

ОТРАСЛЕВАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА

А. В. Макаров¹,

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» (Москва, Россия)

ПЕРЕХОД К ПРАВИЛУ ВЗВЕШЕННОГО ПОДХОДА (ROR): ПРЕИМУЩЕСТВА И РИСКИ²

В данной статье рассматривается активно происходящий переход к правилу взвешенного подхода (Rule of reason (ROR) в антимонопольной политике применительно к соглашениям, ограничивающим конкуренцию. Во многих зрелых юрисдикциях (США, ЕС) произошло существенное ограничение сферы действия подхода per se (запрет по букве закона, основанный на типе соглашения и его формальных признаках) в пользу правила взвешенного подхода, при котором решение о допустимости конкретного соглашения принимается на основании анализа его эффектов. В этой связи данная статья предлагает проанализировать опыт данных юрисдикций в становлении правила взвешенного подхода, кратко показана хронология перехода для соглашений разного типа (применительно к горизонтальным, вертикальным соглашениям). Обозначена роль дискуссий в экономической теории в этом процессе, обобщена аргументация, обосновывающая расширение использования оценки эффектов для целей конкурентной политики. Вместе с тем в статье рассматриваются проблемы столь масштабного расширения сферы использования правила взвешенного подхода с учетом проблем правовой неопределенности, предмета обвинения, возрастающих рисков ошибок второго рода.

Ключевые слова: антимонопольная политика, антимонопольное законодательство, безусловный запрет (per se), правило взвешенного подхода (ROR), сговор, вертикальные ограничивающие соглашения (ВОС).

RULE OF REASON (ROR): GAINS AND RISKS

This article discusses the rapid formation of the Rule of Reason (ROR) approach in antitrust policy in the field of anti — competitive agreements. In many countries (the US, EU) there was a significant reduction of the use of per se approach (prohibition on the base of formal

¹ Макаров Андрей Владимирович, младший научный сотрудник Института анализа предприятий и рынков, преподаватель факультета экономических наук; e-mail: avmakarov@hse.ru

² Статья подготовлена в рамках программы фундаментальных исследований проекта ЦФИ НИУ ВШЭ ТЗ-1. Автор выражает огромную благодарность профессору С. Б. Авдашевой (ВШЭ) за помощь в подготовке статьи, ценные рекомендации и замечания.

characteristics) in favor of the ROR approach, nowadays agreements are usually permitted or prohibited on the basis of the analysis of positive and negative effects. The article analyzes and summarizes the experience of these jurisdictions in the development of the ROR approach, the chronology for agreements of various types (horizontal, vertical agreements). The role of discussions in economic theory in this process was provided the argumentation for the expansion of effects evaluation. At the same time, the article examines the problems of this transformation, taking into account the problems of legal uncertainty, growing risks of type 2 errors.

Key words: antitrust policy, competition act, per se, Rule of reason (ROR), collusion, vertical agreements (VA).

Введение

Среди ключевых проблем как в экономической теории, так и анти-монопольной политике выделяется оптимальное соотношение между принципами абсолютного, безусловного запрета угрожающих общественному благосостоянию соглашений (принцип per se запретов) и в широком смысле правилом взвешенного подхода (Rule of reason, ROR), в рамках которого оценке подлежит не само по себе формальное содержание соглашения, но баланс его эффектов. Такое прямое противопоставление имеет некоторые черты обобщения, при более детальном рассмотрении можно выделить дополнительную классификацию степени рассмотрения эффектов [Katsoulacos, Avdasheva, Golovanova, 2016, с. 4]. В том или ином виде правило взвешенного подхода применяется в большинстве юрисдикций, однако говорить о единообразии применения не приходится. Так, во-первых, масштаб применения ROR сильно различается для соглашений разного типа, как горизонтальных, так и вертикальных. Во-вторых, огромную роль играют формулировки самих критериев взвешенного подхода, на основе которых возможно оправдание компаний. В зависимости от юрисдикции это могут быть как непосредственные выгоды покупателей в виде снижения цен, так и куда более неоднозначные действия — от развития мелкого и среднего бизнеса, до повышения экологичности производства и т.д. Следующим вызовом является реализация в правоприменительной практике прописанного дизайна взвешенного подхода. Готовность суда или органа конкурентной политики выслушивать аргументы компаний в свою защиту и способы оценки данных аргументов может различаться сильнее, чем законодательство.

В рамках данной статьи предлагается проанализировать масштабный процесс перехода к правилу взвешенного подхода на примере зрелых юрисдикций — в первую очередь США, а также Европейского союза, которые во многом предопределили переход и в странах переходной экономики, пошедших по пути активного импортирования институтов

[Макаров, 2014]. В первой части статьи кратко обобщается и анализируется хронология перехода для соглашений разных типов, показана аргументация экономической теории, которая обосновывала необходимость отхода от практики безусловных *per se* запретов, в том числе в контексте снижения рисков ошибок первого рода. Под ошибками первого рода традиционно понимается неоправданное наказание компаний или запрет соглашений, под ошибками второго рода, напротив, понимается ситуация, когда виновная компания уходит от ответственности [Шаститко, 2013b]. Вместе с тем данный постепенный, но в итоге очень масштабный поворот в сторону принципа ROR не мог ограничиться только положительными эффектами. В этой связи во второй части статьи рассматриваются проблемы и риски, связанные с переходом к правилу взвешенного подхода.

История формирования правила взвешенного подхода (ROR) — правоприменение и экономическая теория

Дискуссия о степени безусловности антимонопольных запретов соглашений и критериях допустимости с учетом положительных эффектов в США разворачивается с начала реализации активной антимонопольной политики. Подходы и принципы неоднократно менялись, большую роль сыграла начиная с 70-х гг. Чикагская школа [Hart, 2001]. Подход Чикагской школы (John McGee, Lester Telser, Ward Bowman, Robert Bork, Richard Posner) во многом победил в резком сужении *per se* запретов, в первую очередь для ВОС [Дзагурова, 2013], хотя нельзя сказать, что в том объеме, как предлагали представители школы [Kobayashi, Muris, 2012].

Проблемы оценки эффектов рассматриваются в значительном числе работ в области экономической теории и антимонопольной политики, среди важных работ следует упомянуть работы Shapiro (1989), Arthur (2000), Verouden (2003), Connor (2004), Levenstein, Suslow, (2006), Popofsky (2006), Frezal (2006), Baker (2007), Crane (2009), Kaplow (2011), Katsoulacos, Ulph (2012), Sokol (2014), Vincenzo (2014) и многие другие. Среди основных направлений дискуссий можно выделить как минимум два ключевых направления:

- 1) использование взвешенного подхода для горизонтальных ограничивающих соглашений (ГОС) в контексте НИОКР и инновационной активности;
- 2) использование взвешенного подхода для иных, в том числе вертикальных ограничивающих соглашений (ВОС) в контексте повышения эффективности взаимоотношений участников цепочки, поставщиков и дилеров.

Необходимо отметить, что в принципе существуют рекомендации об отказе от правила взвешенного подхода в пользу совокупности принципов

per se запретов и per se разрешений [Blecker, 1975; Easterbrook, 1992]. Одним из важнейших рисков при широкой имплементации ROR становится проблема правовой неопределенности, особенно для стран, где институты только формируются. Katsoulacos, Ulph (2012) выделяют три состояния определенности — отсутствие правовой неопределенности (фирмы знают, как регулятор оценит действия, какую информацию использует, способы оценки и т.д.), частичная неопределенность (фирма не знает, как регулятор оценит соглашение, но знает реальный вред от своего соглашения и может строить свои ожидания исходя из данной информации), полная неопределенность (не знает ни вреда, ни оценки со стороны регулятора). Особенно эта проблема актуальна для стран переходной экономики, когда антимонопольные нормы меняются часто и нет устоявшейся практики их применения.

В то же время можно согласиться с оценкой многих исследователей [Dau-Schmidt et al., 2000; Manne, Wright, 2016; Christiansen Kerber, 2006; Katsoulacos, Ulph, 2009; и т.д.], что в настоящее время в экономической теории у большинства исследователей все же сложился консенсус о необходимости оценивать эффекты соглашения по крайней мере в контексте ВОС, в то время как для ряда типов ГОС может быть достаточно безусловных запретов. Иногда в качестве третьего базового подхода выделяется еще подход Quick look [Lemley, Leslie, 2007], в рамках которого обвиняемый должен показать суду минимальные положительные эффекты, если ему это удастся, тогда начинается полноценный анализ эффектов в рамках ROR, если нет — то дело попадает «в корзину» per se рассмотрения.

Использование взвешенного подхода в отношении классических горизонтальных соглашений (ГОС) — Шумпетерианская гипотеза. Наиболее уязвимыми для взвешенного подхода и «оправдания», конечно, остались горизонтальные соглашения между компаниями — конкурентами на одном рынке, особенно те, которые классифицируются как Hardcore-картели (фиксирование цен, сговор на торгах и т.д.).

Существуют традиционные аргументы против горизонтальных соглашений, смягчающих конкуренцию на рынке, начиная от повышенных цен и потерь DWL до проблемы X-эффективности. Возможным положительным эффектом достаточно сложно перевесить эти угрозы. Можно смоделировать ситуацию, когда появление сговора на рынке может улучшить ситуацию и экономия на издержках превысит потери общества, что может означать эффективность сговора. Такой пример приводит Landes (1983) в случае с рядом расположенными нефтяными компаниями, когда объединение усилий и снижение добычи может быть общественно эффективным и не допускать истощения бассейна. Но такого рода ситуации скорее являются исключением.

Другая аргументация связана с неценовыми выигрышами. Fershtman, Pakes (2000) показывают, что общество может выиграть от сговора даже при условии повышения цен за счет разнообразия и качества товаров в долгосрочном периоде. Аналогично Kranton (2003) утверждает, что отраслевые ассоциации, смягчающие ценовую конкуренцию и иногда облегчающие сговор, могут быть полезны с точки зрения обеспечения качества продукции, чему не может способствовать жесткая ценовая конкуренция.

В то же время еще со времен классической работы Йозефа Шумпетера (1942) существует оправдание монополизации рынка с точки зрения не аллокативной, но динамической эффективности, когда временная монопольная прибыль является необходимым стимулом для эффективности предпринимателя, для реализации НИОКР, в отличие от ситуации более близкой к совершенной конкуренции, когда цены не превышают издержки настолько, чтобы сгенерировать средства на НИОКР. Но подтверждается ли Шумпетерианская гипотеза на практике?

Как пишет Shapiro (1989), вопрос общественного выигрыша является сложным и многофакторным, он полагает возможными общественные выигрыши в случае совершения фирмами значимых инвестиций. Aghion et al. (2005) отмечают, то по результатам эмпирических исследований уместно выдвигать предположение о U-образной кривой зависимости инновационной активности от уровня конкуренции. Активная антимонопольная политика может быть особенно эффективна в отраслях, где «победитель получает все», или же на быстро растущих рынках, где особенно важна интенсивность конкуренции за внедрение инновации [Baker, 2007].

Обобщая ряд эмпирических исследований, посвященных влиянию сформировавшихся картелей на инвестиции, НИОКР и прогресс в отрасли, Levenstein, Suslow (2006) приходят к выводу, что в целом нельзя ни опровергнуть, ни подтвердить Шумпетерианскую гипотезу, действительно существуют примеры как сговора, повлекшего за собой стабилизацию отрасли и значительные инвестиции в НИОКР, так и примеры сговора, которые нанесли значительный ущерб общественному благосостоянию.

Как отмечают Jacquemin, Slade (1989), даже если априори признать вред от горизонтальных соглашений в рамках производственной эффективности, необходимо внимательно изучить все последствия монополизации, включая вопросы распределительной эффективности, занятости, возможных выгод в рамках внешнеторговых отношений и т.д. Авторы отмечают, что и рынок с очень жесткой ценовой конкуренцией «враждебен к техническому прогрессу», не оставляя компаниям средств на НИОКР. Таким образом, ключевым вопросом в рамках принципа ROR становится не то, способна ли монополизация сгенерировать необходимую для R&D прибыль, а существуют ли необходимые институциональные условия, чтобы сти-

мулировать компании использовать эту прибыль таким образом. Manne, Wright (2016) показывают на исторических примерах, как излишнее антимонопольное вмешательство может подрывать стимулы к инновациям и выигрыши общества, но ведь и полное оправдание монополизации рынков при наличии инноваций не может быть выходом. Вероятно, можно согласиться с авторами, а также Lemley, Leslie (2007), что в таких случаях важным критерием может служить появление принципиально новых продукта или технологии. В противном же случае, при так называемых *naked restrictions* (т.е. не связанных с появлением новых продуктов или технологий), более оправданным может быть подход *per se*.

В целом для ГОС мягкость взвешенного подхода требует осторожного применения с учетом и издержек расследования. В этом смысле подход *per se*, будет оправдан в случаях, когда дополнительный сбор данных будет для общества слишком затратным и предпочтительнее использовать имеющиеся данные и юридическую логику принятия решений. Beckner, Salop (1999, с. 68) подчеркивают, что в практике ФТС проблема издержек расследования контролируется достаточно жестко. Так, для горизонтальных соглашений применяется принцип аккуратного и весьма ограниченного использования довода о наличии общественных выгод.

В итоге в США запрет на картели *per se* установился фактически в 1920-е гг. [Connor, 2004], другие юрисдикции также тяготеют к такому подходу [Шаститко, 2013, 2015], оставляя возможности в случаях экспортных картелей [Авдашева, Шаститко, 2012] и радикальных технологических усовершенствований, исключения делаются и для совместных предприятий (*joint ventures*) [Lemley, Leslie, 2007].

Использование взвешенного подхода в отношении иных соглашений, вертикальных соглашений (ВОС). Процесс утверждения правила взвешенного подхода для ВОС проходил постепенно. Сначала переход произошел для неценовых ВОС, далее и для ценовых соглашений, отношение к которым традиционно было более осторожным [Авдашева, Дзагурова, 2010].

В рамках экономической теории к ВОС утверждался благосклонный подход, не требующий значительных инвестиций в НИОКР. При этом подчеркивалось, что соглашения между компаниями на разных уровнях цепочки, поставщиками и дилерами, часто не просто являются взаимовыгодными, но и повышают общественное благосостояние, разрешая многие проблемы от двойной надбавки до защиты прав интеллектуальной собственности. Постепенно взвешенный подход к ВОС утверждается и в правоприменении. В результате в США такие вертикальные соглашения, как навязывание покупателю дополнительного товара (*tying*), эксклюзивное дилерство, скидки в связи с долей рынка (*market share rebates*), скидки за комплект товаров (*bundled discounts*), скидки за объем, в настоящее время имеют значительные шансы для оправдания в рамках ROR

[Crane, 2009]. Преимущественно разрешенными стали и такие практики, как ограничение цен с целью вытеснения конкурентов (*limit pricing*), модификация продукта (улучшение) с препятствием для входа новичков, хищническое ценообразование (*predatory pricing*) [Popofsky, 2006].

Но такая ситуация была далеко не всегда, в США был период, когда ROR фактически подменялся системой поиска оснований для *per se* запретов и использовался лишь при неудачном исходе этого поиска [Arthur, 2000], в том числе и для ВОС.

Процесс либерализации для ВОС был совсем небыстрым. Нужно сделать важную оговорку, что огромную роль играли именно суды (в частности, Верховный суд США), вынося прецедентные решения, которые в дальнейшем определяли в целом развитие правоприменения.

Так, в начале XX в. на поддержание цен перепродажи (RPM — *Resale price maintenance*) в США применялся запрет *per se* (после решения по делу *Dr. Miles*, 1911). Здесь можно выделить две ключевые логики. Во-первых, нарушение свободы торговли, так как считалось, что производитель фактически пытался регулировать продажу того, что ему уже не принадлежит [Turner, 1962]. Во-вторых, ВОС такого рода рассматривались как некая альтернативная схема картеля, замена горизонтальных соглашений между дистрибьюторами [Авдашева, Дзагурова, 2010; Ren, 2014]. Также в совокупности с другими ВОС (например, *tying*) данный механизм позволяет не допускать конкурентов на рынок [Tor, Rinner, 2010]. В оправдание RPM обычно приводится аргументация в логике Телсера (1960) о решении проблемы стимулирования дилеров, оказании специальных услуг. Смягчение ценовой конкуренции в целом способно усилить конкуренцию между брендами, также иногда минимальная цена перепродажи может поддержать небольших дистрибьюторов за счет обеспечения минимальной маржи прибыли, а также снизить риски дилеров в условиях нестабильного спроса.

Принцип взвешенного подхода к такого рода соглашениям складывался постепенно, в первую очередь за счет законов штатов о свободе торговли, которые могли признавать такую практику законной. Окончательный переход к ROR для RPM утвердился после 2007 г., после решения по делу *Leegin* [Tor, Rinner, 2010; Ren, 2014], в рамках которого суд пришел к выводу о необходимости глубокого анализа таких соглашений — степени их распространенности на рынке, движущих сил соглашения, рыночной власти продавца и дистрибьютора. При этом если ритейлер навязывает такие соглашения, то суд склонен оценивать соглашение более критично — как свидетельство сговора ритейлеров либо механизм поддержания рыночной власти неэффективного участника рынка. Хотя для некоторых штатов принцип запретов может и отличаться от федеральной [Авдашева, Дзагурова, 2010].

Во времена запрета RPM некоторым аналогом таких соглашений выступали MAP-соглашения (Minimum Advertised Price), в рамках этих соглашений производитель возмещал продавцу часть расходов на рекламу, если товар рекламировался по цене не ниже, чем оговоренная. Поскольку такие соглашения более гибки в отношении дилеров, переход к ROR для них произошел раньше, уже в 1987 г. в логике повышения эффективности цепочки [Kali, 1998].

Далее был отменен *per se* запрет для таких видов соглашений, как *tying* и *joint ventures* (если компании не являются прямыми конкурентами на рынке), благодаря позиции Верховного суда [Werden, 2009]. Что вполне согласуется с общими выводами экономической теории — так, Чикагская школа настаивала на *per se* разрешении соглашений *tying*, Гарвардская школа склонялась к запретам только в случае существенных рисков вытеснения конкурентов с рынка [Elhauge, 2009].

Взвешенный подход в США утвердился и относительно вертикальных территориальных ограничений в контексте смягчения информационной асимметрии, транзакционных издержек и проблемы безбилетника дистрибьюторов [Dutta et al., 1999]. Хотя контракты такого рода способны нанести и ущерб в случае значительной рыночной власти, а именно возможно ограничение входа новичков, вынужденных применять такого же рода схемы, смягчение конкуренции дистрибьюторов способно привести к смягчению конкуренции и производителей, смягчение асимметрии информации может плохо сказаться на потребителях в контексте ценовой дискриминации и т.д. Переворотом стало дело *Sylvania* (1977) [Lemley, Leslie, 2007], после которого и утвердился взвешенный подход к таким соглашениям [Авдашева, Дзагурова, 2010].

Исключительное дилерство также рассматривалось преимущественно в рамках *per se* запретов, в случае долгосрочных контрактов и широкого распространения на рынке это рассматривалось как существенный барьер для входа новичка [Turner, 1962]. Однако в дальнейшем данная практика получила свое оправдание в первую очередь для случая производителя-новичка, который хочет окупить свои издержки за счет более эффективной системы сбыта и больших усилий дистрибьюторов [Marvel, 1982].

Таким образом, постепенно в США произошел в конечном счете масштабный переворот в рассмотрении большого числа ВС от запрета *per se* к ROR во второй половине века, а далее в каком-то смысле и к ситуации *per se* разрешения [Sokol, 2014].

Что касается Европейского союза, то речь скорее идет об аналогичном противопоставлении подходов «category-based» и «effect-based enforcement», при этом «effect-based enforcement» отчасти схоже с принципом ROR, но с большим вниманием не к калькуляции баланса выигрышей и потерь общества, а к цели соглашения — направлено ли оно было на ограничение

конкуренции или имело другие цели. При этом Hardcore-картели традиционно запрещаются как в рамках *per se* запретов в США, так и в рамках *category-based enforcement* в ЕС, по букве закона.

В Европе важнейшим делом, после которого началось активное использование *effect-based enforcement*, можно считать кейс с компанией Saba (1977) [Verouden, 2003], в ходе которого суд пришел к выводу, что вертикальные соглашения, ограничивающие конкуренцию, могут быть признаны допустимыми для обеспечения качества обслуживания клиентов с учетом специфики рынка. Но в то же время суд подчеркивал, что такого рода дилерские контракты не могут ограничивать конкуренцию в большей степени, чем это нужно для гарантий качества, а также нельзя допускать, чтобы совокупность дилерских контрактов делала невозможным вход новичка на рынок.

Для практики Европейской комиссии важнейшим фактором запрета соглашений стал процесс интеграции участников в единый рынок. В этой связи комиссия может весьма серьезно реагировать на любые попытки компаний по обособлению рынка национального. Другими факторами, обосновывающими запрет соглашений, стали пристальное внимание к юридической форме заключенных соглашений, а также склонность анализировать именно антиконкурентные эффекты. Однако постепенно в отношении вертикальных соглашений происходила дальнейшая либерализация [Christiansen Kerber, 2006], в 1999 г. были приняты документы, вводящие 30%-ный порог *De Minimus*, защищающий от обвинения компании с низкой рыночной долей (за исключением ряда соглашений, в частности поддержание цен перепродажи), а также детализирующие критерии оправдания соглашений в терминах эффективности — оговаривались развитие неценовой конкуренции, открытие новых рынков, инвестиции в специфические активы, экономия от масштаба в дистрибуции и т.д. В результате формируется тенденция к запрету соглашений только при рыночной доле, превышающей 50% [Агамирова, 2016]. Более жесткий подход остается в отношении минимальных RPM [Авдашева, Дзагурова, 2010].

В результате в ЕС складывается так называемый *More economic approach* [Roeller Stehmann, 2006] как к ВОС, так и к другим областям антимонопольной политики, например, слияниям, подразумевающий приоритет экономических аргументов и анализа эффектов над формальными характеристиками.

Переход к правилу взвешенного подхода и проблемы и риски реализации политики

Таким образом, запреты соглашений на основе правила взвешенного подхода во многом становятся нормой антимонопольной политики, хотя

есть юрисдикции, где можно говорить о сохранении системы преобладания *per se* запретов без доминирования экономического анализа эффектов, в частности, такая ситуация характерна для России [Avdasheva et al., 2016; Avdasheva, 2016; Макаров, 2016]. Вместе с тем и российское законодательство предусматривает возможность расширения использования взвешенного подхода (в частности, ст. 13 Закона «О защите конкуренции»), так, в рамках данного принципа было оправдано соглашение о трубах большого диаметра [Шаститко, Голованова, 2014; Shastitko, Golovanova, Avdasheva, 2014]. А значит, в перспективе можно ожидать повышения степени реализации данных правовых норм и уклона в больший анализ эффектов. Важно проанализировать, какие риски и неблагоприятные последствия для конкурентной политики могут последовать в случае расширения масштабов применения ROR.

Наиболее сильно изменились стандарты применения запретов в отношении ВОС. Однако переход для ВОС при сохранении жесткого подхода к ГОС может порождать своеобразные парадоксы с учетом проблем при интерпретации типа соглашения. Как отмечает Nachbar (2013), в результате порой одинаковые по своей сути ГОС и ВОС встречают совершенно разную реакцию — *per se* запрет в первом случае и доминирование принципа ROR во втором. Этой лазейкой иногда пользуется защита в делах о коллективных бойкотах, выставя дело как ВОС, а не ГОС [Lemley, Leslie, 2007]. Также авторы приводят пример, как одно дело может рассматриваться и с точки зрения *tying* (применяется запрет при наличии рыночной власти), и с точки зрения *predatory pricing* (*per se* legal), и с точки зрения иных вертикальных соглашений (с доминированием анализа в рамках ROR). Таким образом, при столь сильной дифференциации подходов к соглашениям разных типов особую роль играет квалификация обвинения, и одно и то же дело может решиться совершенно по-разному в зависимости от предмета обвинения. Эта проблема очень актуальна в России уже сейчас [Авдашева, Шаститко, 2015] и получит дополнительное развитие в случае расширения принципа ROR.

В то же время возникает необходимость имплементации ROR в общую систему целей и принципов реализации антимонопольной политики. Во-первых, возникает проблема соизмеримости «стоимости» отсутствия ошибки и стоимости потраченных на исследование ресурсов, интенсивность использования взвешенного подхода означает не просто повышение обоснованности решений регулятора, но и существенные расходы на экономический анализ рынков, соглашений, привлечение консультантов и экспертов и т.д., что не является тривиальной задачей при бюджетных ограничениях регулятора, особенно в странах переходной экономики. Значительных усилий требует и анализ с точки зрения потенциальной возможности реализации других стратегий [Meese, 2003]. Даже если ком-

пании удалось доказать положительные эффекты соглашения, то как доказать, что те же самые последствия не могли быть достигнуты при менее обременительных для конкуренции действиях? Существенной проблемой гибкости ROR становится и роль групп интересов, которые могут более активно определять параметры государственного вмешательства с учетом извлечения ренты [Christiansen, Kerber, 2006].

Следует отметить и проблему соразмерности санкций в новых условиях. Как отмечают [Katsoulacos, Ulph, 2012], на практике при использовании ROR регулятор начинает накладывать существенно большие штрафы, чем при абсолютных запретах. С одной стороны, это можно назвать необходимостью для сдерживания нарушений, так как более гибкий режим санкций может сформировать у компаний недостаточные стимулы к соблюдению запретов. Но с другой стороны, возникает вопрос — оправданно ли сильно наказывать компании за действия, которые не являются априори запрещенными и не могли оцениваться фирмами изначально как таковые?

В целом при переходе от режима доминирования *per se* к ROR мы, с одной стороны, можем избежать ошибок первого рода, с другой стороны, особенно для ситуации с формирующимися институтами конкурентной политики, возрастают риски ухода от ответственности виновных фирм [Дзагурова, 2013]. Однако сама проблема выбора между различными рисками носит отчасти мировоззренческий характер. Например, может возникать дилемма между аллокативными задачами антимонопольной политики, максимизацией излишка потребителей и, с другой стороны, дистрибутивными задачами в контексте оптимального распределения прибыли в цепочке [Nachbar, 2013].

Обсуждается приоритет защиты возможности новичка войти на рынок. Как отмечали представители Фрейбурской школы [Verouden, 2003], при выстраивании антимонопольной политики важно защищать скорее условия конкуренции, нежели непосредственные результаты конкуренции. Однако приоритет защиты новичка или, например, приоритет оценки изменения излишка потребителя в конкретном случае могут привести к противоположным выводам регулятора о допустимости соглашения. Проблема стандартов благосостояния в целом начинает играть принципиальную роль, когда происходит отход от формальных подходов к запретам. Не только в теории, но и в практике существуют разные взгляды на приоритет благосостояния потребителей (*consumer welfare*) или общего благосостояния (*total welfare*). Сама по себе концепция *Consumer Welfare* и стандарты ее применения были активно постулируемы экономистом Робертом Борком (1978). Борк понимал *CW* в терминах аллокативной эффективности, способности отрасли удовлетворить потребности покупателей на максимальном уровне с учетом технологических ограничений. Другое

дело, что существуют широкие интерпретации CW, направленные на жесткий запрет соглашений, например, в терминах защиты малого бизнеса [Vincenzo, 2014]. В достаточно существенном числе случаев, разумеется, выводы разных стандартов благосостояния могут совпадать [Karlow, 2011], сложнее, когда рекомендации оказываются противоположными, и тогда решение регулятора может лежать на пересечении многих аргументаций, не только в контексте антимонопольной политики, но и в контексте промышленной политики, политических приоритетов и т.д.

Резюмируя, можно следующим образом обозначить возможные достоинства и недостатки, связанные с расширением использования подхода Rule of reason в борьбе с антиконкурентными соглашениями.

Таблица 1

Обобщение аргументации

Аргументы за активное использование ROR	Проблемы и риски при переходе к ROR
— снижение рисков ошибок первого рода — повышение роли экономического анализа при принятии антимонопольных решений, ограничение сугубо юридической аргументации в разрешении споров — стимулирование инновационной деятельности фирм, внедрения НИОКР — расширение возможностей стимулирования действий дистрибьюторов и повышения эффективности взаимодействия участников производственной цепочки — учет в рамках принятия решения барьеров входа, возможностей новичка и степени рыночной власти укоренившихся компаний — отход от формального общего подхода в сторону анализа сложившейся ситуации на конкретном рынке	— рост риска ошибок второго рода — рост затрат на сбор доказательств и экономическую экспертизу — проблема выбора между стандартами благосостояния, в том числе анализ благосостояния потребителей (consumer welfare) или общего благосостояния (total welfare), принятие решения в случае противоположных выводов стандартов благосостояния — повышение роли квалификации обвинения и интерпретации типа соглашения — проблема соразмерности и эффективности санкций в условиях взвешенного подхода — рост правовой неопределенности как при оценке соглашения регулятором, так и при оценке судом — отход от унификации правоприменения в сторону повышения роли экспертной оценки — повышение роли «не-антимонопольной» аргументации при принятии решений — от роли групп интересов до логики промышленной политики, политической целесообразности

Заключение

В настоящее время в конкурентной политике многих юрисдикций произошел постепенный, но в итоге существенный пересмотр принципов антимонопольных запретов соглашений. Для многих типов соглаше-

ний произошел отказ от запретов по букве закона, основанных на формальных и юридических характеристиках, в сторону запретов на основе оценки общественных выгод и потерь, целей соглашений. В США данная трансформация произошла последовательно для многих типов соглашений в виде отказа от *per se* запретов в пользу правила взвешенного подхода (ROR). Для Европейского союза произошел сдвиг от принципа *category-based enforcement* к *effect-based enforcement*, аналогичные процессы происходят и в странах переходной экономики в ходе импортирования антимонопольных институтов.

В статье предлагается анализ и обобщение перехода к правилу взвешенного подхода, показана его хронология и логика, роль экономической теории в обосновании большего анализа эффектов для целей конкурентной политики. Показано, что в большой степени сложился консенсус о необходимости использования ROR для ВОС, для горизонтальных соглашений возможность оправдания в контексте эффектов используется осторожно и может быть применена в случае НИОКР, иных существенных изменений условий функционирования рынка.

Вместе с тем, несмотря на очевидные плюсы отказа от априорных запретов соглашений, в статье показаны те риски, которыми сопровождался данный процесс. Так, расширение рамок взвешенного подхода сдвигает баланс рисков ошибок первого и второго рода в пользу последних, существенные риски возникают при увеличении роли квалификации обвинения. Переход к доминированию правила взвешенного подхода требует переосмысления стратегического выбора регулятора в контексте как соразмерности санкций, так и целей политики с учетом издержек по их достижению, используемого стандарта благосостояния.

Список литературы

1. *Авдашева С. Б., Дзагурова Н. Б.* Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве // Вопросы экономики. — 2010. — № 5. — С. 110–122.
2. *Авдашева С., Шаститко А.* Международный антиконтраст: потребности, ограничения и уроки для Таможенного союза // Вопросы экономики. — 2012. — № 9. — С. 110–125.
3. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е.* Предмет обвинения: время объявления имеет значение // Экономическая политика. — 2015. — № 1. — С. 72–91.
4. *Агамирова М. Е.* Европейская методика по оценке правомерности вертикальных ограничивающих соглашений методом «взвешенного подхода» в контексте осуждения характера специфических инвестиций // Журнал институциональных исследований. — 2015. — Т. 7. — № 3. — С. 64–75.
5. *Дзагурова Н. Б.* Ошибки I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений // Современная конкуренция. — 2013. — Т. 42. — № 6. — С. 33–47

6. *Макаров А. В.* Анализ опыта антимонопольной политики в сфере борьбы со сговором в странах переходной экономики: страны ЦВЕ // Современная конкуренция. — 2014. — № 4 (46) — С. 3–25.
7. *Макаров А. В.* Дела об антиконкурентных соглашениях (2008–2010): риски ошибок первого рода // Вестник Московского университета. Серия 6. Экономика. — 2016. — № 1. — С. 84–107.
8. *Шаститко А. Е., Голованова С. В.* Вопросы конкуренции в закупках капиталоемкой продукции крупным потребителем (уроки одного антимонопольного дела) // Экономическая политика. — 2014. — № 1. — С. 67–89.
9. *Шаститко А.* Картель: организация, стимулы, политика противодействия // Российский журнал менеджмента. — 2013а. — Т. 11. — № 4. — С. 31–56.
10. *Шаститко А. Е.* Разрешить картели? // Вопросы экономики. — 2015. — № 6. — С. 143–150.
11. *Шаститко А. Е.* Роль экономического анализа в антитрасте: общее в частном // Экономическая политика. — 2013b. — № 3. — С. 107–125.
12. *Aghion P., Bloom N., Blundell R., Griffith R., & Howitt P.* Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship // The Quarterly Journal of Economics. — 2005. — Vol. 120 (2). — P. 701–728.
13. *Arthur T. C.* A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious. Antitrust Role For The Federal Courts // Antitrust Law Journal. — 2000. — Vol. 68. — P. 337–389.
14. *Avdasheva S. B.* Models of Monopoly in the Quarter-Century Development of Russian Competition Policy: Understanding Competition Analysis in the Abuse of Dominance Investigations, in: Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects. — Springer, 2016. — P. 239–262.
15. *Avdasheva S. B., Katsoulacos Y., Golovanova S., Korneeva D. V.* Economic Analysis in Competition Law Enforcement in Russia: Empirical Evidence Based on Data of Judicial Reviews, in: Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects. — Springer, 2016. — P. 263–287.
16. *Baker J. B.* Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust. Fosters Innovation // Antitrust Law Journal. — 2007. — Vol. 74. — No. 3. — P. 575–602.
17. *Beckner C. F., Salop S. C.* Decision Theory and antitrust rules // Antitrust Law Journal. — 1999. — Vol. 67. — No. 1. — P. 41–76.
18. *Blecher M. M.* The Schwinin Case- An Example of a Genuine Commitment to Antitrust Law // Antitrust Law Journal. — 1975. — Vol. 44. — P. 550–553.
19. *Bork R. H.* The Antitrust Paradox. — New York: Free Press, 1978.
20. *Christiansen A., Kerber W.* Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of ‘Per se Rules vs. Rule of Reason // Journal of Competition Law & Economics. — 2006. — Vol. 2 (2). — P. 215–244.
21. *Connor J.* Global cartels redux: The amino acid lysine antitrust litigation (1996) In: *Kwoka J., White L.* (Eds.), The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy, 4th edn. — Oxford University Press, New York, 2004. — P. 252–276.
22. *Crane D. A.* Optimizing Private Antitrust Enforcement. Vanderbilt Law Review, Forthcoming; University of Michigan Public Law Working Paper No. 164; U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 09-021, 2009. URL: <http://ssrn.com/abstract=147495>

23. *Dau-Schmidt K. G., Gallo J., Parker C., Craycraft J.* Criminal Penalties under the Sherman Act: A Study of Law and Economics // Research in Law and Economics (Book Series). — 1994. — Vol. 16. — P. 25.
24. *Dutta S., Heide J. B., Bergen M.* Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: Theories and Industry Evidence // Journal of Marketing. — 1999. — Vol. 63. — No. 4. — P. 121–134.
25. *Easterbrook F. H.* Ignorance and Antitrust in Antitrust, Innovation and Competitiveness, Thomas M. Jorde & David J. Teece eds. — Oxford University Press, 1992.
26. *Elhauge E.* Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory // Harvard Law Review. — 2009. — Vol. 123. — No. 2.
27. *Fershtman C., Pakes A.* A Dynamic Oligopoly with Collusion and Price Wars // The RAND Journal of Economics. — 2000. — Vol. 31. — No. 2. — P. 207–236.
28. *Frezal S.* On optimal cartel deterrence policies // International Journal of Industrial Organization. — 2006. — Vol. 24. — P. 1231–1240.
29. *Hart D. M.* Antitrust and technological innovation in the US: Ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000 // Research Policy. — 2001. — Vol. 39(6). — P. 923–936.
30. *Jacquemin A., Slade M.* Cartels, collusion, and horizontal merger. In: *Schmalensee R., Willig R.* (Eds.) Handbook of Industrial Organization. — North-Holland, Amsterdam, 1989. — Vol. 1. — P. 415–473.
31. *Kali R.* Minimum Advertised Price // Journal of Economics & Management Strategy. — 1989. — Vol. 7(4). — P. 647–668.
32. *Kaplow L.* An Economic Approach to Price Fixing. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 694, 2011. URL: <http://ssrn.com/abstract=1873412>
33. *Katsoulacos Y., Avdasheva S., Golovanova S.* Legal standards and the role of economics in Competition Law enforcement // European Competition Journal. — 2016. — P. 1–21.
34. *Katsoulacos Y., Ulph D.* On optimal legal standards for competition policy: a general welfare — based analysis // Journal of Industrial Economics. — 2009. — Vol. 57(3). — P. 410–437.
35. *Katsoulacos Y., Ulph D.* Legal uncertainty and the choice of enforcement procedures, 2012. URL: http://www.cresse.info/uploadfiles/LU_Penalties.pdf
36. *Kranton R. E.* Competition and the Incentive to Produce High Quality // Economica. — 2003. — Vol. 70. — P. 385–404.
37. *Landes W. M.* Optimal Sanctions for Antitrust Violations // 50 University of Chicago Law Review. — 1983. — P. 652–678.
38. *Lemley M. A., Leslie C. R.* Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence // Iowa Law Review. — 2008. — Vol. 93. — P. 1207.
39. *Levenstein M. C., Suslow V. Y.* What Determines Cartel Success? // Journal of Economic Literature. — 2006. — Vol. 44 (1). — P. 43–95.
40. *Manne G. A., Wright J.* Innovation and the limits of antitrust // Journal of Competition Law & Economics. — 2016. — Vol. 6(1). — P. 153–202.
41. *Marvel H. P.* Exclusive dealing // Journal of Law And Economics. — 1982. — Vol. 25. — P. 1–25.
42. *Meese A. J.* Price Theory, Competition, and the Rule of Reason // Illinois Law Review. — 2003. — Vol. 77. URL: <https://ssrn.com/abstract=909241>

43. *Nachbar T.B.* The Antitrust Constitution // Iowa Law Review, Forthcoming; Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2013-09, 2013. URL: <https://ssrn.com/abstract=2238118> (дата обращения 10.11.2016).
44. *Popofsky M.S.* Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules // Antitrust Law Journal. — 2006. — Vol. 73. — No. 2. — P. 435–482.
45. *Ren, John Z.* The Dragon Mirrors the Eagle: Why China Should Look to U. S. Antitrust Law in Determining How to Treat Vertical Price-Fixing // Cornell International Law Journal. — 2014. — Vol. 47. — Iss. 2. — Article 6.
46. *Roeller L.-H., Stehmann O.* The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach // Review of Industrial Organization. — 2006. — Vol. 29. — P. 281–304.
47. *Schumpeter J.A.* Capitalism, Socialism and Democracy. — New York: Harper & Row, 1942.
48. *Shapiro C.* Theories of oligopoly behavior. In: *Schmalensee R., Willig R.* (Eds.), Handbook of Industrial Organization, — North-Holland, Amsterdam, 1989. — Vol. 1. — P. 329–414.
49. *Shastitko A., Golovanova S., Avdasheva S.* Investigation of collusion in procurement of one Russian large buyer // World Competition. Law and Economics Review. — 2014. — Vol. 37. — No. 2. — P. 235–247.
50. *Sokol D.D.* The Transformation Of Vertical Restraints: Per Se Illegality, The Rule Of Reason, And Per Se Legality // Antitrust Law Journal. — 2014. — Vol. 79. — No. 3. — P. 1003–1016.
51. *Telser L. G.* Why Should Manufacturers Want Fair Trade? // The Journal of Law & Economics. — 1960. — Vol. 3. — P. 86–105.
52. *Tor A., Rinner W.J.* Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin // University of Haifa Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1522948>
53. *Turner D.* The Regulation of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal // Harvard Law Review. — 1962. — Vol. 75. — No. 4. — P. 655–706.
54. *Verouden V.* Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of economic analysis // Antitrust Law Journal. — 2003. — Vol. 71. — No. 2. — P. 525–575.
55. *Vincenzo A.J.* Editor's Note: Robert Bork, Originalism, and And Bounded Antitrust // Antitrust Law Journal. — 2014. — Vol. 79. — No. 3. — P. 821–833.
56. *Werden G.J.* Next Steps in the Evolution of Antitrust Law: What to Expect from the Roberts Court // Journal of Competition Law & Economics. — 2009. — Vol. 5(1). — P. 49–74.

The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

1. *Avdasheva S. B., Dzagurova N. B.* Vertikal'nye ogranichivajushhie kontrakty i ih interpretacija v antimonopol'nom zakonodatel'stve // Voprosy jekonomiki. — 2010. — № 5. — S. 110–122.
2. *Avdasheva S., Shastitko A.* Mezhdunarodnyj antitrast: potrebnosti, ogranichenija i uroki dlja Tamozhennogo sojuza // Voprosy jekonomiki. — 2012. — № 9. — S. 110–125.

3. *Avdasheva S. B., Shastitko A. E.* Predmet obvinjenja: vremena objavljenja imeet znachenie // *Jekonomicheskaja politika*. — 2015. — № 1. — S. 72–91.
4. *Agamirova M. E.* Evropejskaja metodika po ocenke pravomernosti vertikal'nyh ogranichivajushhih soglashenij metodom «vzveshennogo podhoda» v kontekste osuzhdenija haraktera specificheskikh investicij // *Zhurnal institucional'nyh issledovanij*. — 2015. — № 3. — S. 64–75.
5. *Dzagurova N. B.* Oshibki I i II roda v regulirovanii vertikal'nyh ogranichivajushhih soglashenij // *Sovremennaja konkurencija*. — 2013. — № 6. — S. 33–47.
6. *Makarov A. V.* Analiz opyta antimonopol'noj politiki v sfere bor'by so sgovorom v stranah perehodnoj jekonomiki: strany CVE // *Sovremennaja konkurencija*. — 2014. — № 4 (46). — S. 3–25.
7. *Makarov A. V.* Dela ob antikurentnyh soglashenijah (2008–2010): riski oshibok pervogo roda // *Vestnik Moskovskogo universiteta. Serija 6. Jekonomika*. — 2016. — № 1. — S. 84–107.
8. *Shastitko A. E., Golovanova S. V.* Voprosy konkurencii v zakupkah kapitaloemkoj produkcii krupnym potrebitel'm (uroki odnogo antimonopol'nogo dela) // *Jekonomicheskaja politika*. — 2014. — № 1. — S. 67–89.
9. *Shastitko A.* Kartel': organizacija, stimuly, politika protivodejstvija // *Rossiiskij zhurnal menedzhmenta*. — 2013a. — T. 11. — № 4. S. 31–56.
10. *Shastitko A. E.* Razreshit' karteli? // *Voprosy jekonomiki*. — 2015. — № 6. — S. 143–150.
11. *Shastitko A. E.* Rol' jekonomicheskogo analiza v antitraste: obshhee v chastnom // *Jekonomicheskaja politika*. — 2013b. — № 3. — S. 107–125.