



**КОНФЕРЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ**

Distr.
GENERAL

TD/B/C.I/CLP/4
28 April 2009

RUSSIAN
Original: ENGLISH

СОВЕТ ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ

Комиссия по торговле и развитию

Межправительственная группа экспертов по законодательству
и политике в области конкуренции

Десятая сессия

Женева, 7-9 июля 2009 года

Пункт 3 а) предварительной повестки дня

Консультации и обсуждения, посвященные экспертным обзорам
законодательства и политики в области конкуренции;
рассмотрению Типового закона; и исследованиям, касающимся
положений Комплекса принципов и правил

**ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОГО АНАЛИЗА В ДЕЛАХ,
КАСАЮЩИХСЯ КОНКУРЕНЦИИ**

Исследование секретариата ЮНКТАД

Резюме

Законодательство по вопросам конкуренции включает в себя экономические концепции. Параллельная эволюция экономики индустриального общества и законодательства по вопросам конкуренции продолжается. Сегодня экономический анализ практически всегда является составной частью расследований и анализа касающихся конкуренции некартельных дел, рассматриваемых ведущими органами по вопросам конкуренции, и все чаще практикуется и другими органами. Результаты проведенного ЮНКТАД обследования говорят о том, что органы по вопросам конкуренции развивающихся стран при определении рынка чаще всего пользуются экономическим, в том числе эконометрическим анализом. Кроме того, некоторые из этих органов пользуются экономическим и эконометрическим анализом и при изучении

последствий слияний для конкуренции, а также злоупотреблений господствующим положением и вертикальных соглашений. Препятствием для более широкого использования экономического анализа в касающихся конкуренции делах в развивающихся странах является противодействие со стороны представителей юридической профессии, в том числе судей. Это противодействие отчасти может быть вызвано опасением того, что привнесение экономических подходов в законодательство по вопросам конкуренции сделает его применение более дорогостоящим или обременительным. Институциональные требования, предписывающие, например, включать в состав руководителей ведущих органов по вопросам конкуренции или членов судов экономистов, также могут способствовать интеграции экономических принципов в законодательство по вопросам конкуренции.

СОДЕРЖАНИЕ

	<i>Стр.</i>
Введение	4
I. Масштабы использования экономического анализа	5
A. Примеры использования экономического анализа	6
B. Институциональные вопросы	7
II. Методологии экономического анализа	11
A. Определение рынка	12
B. Оценка слияний	14
C. Анализ вертикальных ограничений	19
D. Горизонтальные соглашения	21
E. Эконометрический анализ	22
III. Насколько хорошо относятся к экономическому анализу частные стороны и суды	24
IV. Вопросы для будущего обсуждения	28
Справочная литература	29

Введение

1. На своей девятой сессии Межправительственная группа экспертов по законодательству и политике в области конкуренции подчеркнула значение использования экономического анализа при рассмотрении дел, связанных с конкуренцией, и просила секретариат ЮНКТАД подготовить доклад по данному вопросу на основе материалов государств-членов. Настоящее исследование было подготовлено в ответ на эту просьбу. В его вступительной части вкратце рассматриваются история дискуссии о роли экономического анализа в связанных с конкуренцией делах и тенденция к более широкому использованию экономического подхода. В последующих главах обсуждаются факторы, которые могут повлиять на масштабы и виды использования экономического анализа в связанных с конкуренцией делах. В заключение в исследовании излагаются вопросы для будущего обсуждения.

2. Тот факт, что экономический анализ необходим при проведении политики регулирования конкуренции и обеспечении применения соответствующего законодательства, не вызывает никаких сомнений. Об этом решительно заявляют многие специалисты¹. Можно напомнить о знаменитом высказывании судьи Луиса Брандейса, заявившего в 1916 году о том, что "юрист, не изучавший экономику... легко может превратиться во врага народа". Позднее, в 1978 году, судья Роберт Борк отметил, что "отказаться от экономической теории - значит поставить крест на рациональном антитрестовском законодательстве". Несмотря на тесную связь между правом и экономической теорией, споры о месте экономической составляющей в законодательстве по вопросам конкуренции не прекращаются. Некачественный экономический анализ может стать причиной серьезных аналитических ошибок, вплоть до ситуаций, когда идущие во вред конкуренции злоупотребления могут спутать с мерами по ее поощрению. Однако применение законодательства по вопросам конкуренции должно оставаться в пределах возможностей тех лиц и учреждений, которые на практике занимаются этой работой. Гораздо меньше с экономической наукой связано антикартельное законодательство.

3. Несколько десятилетий назад критики Чикагской школы стали одними из главных инициаторов более широкого применения экономического анализа в деятельности по

¹ См. Kovacic WE and Shapiro C (2000), в труде которых рассказывается о том, как экономическая наука и антитрестовское законодательство параллельно развивались в последнее столетие.

обеспечению применения антитрестовского законодательства в Соединенных Штатах². Как до, так и после этого развитие экономики индустриального общества находило и находит отражение в практике регулирования конкуренции во всем мире. В свою очередь, практика регулирования конкуренции оказывает влияние на экономику индустриального общества. Прогресс в компьютерных технологиях облегчает эмпирический анализ и снижает затраты на него. Одним из примеров расширения использования экономического анализа являются сравнительно недавние реформы³ в политике регулирования конкуренции в Европейском союзе (ЕС), где на смену подходу, основанному на формальных признаках, пришел подход, в большей мере ориентированный на анализ последствий.

4. В то же время, хотя экономические инструменты и целенаправленный эмпирический анализ находят все более широкое применение в глобальной практике регулирования конкуренции, сохраняются сомнения в том, что во всех юрисдикциях в сфере применения законодательства в области конкуренции практикуется строго последовательный экономический подход. В этой связи в настоящем исследовании изучаются возможности и желание отвечающих за конкуренцию органов разных стран мира должным образом пользоваться экономическим анализом и рассматриваются те потенциальные выгоды, которые сулит более активное применение ими инструментов экономического анализа в связанных с конкуренцией делах.

I. Масштабы использования экономического анализа

5. По результатам недавно проведенного обследования⁴ Соединенные Штаты и Соединенное Королевство заняли среди развитых стран первые места по технической

² Уайт (White, 2008) описывает три канала расширения влияния экономической науки на антитрестовское законодательство Соединенных Штатов: а) развитие экономической теории; б) непосредственное привлечение экономистов к процессу разработки антитрестовского законодательства и политики; и с) труды экономистов, посвященные конкретным делам.

³ Разработка новых руководящих принципов определения соответствующих рынков (критерий SSNIP) в 1997 году, пересмотр норм, посвященных вертикальным и горизонтальным ограничениям, в 1999 и 2000 годах, пересмотр регулирования слияний и руководящих принципов горизонтальных слияний в 2004 году, принятие руководящих принципов негоризонтальных слияний в 2007 году и выпуск нового руководства по вопросам некоторых видов злоупотребления господствующим положением (статья 82) в декабре 2008 года. Ведется работа по пересмотру норм Сообщества, касающихся вертикальных и горизонтальных ограничений.

⁴ KPMG 2007. Peer Review of Competition Policy. Report prepared for the United Kingdom Department of Trade and Industry.

компетентности в проведении экономического анализа в делах, как связанных, так и не связанных со слияниями. Они лидируют и по качеству экономического анализа, и по его роли в связанных с конкуренцией делах. Европейская комиссия и НОК (Нидерландский орган по вопросам конкуренции) занимают соответственно третье и четвертое места. Органы некоторых развитых стран, хотя они и отнесены к числу лидеров, отстают от требований времени или недостаточно строго подходят к применению экономической теории и экономического анализа в конкретных делах. Эти выводы свидетельствуют о том, что техническая компетентность в сфере экономического анализа зависит от непрерывного обучения и обновления знаний и может меняться со временем.

6. Несмотря на отсутствие сопоставимых данных⁵ по развивающимся странам и странам с переходной экономикой, результаты обзоров по отдельным странам⁶ говорят о том, что органы регулирования конкуренции некоторых стран известны проведением качественного экономического анализа (например, Перу и Южной Африки), а другие – принимают меры для расширения возможностей проводить сложный анализ, создавая специализированные структуры, наделенные необходимыми для самостоятельной исследовательской работы и привлечения внешних консультантов ресурсами (например, в Бразилии). В некоторых развивающихся странах выпущены также руководства по проведению анализа в связанных с антиконкурентной практикой делах (Бразилия).

А. Примеры использования экономического анализа

7. Опыт использования экономического анализа в развивающихся странах неоднозначен. Ответы на вопросник ЮНКТАД говорят о том, что уровень сложности экономического анализа различается от случая к случаю от самого базового до очень сложного количественного анализа. Респонденты часто пользовались экономическим анализом для определения рынка. Так, многие из них назвали даже конкретно применявшиеся ими методологии, например, для оценки эластичности спроса. Напротив, об использовании экономического анализа применительно к другим аспектам слияний упоминалось не так часто, хотя довольно большое число респондентов пользовались инструментами количественного анализа для оценки слияний. Некоторые органы сообщили, что они пользовались экономическим инструментарием для анализа злоупотреблений господствующим положением и вертикальных ограничений. По

⁵ Существует ряд обзоров и исследований, посвященных относительной эффективности режимов регулирования конкуренции в разных странах мира, однако они не отличаются ни полнотой, ни сопоставимостью. Более того, в некоторых из них компетентность в сфере экономического анализа конкретно не оценивается.

⁶ Экспертные обзоры отвечающих за конкуренцию учреждений, проводимые Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

крайней мере один респондент, хотя и не так часто, применял экономический анализ для оценки косвенных доказательств существования картельного сговора при отсутствии прямых свидетельств.

8. Не все связанные с конкуренцией дела требуют проведения сложного экономического анализа. В частности, считается, что все нарушения *per se* чреваты негативными экономическими последствиями⁷. При применении правила разумного подхода экономический анализ обычно проводится для конструирования и проверки теории вреда и оценки выигрыша в эффективности. Требования к экономическому анализу для установления факта нарушения могут быть закреплены и в законодательстве по вопросам конкуренции (как, например, в Мексике).

9. Со временем органы по вопросам конкуренции могут обогащать свой опыт за счет проведения более сложного экономического анализа. Например, разнообразие методов и сложность проводимого в Бразилии экономического анализа в последние годы неизменно повышались. Экономический анализ занимал центральное место в некоторых получивших широкую огласку делах, рассматривавшихся в разных странах (например, слияние "Амбев" и приобретение бразильского производителя шоколада "Гарото" компанией "Нестле").

10. Дискуссии о месте экономического анализа в законодательстве в области конкуренции, которые в основном протекают в Северной Америке и Европе, имеют поистине глобальные последствия. В тех немногочисленных ответах, которые были получены не из указанных регионов и в которых рассматривались используемые экономические модели и эконометрические методы, цитировались документы и труды, подготовленные и обсуждаемые специалистами в Северной Америке и Европе.

В. Институциональные вопросы

11. Институциональный фактор, судя по всему, также отражается на использовании экономического анализа в связанных с конкуренцией делах. На восприимчивость руководства органов по вопросам конкуренции к экономическим аргументам может влиять целый ряд факторов. Руководители могут иметь прежний опыт работы с экономистами или в сфере экономики. Они и сами могут быть экономистами. Например, законодательство по вопросам конкуренции многих развивающихся стран требует, чтобы один или два высокопоставленных представителя органа, отвечающего за поддержание конкуренции, были профессиональными экономистами. Другой институциональный

⁷ Со временем подход экономистов к тому, какие виды практики относятся к категории нарушений *per se*, претерпевает определенные изменения.

фактор, от которого может зависеть восприимчивость руководства к экономическим доводам, заключается в том, как трудоустраиваются профессиональные экономисты.

12. Органам регулирования конкуренции зачастую непросто найти информацию, на основе которой можно было бы проводить экономический анализ. Результаты опроса говорят о том, что отсутствие финансовых ресурсов, неудовлетворительные официальные источники информации и сжатые сроки ограничивают возможности отвечающих за конкуренцию органов проводить экономический анализ и исследования. Например, некоторые органы указывали на то, что частные стороны того или иного дела зачастую являются единственным источником информации. Имеющаяся информация может не поддаваться независимой проверке, представляться сторонами избирательно или просто являться труднодоступной. Ограниченный доступ к информации может ограничивать степень углубленности экономического анализа. Поэтому роль количественного экономического анализа меняется от решения к решению. В условиях недостатка количественных данных для целей экономического анализа должны использоваться другие виды доказательств. Из-за недостатка информации может возрасть неуверенность в пригодности конкретной экономической модели к тому или иному делу.

13. Какие факторы определяют важную роль экономического анализа в режиме защиты конкуренции Соединенных Штатов, о которой говорилось выше? Некоторые специалисты указывают на штатную структуру (см. вставку 1). В Антитрестовском отделе министерства юстиции (МЮ) и в Федеральной торговой комиссии (ФТК) в общей сложности работают свыше ста профессиональных экономистов; если не большинство, то, по крайней мере, многие из них специализируются на экономике индустриального общества. Аналогично этому в Управлении по вопросам добросовестной торговли и в Комиссии по вопросам конкуренции в общей сложности трудятся 77 экономистов. Напротив, в недавно созданной специализированной группе при Европейской комиссии (ЕС) работает гораздо меньше экономистов, реально занимающихся проведением технико-экономического анализа⁸. Действительно, соотношения экономистов и юристов в Генеральном директорате по вопросам конкуренции (1:2) сегодня выше, чем в соответствующих органах Соединенных Штатов, хотя по сравнению с уровнем 1:7 на начало 1990-х годов он вырос лишь совсем недавно. Однако структура штатов является следствием, а не причиной. Если говорить о причинности, законодательство по вопросам конкуренции стало применяться комиссией и судами, строго следовавшими формальным требованиям и букве закона, позднее, чем аналогичное законодательство в Соединенных Штатах⁹. Когда экономические аргументы ложатся в основу судебных решений, стороны

⁸ Neven, 2007.

⁹ Oxera, 2009.

заинтересованы в их использовании и совершенствовании. Причины таких трансатлантических различий выходят за рамки настоящего исследования.

Вставка 1. Причины превосходства Соединенных Штатов

К этим факторам относятся:

- a) более длительная история (с 1970-х годов) использования экономического анализа в связанных с конкуренцией делах и большое влияние экономистов на принимаемые решения;
- b) длительная история работы ведущих экономистов на федеральные органы по вопросам конкуренции;
- c) ФТК стимулирует развитие экономической теории индустриального общества и конкуренции, не боясь опробовать новые теории;
- d) возможность запросить детализированные данные, необходимые для серьезного эконометрического анализа;
- e) наличие у сотрудников опыта научной и консалтинговой работы позволяет анализировать стратегические вопросы;
- f) незначительная разница в оплате труда в частном и государственном секторах.

Источник: По материалам KPMG, 2007.

14. Небольшой размер может серьезно сдерживать проведение экономического анализа органами по вопросам конкуренции. Эти органы, особенно в развивающихся странах, могут быть очень небольшими. Согласно полученным ЮНКТАД от органов по вопросам конкуренции ответам, численность их технического персонала составляет от одного экономиста и одного юриста до 60 экономистов и 345 юристов (см. таблицу 2), причем в верхнем сегменте в основном находятся более развитые страны. Из всех органов, перечисленных в таблице 2, большинство имело в своем штате больше юристов, чем экономистов. Лишь очень немногие отвечающие за конкуренцию органы могут похвастаться большим числом экономистов, специализирующихся на организации индустриальной экономики.

15. Высокая текучесть кадров и трудности с привлечением квалифицированных специалистов могут сдерживать использование экономического анализа. За исключением Соединенных Штатов, сравнительно большая разница в уровне оплаты труда между частным и государственным сектором делают проблематичным для занимающихся

вопросами конкуренции органов привлечение и удержание квалифицированных сотрудников. Существует общий дефицит профильных специалистов-экономистов (например, докторов наук, занимающихся вопросами организации индустриальной экономики), особенно в менее развитых странах, и конкуренция за эти кадры с частным сектором идет очень остро. Проблема высокой текучести кадров особенно актуальна для развивающихся стран и стран с переходной экономикой.

Таблица 1

Штат специалистов органов по вопросам конкуренции в отдельных странах

Страна	Экономисты/ юристы (число)	Магистры экономики	Доктора экономических наук
Аргентина	16/31	п/а	п/а
Албания	18/10	п/а	п/а
Болгария			
Чили	16/25	11	2
Колумбия	13/16	п/а	п/а
Финляндия	18/15	п/а	п/а
Венгрия	28/36	п/а	п/а
Индонезия	27/28	п/а	п/а
Япония	6/18	п/а	п/а
Республика Корея	63/30	17	6
Малави	2/0	п/а	п/а
Мексика ^а	^б 41/29	большинство	большинство
Панама	6/6	5	п/а
Российская Федерация	99/108	п/а	п/а
Сербия	3/7	п/а	п/а
Шри-Ланка	3/8	п/а	п/а
Швеция	48/49	п/а	9
Соединенное Королевство (УСТ)	52/35 ^с	п/а	п/а
Соединенное Королевство (КК) ^д	25/13 ^с	27	6
Соединенные Штаты (МЮ)	60/345	п/а	п/а
Соединенные Штаты (ФТК)	58/232	п/а	п/а
Уругвай	1/1	п/а	п/а

^а Трое из пяти членов Совета управляющих имеют степень доктора экономических наук.

^б Политика найма сотрудников требует от экономистов знать характер организации индустриальной экономики и нормы регулирования хозяйственной деятельности.

^c В некоторых случаях сотрудники имеют хорошую подготовку или двойную квалификацию в экономике и праве, и поэтому численность экономистов или юристов в штате на практике выше, чем явствует из официальных данных.

^d Помимо персонала специалистов экономистами являются 10 из 35 членов комиссии, в том числе заместитель председателя. Пять членов имеют степень доктора экономических наук.

п/а: данные отсутствуют.

Источник: Обзор по вопросам экономического анализа, ЮНКТАД.

16. Некоторые органы в дополнение к собственным кадрам активно пользуются услугами фирм, оказывающих консалтинговые услуги экономического характера. Их используют и частные стороны. Например, к 2007 году фирмы экономического консалтинга в ЕС (в основном в Соединенном Королевстве) получили примерно 15% от общей суммы гонораров за экономические и юридические услуги, оказанные в связи с делами по вопросам конкуренции, приблизившись по этому показателю к Соединенным Штатам (Neven, 2007). К услугам внешних экспертов (как правило, ученых) в этой связи часто прибегает и КФТК (орган по вопросам конкуренции Республики Корея).

17. По-видимому, все отвечающие за конкуренцию органы в мире считают, что в основе принимаемых ими решений лежит безупречная экономическая логика. Тем не менее различия в проводимом экономическом анализе существуют даже в такой небольшой выборке респондентов, которая принимала участие в опросе ЮНКТАД. Эти различия описываются в следующей главе.

II. Методологии экономического анализа

18. В настоящей главе вкратце рассматриваются различные экономические методологии, используемые отвечающими за обеспечение конкуренции органами. Информация для нее частично взята из ответов на вопросник ЮНКТАД. В главе рассматриваются определение рынка и подходы к слияниям. Изменения в оценках вертикальных слияний приводятся в качестве примера того, как изменения экономического характера могут предопределять изменения в праве. В главе кратко затрагивается тема горизонтальных соглашений. В ней проливается также свет на те проблемы, с которыми сталкиваются отвечающие за конкуренцию органы при проведении экономического анализа. В таблице 2 перечисляются те методы и приемы экономического анализа, которыми, согласно полученным секретариатом ответам на вопросник, пользуются органы по вопросам конкуренции.

19. Руководящие принципы дают представление о том экономическом анализе, который практикуется отвечающими за конкуренцию органами. Хотя этот вывод и не лежит на поверхности, в руководящих принципах речь обычно идет о тех моделях, которые наиболее часто используются занимающимися вопросами конкуренции органами. В ходе слушаний и дискуссий, проводимых в процессе подготовки руководящих принципов, речь часто идет о конкретных экономических моделях. Логика речей и дискуссионных документов часто уступает под натиском нового мышления, формирующегося в органах по вопросам конкуренции. Экономические консультанты в рамках своих маркетинговых усилий комментируют новые модели и методы. Короче говоря, используемые занимающимися вопросами конкуренции органами экономические модели общедоступны и не являются тайной.

A. Определение рынка

20. Во многих странах мира определение рынка является одним из главных первых шагов в анализе соблюдения правил конкуренции. Во многих случаях это один из главных шагов в выявлении действующего против поставщика антиконкурентного фактора. Он позволяет определить долю рынка и степень его концентрации. Это является составной частью оценки или хотя бы индикатором степени конкуренции на рынке. Таким образом, определение рынка играет важную роль при рассмотрении или, по крайней мере, при отборе дел, связанных с горизонтальным или вертикальным ограничением конкуренции, злоупотреблением господствующим положением и слияниями.

21. Полученные в ходе опроса ответы говорят о том, что самым распространенным методом определения рынка является гипотетический тест на существование монополии (или тест SSNIP¹⁰). Меньшее единообразие наблюдается в использовании эмпирических данных для этого теста.

22. Популярным инструментом проведения теста SSNIP служит анализ "критических потерь" или "критической эластичности спроса". Проведенное ЮНКТАД обследование

¹⁰ SSNIP представляет собой аббревиатуру термина "Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices" (небольшое, но ощутимое и не краткосрочное повышение цен). Так описывается рекурсивная часть этого теста.

показало, что им пользуются многие занимающиеся вопросами конкуренции органы¹¹.

23. Использование метода критических потерь можно проиллюстрировать на примере дела о слиянии, рассматривавшегося в Аргентине в 2004 году. "Групо Бимбо" приобрела фирму "Компанья де алиментос Фарго". Главный вопрос заключался в том, оказывают ли цены на выпекаемый традиционным способом хлеб сдерживающее влияние на цену хлеба, изготовленного промышленным путем. Обе сливающиеся компании изготавливали хлеб промышленным способом, на них приходилось 79 % всего производства этой продукции в стране, и они считались основными конкурентами друг друга. Объем продаж хлеба, выпекаемого традиционным способом, намного превосходил продажи промышленно изготовленной продукции. Стороны сделки представили в орган по вопросам конкуренции результаты эконометрического анализа с оценкой эластичности спроса на изготовленный промышленным путем хлеб, согласно которым стороны не имели возможности поднять цену на свою продукцию, сохранив при этом прибыльность. Комиссия сочла методологию ошибочной, поскольку она не учитывала фактор экономического кризиса в рассматриваемый период.

24. Полученные ответы говорят о том, что некоторые отвечающие за поддержание конкуренции органы для определения рынка используют анализ корреляции цен и тесты стационарности. Смысл заключается в том, что, если товары взаимозаменяемы, их цены должны коррелировать, а соотношение их цен должно быть постоянным. При анализе стационарности соотношение двух цен (на два разных товара или на один товар в разных местах) проверяется на предмет того, возвращается ли оно к постоянной величине после периода потрясений. К сожалению, если на цены влияют другие общие факторы, как,

¹¹ "Критическая эластичность представляет собой максимальную эластичность спроса на соответствующую группу товаров в конкретном районе до слияния, позволяющую гипотетическому монополисту поднять цены на соответствующем рынке, по крайней мере, на определенную существенную пороговую величину, например на 5%. Критическая потеря представляет собой максимальное уменьшение количества продаваемого товара, на которое готов пойти гипотетический монополист для сохранения установленной к цене надбавки" (Werden, 2002). При самом упрощенном использовании этого метода аналитик должен рассчитать разницу между ценой и себестоимостью до слияния на соответствующем рынке и эластичность спроса, а также понимать политическую подоплеку "небольшого, но ощутимого" повышения. Основная идея заключается в том, чтобы, зная разницу между ценой и себестоимостью и пороговое повышение цены, например на 5 %, рассчитать, при каком сокращении объема продаж прибыль гипотетического монополиста останется неизменной. Затем на основе расчетной эластичности спроса можно будет оценить, в какой степени, большей или меньшей, сократится объем продаж. Наконец, следует сравнить два полученных значения.

например, цены на нефть, они будут коррелировать независимо от того, являются они взаимозаменяемыми или нет. Без информации о ценовой эластичности нестационарность соотношения цен ничего не говорит о том, находятся ли два товара (местоположения) на разных рынках (CRAI, 2001).

25. Другими источниками информации о взаимозаменяемости, упоминавшимися в обследовании ЮНКТАД, являются опросы потребителей и исследования рынков.

26. Ряд респондентов заявили, что им трудно собрать данные о ценах, издержках и объеме продаж, необходимых для проведения анализа SSNIP и других тестов на взаимозаменяемость. В числе проблем назывались отсутствие достоверных источников информации и современных исследований специализированных институтов, дефицит бухгалтерских кадров, необходимых для извлечения требующихся данных из сообщаемой фирмами информации, неполнота представляемой фирмами информации, ограниченные полномочия, не позволяющие заставить фирмы представлять требующиеся сведения, трудности с получением ордеров на обыск, отсутствие временных рядов данных и ресурсов для проведения опросов потребителей и исследований рынков. Упоминались также и трудности, связанные с подготовкой вопросников, которые обеспечивали бы получение достоверных данных. В некоторых случаях недостаток данных заставляет определять рынки лишь по качественным признакам.

В. Оценка слияний

27. В законодательстве по вопросам конкуренции каждой страны устанавливаются критерии, на основе которых должны оцениваться слияния. Эти критерии, как правило, носят экономический характер, однако могут применяться и критерии соблюдения общественных интересов. Например, предлагаемое слияние может оцениваться на предмет того, не приведет ли оно к значительному ослаблению конкуренции или появлению или укреплению господствующего положения. Таким образом, для проведения такой оценки необходимы как сведения о конкретных обстоятельствах слияния, так и экономическая модель, позволяющая сделать достоверные прогнозы.

28. Показатели концентрации, такие как HHI и CR¹², согласно полученным ответам используются при оценке слияний многими органами по вопросам конкуренции.

¹² CR1 является долевым показателем концентрации крупнейшей фирмы, т.е. доли рынка, контролируемой крупнейшей фирмой. CR4 представляет собой сумму долевого показателя четырех крупнейших фирм. HHI - индекс Херфиндаля-Хиршмана - рассчитывается как сумма квадратов рыночных долей всех фирм.

Показатели рыночной концентрации служили основой для прогнозирования последствий предлагаемых слияний на протяжении большей части второй половины XX века. В экономике господствовала парадигма "структура-поведение-результаты деятельности". Действительно, на рынках, доступ на которые защищался барьерами, именно показатели концентрации помогали прогнозировать, насколько конкурентным будет рынок. Эта парадигма стояла за многими показателями концентрации, такими как CR1, CR4 и HHI. Однако эмпирические наблюдения показали ошибочность упомянутой парадигмы: на реальных рынках концентрация является лишь одним из параметров и, возможно, не самым важным. Принятое в 1974 году Верховным судом Соединенных Штатов решение по делу компании "Дженерал дайнэмикс"¹³ в ретроспективе оценивается как открывшее дверь анализу слияний в этой стране, поскольку именно оно позволило широко анализировать, насколько точно рыночная доля той или иной фирмы отражает ее способность вести конкурентную борьбу¹⁴. В то же время во многих других странах показатели рыночной доли, позволяющие говорить о господствующем положении, закреплены в законодательстве по вопросам конкуренции, что заставляет делать акцент при анализе на определении рынка.

29. Сегодня показатели рыночной концентрации и рыночной доли сохраняют свое значение для анализа слияний, хотя в некоторых странах важнейшим инструментом, по-видимому, являются те критерии отсева, которые позволяют определить, на анализ каких слияний следует потратить дополнительные ресурсы. Эмпирические данные свидетельствуют о том, что в рамках одной и той же отрасли на более концентрированных рынках цены выше. Однако в некоторых странах на эту статистику сегодня обращают меньше внимания, чем прежде, и органам, занимающимся вопросами конкуренции в этих странах, приходится "придумывать убедительную историю, почему предлагаемое слияние приведет к ослаблению конкуренции" (Baker and Shapiro, 2007:5). Это требует проверки многочисленных фактов для включения в "историю", а точнее в расширенную экономическую модель.

30. Двумя основными разновидностями "истории о том, почему конкретное слияние в конечном счете приведет к ослаблению конкуренции", являются сценарии скоординированных и односторонних последствий. Они не являются взаимоисключающими.

а) "Скоординированные последствия", "совместное доминирование" или "молчаливый сговор" означают, что в результате слияния повышается вероятность того,

¹³ United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).

¹⁴ Baker and Shapiro, 2007:4.

что работающие на рынке фирмы будут шире прибегать к антиконкурентной практике. В экономической науке существуют модели, показывающие, как это может произойти, что необходимо для того, чтобы это произошло, и как слияние может изменить систему стимулов, изменив вероятность или масштабы координации. Существуют эмпирические данные, как оправдывающие, так и не оправдывающие применение той или иной конкретной модели к тому или иному конкретному слиянию.

б) "Односторонние последствия" означают, что у слившейся фирмы после слияния появляются стимулы для повышения своих цен. Вероятность односторонних последствий возрастает в том случае, когда клиенты считают сливающиеся фирмы своими главными поставщиками. Моделирование слияния служит инструментом, позволяющим не только продемонстрировать факт существования таких клиентов, но и оценить масштабы односторонних последствий. В процессе моделирования слияний в математическую модель вводятся данные о замещении покупателей, поведении конкурентов и издержках фирм, с тем чтобы оценить возможное повышение цен в результате слияния. Некоторые занимающиеся вопросами конкуренции органы в своих ответах указали, что, по крайней мере иногда, они прибегают к моделированию слияний.

31. Экономические модели, подобные тем, которые используются для оценки скоординированных и односторонних последствий, должны увязываться с обстоятельствами рассматриваемого дела. Любые используемые в модели посылки должны подкрепляться доказательствами или подвергаться анализу на чувствительность¹⁵.

Вставка 2. Применения оговорки о защите общественных интересов в Южной Африке

Несмотря на включение в законодательство по вопросам конкуренции Южной Африки конкретных положений о защите общественных интересов, призванных помочь решению общих задач развития и способствовать росту занятости, развитию малого бизнеса и справедливому распределению собственности в пользу прежде обездоленных южноафриканцев (Программа укрепления экономических прав чернокожего населения (ПУКЧН)), роль общественных интересов в связанных с конкуренцией делах уходит на второй план, уступая место общим соображениям эффективности. Общественные интересы должны учитываться во всех слияниях. Однако на сегодняшний день количество дел, в которых соображения общественных интересов сыграли решающую роль в анализе целесообразности слияний, невелико.

¹⁵ Анализ чувствительности отвечает на следующий вопрос: "Если взять иное значение переменной, как изменится составленный при помощи модели прогноз?"

Итоги рассмотрения крупных слияний Комиссией по вопросам конкуренции и Судом по связанным с конкуренцией делам до 2008 года свидетельствуют о том, что общественная польза от слияний, как правило, не является весомым аргументом в тех случаях, когда в них усматривают серьезный антиконкурентный эффект. Аналогично этому, несмотря на то, что некоторые слияния были признаны противоречащими общественным интересам, общее впечатление таково, что эти интересы редко служат веским основанием для запрета слияния. Императивы ПУКЧН также не являются для комиссии или суда решающими в связанных с конкуренцией делах. На решения органов по вопросам конкуренции не оказывала сильного влияния и способность фирм конкурировать на международных рынках, хотя этот аргумент часто приводится осуществляющими слияние компаниями.

По всей видимости, главным преимуществом включения положений о защите общественных интересов в законодательство по вопросам конкуренции заключается в том, что это помогает привлечь внимание к данной политической задаче и добиться согласованности политики в разных областях. Кроме того, данная задача оказывается на повестке дня компаний, а именно на уровне компаний учет общественных интересов может оказаться особенно продуктивным.

Источник: Hartzenbergh, 2008.

32. Возможно использование методики на базе приведенной формы модели. Можно, например, задать вопрос о том, какое влияние оказывают на цены или другие рыночные показатели те или иные отдельные компании?

а) В деле о слиянии компаний "Стэплс" и "Офис Депо" ФТК Соединенных Штатов применила приведенную форму модели к группе данных, в которую вошли индексы цен в более чем 400 магазинах "Стэплс" в 40 с лишним городах, рассчитанные за 18 месяцев. Она не пользовалась статистическими методами (показания или документы) для исключения вероятности ошибки по причине неучтенных различий в издержках, т.е. для того, чтобы убедиться в отсутствии других причин, объясняющих различия в издержках между магазинами. Комиссия пришла к выводу, что индекс цен был выше в тех городах, где не была представлена компания "Офис Депо" (или какая либо иная торговая сеть). Она оценила ценовые последствия предлагаемого слияния компаний "Стэплс" и "Офис Депо" и рекомендовала заблокировать его¹⁶.

б) Республика Корея использовала аналогичную методику для анализа слияния сетей супермаркетов¹⁷. КФТК пришла к выводу, что слияние повредит конкуренции, и распорядилась разукрупнить торговые точки на трех географических рынках. Сравнив

¹⁶ Baker and Rubinfeld, 1999.

¹⁷ Республика Корея, ответ на вопросник.

уровни цен в разных районах, КФТК пришла к выводу о том, что присутствие или отсутствие других супермаркетов имеет значение, а других универсальных магазинов - нет. Это позволило отклонить аргумент сторон о том, что соответствующий рынок включает в себя и универсальные магазины. Во-вторых, официальные органы установили, что цены приобретающей компании в среднем были на 4,2% ниже в тех случаях, когда ее торговые точки располагались неподалеку от магазинов приобретаемой компании. В результате был сделан вывод о том, что предлагаемое слияние, по всей видимости, нанесет ущерб конкуренции.

с) ЕС также использовала регрессионный анализ для оценки слияния компаний "Райанэйр" и "Аэр Лингус", с тем чтобы понять, оказывает ли присутствие одной участвующей в слиянии стороны влияние на цены другой стороны или нет. За объясняемую переменную был взят средний чистый тариф за месяц на том или ином направлении. Помимо присутствия на этом направлении в том же месяце другой участвующей в слиянии стороны для учета системных факторов, влияющих на тариф, в модель вводились и другие объясняющие переменные. Использовались два эконометрических метода: перекрестная регрессия (для анализа различий в тарифах на разных маршрутах) и регрессия с фиксированными уровнями (для анализа различий в структуре рынка на конкретном направлении в разные моменты времени, например до и после выхода на рынок или ухода с него конкурента)¹⁸.

Эти три примера анализа на основе приведенной формы модели свидетельствуют о том, что недостаточно анализировать лишь различия в уровнях цен в зависимости от присутствия на местном рынке другой участвующей в слиянии стороны. Для того чтобы полученные результаты не вызывали сомнений, необходимо проделать большую работу¹⁹.

33. Как видно из ответов на вопросник, для оценки влияния той или иной компании на конкуренцию может применяться и информация о торгах. Например, то, насколько часто две фирмы подают заявки на одних и тех же торгах, может свидетельствовать об их "близости" или схожести. Наличие информации о фирмах, уступивших победителю на торгах, позволяет проанализировать, как часто две фирмы подавали наиболее конкурентоспособные заявки и являлись главными конкурентами друг друга. При наличии дополнительной информации, а также при проведении некоторых разновидностей аукционов можно оценить то влияние, которое оказывает на цены присутствие другой фирмы. В то же время, анализируя информацию об участниках,

¹⁸ Европейская комиссия, ответ на вопросник.

¹⁹ Аналогичные вопросы встают и при оценке причиняемого картелями вреда, который также анализируется на основе приведенной модели.

следует учитывать точный характер аукционов, в том числе данные о том, "кто что и когда знает", например когда участники узнают, кто является их соперниками.

34. Все вышесказанное основывается на том понимании, что главным критерием при анализе слияний служит благосостояние потребителей или, возможно, благосостояние всего общества. В то же время, некоторые законы о конкуренции требуют при анализе слияний руководствоваться несколькими критериями. Препятствует ли это использованию экономического анализа? Опыт говорит, что нет. Например, Южная Африка (см. вставку 2) применяет как множественные критерии, так и экономический анализ.

С. Анализ вертикальных ограничений

35. В немногих ответах прямо говорится об использовании экономического анализа при оценке вертикальных ограничений. В то же время, именно в этой области экономический анализ способствовал тем изменениям, которые произошли в последние несколько десятилетий. Это подтверждает изменившийся подход Европейской комиссии к вертикальным ограничениям. До 1999 года конкретные положения вертикальных соглашений между фирмами анализировались на основе списков – черного, белого или серого. Включенные в черный список положения были запрещены, и получить разрешение на их использование можно было лишь при помощи весьма непростой процедуры согласования "индивидуальных изъятий"; положения "белых" списков автоматически разрешались в рамках и "групповых изъятий"; а положения "серых" списков могли разрешаться на основании соглашений, подпадающих под групповые изъятия. В своем предложении высказать замечания по "Зеленой книге", ставшей одним из этапов процесса реформ, Комиссия отметила, что одна из наиболее часто звучащих жалоб сводится к тому, что "слишком много внимания уделяется анализу положений и слишком мало – экономическим последствиям соглашений"²⁰. Принятое в 1999 году постановление с его защитными механизмами, основанными на рыночной доле сторон соглашений и сроках их действия, стало шагом вперед в направлении более широкого использования экономического анализа. Кроме того, в процессе применения этого постановления учитывались новые достижения в экономической науке. При прежней системе Комиссия получала многочисленные уведомления о вертикальных соглашениях. В своем ответе на вопросник Европейская комиссия указала, что в последние годы ей не

²⁰ Комиссия утверждает "Зеленую книгу" о вертикальных ограничениях в политике ЕС по вопросам конкуренции, выступление Л. Пиперкорна, 20/01/1997, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_002_en.html.

приходилось рассматривать много дел о вертикальных ограничениях. Количество вертикальных соглашений при этом, по-видимому, не уменьшилось.

36. Вторым примером влияния экономического анализа может служить недавно принятое решение, изменившее судебную практику рассмотрения дел о поддержании перепродажных цен в Соединенных Штатах. В вынесенном в 2007 году решении по делу "Лигин криэйтив ледер продактс, инк." против "ПСКС инк." Верховный суд Соединенных Штатов отказался от рассмотрения соглашений об установлении минимальной цены перепродажи как таковых в пользу анализа на основе правила разумного подхода. Особый интерес представляет конкретное упоминание экономического анализа в вынесенном решении и особом мнении. В первом пункте решения сразу же после отказа от принципа противозаконности прочих вертикальных ограничений как таковых содержится следующее предложение: "Кроме того, авторитетные экономисты приходят к выводу о том, что вертикальное фиксирование цен может оказывать благотворное влияние на конкуренцию". В тексте решения экономические аргументы рассматриваются очень подробно. В особом мнении по данному решению, принятому пятью голосами против четырех, также рассматривается экономическая аргументация со ссылкой на эмпирические экономические исследования, посвященные последствиям поддержания минимальных цен при перепродаже. В нем говорится следующее:

"Экономические дискуссии, подобные тем, на которые опирается Суд, могут помочь найти ответы на эти вопросы, и при этом экономический анализ может и должен подкреплять антитрестовское законодательство. При этом антитрестовское законодательство не может и не должно точно воспроизводить (часто противоречивые) экономические взгляды, поскольку в отличие от экономики право представляет собой административную систему, последствия функционирования которой зависят от содержания норм и прецедентов, применяемых судьями и присяжными в судах и адвокатами, консультирующими своих клиентов. А это означает, что суды нередко будут применять собственные административные решения ...".

В особом мнении упоминаются эмпирические данные, касающиеся соотношения анти- и проконкурентных последствий. Один из основных доводов, легших в его основу, связан с необходимостью обеспечения применимости права, в том числе с необходимостью проведения различий между отказом от давнего прецедента, с опорой на который были приняты многие экономические решения, и разработкой нормы "с чистого листа".

D. Горизонтальные соглашения

37. Занимающиеся вопросами конкуренции органы по-разному используют экономические доказательства существования картельных соглашений. По крайней мере один респондент, ответивший на вопросник ЮНКТАД, сообщил, что он использует экономические результаты экономического анализа в качестве доказательств существования картеля.

38. Вопрос о признании существования картельного сговора на основе главным образом экономических доказательств рассматривался и на другом форуме²¹. Экономические данные могут использоваться в качестве конкретных доказательств существования картельного сговора. Одним из таких доказательств может служить поведение фирм: оно может указывать на существование соглашения. Вторым доказательством является структура рынка: она может указывать на возможность картельного сговора, например, в случае высокой концентрации рынка. Третьим доказательством могут служить данные о благоприятствующей картельному сговору практике, т.е. такой практике, которая облегчает достижение и обеспечение соблюдения картельных соглашений. Важными сигналами являются синхронные действия в сфере ценообразования, одновременное сокращение производственных мощностей или подозрительный характер участия в торгах; эти сигналы являются важными свидетельствами, но еще не доказательствами. Серьезным препятствием служит то, что поведение, которое может рассматриваться как одностороннее, преследующее собственные цели, в отсутствие соглашения не является убедительным косвенным доказательством существования картельного сговора. Требуются также доказательства связи между сторонами. Каждый из этих видов доказательств диктуется конкретной экономической моделью, без которой истолковать их невозможно.

39. По крайней мере некоторые занимающиеся вопросами конкуренции органы используют экономический анализ не просто для установления факта сговора, а для того, чтобы попытаться понять, помогает ли та или иная практика конкурентам координировать свою деятельность. Например, в начале 1990-х годов орган по вопросам конкуренции Соединенных Штатов урегулировал спор с некоторыми авиакомпаниями, использовавшими компьютерные системы бронирования для координации цен²².

²¹ OECD Global Forum on Competition 2006, Round table on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, (DAF/COMP/GF(2006)3).

²² *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) Para. 70,687 (D.D.C. 1994) (final consent decree), цит. в труде Kovacic and Shapiro, 2000:56.

Е. Эконометрический анализ

40. Ряд органов по вопросам конкуренции сообщили, что они редко пользуются эконометрическими методами (за исключением базовой регрессии для определения рынка) из-за необходимости использовать высококачественные данные для получения достаточно убедительных результатов. Те органы, которые пользуются эконометрическими методами, могли бы предусмотреть процедуры, помогающие сэкономить время и средства за счет предотвращения дублирования эконометрического анализа, проводимого другими сторонами. Это потребует уточнения формата данных и прямого обсуждения специалистами по эконометрическому анализу конкретных методологий, приемов, программного обеспечения и т.д. Цель заключается в том, чтобы укрепить доверие и взаимопонимание в вопросе о том, какие выводы можно, а какие нельзя получить на основе имеющихся данных²³.

41. Обобщая вышесказанное, можно сказать, что использование более сложных методов экономического анализа для оценки слияний или в иных целях не получил широкого распространения. Помимо недостатка данных это связано, в частности, с дефицитом людских ресурсов и квалифицированных кадров, а также с ограниченностью времени (особенно в случае слияний) и отсутствием в некоторых странах необходимости использовать сложные методы экономического анализа (например, в одних странах закон не требует от занимающегося вопросами конкуренции органов учитывать при анализе слияний соображения эффективности, а другие еще не имеют опыта работы с фирмами, оправдывающими свое участие в антиконкурентных соглашениях или свое антиконкурентное поведение подобными соображениями).

²³ В числе недавних конкретных примеров, выходящих за рамки эконометрического анализа, можно назвать вышедший в Соединенном Королевстве документ "Suggested best practice for submissions of technical economic analysis to the Competition Commission". См. www.competition-commission.org.uk.

Таблица 2

Методологии экономического анализа

Страна	Определение рынка	Слияния/ концентрация	Прочие	Эконометрический анализ
Аргентина	SSNIP, опросы клиентов, оценки эластичности, обзоры рынка	Моделирование слияний		
Болгария	SSNIP, оценки эластичности			
Чили	SSNIP, опросы клиентов, оценки эластичности			Используется в делах, связанных с хищнической практикой
Колумбия	SSNIP, метод Элзинги-Хогарти	ННІ		
ЕК	SSNIP, корреляция цен, тесты на стационарность, анализ критических потерь, опросы клиентов			Используется часто
Венгрия	Тесты на стационарность, опросы клиентов		Тесты, подобные тому, который был использован в деле Делимитиса	
Индонезия	SSNIP, метод наименьших квадратов	ННІ, CR		
Япония	SSNIP, перекрестные оценки эластичности	Моделирование слияний		Используется (в делах, связанных с махинациями на торгах)
Республика Корея	Анализ критических потерь, метод Элзинги-Хогарти, модель, основанная на методе пробитов, опросы клиентов, оценка эластичности, анализ переориентации клиентов	Моделирование слияний, ННІ		Часто используется при наличии данных
Латвия	SSNIP, анализ критических потерь, оценка эластичности, метод пяти сил Портера	ННІ, CR, показатели прибыльности	Тест Арреды-Тернера	
Малави	SSNIP			Не используется
Мексика	SSNIP	ННІ, CR		
Панама	Оценки эластичности, опросы клиентов, модель, основанная на методе пробитов	ННІ, CR, индекс Лернера		
Российская Федерация	SSNIP			
Сербия	SSNIP			
Швейцария	SSNIP, корреляция цен, тесты на стационарность	ННІ, CR		Используется редко, за исключением простейшего метода наименьших квадратов для определения рынка
Уругвай	Качественные данные			

III. Насколько хорошо относятся к экономическому анализу частные стороны и суды

42. Отношение к использованию экономического анализа в связанных с конкуренцией делах определяется опасениями относительно правовой определенности. Противники использования экономических доказательств часто используют следующие аргументы:

а) в отличие от юридических доказательств экономический анализ слишком теоретичен и опирается на модели и послышки, которые даже при незначительном изменении могут дать совершенно иные результаты; б) разногласия между экономистами, представляющими на первый взгляд убедительные, но противоречивые результаты, не является редкостью, что неизбежно заставляет сомневаться в достоверности результатов экономического анализа; и с) адвокаты и судьи не разбираются или не стремятся разобраться в экономических доказательствах.

43. Многие эксперты (Neven, 2007; Freeman, 2006; Potocki, 1996) решительно отвергают подобные аргументы, утверждая, что, хотя экономические доказательства и не являются неопровержимыми, они вполне достоверны, если они опираются на логические послышки, а также на проверенные и существенные факты²⁴. Право часто связано с техническими вопросами (медицинское право, патентное право и т.д.); законодательство по вопросам конкуренции не является исключением. Кроме того, адвокатам и судьям не привыкать к сложным аргументам. По мнению многих специалистов, законодательство по вопросам конкуренции отличается от других технических областей права, поскольку экономические концепции накладывают на него свой отпечаток, а возможно, являются и его составной частью.

44. В то же время применение экономической науки в законодательстве по вопросам конкуренции имеет свои границы. Как отметил судья Брейер в особом мнении по слушавшемуся в 2007 году делу "*Лигин*", которое упоминалось выше, право, в отличие от экономики, является административной системой. Его применение обеспечивается судьями и адвокатами, консультирующими своих клиентов. Отсюда следует, что законодательство по вопросам конкуренции должно быть применимым в рамках реально действующей системы. "Антитрестовское законодательство не может и не должно точно воспроизводить (часто противоречивые) экономические взгляды". Эта фраза о месте экономической науки в законодательстве по вопросам конкуренции аналогична замечаниям двух видных специалистов по вопросам конкуренции, сделанным на рубеже тысячелетий. По их мнению, одна из задач в сфере применения норм регулирования

²⁴ Кроме того, для оценки убедительности экономической модели может использоваться анализ чувствительности, позволяющий оценить последствия изменения посылок на результаты экономического анализа.

конкуренции заключается в адаптации аналитических приемов, которые позволяли бы четко различать анти- и проконкурентную практику при применении правовых норм органами по вопросам конкуренции и судами, а также служили бы стабильной и предсказуемой опорой для деловых кругов (Kovacic and Shapiro, 2000:58).

45. Опыт Соединенных Штатов и ЕС говорит о том, что в делах по вопросам конкуренции суды иногда признают экономические и эконометрические доказательства и даже настаивают на их применении. Суды, конечно же, не всегда находят экономические доказательства убедительными. Например, накопленный Финляндией в последние годы опыт свидетельствует о том, что опора на более сложные экономические теории не всегда придает большую убедительность аргументам, показаниям или доказательствам, представляемым в судах (Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 2008). Здесь необходим компромисс; Европейская комиссия потерпела целую череду неудач в делах о слияниях (например, в делах "Эйртурс", "Тетра"/"Лавал" и "Дженерал электрик"/"Ханиуэлл"), в которых суд требовал более убедительных экономических доказательств. Как в Европе, так и в Северной Америке стороны дел по вопросам конкуренции и их адвокаты сегодня рассчитывают на подробный экономический анализ. Практикующие юристы научились работать как с результатами экономического анализа, так и с проводящими его специалистами.

46. Согласно полученным ЮНКТАД ответам, во многих развивающихся странах частные стороны и их юридические консультанты демонстрируют менее высокий уровень экономических знаний и понимания экономических проблем. Поэтому они предпочитают сосредоточиваться на правовой стороне дела, а не на экономическом содержании. Это может не позволять занимающимся вопросами конкуренции органам уделять больше внимания экономической стороне дела, особенно если подобной позиции при рассмотрении связанных с конкуренцией дел придерживаются и суды. Это немаловажно, поскольку, как отмечалось выше, позиция судов сыграла важнейшую роль в повышении роли экономического анализа в ЕС и Соединенных Штатах.

47. В развивающихся странах суды относятся к экономическим аргументам по-разному. В отдельных развивающихся странах, в том числе в Бразилии, Израиле, Индонезии и Южной Африке, суды уже учитывают результаты экономического анализа в своих решениях. В то же время влияние экономической науки на принимаемые решения усиливается, особенно в странах с более богатым опытом правоприменения. Ширится признание того, что экономика должна занимать центральное место в законодательстве по вопросам конкуренции и в анализе связанных с конкуренцией дел.

48. Может показаться, что в административно-правовых системах отношение судей к использованию экономических аргументов в связанных с конкуренцией делах не имеет большого значения. Из ответов на вопросник ЮНКТАД вытекает, что в большинстве стран применение законодательства по вопросам конкуренции осуществляется в рамках административной системы. Суды играют роль лишь на этапе апелляции, когда речь в основном идет о вопросах права или процедуры. Тем не менее опыт показывает, что в связанных с конкуренцией делах решать вопросы права в отрыве от экономической теории зачастую невозможно.

49. Как может расширяться использование судьями результатов экономического анализа в связанных с конкуренцией делах? Очевидным представляется обучение судей азам антитрестовской экономики, за что выступают занимающиеся вопросами конкуренции органы во всем мире. Даже в самых передовых с точки зрения защиты конкуренции странах возникают проблемы, связанные с отсутствием у судей необходимых экономических знаний. Например, результаты недавно проведенного Американской коллегией адвокатов (АКА) опроса показали, что из 42 опрошенных экономистов, специализирующихся на антитрестовской тематике, лишь 24% считают, что федеральные судьи "как правило" понимают суть экономических проблем. АКА также рекомендовала расширять подготовку судей по экономическим аспектам антитрестовского законодательства. В то же время необходимость такой подготовки вызывает споры. Например, некоторые программы в Соединенных Штатах подвергались критике за то, что они якобы ставят целью повлиять на принимаемые судьями решения и пропагандируют среди судей лишь одно конкретное направление экономической мысли. Результатом такой критики стало предложение законодательно запретить финансируемые из частных источников программы подготовки судей.

50. Для более эффективного доведения результатов экономического анализа до сведения лиц, не имеющих экономических знаний или опыта применения законодательства по вопросам конкуренции, могут применяться особые процедуры. Судей можно было бы знакомить с результатами экономического анализа уже на начальном этапе рассмотрения дела при помощи специальных записок сторон, позволяя им как можно раньше задавать в связи с ними свои вопросы. Судьям можно предоставить возможность назначать своих экономических экспертов, которые анализировали бы для них суть разногласий между экспертами сторон. Кроме того, судьям, возможно, следует предоставить право требовать от экспертов противных сторон преодолеть свои разногласия с тем, чтобы лучше сосредоточиться на самом расследовании.

51. На признание экономических доказательств может влиять и состав суда или группы арбитров. В странах, использующих административную систему (или где созданы

специальные трибуналы/суды, укомплектованные опытными судьями, специализирующимися на законодательстве в области конкуренции), экономисты, как правило, включаются в группы арбитров, что помогает этим органам лучше разобраться в экономической теории, применимой к рассматриваемым делам.

52. Во вставке 3 описываются некоторые приемы, используемые органами по вопросам конкуренции в судах для облегчения понимания судьями сложных экономических доказательств²⁵. Опыт Управления по вопросам добросовестной торговли Соединенного Королевства свидетельствует о том, что адвокаты, как правило, лучше представляют экономические аргументы в судах, преподнося их в таком виде, в котором судьи, не имеющие специальной экономической подготовки, считают их убедительными.

Вставка 3. Как следует преподносить сложные экономические вопросы судьям

Экономический аргумент должен увязываться с фактическими доказательствами и основываться на признанной экономической теории.

Экономические модели должны представляться точно, но без излишних технических подробностей, а также с объяснениями того, как они работают, почему выбранные модели соответствуют конкретной задаче и как на их основе делаются те или иные выводы с учетом фактов конкретного дела. Должны раскрываться исходные посылки и объясняться, почему с учетом знаний, опыта и обстоятельств дела не были использованы альтернативные посылки и параметры.

Экономические аргументы должны представляться так, чтобы не противоречить судебной логике.

Устные разъяснения должны подкрепляться визуальными пособиями, например таблицами, графиками и диаграммами.

Источник: OECD, 2008.

53. Не все экономические аргументы имеют равный вес. В разных юрисдикциях действуют свои собственные правила в отношении того, признаются ли в качестве доказательств в суде показания экспертов, и если да, то какие. Например, в Соединенных Штатах в некоторых судебных постановлениях и в федеральных правилах предусматривается, что "показания экономистов-экспертов в [связанных с конкуренцией] делах неприемлемы, если а) свидетель не является экспертом в соответствующей области экономики; б) показания не имеют тесной связи с этой областью экономики; и

²⁵ В упоминавшемся выше особом мнении по делу "Лигин" содержится намек на то, как следует представлять экономические доказательства судьям. В нем говорится: "Я не считаю, что нам следует серьезно относиться к аргументам, которые стороны не разъясняют достаточно ясно для того, чтобы они были понятны обычному судье".

с) в показаниях не используются экономические инструменты в связи с конкретными фактами дела". Кроме того, в комментариях к правилам говорится, что "свидетель, намеревающийся воспользоваться эконометрическими методами или экономическими моделями, должен описать их достаточно подробно с тем, чтобы стали понятны конкретные методы или модели, на которые желает опираться свидетель. Свидетель должен также объяснить, почему эти методы и модели уместны в данном случае и как они подкрепляют сделанные выводы"²⁶.

IV. Вопросы для будущего обсуждения

54. Для стран, которые до сих пор слабо использовали возможности экономического анализа в связанных с конкуренцией делах, расширение его использования чревато высокими расходами на подготовку персонала, представителей органов, занимающихся правовыми аспектами конкуренции, и судей. Часть получаемых в ходе такой подготовки знаний не имеет узкоотраслевого характера; они могут находить применение и в других областях микроэкономической политики, например в сфере экономического регулирования инфраструктуры. Сохраняет свою актуальность и проблема текучести прошедших подготовку кадров, которыми укомплектованы занимающиеся вопросами конкуренции органы. В свете этих расходов, а также позитивных и негативных внешних аспектов уместно задаться вопросом, каким должно быть оптимальное использование экономического анализа небольшим органом по вопросам конкуренции в развивающейся стране.

55. Существуют ли такие области, темы или виды дел, на которых следует сконцентрировать ограниченные ресурсы, выделяемые на проведение экономического анализа? Ресурсы не следует концентрировать с этой целью?

56. Опираясь на имеющийся опыт, как можно эффективно расширить возможности для проведения экономического анализа небольшого или нового органа по вопросам конкуренции? Требуются ли для этого конкретные ресурсы или знания?

57. Когда занимающиеся вопросами конкуренции органы разных стран сотрудничают в рассмотрении отдельных дел, означает ли это конвергенцию экономического анализа (выбор моделей, калибровка моделей) и почему?

58. Ограничивает ли возможности экономического анализа или в меньшей степени благоприятствует его проведению такое законодательство по вопросам конкуренции, которое преследует сразу несколько целей?

²⁶ Werden, 2007.

Справочная литература

- Baker JB and Shapiro C (2007). Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement. October 2007, Prepared for the Kirkpatrick Conference on Conservative Economic Influence on U.S. Antitrust Policy, Georgetown University Law School, April 2007.
<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>.
- Baker JB and Rubinfeld DL (1999). Empirical methods in antitrust litigation: Review and critique, Boalt Working Papers in Public Law, University of California, Berkeley, paper 43.
- CRAI (2001). Competition Memo: June 2001. Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy. <http://www.crai.com/ecp/assets/Stationarity.pdf>.
- Freeman P (2006). Competition law and economics: a partnership of equals or a struggle for supremacy? Talk by Peter Freeman at ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 22 March 2006.
- Oxera (2009). The new guidance on Article 82 – does it do what it says on the tin? Oxera Agenda, January. www.oxera.com.
- Hartzenbergh T (2008). Competition policy in South Africa: towards development? Paper presented at DPRU Conference 2008, School of Economics, University of Cape Town, 27–29 October.
- Kovacic WE and Shapiro C (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, Journal of Economic Perspectives, vol. 14:43–60.
- KPMG (2007). Peer Review of Competition Policy. Report prepared for the United Kingdom Department of Trade and Industry.
- Neven D (2007). Competition economics in Europe. Introduction. The 2007 Handbook of Competition Economics. Available at
http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/intro_competition_economics.pdf.
- OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. DAF/COMP(2008)31.
- Potocki A (1996). The role of economics and economists in competition cases. Judicial Enforcement of Competition law, OECD. OECDE/GD(97)200.
- Werden GJ (2002). The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm.
- Werden GJ (2007). The admissibility of expert economic testimony in antitrust cases. Prepared for ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, chapter 35: 9.
- White LJ (2007). Economics, economists and antitrust: a tale of growing influence. Paper presented at the American Economics Association session on Better Living Through Economics (V), New Orleans, 5 January 2008.
