствия рыночной власти многие из существующих фирм готовы действовать хотя бы на одном из этих уровней. Это делает одновременность входа на рынок на двух уровнях необязательной. Вертикальные соглашения могут вести к снижению производства в условиях нестандартной структуры спроса, но, опять-таки, это зависит от монополизации или высокой олигополизации рынка¹¹. Нет власти, нет и проблемы.

Исследование рыночной власти логически предшествует вопросу о том, является ли ограничение «голословным», и, таким образом, о применимости запрета *per se*. Проведение такого исследования предписывается в случаях соглашений, ограничивающих деятельность контрагента, и должно предписываться в остальных случаях. Не всякая кооперация вредна, и часто сложно определить, является ли ограничение «изолированным» в смысле, предусмотренном запретом *per se*. Когда сотрудничающие фирмы не обладают рыночной властью, их кооперация либо полезна, и тогда она процветает, либо же нет, и тогда она погибнет с переходом продаж к конкурентам. Если у сотрудничающих фирм нет власти, их целью не может быть монополия, и мы должны рассмотреть более вероятное предположение о том, что их договоренность направлена на повышение эффективности.

В отсутствие рыночной власти рынки лучше, чем суды, отличают полезное от вредного. Судьи, пытающиеся оценить качество сотрудничества, склонны к ошибкам, и все эти ошибки будут иметь одинаковые последствия. Если судья осуждает эффективные практики, они исчезнут и выгода от них будет потеряна. Если судьи терпят неэффективные практики, то ошибочно оправданные практики исчезнут под натиском конкуренции. Издержки судебных ошибок несут потребители, теряющие [выгоды от] эффективных практик и ничего не получающие взамен.

История антимонопольного правоприменения переполнена примерами осуждения практик по причине их непонимания, в то время как простое исследование факта наличия рыночной власти доказало бы, что они неспособны причинить вред. *Sealy* была совместным предприятием почти тридцати фирм, производящих матрасы. Она предусматривала территориальное распределение рынка, правила ценообразования и другие аналогичные практики, которые любая вполне интегрированная фирма предписывает управляющим своих заводов. Отрасль производства матрасов не была концентрированной, и ограничения применялись только к матрасам, продаваемым под маркой *Sealy*. Большинство из этих тридцати фирм производили и продавали и другие марки матрасов, конкурирующие с *Sealy*, а кроме того, с ними конкурировала продукция сотен других производителей. Так же, как и любая другая форма организации, ограничения на матрасы под товарным знаком *Sealy* несли определенные преимущества. Они способствовали эффективному производству, сбыту и рекламе — подобные преимущества сегодня вполне очевидны. Верховный суд постановил, что территориальные ограничения на

¹¹ См., например: *Scherer F.M. The Economics of Vertical Restraints // Antitrust Law Journal. 1983. Vol. 52. P. 687; Spence A.M. Monopoly, Quality, and Regulation // Bell Journal of Economics. 1975. Vol. 6. P. 417.*

продажи незаконны *per se*, поскольку являются «горизонтальными»¹². Этот пример формального отношения заставил Верховный суд пренебречь тем фактом, что, горизонтальное или нет, данное соглашение не только не могло повредить конкуренции, но и вполне могло ей способствовать.

Подобным образом Верховный суд признал незаконным соглашение, в соответствии с которым мелкие бакалейщики ввели и разрекламировали собственный товарный знак *Topco*. Эти бакалейщики ограничили территории, на которых могли продаваться товары под этим (но не под другими) товарным знаком. В отрасли торговли пищевыми продуктами конкуренция традиционно жесткая, а доля данных фирм была небольшой. Если бы они слились, то это вряд ли оказало бы сколь-нибудь заметное влияние на отрасль. И в этом случае Верховный суд постановил, что «горизонтальное — значит вредное»; и он вновь осудил поведение, которое могло бы помочь рекламировать продукцию и тем самым повысить конкуренцию в торговле продуктами в целом и которое вряд ли повредило бы потребителям¹³. Даже поверхностный поиск рыночной власти выявил бы, что данные практики либо полезны, либо безвредны.

Исследование вопроса о рыночной власти *не требует* определения «рынка», ставшего проклятием процессов, связанных со слияниями. Обычно поиск «правильного» рынка — затея бесполезная. Продавец 100% некоторого товара не будет иметь рыночной власти, если потребителю доступны заменители данного товара или если конкуренты могут начать его продажи по той же цене. В то же время могут существовать десятки потенциальных рынков, каждый из которых что-либо дает для понимания условий конкуренции.

Определение рынка — всего лишь одно из средств изучения рыночной власти; оно является результатом антимонопольного расследования, а не критерием принятия решения, и его необходимо избегать при малейшей возможности¹⁴. Процесс выявления субститутов для некоторого товара при его производстве и потреблении, а также потенциальных производителей таких субститутов — а именно это и означает определение рынка — помогает суду решить, обладает ли некоторая фирма властью существенно поднимать цены. Иногда это сложный и требующий пристального изучения вопрос, и в этом случае исследование рыночной власти в качестве простого критерия малопригодно. В других случаях уже после беглого рассмотрения очевидно, что [монопольной] власти у фирмы нет. Убедиться в наличии власти можно непосредственным образом. Суд может прибегнуть либо к свидетельству невозможности поднятия цен, либо к свидетельству о взаимозависимости цен на продукцию заказчика и на товары, производимые конкурентами¹⁵. В любом из этих случаев данный критерий позволяет быстро, безболезненно и надлежащим образом завершить процесс.

¹² United States v. Scaly, Inc., 388 U.S. 350 (1967).

¹³ United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596 (1972).

¹⁴ См.: *Areeda P.* Market Definition and Horizontal Restraints // *Antitrust Law Journal*. 1983. Vol. 52. P. 553; *Landes W.M., Posner R.A.* Market Power in Antitrust Cases // *Harvard Law Review*. 1981. Vol. 94. P. 937; United States Department of Justice, *Merger Guidelines-1984* (June 14, 1984), перепечатано в: *Trade Registry Report (CCH) No 655*, at S-1 (June 18, 1984).

¹⁵ Джордж Стиглер и Роберт Шервин напоминают нам, что если цены двух вещей движутся достаточно согласованно, они находятся на одном рынке, и нет необходимости знать, как работает процесс замещения на стороне спроса или предложения, чтобы определить, что производитель небольшой доли товара не обладает властью (*Stigler G., Sherwin R.* The Extent of the Market // *Working Paper No 031 / Center for the Study of the Economy and the State*. 1983). На таком рынке может присутствовать, помимо мыла, и стиральный порошок, рынок может быть национальным или местным, но если мы видим производителя небольшой доли мыла, продающегося в Детройте, мы можем спокойно прекратить расследование. Далее обсуждение продолжается в том же духе.

Ознакомление с некоторыми известными делами показывает, что многие из них можно было бы прекратить, основываясь на этом критерии. Мы уже говорили о процессах против *Sealy* и *Topco*. Дело *Fortner*, касавшееся навязывания условий, ограничивающих деятельность контрагента, длилось более десяти лет, пока Верховный суд наконец не прекратил его на том основании, что фирма, поставляющая менее 1% от национального предложения кредитных услуг на практически атомистическом рынке, не обладает рыночной властью¹⁶. Очевидность этого была не меньшей уже в день подачи иска. Дело *GTE Sylvania*, ключевое для судебной практики по территориальным ограничениям, также длилось более десяти лет. В конце концов, так же как и в начале, стало ясно, что фирма, поставляющая около 5% продаваемых в США телевизоров на рынок с более чем сотней конкурентов, не обладает властью¹⁷. Дело *Standard Stations* касалось договоров об эксклюзивном дилерстве, подписанных нефтеперегонным заводом примерно с 16% АЗС на западе страны¹⁸. У *Standard Stations* было шесть крупных и более семидесяти мелких конкурентов. Данные договоры были краткосрочными, так что торговцы бензином могли очень быстро перейти к другому поставщику (а конкуренты могли конкурировать за АЗС). И в этом случае отсутствие рыночной власти могло быть определено при принятии иска. В данный список можно включить и процессы против *Brown Shoe* (вертикальное слияние, затрагивающее менее 5% неконцентрированного рынка), *White Motor* (соглашение об эксклюзивных оптовых поставках в отрасли, где доминировала *General Motors* и массу других. Федеральная комиссия по торговле одобрила критерий рыночной власти¹⁹, так же должны поступить и суды.

2. *Логическая связь между прибылью и ограничением конкуренции.* Угроза антимонопольного преследования не является единственной причиной, по которой фирмы воздерживаются от определенных практик. Предприниматели опасаются убытков больше, чем финансовых санкций со стороны судов. Коммерческие потери случаются быстрее и с большей неотвратимостью. Рынок выносит свой вердикт автоматически.

Антимонопольное законодательство полезно тем, что делает невыгодными картели и монопольные практики. Угроза судебных санкций работает при помощи угрозы убытков²⁰. Конфискация незаконно полученных чрезмерных доходов заставляет нарушителя нести те убытки, которые он возложил на других, а утроение ущерба компенсирует вероятность того, что нарушение останется незамеченным и ненаказанным. Профилактический эффект предполагает, что фирмы учитывают угрозу убытков. Если они его не учитывают, угроза не работает. Если же они его учитывают, достаточно ограничить антимонопольные возмещения теми практиками, посредством которых фирмы получают прибыль за счет ущерба для конкуренции²¹. Рынок возвращает нарушителю любые убытки, которые он возлагает на других, и делает это быстрее, чем суды.

¹⁶ United States Steel Corp. v. Fortner Enters., 429 U.S. 610 (1977).

¹⁷ Данный процесс, повод к которому послужило прекращение дилерского договора в 1965 году, описан в: Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 694 F.2d 1132 (9th Cir. 1982), on remand from 433 U.S. 36 (1977).

¹⁸ Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949).

¹⁹ General Foods Corp., 3 Trade Registry Report (CCH) 22,142, at 22,977 (1984).

²⁰ Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

²¹ См.: Easterbrook F.H. Predatory Strategies and Counterstrategies // University of Chicago Law Review. 1981. Vol. 48. P. 263, 276—279; Landes W.M. Optimal Sanctions for Antitrust Violations // University of Chicago Law Review. 1983. Vol. 50. P. 652, 669—672; Posner R. The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision // University of Chicago Law Review. 1977. Vol. 45. P. 1, 16—17.

Если связь между антимонопольным нарушением и прибылью ответчика отсутствует, суду нет необходимости налагать санкции. Санкция, наложенная коммерческими убытками, надлежащим образом «накажет» такую практику. Вот почему при расследовании дел о сговоре суды требуют доказательств того, что прибыли ответчиков зависели от монополии²². Таким образом, в некоторых случаях данный критерий уже действует. Поэтому суды и не налагают штрафы на фирмы, выведшие на рынок товары, не пользующиеся успехом (такие как реактивный самолет «*Lockheed L-1011*»). Такие товары приводят к растрате большего количества общественных ресурсов, чем нарушения антимонопольного законодательства, и они могут быть «антиконкурентными» в том смысле, что мешают входить на рынок другим, однако убытки, которыми грозит неудача, достаточны для того, чтобы предприниматели были осмотрительны. А издержки судебного вмешательства высоки — они включают риск ошибочного осуждения интенсивной конкуренции.

Данный критерий не зависит от «веры в рынок» или от любой подобной идеологии. Последствия не каждого неудачного поведения рынки способны преодолеть самостоятельно, и такое преодоление (когда оно имеет место) не всегда происходит быстро и безболезненно. Информация стоит дорого, и рынки несовершенны. Директора фирм могут упорствовать в применении вредных практик в течение некоторого времени, пока убытки не возрастут настолько, чтобы либо менеджерам сдаться, либо акционерам их сместить.

Суть не в том, что коммерческие убытки наказывают за совершенные деловые ошибки оптимальным образом, а в том, что они делают это лучше, чем следующая по предпочтительности альтернатива. Единственной фундаментальной предпосылкой антимонопольной практики является способность конкурентного рынка побуждать фирмы к эффективной деятельности. Антимонопольная доктрина зиждется на уверенности в том, что рынки способны лучше судей или чиновников вознаградить практики, обеспечивающие хозяйственную пользу, и наказать все прочие. Распространенное мнение о том, что если рынки несовершенны, то можно найти что-либо лучшее, является логической ошибкой. Вовсе не обязательно верить в то, что функционирование рынков совершенно, чтобы убедиться в том, что они лучше, чем судьи, наказывают ненадлежащее поведение. Управляющие компаниями не реагируют безошибочно на падение прибыли, но судьи вообще никак не реагируют на ее уровень. Презумпция разумности и добросовестности решений менеджеров в корпоративном праве основана на здравом посыле, согласно которому у судей недостаточно сведений, опыта и стимулов для принятия деловых решений. Судьи поэтому отказываются подменять своими решениями усмотрение менеджеров. В антимонопольной практике судьи точно так же проигрывают менеджерам²³.

²² Например: *Kreuzer v. American Academy of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1487—1488 (D.C. Cir. 1984); *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434, 455—456 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978).

²³ Один суд сделал точное замечание, отклонив антимонопольный иск, несмотря на то, что не был убежден в том, что поведение ответчика было конкурентным или полезным. Этот суд отметил, что определение полезности выходит за рамки интеллектуальной компетенции данного или любого иного суда. В конце концов, окончательным арбитром в вопросе об эффективности и неэффективности рассматриваемого [соглашения] является рынок. Если [ответчик] будет настойчив в предложениях такого [соглашения], а его конкуренты не будут, у рынка останется возможность выбора между ними. То, с чем мы имеем дело, представляет собой договоры, добровольно заключаемые между собой взрослыми людьми и корпорациями. Наверное, они будут действовать таким образом, чтобы максимизировать свое благосостояние, и самонадеянным и вредным было бы пытаться подменить своим суждением о фактах их предполагаемый выбор. (*Consultants & Designers, Inc. v. Butler Serv. Group, Inc.*, 720 F.2d 1553, 1560 (11th Cir. 1983)).

В некоторых случаях видно, как данный критерий мог быть приведен в действие. *Grinnell* приобретала механические амортизаторы для использования в ядерных реакторах. Она заключила двухлетний договор на их поставку с *Pacific Scientific Barry Wright Corporation*, прежний поставщик *Grinnell*, подала в суд жалобу на то, что «исключающий» договор на существенную долю всех амортизаторов, поставляемых на рынок, снизил конкуренцию на данном рынке. В результате снижения конкуренции поставщики амортизаторов подняли бы цену. *Grinnell* сама бы от этого пострадала, поскольку является покупателем, а не производителем. Зачем *Grinnell* наносить ущерб самой себе? Если бы договоры такого рода вредили конкуренции, то обусловленные ими повышенные цены заставили бы покупателей от этих товаров отказаться, а то, что покупатели принимают эти цены, является отличным доказательством эффективности этих договоров²⁴.

Ко многим из вертикальных договоренностей возможен аналогичный подход. Производитель, внедряющий систему поддержания цены перепродажи или территориальные ограничения, позволяет торговцу увеличить торговую наценку. С точки зрения производителя, разница между оптовой и рыночной ценой является «издержками сбыта», которые он стремится минимизировать. При любой оптовой цене производителю желателен как можно меньший розничный ценник, позволяющий продать дополнительное количество товара. Если вертикальное соглашение не создает и не поддерживает картель (а это редкий случай), производитель защищает интересы потребителя. Он не позволяет торговой наценке вырасти, за исключением случая оказания торговцем услуг, оцениваемых потребителем выше, чем разница в цене. Ко многим ограничивающим деятельность контрагента договоренностям также возможен подобный подход. Если фирмы, вступающие в деловые взаимоотношения, сами не поставляют «связанные» товары, у них нет причины вредить конкуренции²⁵.

²⁴ Судья Брейер сделал данное замечание в великолепном трактате, большой фрагмент которого я уже цитировал. Как он объяснял: «У *Grinnell* были все резоны поощрять дополнительную конкуренцию... Будь она уверена, что долгосрочная природа данных договоров серьезно препятствует выходу на рынок новых игроков или подавляет развитие новых источников поставок, сложно понять, зачем ей было предлагать такие соглашения» (*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 238 (1st Cir. 1983)). *Grinnell* могла бы просто смириться с таким соглашением, если бы оно затрагивало лишь малую часть рынка; продавец мог бы компенсировать понесенные *Grinnell* убытки в обмен на помощь в укреплении монополии. Но продавцы не могут вознаграждать таким образом всех покупателей. По крайней мере некоторые покупатели должны уплатить завышенную цену, и такие покупатели будут рады предложениям конкурирующих продавцов по истечении их «исключающих» договоров. См. также: *Car Carriers, Inc. v. Ford Motor Co.*, No 83-1825 (7th Cir. Oct. 2, 1984) (с подобным замечанием).

²⁵ В деле *Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551 (1984) больница требовала от пациентов приобретения услуг по анестезии у группы из четырех анестезиологов, подписавших исключительный договор с этой больницей. Верховный суд постановил, что данная больница не обладала рыночной властью того вида, который необходим для антимонопольного нарушения. Однако даже если бы у больницы и была власть, у нее не было бы оснований применять ее для повышения цены (или снижения привлекательности) услуг по анестезии. Такая больница уже извлекла бы монопольную ренту при эксплуатации операционной. Повышенная плата за услуги хирургов досталась бы анестезиологам, и больница была бы вынуждена снизить цены на свои собственные услуги. Ее забота о собственных интересах гарантировала бы, что она не причинит вреда пациентам за счет навязывания условий. Четверо подавших совместное мнение судей признали это явно, а большинство — неявно, постановив, что «собственный интерес данной больницы... предположительно защищает качество услуг по анестезии» (*Ibid.*, 1568 n.52) — утверждение, равно применимое к ценам и к качеству. «Цена» означает цену за единицу качества; фирма, не имеющая мотива к понижению качества при данной цене, не имеет и мотива к увеличению цены при заданном качестве.

Дополнительные примеры можно найти в предположительно исключающих или хищнических практиках. Логичное объяснение любой исключающей практики кроется в том, что некая фирма, обладающая рыночной властью, реализует стратегию, увеличивающую издержки ее конкурентов. Эта стратегия несет издержки и самому агрессору, но тот планирует возместить их поднятием цен после выдавливания конкурента с рынка или отпугивания потенциального конкурента. Агрессор может снижать цены, и конкуренты окажутся вынуждены снижать их или сокращать объем продаж; агрессор может построить очень большой завод или представить на рынок новые товары, что сделает вход на рынок конкурентов менее привлекательным или снизит привлекательность продукции конкурентов для потребителей; агрессор может поглощать поставщиков, находящихся выше или ниже него в торговой цепочке, заставляя конкурентов искать других поставщиков, и этот список может быть расширен. И эта, и другие стратегии амбивалентны. Низкие цены и крупные заводы могут быть как конкурентными и эффективными, так и исключающими и приносящими ущерб. Нам нужны способы различения конкуренции и исключения, препятствующие наказанию конкуренции. Если данные практики взаимоисключающи, они окажутся выгодными только в случае возмещения агрессором своих издержек. Если возмещение невозможно, нет причин для антимонопольных опасений. Или убытки данной фирмы за период агрессии сами послужат ей наказанием, или ее деятельность окажется эффективной.

Прекрасную иллюстрацию этого дает продолжающееся судебное дело о японских телевизорах²⁶. Истцы утверждают, что за последние 15 или более лет как минимум 10 японских производителей продавали телевизоры ниже себестоимости, чтобы выдавить из отрасли американские телевизоры. Однако такое поведение не может принести прибыль, поскольку вредит конкуренции. Даже если японские фирмы и выдавили некоторых американцев из отрасли, они все равно не смогли бы возместить свои убытки. Убытки на протяжении пятнадцати лет могли бы быть возмещены только очень высокими ценами в течение неопределенного периода. (Такие убытки подобны инвестициям, они должны возмещаться по правилу сложных процентов.) Если бы ответчики попытались поднять цены до столь высокого уровня, они бы привлекли новых конкурентов. В электронике нет барьеров для входа на рынок, что доказывает появление все новых фирм, производящих компьютеры и аудиотехнику. Конкуренция пришла бы со стороны возрождающихся американских фирм, со стороны фирм из третьих стран (телевизоры производят в Корее и во многих других странах)²⁷ и со стороны самих ответчиков. Чтобы возместить убытки, японским фирмам пришлось бы подавить конкуренцию между собой. По теории истца, картель должен просуществовать по меньшей мере 30 лет, дольше, чем любой известный из

²⁶ In re Japanese Elec. Prods. Antitrust Litig., 723 F.2d 238 (3d Cir. 1983), petition for cert. filed sub nonz Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 52 U.S.L.W. 3921 (U.S. June 7, 1984) (No 83-2004).

²⁷ Пятнадцатого апреля 1984 года Комитет по международной торговле постановил, что Южная Корея и Тайвань продают телевизоры в США слишком дешево! В 1983 году из Южной Кореи было импортировано телевизоров на 241 млн долл., а из Тайваня — на 180 млн долл. (49 Fed. Reg. 17,824-25 (1984) (investigation Nos. 731-TA-134 and 135)). Это показывает тщетность любого сговора о снижении цен; возместить потери будет невозможно. (Утверждения о том, что столько фирм из столько стран стремятся терять деньги, продавая телевизоры в США, заставляют предположить какую-то фундаментальную ошибку при исчислении себестоимости судами и Комитетом, но это уже другой вопрос.)

истории даже тех периодов, когда картели не были вне закона. Никто не в состоянии быть уверен в перспективе такого картеля, учитывая мотивы каждой фирмы к снижению цен и расширению продаж. Таким образом, объяснение через «хищничество и возмещение» неприменимо, и мы остаемся с более вероятным предположением о том, что японские фирмы вообще не осуществляли продаж ниже себестоимости²⁸. Они просто участвовали в жесткой конкуренции.

Другой пример: иногда истцы жалуются на то, что их конкурент применяет хищнические практики в отношении одного товара из товарной линии. Недавно в суде рассматривалось дело по жалобе на то, что ответчик, производитель безалкогольных напитков, продавал 850-граммовые бутылки многоразового использования ниже себестоимости²⁹. Допустим, что это так. Данная стратегия не позволила бы ему исключить конкурентов. Они могли бы использовать свои производственные мощности для наполнения бутылок других более прибыльных объемов, и агрессору достались бы только убытки на 850-граммовых бутылках. Суд постановил, что если агрессор не продавал ниже себестоимости все товары из товарной линии, что является единственным способом выдавить конкурента из отрасли, то иск должен быть отклонен. Такой исход соответствует принципу, согласно которому практика, которая не дает возможности извлекать монопольную прибыль, не представляет антимонопольной проблемы.

Многие деловые практики можно спутать с исключаяющим поведением из-за особенностей кривой издержек некоторой фирмы. Внимание к связи между прибылями и монопольными составляющими цен позволило бы разрешить данные проблемы. В ряде отраслей [удельные] издержки падают с возрастанием валового продукта фирмы. Под это условие подпадают прежде всего высокотехнологичные фирмы. Производитель микропроцессоров может обнаружить, что себестоимость микросхемы из первой выпущенной тысячи составляет 100 долл., но по мере увеличения производства он в состоянии производить каждую микросхему с меньшими издержками (экономисты называют это «нисхождением по кривой освоения»). Производитель может продавать микросхемы по 20 долл. в течение первого года и рассчитывать заработать огромные деньги на их продаже по 10 долл. на второй год, когда себестоимость упадет до 5 долл. Это пример преднамеренной продажи ниже себестоимости, и она также может выдавить другие фирмы из отрасли³⁰. Сопоставление цен и себестоимости может быть обманчиво. Проще увидеть, что в данном случае не соблюдается критерий возмещения. Фирма планирует

²⁸ Данный вывод подкрепляется тем фактом, что фирмы не ведут себя так, как вел бы «хищнический картель». Если бы фирмы продавали ниже себестоимости, у каждой из них был бы мотив «сжечь» свою долю продаж и принуждая других нести убытки. На деле же происходит прямо противоположное. Каждая фирма пытается правдами и неправдами увеличить свою долю на рынке. Это предполагает, что каждая единица товара приносит больше, чем предельные издержки.

²⁹ *Vayou Bottling, Inc. v. Dr Pepper Co.*, 725 F.2d 300 (5th Cir. 1984).

³⁰ Продуманные определения себестоимости и цены приводят нас к заключению, что 20 долл. в первый год не ниже себестоимости. Экономист сказал бы, что производитель получил в первый год два «платежа» за каждую микросхему: цену в 20 долл. сразу и неявный дополнительный платеж, равный сумме, на которую продажа еще одной микросхемы уменьшает себестоимость во второй год. Или же экономист мог сказать, что «себестоимость» в первый год намного меньше, чем 100 долл., поскольку альтернативные издержки *отказа* от производства данной микросхемы были весьма высоки: фирма далее теряла бы экономию. Однако маловероятно, что определенные таким образом истинные издержки и цены можно подсчитать или что данная методика будет выглядеть убедительной в суде.

зарабатывать деньги, не поднимая цену, а расширяя производство и снижая издержки. Суд должен признать такую практику законной, не прибегая к оценке соотношения цены и себестоимости, поскольку прибыль данной фирмы не зависит от снижения производства или монопольных цен.

«Кривая освоения» связана с обычной экономией на масштабе производства (объем за период времени вместо совокупного объема). Издатель нового журнала или газеты предвидит продажи дешевле себестоимости в течение 2—4 лет, чтобы достичь объемов, при которых предприятие становится прибыльным. В деловой печати сообщалось, что журнал *Sports Illustrated* компании *Time, Inc.* приносил убытки в течение 10 лет, пока не достиг прибыльности³¹. И вновь сопоставление цены и себестоимости может привести к ошибке. *Time* не рассчитывала на получение прибыли за счет монополии, существуют тысячи других иллюстрированных журналов. Она рассчитывала на прибыли от снижения издержек на одного потребителя и на круг читателей, более привлекательный для рекламодателей. Если бы *Sports Illustrated* выдавил с рынка часть конкурентов, то это могло бы выглядеть как «хищничество»; если бы иск был подан на пятый год, то могло бы показаться, что у истца имеется неопровержимый довод в соответствии с существующей проверкой соотношения цены и себестоимости³². Тем не менее антимонопольный суд должен отсеивать те практики, для которых мала вероятность антиконкурентности³³.

Если бы суды обладали всей полнотой информации и всей мудростью, можно было бы осуждать все неэффективные практики. Угроза антимонопольного преследования заставила бы фирмы быстрее понять свои интересы. Если мы убеждены, что некая практика вредна и должна быть осуждена, то никакой штраф не является слишком высоким и никакое возмездие — слишком поспешным. Но информация, которой обладают суды, неполна, а судебные разбирательства медленны и дорогостоящи. Было бы ошибкой предположить, что в то время, как рынки исправляют деловые ошибки медленно, судьи сделают это быстрее. Следует сравнить издержки и риски обоих вариантов.

Издержки судебного процесса, куда входит цена ошибок, исключаящих применение эффективных практик, требуют мудрости для того, чтобы позволить разобраться рынкам, а не судам с поведением, не приносящим прибыли посредством снижения конкуренции. Если такая практика на самом деле антиконкурентна и не приносит частной прибыли, то со временем она отомрет. Если она выживет, то будет уместно предположить, что она обла-

³¹ Wall St. J., Jan. 23, 1981, at 1, col. 5.

³² Дело *D & S Redi-Mix v. Sierra Redi-Mix & Contracting Co.*, 692 F.2d 1245 (9th Cir. 1982) показывает, насколько обманчивым может быть сопоставление цены с себестоимостью. Ответчик учредил предприятие без профсоюзной ячейки для выхода на рынок цемента для жилищного строительства в Сьерра-Висте (шт. Аризона). В течение девяти месяцев данный филиал продавал бетон ниже «себестоимости», выдавив основного конкурента с рынка. Он «существенно» снижал цены по сравнению с этим конкурентом (*Ibid.*, 1248). Суд признал это нарушением Акта Шермана. Однако так и не было установлено, что данный филиал поднял цены выше прежнего конкурентного уровня. Судя по всему, данный филиал просто сократил издержки (отчасти за счет применения рекламных цен для выхода на большие объемы поставки) и соответственно предложил потребителям экономию. Возможно, ответчик компенсировал потери (хотя на рынке бетона нет входных барьеров). И вот на это суд должен был в первую очередь обратить внимание.

³³ И здесь ФКТ идет впереди, применяя критерий, вполне соответствующий описанному в настоящей статье. См.: *General Foods Corp.*, 3 Trade Registry Report (ССН) 1 22,142, at 22,977 (1984).

дает некими преимуществами в плане конкуренции³⁴. Мы можем пока не понимать этих преимуществ, но доступность для понимания не является условием правомерности.

3. *Широкое распространение идентичных практик.* Теперь я перехожу к критериям, подлежащим применению, если некоторая практика удовлетворила первым двум критериям и устояла перед тщательным исследованием, показывающим, что он может быть полезен для конкуренции. К моменту, когда расследование дошло до этой точки, «голословные» ограничения уже осуждены, а очевидно безвредные практики уже оправданы. Суду предстоит принять решение, касающееся практик, которые могут нести, а могут не нести пользы потребителям. Ему необходимо отделить полезные от вредных.

Большинство из практик, дошедших до этой точки, будут вертикальными ограничениями: соглашениями, ограничивающими деятельность контрагента, ограниченным дилерством и т. п. Все они являются формами частичной интеграции. Они более ограничены, чем полная интеграция, и не длятся так долго, но все же краткосрочно они сокращают конкуренцию. Как на это должен реагировать суд? Один из критериев особенно полезен для таких практик. Если только одни и те же вертикальные ограничения не применяются всеми или почти всеми фирмами из отрасли, дело должно быть прекращено. Обоснование данного критерия заключается в том, что каждое потенциально антиконкурентное последствие вертикального соглашения зависит от повсеместности этой практики. Например, поддержание цены перепродажи или территориальные ограничения могут создать или поддержать картель, только если все фирмы в отрасли применяют идентичные практики. Если *Sylvania* практикует поддержание цены перепродажи, а *General Electric* и *Sony* не практикуют, поддержание цены перепродажи не может способствовать созданию никакого картеля. Торговцы, которые захотят перехитрить торговый картель, будут продавать больше телевизоров *General Electric* по более низким ценам. А если практики не идентичны в отрасли производства, то и здесь поддержание цены перепродажи не сможет способствовать созданию картеля. Весь смысл «практики, содействующей [картелю]» заключается в том, что если каждый выполняет нечто одинаковым способом, это сокращает количество параметров, которые картель должен отслеживать, чтобы исключить обман. Если *нет* того, что каждый делает одинаково, ничему нельзя «содействовать».

Довод о том, что практики вертикальных ограничений могут препятствовать входу на рынок за счет требований от нового игрока выводить на рынок несколько товаров (или на нескольких уровнях), одновременно также зависит от повсеместного соблюдения ограничения. Если производитель-монополист заключает долгосрочные договоры об эксклюзивном дилерстве со своими оптовыми торговцами, его сеть сбыта оказывается «закрыта» для потенциального конкурента. Такой конкурент должен входить на рынок на

³⁴ Ф. Арида предложил, чтобы антимонопольное преследование применялось для осуждения антиконкурентных практик вне зависимости от того, обладает ли нарушитель рыночной властью. Он приводит пример бойкота, исключаящего одну фирму с рынка, на котором остается конкурировать сотня других (*Areeda P. Introduction to Antitrust Economics // Antitrust Law Journal. 1983. Vol. 52. P. 523, 536*). Такой бойкот, утверждает он, должен быть осужден, поскольку «разумно предположить, что деловые люди действуют в собственных интересах и что, несомненно, исключаяющие практики обычно указывают на антиконкурентные последствия» (*Ibid.*). Арида хочет начать с очевидной антиконкурентной практики и вывести из нее пагубный эффект. Но не столь ли логично выводить из очевидного отсутствия рыночной власти то, что данная практика а) вообще не является антиконкурентной или б) сама исправит ошибку? Утверждать, что X с очевидностью антиконкурентно, означает обойти одну из самых сложных проблем антимонопольного анализа.

двух уровнях (и производства, и сбыта) или договариваться о согласованном входе на рынок. Но если в отрасли четыре производителя и только два из них заключают подобные договоры об исключаемом сбыте, потенциальный конкурент найдет группу оптовых торговцев, желающих стать его агентами, если он предложит лучшие условия, что он и сделает. (Вспомним исходное предположение: невозможность входа на рынок новых участников позволяет существующим фирмам взимать цену выше конкурентной. Если существующие фирмы взимают лишь конкурентную цену, нет проблемы в том, может или не может новый участник рынка найти оптовых торговцев.)

Критерий повсеместности практики исключительно действенен. Он отсеивает почти все претензии к методам вертикальных ограничений. Почти на каждом рынке производители применяют поражающие воображение разнообразием практики сбыта. Некоторые осуществляют продажу в нагрузку, а некоторые нет, одни прибегают к ограниченному дилерству, а другие не прибегают. Трудно найти в антимонопольной истории даже десяток случаев, которые смогли бы просочиться через фильтр данного критерия. Чем бы ни объяснялось применение поддержания цены перепродажи, эксклюзивных договоров, принудительного ассортимента или других практик одним производителем, такие практики не могут быть антиконкурентными. Поскольку другие торговцы применяют иные практики, у потребителя всегда есть выбор. Конкурирующие предложения различных товаров и разных практик и представляют собой конкуренцию в действии³⁵.

4. *Последствия для объемов производства и выживания.* Если некоторые соглашения являются антиконкурентными, производство и доля на рынке тех, кто к ним прибегает, должны падать. Это простое следствие из закона спроса и предложения. Если фирма поднимает действующую цену на товар определенного качества, его продажи уменьшатся. Точно так же, если фирма повышает качество продукции не меньше, чем ее цену, ее продажи возрастут. Если повысятся и качество, и цена, продажи могут как возрасти, так и упасть, в зависимости от того, оценят ли потребители повышение качества выше, чем разницу в цене. Вот простой пример: если *Commodore* делает новую улучшенную клавиатуру к своему компьютеру «Commodore 64», она может несколько повысить цену, чтобы покрыть дополнительные издержки. Если продажи возрастут, несмотря на повышение цены, мы поймем, что потребители считают улучшение достойным этого повышения, и даже более того.

Такую проверку можно применять во многих антимонопольных делах³⁶. Посмотрим, что происходит, когда производитель внедряет оспариваемую

³⁵ На практике Верховный суд признал это в недавних делах о навязывании условий, ограничивающих деятельность контрагента. В деле *United States Steel Corp. v. Fortner Enters.*, 429 U.S. 610 (1977) он привел в качестве одного из оснований того, что *United States Steel* не обладает рыночной властью на рынке кредитно-ссудных услуг, возможность других фирм выбирать между соответствием или несоответствием условиям *United States Steel* без опасений столкнуться с искусственными препятствиями. В деле *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 104 S. Ct. 1551 (1984) он подчеркнул тот факт, что некоторые больницы применяют исключаящие договоры с анестезиологами, а некоторые не применяют, как довод в пользу того, что рассматриваемый договор не создавал антиконкурентного принуждения. См.: *Kenworth of Boston, Inc. v. Passar Fin. Corp.*, 735 F.2d 622, 624 (1st Cir. 1984), о том, что применение различными поставщиками различных практик устраняет антиконкурентный потенциал, который имелся бы, если бы одинаковые практики применялись всеми поставщиками.

³⁶ Данный критерий разработан Р. Познером, и в настоящей статье мне нет необходимости вдаваться в его детали (см.: *Posner R. The Rule of Reason and the Economic Approach...* P. 697—701) о том, что возможная неточность проверки объема производства не влияет на суть дела. Если такие случаи достаточно редки, как то предполагает наш анализ, проверка объема производства сохраняет свое значение. Мы ищем критерии, которые являются полезными, а не совершенными.

практику. Пусть остальные факторы, такие как спрос, неизменны. Тогда при доступности данных есть статистический инструментарий выполнения проверки. Если продажи рассматриваемого производителя растут, значит, данная практика имеет преимущества, превышающие издержки. Если они падают, можно предположить (хотя не следует считать это доказанным), что таких преимуществ нет³⁷.

Большинство вертикальных ограничений, похоже, сопровождаются ростом производства. В деле *GTE Sylvania* внедрение территориальных ограничений совпало с расширением продаж и рыночной доли *Sylvania*. Соглашения *United States Steel*, «принуждающие» контрагентов к приобретению продукции совместно с получением кредита, привели к росту продаж готовых зданий и числа кредитных операций. Больница из дела *Hyde* внедрила «навязывание полного ассортимента», открыв свои двери; она росла как *Topsy* и отбирала рыночную долю у других больниц, применявших другие практики привлечения персонала³⁸. В ряде дел об ограничении дилерства, не дошедших до Верховного суда, ответчики представляли в качестве свидетельств сложные экономические исследования продаж и долей на рынке. Насколько мне известно, в каждом случае, связанном с вертикальными ограничениями, применение современных эконометрических методов показывало экономистам, что данные практики вели к расширению производства³⁹.

Иногда оспариваемые практики внедрялись так давно, что данные об изменении объемов производства и рыночной доли уже недоступны. Если так, мы можем подойти к вопросу об объеме производства с другой стороны: выжила ли данная практика? Если некоторая практика создает монопольные прибыли, то фирмы, внедряющие ее, в конце концов уступят свою позицию тем, кто предлагает потребителям лучшие условия. Мы можем определить, имело ли это место.

Сокращение доли на рынке может занять много времени — и на его протяжении фирмы будут получать монопольную прибыль, — но если данная практика приводит к повышению цены, то рано или поздно сокращение произойдет. Даже наилучшее средство повышения цен — слияние с целью монополизации — действует лишь ограниченное время. *General Motors*, *United States Steel* и другие объединения, образованные путем слияния, сегодня представляют собой лишь тени того, чем они когда-то были (по крайней мере в терминах рыночной доли). Фирмы с неуязвимой монопольной позицией, защищаемой патентами, быстро теряют ее после окончания срока действия этих патентов⁴⁰.

Если барьеры для входа на отраслевой рынок низки, мы ожидаем, что утрата позиции будет происходить достаточно быстро. В Руководстве по слияниям Антимонопольного отдела [Министерства юстиции] считается,

³⁷ «Не доказывает», поскольку на рынке в тот же период могли происходить другие события. За изменением продаж может стоять вывод на рынок конкурентом какого-либо популярного товара, а рассматриваемая практика может оказаться безвредной или даже полезной для конкуренции.

³⁸ К моменту, когда данный иск достиг Верховного суда, этот госпиталь, открывшийся в 1971 году, стал четвертым или пятым по величине в Нью-Орлеане и пригородах, продавая приблизительно 6,2% пациенто-дней в данной области. См.: Brief for Petitioners at B-3, Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551 (1984).

³⁹ К сожалению, данные этих исследований пока не опубликованы. Обзор более ранних работ показывает смешанные результаты, при которых ПЦП обычно увеличивает объемы производства, но иногда ведет к картелеобразным последствиям. См.: *Overstreet T. R. Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence / FTC Staff Report*. 1983.

⁴⁰ См.: *Easterbrook F. Predatory Strategies and Counterstrategies*. P. 296 (исследования сбора патентных вознаграждений).

что «достаточно коротким» является двухгодичный срок; этот отдел исследует вопрос о том, сколько дополнительной продукции будет произведено в течение двух лет в ответ на 5-процентный рост цен. Но для некоторых практик двух лет недостаточно. Потенциальные участники рынка учитывают, что внедрившие новый метод сбыта фирмы могут отказаться от него; фирмы могут ошибаться. Конкуренты могут выжидать перед входом на рынок. Сам вход может потребовать времени. Таким образом, в настоящее время пятилетний срок стал бы лучшим ориентиром, чем двухлетний.

Предлагаемый критерий, таким образом, заключается в том, что если фирма или группа фирм применяют некоторое соглашение непрерывно в течение пяти лет и не испытывают серьезного уменьшения своей рыночной доли, то расследование в отношении такой практики следует прекратить. Пять лет — произвольный срок. Продолжительность данного периода может зависеть от сложности входа на отраслевой рынок с учетом барьеров (издержек, которые несут новые фирмы, но не несут уже существующие), от препятствий на пути входа (издержек, которые останутся безвозвратными, если вход не состоится, — важный фактор при принятии любого стратегического решения о входе) и от задержек входа (срока, который займет вход на рынок даже при небольших препятствиях и отсутствии барьеров). Чем ниже барьеры, препятствия и чем короче задержки, тем меньший срок должен выжидать суд до принятия решения о том, что вход на рынок новых участников уничтожит любую антиконкурентную практику.

Как бы мы ни определяли «выживаемость» практики, самым разумным выводом будет то, что выживающая практика постоянно приносит выгоду потребителям⁴¹. Долгосрочные вертикальные соглашения обычно не поддаются объяснению в качестве практик, поддерживающих картели. Картели как таковые редко выживают в течение пяти лет. Хотя вертикальные соглашения могут замедлить вход на рынок новых участников, они не делают его невозможным. К моменту истечения пятилетнего срока большинство из потенциальных входов на рынок уже произойдет. Если данная практика выживает в течение пяти лет, то, скорее всего, она полезна; если не выживает, то рынок покончит с ней быстрее, чем суд. Антиконкурентные деловые практики обычно не доживают до своего осуждения.

5. *Положение истца.* Антимонопольное законодательство разработано с целью предотвратить сокращение производства и соответствующее повышение цен. Однако рост цен приносит частные выгоды производителям. Фирмы стараются по возможности поднимать цены. Один из способов сделать это — возложить на конкурентов дополнительные издержки, поскольку, когда издержки конкурентов повышаются, цены на рынке растут. (Цена устанавливается относительно издержек того производителя, издержки которого выше при том, что он остается на рынке.) Для поднятия издержек конкурентов может пригодиться антимонопольное преследование⁴². Объявление судом

⁴¹ Это переворачивает сложившийся подход. Сегодня суды снисходительны к практикам, применяемым новыми участниками рынков, но склонны осуждать те же самые практики, если они применяются после того, как фирма выросла. Поскольку рост фирмы зависит от эффективности применяемых ею практик, получается, что суды смотрят на вещи ровно наоборот.

⁴² И действительно, некоторые высказывали предположение, что антимонопольное законодательство, подобно другим регуляторным программам, является итогом сражения за убежище от конкуренции. См., например: *Telser L. G. Genesis of the Sherman Act // Management under Government Intervention: a View from Mount Scopus Greenwich, Conn.: 1984. P. 259.* Если Акт Шермана имеет целью способствовать всеобщему благосостоянию, почему другие государства не регулируют конкуренцию теми же способами, что и мы? Но попытки верификации гипотезы о лоббировании не

некоторой эффективной деловой практики незаконной повысит издержки производства, поскольку конкурент будет вынужден перейти к другой, более дорогой практике. Возложить дополнительные издержки можно и еще более простыми способами: в качестве издержек ведения дел выступают и утроение ущерба, и юридическая поддержка, и издержки изменения деловых планов, позволяющих обойти угрозы антиконкурентного преследования, и отвлечение времени и сил руководителей от производства к участию в судебных разбирательствах. Именно из-за потенциала поднятия издержек традиционным ответом на преследование в отношении соблюдения договоров или патентов выступают встречные обвинения в антиконкурентном поведении.

Антимонопольное преследование служит способом поднять издержки конкурента благодаря своей асимметричной структуре стимулов. Издержки преследования со стороны истца меньше, чем со стороны ответчика. От истца требуется только подать жалобу и предоставить свои документы. Если выиграет истец, эти судебные издержки будут возложены на ответчика. Ответчику, в свою очередь, угрожают утроение ущерба и судебный запрет, не считая собственных судебных издержек и даже судебных издержек истца. Бремя предоставления документов в основном возлагается на ответчика. Обычно ответчик — более крупная фирма, которой сложнее осуществлять поиск в своих бумагах и готовить относящуюся к делу документацию.

Из-за асимметричности издержек возлагать издержки на конкурентов посредством антимонопольного преследования может быть дешевле и эффективнее, чем при помощи политического и административного ресурса. Фирма, стремящаяся огородить себя от конкуренции политическими средствами, несет большую часть расходов. Она должна справиться с трудностями организации политической коалиции. На стороне конкурентов находятся преимущества инерции и нестабильности; политическая победа может оказаться краткосрочной. При судебном преследовании, наоборот, большая часть издержек и рисков ложится на ответчика, и победа истца может оказаться долгосрочной. Решения по антимонопольным делам не могут быть отменены посредством внесения и принятия поправок.

Таким образом, важно уменьшить привлекательность антимонопольного преследования как способа увеличения издержек конкурентов, сохраняя при этом его действенность как средства защиты потребителей. Одно из разграничений, которые стоит провести, это различие между исками со стороны конкурентов и со стороны потребителей. Коммерческие конкуренты заинтересованы в поднятии цен, в то время как потребители — в их снижении. Литература полна свидетельствами об исках, поданных конкурентами, целью или следствием которых были сокращение конкуренции и рост цен⁴³. Министерство юстиции, признавая, что иски, подаваемые органами власти,

были успешными. См.: *Stigler G.J.* The Origin of the Sherman Act // *Journal of Legal Studies*. 1985. Vol. 14 (хотя политическую поддержку Акту Шермана оказали в основном малые производители, а не потребители, нет свидетельств того, что они выиграли за счет других производителей).

⁴³ См., например: *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967); см.: *Bowman W.* Restraint of Trade by the Supreme Court: the Utah Pie case // *Yale Law Journal*. 1967. Vol. 77. P. 70; *Elzinga K.G., Hogarty T.F.* Utah Pie and the Consequences of Robinson—Patman // *Journal of Law and Economics*. 1978. Vol. 21. P. 427. Под данную категорию также подпадает большая часть дел, касающихся исключаящих практик (хищническое ценообразование, выведение на рынок новых товаров, продажа в нагрузку и связанное с этим поведение). См. также: дело *ECOS Elecs. Corp. v. Underwriters Laboratories, Inc.*, No 83-2734 (7th Cir. Aug. 29, 1984), в котором истец подал антимонопольный иск и потребовал от суда запретить *Underwriters Laboratories* удостоверить безопасность товара конкурента. Суд отнесся к этому как к очевидной попытке использовать антимонопольное преследование для подавления конкуренции.

также могут ограничивать конкуренцию, пересматривает действующие решения по антимонопольным разбирательствам⁴⁴. Суды не могут пересматривать свои решения по собственной инициативе, но они должны остерегаться создавать новые ограничения. Поэтому они должны относиться к искам от горизонтальных конкурентов с повышенной осторожностью⁴⁵. Они должны полностью отклонять определенные категории исков между конкурентами, а к остальным искам между конкурентами относиться очень бдительно.

Одна из категорий исков, которые вообще не должны рассматриваться, это иски, касающиеся сниженных цен. В этом случае иск направлен на защиту от конкуренции, и его отклонение должно быть автоматическим. Данное предложение отчасти реализуется решением по делу *Brunswick*⁴⁶. Истцом в данном процессе выступал зал для игры в кегли, оспаривающий поглощение фирмой *Brunswick* других таких залов. Истец жаловался, что покупка позволила удержаться на рынке некоторым подобным заведениям, которые в противном случае разорились бы, отклоняя таким образом ход дел в пользу *Brunswick* и снижая цены. Суды нижней инстанции признали поглощения незаконными (поскольку рыночная доля *Brunswick* выросла) и присудили истцу возмещение недополученной прибыли в тройном размере. Верховный суд быстро разобрался с делом, указав, что антимонопольное преследование слияний обусловливается повышением, а не снижением цен и что поэтому убытки истца возмещению не подлежат. Все деловые практики влекут за собой перераспределение и потери — и наиболее успешные влекут за собой бóльшие потери, — но антимонопольная практика не предоставляет гарантий от потерь, обусловленных конкуренцией.

Доктрина «антимонопольного характера убытков», сформулированная в деле *Brunswick*, получила распространение и за пределами дел о слияниях⁴⁷. Однако обычно она лишь ограничивает возмещение и тем самым уводит от реальной проблемы. Данная доктрина является ответом на то, что часто соблазн возмещения убытков (или возможность поднять издержки конкурентов) побуждает истцов преследовать поведение, являющееся конкурентным. Такие иски увеличивают издержки вне зависимости от того, выигрывает ли истец, а с учетом неизбежных ошибок принятия ошибочных решений в антимонопольных процессах такие иски влекут за собой осуждение полезного поведения. Лучшим способом исправить это является обобщение подхода, выработанного в деле *Brunswick*.

Наилучшим примером этого выступает иск *Chrysler* против совместного предприятия *General Motors* и *Toyota*, договорившихся о производстве

⁴⁴ Многие антимонопольные иски подаются регуляторными органами. Министерство юстиции применяет антимонопольные иски для предания окружным судам функции ведомств, регулирующих отрасли, на «непригодности» конкуренции в которых настаивает Антимонопольный отдел, но в отношении которых политический процесс не сработал. См., например: *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 22 (1945); *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912) и нескончаемое преследование фасовщиков мяса. Приблизительно 53 антимонопольных решения до 1979 года принято по искам регуляторных органов (*Posner R., Easterbrook F.* Antitrust. 2nd ed. 1981. P. 761—763). Это значительно больше, чем количество отраслей, регулируемых в соответствии с законом.

⁴⁵ Это покрывает массу дел. Одно исследование обнаружило жалобы на фиксирование цен или территориальный раздел рынков горизонтальными конкурентами (самые важные случаи с точки зрения изначальных целей антимонопольного законодательства) лишь в 5% частных исков (*National Economic Research Associates. A Statistical Analysis of Private Antitrust Litigation. 1979* (отчет Секции антимонопольного права Американской ассоциации юристов)).

⁴⁶ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

⁴⁷ См., например: *J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp.*, 451 U.S. 557 (1981).

на заводе в Калифорнии малолитражных автомобилей. ФКТ расследовала это соглашение больше года, подозревая, что совместное предприятие выступало прикрытием для более широкого сотрудничества и привело бы к сокращению совокупного производства фирмами *General Motors* и *Toyota*. Если совместно производимые автомобили заменили бы независимо производимые каждой из двух фирм или их производство привело бы к сокращению импорта автомобилей *Toyota*, то такой эффект имел бы место. ФКТ, *General Motors* и *Toyota* наконец пришли к мирному соглашению, ограничивающему масштабы кооперации. *Chrysler*, в свою очередь, подал в суд на совместное предприятие.

Все, что суду необходимо определить, это положение истца. Для соглашения между *General Motors* и *Toyota* имеется два объяснения: согласно одному, эти фирмы сговариваются о сокращении производства и повышении цен, а согласно другому, они нашли путь к объединению своего опыта для производства нового автомобиля с более низкими издержками, чем при самостоятельном производстве силами любой из них. (Третье предположение заключается в обходе ограничений на импорт, с теми же следствиями, что и второе предположение.) Если верно первое предположение, *Chrysler* окажется в выигрыше. Он выиграет от повышения цен без необходимости снижать свое производство. Если верно второе предположение, *Chrysler* проиграет из-за снижения цен и потери в продажах. Иск *Chrysler* доказывает, что он рассматривает в качестве правильного второе предположение. Поскольку только первое предположение подводит предприятие под антимонопольное преследование, в самом иске содержится основание для его отклонения. По тем же причинам отклонению подлежит любой другой иск, подаваемый против слияния или совместного предприятия деловым конкурентом⁴⁸.

Примерно такие же рассуждения применимы к искам о хищническом ценообразовании, подаваемыми фирмами, не уходящими с рынка. В некоторых из таких исков от суда явным образом требуется приказать деловым конкурентам поднять цены, и подобные иски можно сразу отклонять⁴⁹. Обычная теория хищнического ценообразования (которое в этом отношении идентично любой другой исключаящей практике) состоит в том, что на первом этапе агрессор наносит непоправимый урон конкуренту, выбивающий того с рынка, чтобы на втором этапе получить монопольную прибыль. Однако если конкурент не уходит, то на втором этапе он будет продавать по тем же ценам, что и агрессор. Если цены так и не становятся монопольными, иск не удовлетворяет второму критерию, поскольку от своего поведения агрессор не получает прибыли. Однако часто нелегко определить, поднимает ли поведение агрессора цены. Если ценовые последствия не поддаются определению, иск, поданный остающимся на рынке конкурентом, также должен быть отклонен. Истец продает на сегодняшний день по тем же ценам, что и ответчик. Если образ действия агрессора приносит ему монопольную прибыль, он приносит ее и истцу. Для истца нецелесообразно возражать против деловой практики, ведущей к подобным результатам. Идеальной ситуацией для истца было бы одновременно получать как монопольную

⁴⁸ По непонятным причинам окружной суд не стал отклонять иска *Chrysler* (*Chrysler Corp. v. General Motors Corp.*, 1984-1 TRADE CAS. (CCH) 66,021 (D.D.C. May 29, 1984)).

⁴⁹ Хорошим примером является дело *Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S.E. Johnson Co.*, 729 F.2d 1050 (6th Cir. 1984). Истец утверждал, что ответчик установил цену ниже себестоимости истца, хотя и не ниже средней себестоимости ответчика, с «умыслом» выбить истца с рынка. Суд усмотрел, что истец ищет защиты от конкуренции со стороны конкурента с меньшими издержками, и отклонил иск.

прибыль сегодня, так и возмещение потерь, понесенных им в период агрессии. Но если ответчик намерен остаться на рынке, этой цели достичь нельзя. Возмещение убытков сделало бы подобные эпизоды — которые, в соответствии с предположением, принесли нетто-прибыль как истцу, так и ответчику, — невыгодными для ответчика. Истец не захочет убивать курицу, несущую золотые яйца. Таким образом, из факта подачи иска суд должен заключить, что нетто-последствием поведения ответчика было снижение, а не рост цен.

Многими другими истцами также движут несправедливые мотивы. Антимонопольные иски, подаваемые жертвами предложений о поглощении, часто имеют целью защиту позиций их руководителей или подъем цены поглощаемой фирмы, а не защиту потребителей от роста цен. Жертвы поглощений могут подавать такие иски, даже если единственным результатом поглощения было бы повышение эффективности объединенной фирмы. Жертвы поглощений являются, таким образом, ненадлежащими истцами⁵⁰.

Подозрительны иски, подаваемые покупателями или продавцами производственных активов. Иногда одно лицо продает активы другому по цене, зависящей от последующих сделок или от прибылей, а затем жалуется, что активы нашли антиконкурентное применение. Всеми такими истцами движут несправедливые мотивы. Если они вознаграждаются путем исчисления процентов от продаж и активы применяются монополистическим образом, тогда их вознаграждение увеличивается, а не падает. Поэтому иски, подаваемые продавцами активов, обычно содержат обвинение в недопродажах или недоиспользовании, что сокращает получаемое ими вознаграждение⁵¹. Все проблемы с монополией, всплывающие в таких исках, обусловлены тем, что активы оказываются в руках фирмы, способной повышать цены за счет снижения объемов производства. Адекватным противодействием является иск регулирующего органа, требующий изъятия капиталовложений в соответствии со статьями 7 и 16 Акта Клейтона. Продавец от низких цен не страдает. Его интересы заключаются в том, чтобы вынудить покупателя продавать по неэкономично низким ценам, чтобы увеличить поступления и соответственно свои проценты. Разочарованные продавцы вправе прибегать к оспариванию исполнения договора. Но утроение ущерба по иску о недостаточном продвижении в соответствии с антимонопольным законодательством подрывает действенность применения договорного права. Утроение ущерба привело бы либо к уменьшению торговли изобретениями, поскольку фирмы снижали бы риски антимонопольного преследования, либо к уменьшению процента выплат изобретателям, чтобы субсидировать излишнее продвижение их изобретений. Любое из этих последствий уменьшит эффективность хозяйствования. (Если же неоптимальна нынешняя норма договорного права об однократном возмещении, менять нужно договорное законодательство, а не рассматривать иски, касающиеся исполнения договоров, в соответствии

⁵⁰ Так постановили несколько судов, например *Central Nat'l Bank v. Rainbolt*, 720 F.2d 1183 (10th Cir. 1983); *A.D.M. Corp. v. Sigma Instruments, Inc.*, 628 F.2d 753 (1st Cir. 1980); *Carter Hawley Hale Stores, Inc. v. The Limited, Inc.*, 587 F. Supp. 246 (C.D. Cal. 1984); см. также: *Easterbrook F., Fischel D. Antitrust Suits by Targets of Tender Offers // Michigan Law Review*. 1982. Vol. 80. P. 1155—1156. Однако имеются и противоположные решения.

⁵¹ См., например: *McDonald v. Johnson & Johnson*, 722 F.2d 1370 (8th Cir. 1983). В этом деле у истца была доля в продажах, и он утверждал, что ответчик создал монополию путем ограничения производства с использованием приобретенного актива (в данном случае — изобретения). Истец требовал возмещения убытков и судебного приказа, предписывающего ответчику более активную рекламу данного изобретения.

с антимонопольным законодательством.) Практически те же соображения требуют отклонения антимонопольного иска, подаваемого потенциальным покупателем или продавцом производственных активов⁵².

Некоторые особенно решительные истцы пытаются использовать антимонопольные процедуры для достижения монопольных цен. Один такой истец жаловался, что ему не предоставили выгодную франшизу, и суд решил, что данный иск был требованием предоставить монополию⁵³. Другим добиться исполнения подобного требования, похоже, удалось. Частыми нарушениями являются иски в связи с прекращением дилерских договоров. Дилеры часто утверждают в подобных исках, что система [сбыта] производителей незаконна, поскольку предусматривает ограничение цены перепродажи или иным способом ограничивает конкуренцию между дилерами. Прекращение договора, утверждают такие дилеры, предусмотрено, чтобы реализовать данное ограничение. Дилер требует возмещения недополученной прибыли — утроения ранее получаемой или экстраполированной маржи между оптовой и розничной ценой. Однако если данная система дилерства незаконна, то эта маржа находится на монопольном уровне. Истец не может добросовестно требовать утроенного возмещения потерянной монопольной прибыли.

Что еще хуже, дилер, договор с которым прекращен, скорее всего «нарушал» данные ограничения — например несколько снижал цены по сравнению с предписанными требуемой ценой перепродажи. Таким образом, объем продаж до прекращения договора с этим дилером был обусловлен данными ограничениями, и именно это снижало конкуренцию со стороны других дилеров, а не его умение выжить в конкурентной борьбе. Ущерб от недополученной прибыли в случаях дилерства мало связан с хозяйственными издержками вертикальных ограничений, и суды должны быть осторожны, чтобы не вызывать соблазна получения монопольной прибыли и подавать ненадлежащие иски. Когда одного дилера сменяет другой, исчисление ущерба зависит от ценовых последствий для потребителей. Если такое замещение является реализацией монопольной власти или вызывает повышение цен, возмещение должно основываться на размере такого повышения, умноженном на объем соответствующих продаж. Может оказаться удобным позволить отстраненному дилеру представлять интересы потребителей, но мотивы дилера будут добросовестны, только если суд исчисляет ущерб соответствующим образом. Возмещение «упущенной монопольной прибыли» ведет к чрезмерному сутяжничеству и — неизбежно — к решениям, снижающим готовность производителей внедрять эффективную систему сбыта.

Заключение

Антимонопольное законодательство является несовершенным средством регулирования конкуренции. Оно несовершенно, поскольку мы редко осведомлены об адекватном уровне конкуренции, поскольку ни судьи, ни присяжные не слишком хорошо справляются со сложной экономической аргументацией и поскольку многие истцы заинтересованы скорее в снижении, чем в укреплении конкуренции.

⁵² См., например: дело *Bayou Bottling, Inc. v. Dr Pepper Co.*, 725 F.2d 300 (5th Cir. 1984) (следующее прецеденту *Brunswick* при отклонении иска разочарованного покупателя).

⁵³ *Almeda Mall, Inc. v. Houston Lighting & Power Co.*, 615 F.2d 343 (5th Cir. 1979), *cert. denied*, 449 U.S. 870 (1980); *Mid-Texas Communications Sys. v. AT&T*, 615 F.2d 1372, 1391 (5th Cir.), *cert. denied*, 449 U.S. 912 (1980); *Walker v. U-Haul Co.*, 734 F.2d 1068, 1072—1074 (5th Cir. 1984); *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Bldg, Inc.*, 737 F.2d 698, 708—709 (7th Cir. 1984).

Запрет *per se* не является адекватным решением данных проблем. Осуждение *per se* основывается на заключении о том, что все или почти все члены некоторой категории практик являются неэффективными, однако к такому заключению мы не можем прийти относительно каких-либо практик, отличных от изолированных горизонтальных ограничений. Традиционное правило взвешенного подхода оказывается ограниченным пределами антимонопольного правоприменения. Оно предполагает, что судьи могут черпать информацию из источника еще не существующего экономического знания, и игнорирует издержки принятия судебных решений (включая издержки, проистекающие из ошибочного или намеренного осуждения эффективного поведения). С этим нужно что-то делать.

Это «что-то» является заменой имеющихся методов антимонопольного анализа последовательностью простых критериев. Каждый критерий должен разрабатываться для одобрения эффективного поведения и осуждения лишь тех практик, которые с большой вероятностью сокращают производство и поднимают цены. Основанный на критериях подход близок подходу, основанному на запрете *per se*, в том, что осуждение должно выполняться по категориям, а не по отдельным практикам. Судьи должны устанавливать нормы, учитывая, что одной из издержек принятия решений в соответствии с нормой является ее возможная чрезмерная или же недостаточная общность.

Данные критерии имеют дело с отдельными составляющими антиконкурентных практик. Если отсутствует рыночная власть, если ответчик не в состоянии получать прибыль за счет сокращения производства или если его поведение не удовлетворяет какому-либо из остальных критериев, значительных проблем для конкуренции оно не создает. В то же время абсолютная точность недостижима, и уместной оказывается презумпция добросовестности деловой практики. Цена исследования конкурентных последствий каждой деловой практики в каждом отдельном случае велика. Эта цена включает риск запрета некоторых эффективных практик и сдерживания применения других. То, что мы сегодня получаем за эту цену, ее не стóит.