

Дзагурова Н.Б.(НИУ ВШЭ)

Неоднозначность торга между ошибками I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений.

Со времени появления работ экономистов чикагской школы в 60-х гг. прошлого века вертикальные ограничивающие соглашения (ВОС) перестали трактоваться преимущественно как инструмент получения преимуществ в конкурентной борьбе, т.е. при взаимодействии «по горизонтали». За последние десятилетия было разработано несколько теоретических концепций, предлагающих иные объяснения причин распространённости ВОС и подчеркивающих их позитивное воздействие на эффективность вертикальных взаимодействий и увеличение благосостояния конечных потребителей. Все это способствовало распространению на анализ ВОС логики сопоставления потерь от ошибок I и II рода, т.е. схемы, активно применяемой в различных сферах (например, в медицине, где выбор степени чувствительности теста на присутствие заболевания диктуется соотношением ошибок I и II рода).

Ошибка I рода предполагает «ложное срабатывание», в антимонопольном регулировании ее еще называют ошибкой избыточного регулирования (*over-enforcement error*). Вероятность ее возникновения, т.е. вероятность, того, что практика, признанная неблагоприятной (B^*), на самом деле таковой является благотворной (G), равна

$$\alpha = Prob(G|B^*) = \frac{Prob(B^*|G)Prob(G)}{Prob(B^*)} = \frac{\gamma p}{(1-\delta)(1-p)+\gamma p},$$

Где

p - доля благотворных (G) практик;

G^* , B^* - практики, признанные благотворными и неблагоприятными;

$\gamma = Prob(B^*/G)$ – вероятность того, что благотворная практика будет признана неблагоприятной;

$\delta = Prob(G^*/B)$ – вероятность того, что, напротив, неблагоприятная практика будет признана благотворной.

Соответственно, ошибки II рода («пропуски события» или ошибки недостаточного регулирования) возникают с вероятностью

$$\beta = Prob(B|G^*) = \frac{Prob(G^*|B)Prob(B)}{Prob(G^*)} = \frac{\delta(1-p)}{\delta(1-p)+(1-\gamma)p}.$$

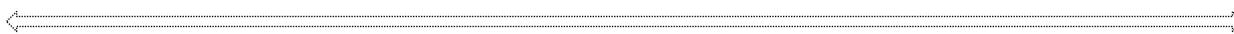
Принято полагать, что за выбором степени жесткости режима регулирования стоит торг между ошибками I и II рода, поскольку ужесточение режима регулирования приводит к увеличению вероятности появления ошибок I рода (*ложное срабатывание*), в то время как его либерализация способствует повышению вероятности возникновения ошибок II рода (*пропуск события*). «Идеальная» модель регулирования должна балансировать ожидаемые потери, сопряженные с ошибками I и II рода, что достигается при равенстве предельных величин этих потерь.

Ошибки I рода

(*ложное срабатывание*)

Ошибки II рода

(*пропуск события*)



Незаконность

per se

Правило

«**взвешенного подхода**»

Законность

per se

Не ставя под сомнение принципиальную правомерность рассмотрения торга между ошибками I и II рода, мы хотели бы в данной работе обратить внимание на то обстоятельство, что применение описанной теоретической схемы в антимонопольном регулировании нуждается в некоторой осторожности,

обусловленной наличием обратной связи, множественными интерпретациями ошибок I и II рода, непоследовательностью в формировании системы регулирования ВОС в целом и пр.

В-первых, в отличие от медицины, где чувствительность теста влияет на вероятность ошибок I и II рода, но не обуславливает наличие или отсутствия самого заболевания, в антимонопольном законодательстве нельзя не учитывать реакцию компаний на применение определенного режима регулирования. Тем самым возникают внешние эффекты, которые нуждаются в учете при определении выгод и потерь, сопутствующих изменению режима регулирования той или иной разновидности ВОС. Принципиально это соображение вызывает ни малейших возражений, но на практике чаша весов все более склоняется к ужесточению политики антимонопольного регулирования, в основе которого лежит недооценка значимости этих внешних эффектов. Ошибочная интерпретация широко применяемой компаниями бизнес-практики как нелегального соглашения, приводящая к ошибкам I рода, чревата серьезными потерями для экономики в целом. Эти потери порождает как вынужденный отказ компаний от эффективных практик, так и использование обходных путей, позволяющих фирмам преодолевать установленные барьеры.

Особенно это важно при регулировании ВОС, которые (в противоположность горизонтальным соглашениям между конкурентами, прямо влияющими на степень конкурентности рынков, но оказывающими опосредованное воздействие на эффективность вертикальных взаимодействий) лишь косвенно могут ограничивать конкуренцию на рынках¹, но имеют непосредственное влияние на эффективность взаимодействия продавца и покупателя, т.е. размер выигрышей, полученных в результате осуществления транзакции. Следует также принять во внимание то обстоятельство, что признание бизнес-практики соглашением, нарушающим нормы антимонопольного регулирования, имеет больший резонанс, чем не всегда очевидный для сторонних наблюдателей пропуск неблагоприятной практики. Все это (наряду со способностью рынков отчасти компенсировать ошибки II рода) объясняет большую предпочтительность «пропуска события» по сравнению с «ложным срабатыванием» в регулировании ВОС.

Кстати, особое значение при этом имеет мотивация, лежащая в основе применения ВОС. Если речь идет о поставщиках, не занимающихся дистрибуцией, то причины применения ими, например, такой разновидности ВОС как отказ продавать (refusal to supply) продукцию фирмам, не входящим в число авторизованных (уполномоченных) дилеров, нуждаются в тщательном анализе. При отсутствии ограничений на перепродажу товара этими дилерами (т.е. если дистрибуция не носит селективного характера), их затруднительно списать на простое стремление ограничить конкуренцию. Логично предположить, что подобный поставщик, не станет беспричинно отказывать потенциальным покупателям, и мотивы, которыми он при этом руководствуется, заслуживают внимания со стороны антимонопольных органов. В том случае, у поставщика присутствует удовлетворительный коммерческий мотив для отказа от сделок, и антимонопольный орган не находит подтверждения тому, что этот отказ наносит ущерб интересам конечных потребителей, подобного рода ВОС не вызывают серьезной обеспокоенности у антимонопольных органов ЕС² и США³ даже в тех случаях, когда поставщик занимает доминирующее положение на рынке. В мировой практике, обвинения в ограничении конкуренции на рынке обычно

¹ Не говоря уже о том, что оно не всегда является негативным, поскольку ослабление внутрибрендовой конкуренции может с избытком компенсироваться усилением межбрендовой конкуренции.

² С. Bovet (2008) Refusal to Supply Customers under Article 82 EC
http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIRE_Marjolein_Tapking.pdf

³ Гинзбург, Дуглас Злоупотребление доминирующим положением в конкурентном законодательстве США. Материалы российско-американского семинара по вопросу применения антимонопольного законодательства (8-9 июля 2010 г.) http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30335.html

полагаются лишенными экономических оснований, если речь идет об отказе продавать со стороны поставщика, не конкурирующего с дилерами. Это не означает, что отсутствуют прецеденты признания подобных поставщиков виновными в ограничении конкуренции, однако во всех подобных случаях присутствовали серьезные дополнительные обстоятельства. Например, в деле *Boosey & Hawkes*⁴ Еврокомиссия приняла во внимание то обстоятельство, что дилеры, которым внезапно было отказано в поставках, предполагали создать новую компанию, намереваясь конкурировать с *Boosey & Hawkes*. В деле *United Brand* поставки были прерваны на том основании, что дилер участвовал в продвижении продукции конкурента. Признавая право компаний защищать свои коммерческие интересы, Еврокомиссия сочла реакцию в виде отказа в поставках неадекватной и чрезмерной.

К сожалению, в России в подобных ситуациях от обвинений в нарушении норм антимонопольного регулирования поставщиков не спасает не только то, что они не занимают доминирующего положения на рынке, но и то, что их рыночная доля является крайне низкой. Примечательным примером в этом смысле является обвинительное решение, вынесенное ФАС в 2009 году по делу российского разработчика антивирусов «Доктор Веб», который (по данным информационно-аналитического центра *Anti-Malware.ru*) на тот момент контролировал всего 7% рынка российских антивирусов, занимая четвертое место, вслед за «Лабораторией Касперского» (47%), Eset (20%) и производителем Norton Antivirus - фирмой Symantec (15%)⁵.

Во-вторых, нам представляется, что анализ ошибок I и II рода в антитрасте, может быть более успешным при их детальном рассмотрении, предполагающем выделение

- ошибок, вызванных несовершенством законодательной базы, в результате чего запрет налагается на использование благотворных практик (AI), и в то же самое время отсутствуют законодательные барьеры для применения неблаготворных практик (A II);
- ошибок правоприменения, препятствующих использованию компаниями легальных практик (BI) и допускающих - незаконные практики (BII).

	Ошибки антимонопольного регулирования	Ошибки законодательства (A)	Ошибки правоприменения (B)
I рода	принятие решений о запрете благотворных практик	законодательный запрет благотворных практик	блокирование легальных практик
II рода	допущение неблаготворных практик	признание неблаготворных практик законными	допущение незаконных практик

Смещение ошибок законодательства и ошибок правоприменения (или же отождествление последних с ошибками антимонопольного регулирования в целом) крайне нежелательно, поскольку по отношению к ошибкам правоприменения несправедливо было бы применять логику описанного выше торгова. А именно, ошибки правоприменения тем ниже, чем ближе мы находимся к режиму запрета (или допущения) *per se*.

Эта зависимость может быть легко проиллюстрирована путем сопоставления режима признания практик незаконными и режима их регулирования на основе правила взвешенного подхода. Строго говоря, ошибки, возникающие в том и другом случае, имеют совершенно разный смысл. В первом случае - это

⁴ C. Bovet (2008) *Refusal to Supply Customers under Article 82 EC*
http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIRE_Marjolein_Tapking.pdf, p.26

⁵ <http://www.kommersant.ru/doc.aspx?DocsID=1264151>.

ошибки, вызванные неверной оценкой того, происходило ли само действие (т.е. применялась ли сама практика), в то время как во втором случае - речь идет об ошибках, состоящих в неверной оценке результата предпринятых действий (т.е. контр - и проконкурентных последствий применения практики). Найти факты формального нарушения запретительной нормы (или убедиться в его отсутствии) несколько легче (основная проблема обычно сводится к определению границ рынка). Если обсуждается ситуация, нуждающаяся во «взвешенном подходе», то дополнительно приходится соотносить негативные или позитивные последствия применения той или иной практики. И, в этом смысле, вероятности ошибок обоого рода оказываются выше при применении правила взвешенного подхода.

Смещение различных интерпретаций ошибок I и II рода может оказаться особенно опасным при попытках оценивать деятельность антимонопольного органа на основании доли успешно завершенных судебных разбирательств возбужденных им дел, поскольку тем самым будут создаваться искаженные стимулы к ужесточению проводимой политики регулирования. Кстати, то, что соотношение между возбужденными и успешно завершенными делами может служить критерием оценки деятельности антимонопольного органа, осознают и сами его руководители. В качестве примера, подтверждающего это, приведем фрагмент из презентации руководителя ФАС России И.Ю. Артемьева. Желая проиллюстрировать возрастание эффективности деятельности вверенного ему органа государственной власти, он обращается к показателям, характеризующим (в числе прочего) как раз соотношение между числом возбужденных и успешно завершенных дел.



Источник: Презентация И.Ю. Артемьева «Антимонопольная политика на современном этапе» (ноябрь 2010 года) http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30388.html

Собственно, если полагать суды способными на принятие заключений, не несущих в себе ошибок правоприменения, мы (с некоторыми оговорками, касающимися активности и мотивации компаний, подающих апелляции) можем определить на основании приведенных данных уровень ошибок правоприменения I рода, совершенных ФАС, как отношение отмененных судами решений ФАС к общему числу принятых ею решений о наличии нарушения - $Prob(G/B^*)$, которая с 7,13 % в первом квартале 2008 г. снизилась до 4,70 % в первом квартале 2009 г., а затем снова незначительно увеличилась, составив 4,87 % в первом квартале 2010 г.

Нельзя не согласиться с тем, что доля успешно завершенных дел при прочих равных должна быть выше у более эффективно работающих антимонопольных структур, но при этом следует иметь в виду малую информативность такого рода показателей. Иллюстрируя известный тезис «вы получаете то, за что платите (you get that you pay for)», часто обсуждаемый в организационной экономике, Джордж Бейкер (George Baker) называл подобные показатели «коррупцированными», подчеркивая то обстоятельство, что агенты могут с легкостью добиваться их увеличения, не сопровождаемого в то же самое время повышением

эффективности их деятельности. Речь при этом, по сути, идет о хорошо известной «работе на показатель». Действительно, введение тотальных запретов способно довести долю успешно завершенных дел до 100%.

Никоим образом не обвиняя ФАС (несомненно, продолжающий оставаться наиболее профессиональным и эффективно работающим органом государственного управления) в подобном манипулировании показателями, мы хотели бы лишь указать на необходимость крайней осторожности в использовании подобных статистических данных. Обращаясь сегодня к данным о сокращении ошибок I рода по своей собственной инициативе, надо быть готовым к тому, что завтра - их возможное повышение будет воспринято как индикатор снижения качества работы антимонопольного органа.

Особую остроту этой проблеме придает традиционное ожидание понижения вероятности возникновения ошибок I рода (и повышения ошибок II рода) при переходе от прямых запретов к иному, более гибкому режиму антимонопольного регулирования (справедливое в целом, но не имеющее отношения к ошибкам правоприменения). Более реалистичный сценарий происходящего при этом одновременного возрастания правоприменительных ошибок обоого рода, о котором говорилось выше, может быть не принят в расчет. Это, в свою очередь, может поставить антимонопольный орган перед нелегким выбором.

Кстати, сценарий, при котором оценка деятельности антимонопольного органа по доле успешно завершенных дел может иметь своим результатом ужесточение режима регулирования, не является единственно возможным. Иным способом достижения благополучных показателей (не столько альтернативным, сколько дополняющим) является понижение размеров налагаемых штрафов, приводящее к сокращению доли компаний, обращающихся в суд после того, как ФАС признала их виновными в нарушении норм антимонопольного регулирования.

В-третьих, при рассмотрении ВОС в целом обращают на себя внимание отклонения от торга между потерями от ошибок I и II рода, порожденные непоследовательностью принимаемых законодательных актов, их непроработанностью и противоречивостью. Все это не только порождает ошибки законодательства, но и оказывает не меньшее воздействие на уровень ошибок правоприменения, чем степень жесткости антимонопольного законодательства. Чем меньше возможностей в законодательных актах оставлено для искажения изначально заложенного смысла, тем меньше (при прочих равных) ошибки правоприменительной практики. Впрочем, ошибки правоприменительной практики могут быть всего лишь естественной реакцией на негибкость правовых норм и могут даже отчасти компенсировать ошибки законодательства. Например, это происходит когда, антимонопольные органы ослабляют внимание к применению компаниями практик, остающихся незаконными, но уже признанных благотворными (AI + B II), т.е. правовая норма перестает использоваться. Такого рода ошибки правоприменения - своего рода функциональная адаптация, повышающая гибкость системы антимонопольного регулирования в условиях, когда изменения формальных (правовых) норм затруднено и/или требует дополнительного времени.

Вопреки распространенному мнению о том, что именно ошибки правоприменительной практики представляют основную проблему на современном этапе, опыт регулирования ВОС в России свидетельствует о не меньшей серьезности проблем, вызванных несовершенством законодательной базы регулирования ВОС. Во многом близкая европейским аналогам, она, в то же самое время, далека от них по степени проработанности и не просто содержит в себе отдельные элементы, позволяющие исказить суть прочих норм, но и неверно трактует некоторые экономические термины (подобные дискриминации хозяйствующих субъектов).

Само по себе обсуждение торга между ошибками I и II рода применительно к обсуждению режиму регулирования того или иного вида соглашений предполагает достижение некоей зоны Парето-

эффективности. Однако возможным сценарием (если говорить о регулировании ВОС в целом) является одновременное увеличение вероятности ошибок обоого рода, подобно тому, как это происходит в РФ в результате принятия закона «О торговле», запретившего относительно безобидные ВОС, но, в то же самое время, допускающего возможность фиксации минимальных цен перепродажи, заслуженно имеющей репутацию наиболее опасной разновидности вертикальных ограничивающих соглашений. Кстати, последнее особенно резко контрастирует с все еще сохраняющимся в законе «О защите конкуренции» запрете на навязывание дилерам максимального уровня цены перепродажи⁶, т.е. разновидности ВОС, традиционно признаваемой существенно менее опасной для поддержания конкурентности рынков и имеющей вполне отчетливые выгоды для конечных потребителей.

Впрочем, даже если не касаться одиозного закона «О торговле», вызвавшего волну возражений со стороны экономического сообщества, и сконцентрировать свое внимание на документе, лежащем в основе антимонопольного регулирования – законе РФ «О защите конкуренции», то и там можно найти примеры не менее досадных противоречий в режимах регулирования различных типов ВОС.

Проект новой редакции закона преодолевает нынешнюю абсурдную ситуацию, при которой невозможно обвинить в ограничении конкуренции компании, навязывающие наиболее опасные виды ВОС (для которых в законе специально был выделен пункт, описывающий особый режим их регулирования) если их рыночная доля менее 20%⁷, в то время, как компании, практикующие все прочие виды ВОС, рискуют быть обвиненными по ч. 3 ст.11 независимо от размеров их рыночной доли, поскольку в ней не оговорено подобное исключение. Однако, не вполне причины применения единого порогового значения (20%) для всех видов ВОС. В европейской практике для ВОС, полагаемых особо опасными оно установлено на уровне 15%, в то время как для всех прочих - достигает 30%.

Большую опасность представляют собой также ошибки законодательства, сопряженные с неверной интерпретацией экономических понятий, которые затрагиваются при определении антимонопольного регулирования ВОС. Трагедия любое различие в условиях контрактов как дискриминационное; обвиняя фирмы в ограничении конкуренции за отказ продавать продукцию контрагентам, независимо от того, какова мотивация такого рода отказов; фокусируя внимание на ущербе, который ВОС предположительно наносят интересам конкурентов, антимонопольный орган рискует оказаться не просто вовлеченным в споры хозяйствующих субъектов, но и выступить в абсолютно несвойственной роли инструмента ограничения конкуренции. Высокую активность при подаче в ФАС жалоб, касающихся ВОС, проявляют именно дистрибьюторы, участвующие в конкурсах, которые проводятся в рамках системы государственных закупок. Подталкиваемая ими ФАС может одновременно усугубить ошибки I рода (на рынке первичной дистрибуции) и ошибки II рода (на региональных рынках государственных закупок).

⁶ Он затрагивает компании, чья рыночная доля превышает 20%.

⁷ Закон РФ «О защите конкуренции», ч.2 ст.11.