

**Федеральное государственное бюджетное образовательное  
учреждение высшего профессионального образования  
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА  
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

**Авдашева С.Б.**

**Вертикальные ограничения в В2В договорах:  
воздействие на конкуренцию и конкурентоспособность**

**Москва 2016**

**Аннотация.** Итогом непростого развития теории вертикальных ограничений стал на первый взгляд тривиальный вывод о том, что их применение может как ограничивать конкуренцию, так и стимулировать её. Главное отличие условий ограничивающих конкуренцию условий вертикальных соглашений от горизонтальных – их запрет может оказать резко отрицательное воздействие на конкурентоспособность. Вот почему в центре мировой практики применения антимонопольных запретов в отношении вертикальных ограничений лежит правило взвешенного подхода. Европейские нормы конкурентного права – так же, как и российские, - критикуют за слишком широкий круг запретов по букве закона (*per se*). Однако центральной проблемой применения запретов в России остается использование в качестве самостоятельного признака нарушения закона ущемления интересов участников контрактных отношений.

Ключевые слова: вертикальные ограничения, антимонопольное законодательство, взвешенный подход, международные сопоставления

Авдашева С.Б., ведущий научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Данная работа подготовлена на основе материалов научно-исследовательской работы, выполненной в соответствии с Государственным заданием РАНХиГС при Президенте Российской Федерации на 2015 год.

# Содержание

|   |    |
|---|----|
| 1 Вертикальные ограничения: типы и место в бизнес-практике и конкурентной политике .....  | 4  |
| 2. «Наивная» концепция вертикальных ограничений.....  | 11 |
| 3. Оправдание ВО в работах Чикагской школы.....   | 15 |
| 3.1. «Двойная надбавка» и другие источники вертикальных внешних эффектов .....  | 16 |
| 3.2. Альтернативные ВО как инструменты «поддержания дисциплины» дистрибьюторов .....  | 21 |
| 3.3. Применение трактовки эффективности к отношениям между поставщиками и розничными сетями: ретробонусы и плата за полку .....                       | 31 |
| 4. ВО в теории контрактов и теории трансакционных издержек .....  | 34 |
| 5. Парадокс Чикагской школы о невозможности ограничения конкуренции и пост-чикагская реакция.....   | 38 |
| 6. Тренды применения антимонопольных запретов в отношении ВО.....   | 47 |
| 6.1. Практика применения антимонопольного законодательства в отношении ВО в США .....   | 49 |
| 6.2. Европейские нормы о законности ВО.....   | 51 |
| 6.3. Нормы закона «О защите конкуренции» в отношении ВО .....   | 52 |
| 6.4. Практика применения запретов на ВО в России .....  | 54 |
| 6.5. Отраслевое регулирование условий вертикальных контрактов в России: закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности» ..... | 57 |
| 7. Основные выводы.....   | 61 |
| Список использованной литературы.....   | 63 |

Вопрос о вертикальных ограничивающих контрактах занимает особое место как в литературе, посвященной смежным рынкам, так и более широко – в современной теории отраслевых рынков, институциональной теории и теории контрактов, и в целом, в экономической теории права, и в истории бизнеса. Та бизнес-практика, которая в антимонопольном законодательстве интерпретируется в качестве вертикальных ограничивающих контрактов, была важнейшим вспомогательным инструментом создания двух крупнейших состояний современности – Ингвара Кампрада (ИКЕА) и Билла Гейтса (Microsoft). Бизнес-модели обеих компаний – при радикальном различии продуктов, - демонстрировали важную общую черту. ИКЕА и Microsoft включают не создание продукта как такового, а цепочку создания стоимости независимыми производителями и продавцами. Соответствующие цепочки создания стоимости объединены не рамками единой фирмы, а сетью контрактных отношений, содержание которых приспособлено к потребностям создания стоимости. Договоры ИКЕА с поставщиками радикально отличаются от условий «обычных» договоров, принятых в отношениях «обычного» производителя с «обычным» магазином. Производитель заранее отказывается и от собственных продуктовых и технологических разработок, и от собственного имени: он делает то, что предусматривает заказ от ИКЕА, и покупатель никогда не должен узнать, кто же именно произвел заготовку для мебели или тарелку. Для неподготовленного наблюдателя не менее странными могли бы выглядеть условия договоров Microsoft с другими участниками цепочки создания стоимости: почему, например, договором предполагается, что поставщик операционной системы требует, чтобы производитель компьютеров устанавливал её на все произведенные им компьютеры (или ни на один)?

## **1 Вертикальные ограничения: типы и место в бизнес-практике и конкурентной политике**

Условия договоров, на которых основаны бизнес-модели ИКЕА и Microsoft – но не только их, конечно, достаточно вспомнить договорные отношения производителей автомобилей с дилерами и поставщиками запасных частей и компонентов, - известны экономистам под разными именами. Одно из них – вертикальные ограничения (сокращенно ВО), или вертикальные ограничивающие контракты, которые мы и будем использовать по тексту. Другое – «нестандартная контрактная практика» или «дополнительные условия договоров». Оба термина не вполне удовлетворительны.

Первый – в силу откровенно отрицательной коннотации, связанной с так называемой негостеприимной традицией в антитрасте, стремлением видеть ограничения конкуренции во всем, что невозможно с ходу объяснить [Коуз, 1993]. Антимонопольные запреты по отношению к ВО сразу заставляют думать о них как о вредоносной практике. Второй – в силу предполагаемого убеждения в том, что нормальные договоры B2B не должны выходить за пределы предмета и стоимости, определенной как произведение цены за единицу товара на поставляемое количество. Однако в практике отношений B2B именно такие условия являются экзотическими. Гораздо чаще используются разновидности *двухставочных тарифов*, включая скидки за объем, скидки за лояльность, обусловленные скидки, комбинации франшизы и роялти, «плата за полку». Если предполагается перепродажа, в договорах B2B (типично – производителя и дистрибьютора) зачастую применяются ограничения цены перепродажи (сверху или снизу), территориальные ограничения права перепродажи («исключительные территории»), условия об эксклюзивности (запрет на одновременную продажу товара конкурента), а также связанные продажи (продажи товара в комплекте с другим). Все эти условия – признаки ВО.

Под ВО понимаются условия договоров, предполагающие ограничение хозяйственной самостоятельности одной из сторон в результате перераспределения прав принятия решений в пользу другой. ВО могут затрагивать разные сферы: условия контактов с другими поставщиками (покупателями) и их допустимость; цены, по которым поставляемый товар в дальнейшем будет перепродаваться дилером; перечень дополнительных услуг и действий, от которых следует воздерживаться.

ВО могут принимать явную форму: когда в договоре между поставщиком и покупателем что-то конкретное запрещается или предписывается. Однако ВО могут принимать и более изощренный и завуалированный характер. Пример наивных ухищрений: условия договора Заволжского моторного завода с дистрибьюторами комплектующих и запчастей не запрещали продавать продукцию других производителей, но те из дистрибьюторов, кто покупал, принимал на реализацию, демонстрировал или даже хранил запчасти и комплектующие альтернативных поставщиков, лишались дилерской скидки (то есть скидки с розничной цены). Такое условие эквивалентно

прямому запрету, и именно поэтому договорная практика служила предметом рассмотрения ФАС России в 2007 г.<sup>1</sup>

Один из менее прямолинейных вариантов ВО – требования лучшей цены. Именно такое условие в договорах он-лайн туристических агентств *Booking* и *Expedia* было предметом рассмотрения антимонопольными органами нескольких европейских стран в 2012-2015 гг. Требование лучшей цены в договорах с этими агентствами интерпретировалось как фактический запрет ценовой конкуренции со стороны отелей и ограничение возможностей такой конкуренции со стороны других он-лайн агентств. Именно по этой причине на условия договоров жаловались конкуренты *Skoosh* и *SkyScanner*.

Пример более изощренного условия – условие установки лицензионной операционной системы *Microsoft* на новые компьютеры при условии оплаты лицензии, исходя из общего объема компьютеров, выпущенных производителем (так называемое дело *Microsoft I* в США)<sup>2</sup>. Хотя собственно о запрете на установку других систем на какую-то часть компьютеров в договоре речь не идет, по существу это условие приводит к исключению конкурентов, поскольку оплата предустановленной операционной системы явно снижает стимулы дополнительно платить за установку альтернативной.

Все три приведенных примера показывают, что ВО имеют несколько типов последствий. ВО влияют на выигрыши сторон договора. Подписавшая договор сторона может не ощущать себя проигравшей, но может и ощущать (именно дистрибьюторы ЗМЗ жаловались на слишком ограничивающие их действия условия договоров). Гораздо чаще стороной, которой причинен ущерб, считают себя конкуренты инициатора ВО (он-лайн агентства в случае с *Booking* и *Expedia*, потенциальные поставщики альтернативных операционных систем в деле *Microsoft I*). Но ВО не были бы предметом антимонопольных запретов, более или менее жестких, если бы их эффекты ограничивались сторонами заключенного добровольно договора, и даже если бы они распространялись на конкурентов. ВО составляют предмет антимонопольных запретов в той мере, в какой они влияют на выигрыши потребителей на конечном рынке. Во всех трех приведенных примерах по отношению к инициаторам ВО решение о нарушении антимонопольного законодательства не было принято. Необходимым условием такого решения было бы

---

<sup>1</sup> ОАО "ЗМЗ" исполнило предписание ФАС России об устранении нарушений антимонопольного законодательства. Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_16373.html](http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_16373.html)

<sup>2</sup> Justice Department files antitrust suit against Microsoft for unlawfully monopolizing computer software markets. Интернет-адрес: [http://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/1998/1764.htm](http://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1998/1764.htm).

доказательство того, что в результате применения ВО покупатели больше платят в первом случае – за детали и комплектующие, во втором случае – за ночь в гостинице, в третьем – за операционную систему. Однако и такой вывод был бы необходимым, но недостаточным для вынесения обвинительного решения. Ведь пусть покупатели платят дороже за детали и комплектующие – но зато благодаря условиям договора Заволжского моторного завода они избегают риска приобрести контрафактную продукцию. Бронируя номер в системе *Booking*, покупатель благодаря условию лучшей цены избегает необходимости сопоставлять предлагаемые ему условия с условиями других агентств – он уверен, что лучших не бывает. Можно привести немало аргументов в обоснование практики *Microsoft*. Представим, что лицензия на установку зависела бы от количества установленных операционных систем. Тогда для определения их числа и мониторинга этого определения потребовались бы весьма значительные дополнительные затраты. Повышение затрат привело бы к росту цены лицензии, и в конечном итоге – к росту цены компьютера с предустановленной операционной системой для покупателя. Иными словами, ВО имеют несколько результатов для благосостояния – происходит не перераспределение выигрышей - как между разными группами продавцов, так и между продавцами и покупателями, - но и повышение суммарного выигрыша, измеряемого на рынке показателем общественного благосостояния. В соответствии с концепцией антимонопольного законодательства запреты должны применяться только в тех случаях, когда показано, что вычеты из благосостояния превосходят дополнительные выигрыши. Применение этого критерия (критерия Калдора-Хикса) на уровне рынка означает, что незаконные ВО должны приводить к снижению объема продаж и совокупного благосостояния как суммы выигрышей покупателя и продавцов. В правовых терминах это означает, что для большинства ВО (в отличие, например, от сговора продавцов о ценах и разделе рынка, где результирующее изменение благосостояния, как правило, отрицательно) вывод о вредности или благотворности сделать априори, без специального анализа нельзя. Именно на этом основании в антимонопольной политике к ВО применяется режим «взвешенного подхода» - предметом запрета являются только ограничения, снижающие суммарное благосостояние.

Даже это краткое введение показывает, что конкурентная политика по отношению к ВО является сложной задачей. Сложной тем более, что для общества вредны и неоправданно разрешенные, и неоправданно запрещенные ВО. Причем издержки неоправданного запрещения (ошибки I рода) могут оказаться в долгосрочной перспективе даже выше. Если одни продавцы будут наказаны за применение благотворной для

общества практики, откажутся от этой практики не только они, но и участники других рынков, информированные о соответствующем решении. Наилучшим образом эту проблему сформулировал американский судья Ф.Истербрук в статье «Пределы антимонопольного правоприменения (другой перевод - Пределы антитраста)», говоря, что по мере развития рыночные силы могут скорректировать монополию, но никто не может скорректировать ошибку судьи [Easterbrook, 1984]. Соответственно, необоснованные запреты приведут к снижению конкурентоспособности продавцов и выигрышей общественного благосостояния.

Уже приведенные примеры показывают, что при оценке бизнес-практики перед антимонопольным органом – как и любым сторонним наблюдателем, - стоит непростая задача. Но эта задача становится еще сложнее, если учесть, что многие ВО применяются не как отдельно взятые требования, а выступают неотъемлемой частью комплексной бизнес-практики. В этом отношении показательна практика условий договоров в автомобильном секторе. Например, мы видим, что многие автопроизводители запрещают своим авторизованным дилерам перепродавать приобретенные у них оригинальные компоненты и запасные части по ценам, ниже каталожных цен национального дистрибьютора. Это установление минимальной цены перепродажи ( $RPM_{min}$ , от английского resale price maintenance) – которая считается разновидностью ВО с самым высоким потенциалом антиконкурентного эффекта. Но точно ли целью автопроизводителей является именно ограничение ценовой конкуренции как таковой? Нет, такое ограничение нужно только в комплекте с предоставлением авторизованным дилерам существенных (20 и даже в некоторых случаях 30%) скидок с каталожной цены. Скидка же в свою очередь нужна как способ мотивации дилеров к качественному ремонту и обслуживанию автомобилей. Скидки дают им способ заработать на обслуживании – причем чем большие усилия автодилеры прилагают для качественного обслуживания (что и нужно не только автопроизводителям, но и всей системе автодилеров), тем выше их прибыль. В этом смысле дилерские скидки – способ премирования, компонент стимулирующего контракта. Но автопроизводители очевидно хотят поддержать автодилеров как центры по обслуживанию и ремонту, но вовсе не как мелкооптовые базы по перепродаже запасных частей и компонентов. А дилеры могут зарабатывать деньги и на ремонте, и на перепродаже – причем на перепродаже проще и без усилий. Вот почему и возникает необходимость ограничения цен перепродажи. Помимо этих соображений, дополнительный мотив применения подобной практики в России – соотношение маржи в секторе первичной продажи и ремонта и обслуживания. Поскольку автомобильный рынок

России до сих пор считается ненасыщенным, автопроизводители стремятся поддержать в секторе первичной продажи относительно низкую маржу, предоставляя авторизованным дилерам возможности компенсировать её путем развития обслуживания и ремонта. Тем самым предоставление значительных дилерских скидок на оригинальные запчасти и компоненты становится ключевой частью стимулирования дилеров в принципе. Таким образом установление минимальной цены перепродажи запчастей оказывается прямо связанным с поддержанием низкой маржи при продаже в России автомобилей. Понижение цены на производный товар (запчасти) необходимо для того, чтобы иметь возможность конкурировать на основном рынке (автомобилей). Трактовка поддержания цен на компоненты только как ограничения конкуренции была бы ошибкой, на которую специально указывал американский судья Ричард Борк – запретом именно той бизнес-практики, которая сама по себе является инструментом конкуренции [Bork, 1993].

Экономический анализ ВО занимает важное место в исследовании проблем ограничения конкуренции на связанных рынках. В первую очередь, сами по себе оптовые и розничные рынки можно рассматривать как разные – но связанные. Применение ВО при оптовых продажах неизбежно воздействует на конкуренцию на розничном рынке. Но это далеко не всё. На разных типах смежных рынков – там, где действия продавца на одном рынке неизбежно оказывают влияние на конкуренцию на другом, в силу особенностей технологии или спроса, - ВО выполняют разные функции, в разной степени связанные с задачами обеспечения конкурентоспособности.

Но и этого мало. Характеристика «ограничений» (соответствующее исходному *restraints* в английском языке) предполагает, что условия ВО связывают руки продавцу на другом рынке (в нашем примере дистрибьютору как участнику розничного рынка, в отличие от оптового), ограничивая его возможности соперничать с конкурентами. Таким образом ВО в условиях договоров между двумя продавцами на вертикально связанных рынках воздействуют на способность конкурировать.

Но выводы различных теорий ВО в практике регулирования применяются в том числе к не вполне вертикальным, не вполне ограничивающим, и не вполне контрактам. Например, выводы теории ВО использовались при обсуждении дела *Netscape v. Microsoft* (а также последующего европейского дела в отношении *Media Player*), хотя Интернет-браузеры и операционные системы с технологической точки зрения вовсе не связаны по вертикали, выступая, скорее, комплементарными (дополняющими) благами. Выводы теории ВО применяются к отношениям между франчайзером и франчайзи, хотя условия их договоров, с точки зрения обыденной логики, не ограничивают франчайзи. Если

рассматривать условия договора между франчайзером – владельцем сети кофемашин о том, как обслуживать машины, какой кофе использовать, где их можно и где нельзя устанавливать как ограничивающие, то столь же ограничивающими мы должны признавать любые правила технического регулирования, нацеленные на обеспечение безопасности продуктов.

Все эти обстоятельства делают анализ причин и последствий ВО более чем нетривиальной задачей. Однако для анализа смежных рынков её неизбежно приходится решать, поскольку, как уже указывалось выше, выводы экономической теории и законодательство о ВО применяется практически ко всем типам связанных рынков. В первую очередь это рынки платформ, использующих двусторонние сетевые эффекты потребления. Специалисты отрасли до сих пор считают, что сам по себе браузер *Navigator* не так заботил *Microsoft*, чтобы вести кампанию против его разработчика *Netscape* (это дело известно в мировой литературе как *Microsoft II*; соглашения поставщика операционной системы предусматривали обязательную предустановку *Internet Explorer* на рабочем столе и делали предпочтительным использование настроек браузера для крупнейшего интернет-провайдера США), - важны были долгосрочные последствия для будущего операционной системы – а операционная система является главным компонентом («платформой») рынка с двусторонними сетевыми эффектами. Не менее интересна – и привлекает не меньшее внимание регулирующих органов, - практика ВО, применяемая платежными системами. Что такое правило «принимай все карты» (*Honor all cards rule*), как не разновидность связанных продаж? Мотивы и история антимонопольных расследований в отношении практики платежных систем практически все интерпретируются в контексте теории ВО.

Выводы теории ВО применяются к производным рынкам – политика национальных дистрибьюторов автомобилей в отношении автодилеров оценивается именно на её основе. В деле *Kodak* обвинения строилось также вокруг условия об эксклюзивности, составляющим особый тип ВО.

Все эти обстоятельства делают даже простой пересказ теорий ВО важной задачей. И задачей тем более сложной, что представления о роли ВО в определении условий конкуренции и создании стимулов в отношениях между независимыми фирмами на протяжении последних ста лет менялись довольно сильно. Вместе с изменением теории менялись и представления о том, какие эффекты применения ВО следует ожидать и искать в каждом конкретном случае.

Именно поэтому когда экономистов спрашивают о том, что думает теория о ВО, первое побуждение – задать встречный вопрос: какая именно экономическая теория? «Наивная» экономической интерпретации ВО (естественно, в силу своей наивности довольно успешная в битве за умы)? Чикагская школа, предложившая неоклассические модели ВО как способа нейтрализации вертикальных внешних эффектов? Объяснения ВО в теории контрактов? Объяснения ВО в теории транзакционных издержек? Все эти теории – вполне экономические, но по предпосылкам, логике и выводам различаются настолько, насколько это вообще возможно при одном и том же объекте. Их сопоставление с теоретически верных методологических позиций - задача сама по себе весьма любопытная, - заняло бы практически бесконечное время. Тем не менее, в дискуссиях о применении ВО, для того, чтобы быть добросовестными, приходится уметь различать аргументы, сформулированные в рамках теоретических подходов разных школ.

## **2. «Наивная» концепция вертикальных ограничений**

Начало какого-то отношения к ВО датируется принятием и применением антимонопольного законодательства (напомним, что закон Шермана в США принят в 1890 г., европейское конкурентное право родилось практически на три четверти века позже, российское – еще через четверть века). Исторически ВО рассматривались в антимонопольном законодательстве в контексте возможности «монополизации», или распространения монопольной власти на смежные рынки. Проиллюстрируем этот подход на примере. Пусть монополист на оптовом рынке продает товар нескольким дистрибьюторам, которые конкурируют друг с другом на рынке розничном (рис. 1).

Рис. 1. «Наивное» представление о воздействии ВО на конкуренцию



Поставщик может назначать монопольную цену на оптовом рынке, однако конкуренция между дистрибьюторами на розничном рынке розничную цену снижает, а следовательно, ограничивает и возможную прибыль для монополиста. Монополист размышляет о необходимости поглощения дистрибьюторов для того, чтобы предотвратить конкуренцию на этапе розничных продаж. Вопрос: бизнес скольких дистрибьюторов следует приобрести?

Правильный ответ состоит в том, что ни одного дистрибьютора приобретать не надо. Даже не зная основ теории контрактов и теории фирмы, легко догадаться, что стимулы к эффективному предоставлению услуг дистрибуции (снижению издержек, усилиям по продвижению товара) выше при режиме вертикальной дезинтеграции, нежели при вертикальной интеграции. Владелец независимой бензоколонки прилагает больше усилий, продавая бензин, нежели сотрудник вертикально интегрированной нефтяной компании, работающий за зарплату (даже если она включает стимулирующий бонус). Вот почему чтобы сохранить преимущества сильных стимулов на этапе дистрибуции дальновидный монополист-поставщик не будет приобретать бизнес ни одного из них. Ему достаточно заключить с ними ВО. Причем его целям будет соответствовать ВО разных типов, например:

- минимальная цена перепродажи. У дистрибьюторов поставщика-монополиста нет выбора, кроме как принять это условие, что обеспечивает перепродажу товара по цене, соответствующей решению задачи максимизации прибыли поставщика-монополиста;

- система исключительных территорий для дистрибьюторов (для примера – выделение каждому из них отдельного города с запретом остальным продавать в нем), в

сочетании, например, с какой-то разновидностью двухставочного тарифа в оптовых поставках. Система исключительных территорий нужна в этом случае для того, чтобы искусственным образом ограничить конкуренцию и побудить дистрибьюторов вести себя как монополисты (чтобы они назначали «не слишком низкую» цену). Двухставочный же тариф (например, в примитивном варианте – участия в прибыли), комбинирующий низкую оптовую цену (переменная часть) с платой за право продавать товар (постоянная часть) необходим для того, чтобы дистрибьюторы назначали «не слишком высокую» цену<sup>3</sup>, и при этом – делились монопольной прибылью с поставщиком. Вне зависимости от конкретного решения использование ВО приведет к распространению рыночной власти на смежный рынок (по-английски - *leverage of market power*).

С помощью того же самого примера можно объяснить и другое «наивное» объяснение ВО. Поставщик в данный момент является монополистом, но в какой-то момент возникает угроза другого поставщика. Чтобы предотвратить эту угрозу, он добавляет в качестве обязательного условия в договор поставки пункт о том, что дистрибьютор отказывается приобретать и реализовывать продукцию другого поставщика. В этом случае ВО выступают способом предотвращения входа на рынок потенциальных конкурентов (замыкания рынка - *foreclosure*).

При всей «наивности», такой подход к объяснению ВО предоставляет простые и полезные инструменты для применения антимонопольных запретов. Он подсказывает два важных обстоятельства антиконкурентного применения ВО, связанные со стимулами и возможностями. И стимулы, и возможности возникают только у продавца, очевидно обладающего существенной рыночной властью. В том же случае, если у продавца нет рыночной власти, ему нечего распространять на смежный рынок, и для его дистрибьюторов нет смысла принимать «исключающие» условия договора. Отсюда следует четкий вывод о том, что *запреты на ВО имеет смысл применять только в том случае, когда:*

- прослеживается горизонтальный эффект их применения - то есть можно определить, на каком рынке ограничивается конкуренция между продавцами, и как в этом заинтересован инициатор ВО;
- инициатор ВО обладает достаточной рыночной властью, чтобы не только быть заинтересованным, но и иметь возможность для исключения конкурентов с рынка.

---

<sup>3</sup> Подробнее о причинах опасности «слишком высокой» цены дистрибьютора – в параграфе, посвященном теории ВО как способе нейтрализации отрицательных вертикальных внешних эффектов, и более конкретно – модели «двойной надбавки».

Высокая рыночная доля выступает не достаточным, но необходимым условием для того, чтобы ВО имели антиконкурентный эффект. Юридические последствия этого вывода – граничное значение рыночной доли, разделяющее разрешенные и запрещенные вертикальные договоры. В Европейском Союзе рыночная доля – на любом из рынков, затронутых соглашением, - составляет 30%, в России – 20%.

В изложенной концепции два простых критерия – высокая рыночная доля и эффект ограничения конкуренции, - в качестве *необходимого* условия признания ВО незаконными выглядят вполне обоснованными. С этой точки зрения обвинительное решение в отношении соглашения между «Балтикой» и «Рексам» (соглашение предусматривало, что «Рексам» обязуется не продавать другим производителям пива алюминиевые банки емкостью 1 литр, дело рассматривалось ФАС России в 2010 г.<sup>4</sup>) выглядит в контексте наивной концепции ВО совершенно понятным. «Балтика» занимает на рынке пива более 40%, «Рексам» на рынке алюминиевых банок – более 90%. Исключение доступа к банкам объема 1 л действительно закрывает этот сегмент рынка для других поставщиков пива, усиливая рыночную власть «Балтики». Горизонтальный эффект налицо.

Кроме того, даже «наивной» интерпретации ВО достаточно, чтобы обратить внимание на проблему результативности антимонопольных запретов. Насколько легко фирмы могут обойти правовые препятствия использования ВО, устанавливаемые антимонопольным органом?

Большое значение в связи с этим приобретают замещаемость разных типов ВО, а также множественность эффектов одного ВО. Например, для стимулирования неценовой конкуренции между дистрибьюторами (повышения их усилий по продвижению товара) можно использовать и ограничение цены перепродажи снизу, и систему исключительных территорий. Оба инструмента предотвращают вытеснение неценовой конкуренции ценовой. В то же время ограничение цены перепродажи снизу может не только поощрять неценовую конкуренцию, но и транслировать рыночную власть на следующий этап цепочки создания стоимости, поддерживая сговор на нем. Вот почему сомнительно делить ВО на более опасные (потенциально незаконные) ценовые и менее опасные (следовательно, признаваемые законными) неценовые.

Продавец может вынуждать дилера не превышать определенный уровень цены, оговаривая минимальные размеры поставки. Тот же результат будет достигнут при

---

<sup>4</sup> Решение и предписание по делу в отношении ООО «Рексам Бевэридж Кэн Наро-Фоминск» и ОАО «Пивоваренная компания «Балтика». Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions\\_31753.html](http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_31753.html)

установлении максимальной надбавки розничной цены над оптовой. В свою очередь, предотвратить понижение цены можно, зафиксировав максимальные размеры скидки, которую дистрибьютор предоставит конечному покупателю. Безусловно, далеко не всегда можно найти хороший заменитель ценового ограничения. В частности, ограничение цены перепродажи снизу нельзя заменить установлением максимального объема продаж дистрибьютора в той степени, в какой ограничение цены направлено на стимулирование усилий по продвижению товара. Тем не менее цели применения почти любого ценового ВО можно достигнуть с помощью определенной комбинации неценовых ВО [формально это показано в модели Мэтьюсон, Уинтер, - на русском языке 2003].

Доступность замещающих контрактных практик ВО также снижает результативность запретов. Как нам постоянно напоминает теория трансакционных издержек, ВО могут замещаться внутрифирменными транзакциями в чистом виде. Если законодательство настойчиво запрещает заключать необходимые для тебя эксклюзивные соглашения с поставщиком – просто купи его. Переход от ВО к замещающей контрактной практике может сопровождаться дополнительными издержками для компаний. Однако, если дополнительная прибыль от ВО достаточно высока, подобный переход, уменьшив выигрыш продавцов, не принесет покупателям дополнительного выигрыша от запрета по сравнению с гипотетической ситуацией, когда все ВО признаются законными.

### **3. Оправдание ВО в работах Чикагской школы**

Очертить границы Чикагской школы в истории представлений о ВО, как это часто бывает, оказывается весьма непросто. В состав Чикагской школы входили как собственно экономисты (в том числе отец современной теории олигополии Джордж Стиглер), причем экономисты, которых можно отнести условно как к неоклассическому, так и к институциональному направлению (работы Л.Телсера и Г.Марвела вполне могут считаться институциональными исследованиями), так и практикующие юристы и исследователи в области права (в первую очередь уже упомянутые Р.Борк и Ф.Истербрук). «Соавторами» выводов чикагской школы могут считаться и судьи американских судов, в своих решениях акцентирующие внимание на положительных эффектах применения ВО [Агамирова, Дзагурова, 2014]. Более того, в позднейших работах модели Чикагской школы часто рассматривались в довольно стилизованном виде, отличавшемся от

первоначальных идей. Сделав эту оговорку – важную для серьезного читателя, хотя и само собой подразумевающуюся для любого историка экономических концепций, сделаем еще одну. В работе концепции представителей чикагской школы будут рассматриваться не в их первоначальном виде, а так, как они вошли в учебники, чтобы подчеркнуть их отличие от так называемого пост-чикагского подхода. Более того, чикагские модели будут рассматриваться через призму неоклассического метода (то есть теории цены), хотя вклад представителей школы в институциональную традицию не менее важен.

В отличие от «наивного» подхода, все направления экономической теории, которую можно считать современной, отталкиваясь от «наивных» представлений и используя их как объект критики, стремятся подчеркнуть, как правило, разные аспекты *положительных* эффектов ВО. Соотнося развитие теории с применением антимонопольных запретов, можно сказать, что «наивный» подход обосновывает жесткие запреты и указывает на обстоятельства их применения. Современные же теории обосновывают применение так называемого «взвешенного подхода» (*rule of reason*) к запретам на ВО – решения о законности/ незаконности только на основе сопоставления положительных и отрицательных эффектов.

Однако в моделях, восходящих к чикагской школе, необходимо разделять два тезиса:

- ВО могут приводить к выигрышам общественного благосостояния, причем в некоторых случаях выигрыш от ВО тем больше, чем выше рыночная власть применяющего их продавца;

- В общем случае даже исключаящие ВО не могут наносить ущерба общественному благосостоянию (чикагская школа).

Начнем с обсуждения ВО как способа нейтрализации внешних эффектов.

### 3.1. «Двойная надбавка» и другие источники вертикальных внешних эффектов<sup>5</sup>

Ярким примером отрицательного вертикального внешнего эффекта служит двойная надбавка [Spengler, 1950]. Рассмотрим технологическую цепочку, состоящую из двух

---

<sup>5</sup> В изложении моделей этот и следующий параграфы опираются на [Авдашева и др., 2007].

последовательных звеньев. Выпуск одного производителя служит ресурсом для другого (либо мы думаем о производителе и дистрибьюторе, либо предполагаем производственную функцию Леонтьевского типа). Чтобы пренебречь замещаемостью ресурсов, и одновременно затратами на переработку, представим себе отношения между производителем (переменные, относящиеся к производителю, обозначены  $w$ ) и дистрибьютором (соответственно  $r$ ), каждый из которых является монополистом (дистрибьютор – на рынке конечной продукции, производитель – по отношению к дистрибьютору). Покажем, что при данных затратах производителя (которые мы будем для простоты считать нулевыми) вертикальная интеграция как объединение производителя и дистрибьютора в единую фирму позволит повысить их суммарную прибыль – иными словами, при отсутствии согласования решений о ценах на последовательных этапах цепочки продавцы теряют прибыль.

Пусть спрос на рынке конечной продукции описывается функцией спроса:  $P = 1 - Q$ , товар производится, как мы уже указали, с нулевыми затратами, а затраты дистрибьютора, в свою очередь, равны оптовой цене производителя. Рассмотрим вначале случай, когда производитель и дистрибьютор принимают решения независимо друг от друга, руководствуясь соображениями максимизации собственной прибыли. Производитель, выбирая объем продаж и назначая цену, ориентируется не на рыночный спрос как таковой, а лишь на *производный спрос*, который предъявляет на его продукцию дистрибьютор.

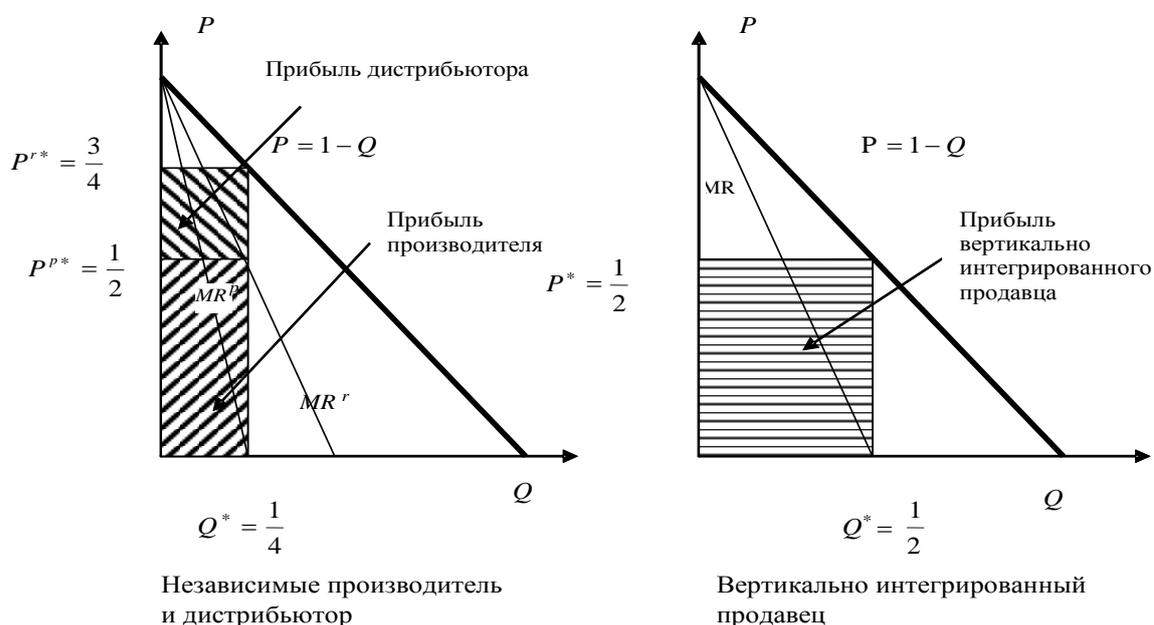
В свою очередь, производный спрос дистрибьютора на товар производителя служит результатом максимизации его прибыли, когда в качестве предельных затрат выступает оптовая цена производителя (обозначим ее  $P^w$ ). Условие равенства предельной выручки предельным затратам дает оптимальный выпуск дистрибьютора (одновременно - производный спрос на товар производителя)  $Q^r = \frac{1-P^w}{2}$ . Прибыль производителя максимальна при объеме продаж  $Q^w = \frac{1}{4}$  и цене  $P^w = \frac{1}{2}$ . При такой цене производителя дистрибьютор, соответственно, назначает цену  $P^r = \frac{3}{4}$ . Прибыль производителя составляет  $\frac{1}{8}$  дистрибьютора  $-\frac{1}{16}$ .

Если бы производитель и дистрибьютор были объединены в рамках вертикально-интегрированной фирмы ( $VI$ ), объем продаж монополиста составлял бы  $Q^{VI} = \frac{1}{2}$  цена конечной продукции была бы ниже, чем в условиях дезинтеграции  $P^{VI} = \frac{1}{2}$ . Но что еще более важно для участников вертикальной цепочки, прибыль вертикально

интегрированного продавца равнялась бы  $\frac{1}{4}$  что выше, чем сумма прибыли независимых производителя и дистрибьютора  $-\frac{3}{16}$  (рис.2).

Модель «двойной надбавки» демонстрирует как сходство, так и безусловные различия с обыденным представлением о том, что чем больше посредников, тем выше цена для покупателя. Цена для покупателя действительно выше, но проблемой для бизнеса служит другое – снижение суммарной прибыли. В данном случае интересы бизнеса и покупателей совпадают. Вертикальная интеграция ведет к повышению не только суммарной прибыли, но и выигрыша покупателей, и общественного благосостояния. Два монополиста на последовательных стадиях технологической цепочки создают бóльшие потери благосостояния, чем один вертикально интегрированный монополист.

Рис.2. Рост прибыли за счет нейтрализации «двойной надбавки»



Механизмом, снижающим прибыль при вертикальном разделении, служат *отрицательные вертикальные внешние* эффекты. Ни розничный, ни оптовый продавец не думают о влиянии собственных решений на прибыль всей цепочки в целом. Каждый повышает цену по сравнению с предельными издержками (вот почему иное название этого эффекта – двойная маржинализация), в результате оба получают меньше, чем могли бы. Вертикальная интеграция позволила бы нейтрализовать отрицательный внешний

эффект. Однако она неизбежно привела бы и к другому результату. Ни одна вертикально интегрированная компания не придумала, каким образом создать для дистрибьюторов такие же сильные стимулы, какими располагают независимые дистрибьюторы. Мы вернемся к агентской теории и теории фирмы позднее. Сейчас напомним лишь, что трудовые контракты не позволяют возлагать на контрагента риск в той же пропорции, что и гражданско-правовые договоры, а, следовательно, они и не могут обеспечить такие же стимулы к повышению эффективности, что и статус независимого дистрибьютора как «претендента на остаток» [Мастен, 2001, Шаститко, 2003].

Перед участниками бизнеса стоит проблема – как одновременно предотвратить отрицательные вертикальные внешние эффекты, и при этом сохранить сильные стимулы, свойственные независимым фирмам. Выход найден именно в использовании модели вертикальных ограничивающих контрактов.

Представим себе теперь, что вместо вертикальной интеграции производитель просто устанавливает в договоре с дистрибьютором розничную цену на уровне  $RPM^{max} = \frac{1}{2}$ . В этом случае производитель и дистрибьютор в сумме получают точно такую же прибыль, что получила бы вертикально интегрированная компания. Отрицательный внешний эффект нейтрализован.

Единственным ли вариантом решения служит установление максимальной цены перепродажи? Первой альтернативой служит установление минимального объема перепродаж ( $Q^{min} = \frac{1}{2}$ ). Точно к такому же результату приведет применение двухставочного тарифа для оплаты оптовых поставок. Производитель назначает дистрибьютору нулевую оптовую цену  $P^W = 0$  (в общем случае - на уровне предельных издержек), и тогда для дистрибьютора становится выгодным назначать искомую розничную цену  $P^r = \frac{1}{2}$  такую, что суммарная прибыль участников вертикальной цепочки максимальна. После получения максимальной прибыли производитель должен решить задачу распределения её между собой и дистрибьютором. Эту функцию при применении двухставочного тарифа выполняет первоначальный фиксированный взнос. Фактическое распределение зависит от множества факторов, но для нас важны только граничные значения. В том случае, когда производитель не обязан предлагать дистрибьютору в качестве альтернативы самостоятельные продажи с универсальной оптовой ценой, фиксированный взнос может достигать значения всей суммарной прибыли  $A \leq \frac{1}{4}$ . В том случае, когда производитель должен предложить дистрибьютору в качестве

альтернативы сохранение прежнего уровня оптовой цены  $P^w = \frac{1}{2}$ , для того, чтобы сделать опцию двухставочного тарифа привлекательной для дистрибьютора, достаточно назначить фиксированную ставку такую, чтобы заплатив её, дистрибьютор сохранил прибыль не менее, чем в базовом варианте с двойной надбавкой. Легко заметить, что Парето-улучшение (и производитель, и дистрибьютор по крайней мере не проигрывают) по сравнению с моделью двойной надбавки достигается при  $\frac{1}{8} \leq A \leq \frac{3}{16}$ .

Обратим внимание на важную сторону модели «двойной надбавки». Она не просто указывает на возможные положительные результаты применения ВО. Она говорит о том, что положительные результаты ВО наступают именно в тех обстоятельствах, которые в рамках наивных представлений выглядят самыми опасными: когда производитель и/или дистрибьютор обладают монопольной властью. Именно монопольная власть в этой модели и создает основу для отрицательных вертикальных внешних эффектов, которые преодолеваются с помощью ВО. Все получается наоборот: при высокой рыночной доле нужно, оказывается, не относиться к ВО более подозрительно, а напротив, тщательнее искать источник повышения эффективности.

Отрицательные внешние эффекты в вертикальной цепочке могут создаваться решениями не только по поводу выпуска/цены, но и в процессе выбора значений других стратегических переменных. Вторым классическим примером служат расходы на рекламу и усилия по продвижению товара. Л.Телсер [на русском языке - 2003] впервые обратил внимание на то, что ограничение ценовой конкуренции как результат установления минимальных цен перепродажи стимулирует неценовую конкуренцию и противодействует снижению усилий дистрибьюторов по продвижению товара и оказанию предпродажных услуг.

Принимая решения по поводу рекламы, каждый дистрибьютор учитывает ее влияние только на собственную прибыль, в то время как реклама оказывает влияние на спрос для всех дистрибьюторов данного производителя и, в свою очередь, на производный спрос для производителя. Оптимальные, с точки зрения каждого дистрибьютора, расходы на рекламу оказываются слишком низкими с точки зрения общих интересов производителя товара и всех его дистрибьюторов. Чтобы избежать избыточной ценовой конкуренции между дистрибьюторами и одновременно стимулируя их привлекать новых покупателей другими способами, производитель может применять  $RPM^{min}$ . Тем самым производитель стремится стимулировать конкуренцию между

дистрибьюторами разных брендов, при одновременном снижении ценовой конкуренции между разными дистрибьюторами одного бренда.

Вертикальная интеграция позволяет решить и проблему избыточной ценовой конкуренции в сочетании с недостаточными усилиями по продвижению, точно так же, как и проблему двойной надбавки, в силу того, что она исключает противоречие интересов фирм, представляющих различные звенья технологической цепочки. Однако точно так же она создает проблему избыточного смягчения стимулов, и поэтому менее предпочтительна по сравнению с использованием ВО.

### 3.2. Альтернативные ВО как инструменты «поддержания дисциплины» дистрибьюторов

В цепочке создания стоимости возникают внешние эффекты разного типа, но одного происхождения – если участники цепочки принимают решения изолированно, они учитывают их воздействие только на собственную прибыль, но не на прибыль других участников системы создания стоимости. В этом контексте хотя все участники цепочки делят общую прибыль и заинтересованы в её повышении, по частным вопросам интересы могут расходиться существенно. И это вызывает необходимость координации действий вдоль цепочки. Если цепочка состоит из независимых юридических лиц, - которые, следовательно, руководствуются именно своей прибылью и исполнением взятых на себя договорных обязательств, - задачи координации выполняют условия договоров, приобретающие форму ВО. В этом контексте *с помощью ВО управляющее звено осуществляет интернализацию внешних эффектов, то есть настраивает стимулы отдельных участников предпринимать такие действия, которые соответствуют максимальной прибыли всей цепочки.*

Модели интернализации внешних эффектов в отношениях между производителем и дистрибьютором, проанализированные в работах Чикагской школы, указывают не только на то, что ВО способны выполнять возложенную на них задачу. Они показывают, что, с одной стороны, конкретный тип внешнего эффекта может быть интернализирован с помощью разных типов ВО, но с другой стороны, один и тип ВО может использоваться для интернализации разных типов внешних эффектов. *Для исследователей* это создает проблему: нужно хорошо знать практику конкретного бизнеса, чтобы объяснить причины применения тех или иных договорных условий. *Но для бизнесменов и менеджеров* это

свойство ВО крайне важно, поскольку позволяет решать конкретные задачи специальной комбинацией договорных условий, включающей как собственно ограничения для принятия бизнес-решений, так и условия денежных трансфертов, делающие соблюдение этих ограничений выгодным. А для регулятора это обстоятельство вновь служит напоминанием хорошо известной максимы: один размер для всех не подходит, и необходимо знание деталей места и времени использования ВО для применения норм антимонопольного законодательства

Модель, доказывающая замещаемость между разными ВО, разработана Мэтьюсоном и Уинтером [Мэтьюсон, Уинтер, на рус. яз. 2003]. Не обращаясь к выкладкам модели, и в то же самое время расширив перечень возможных отклонений действий дистрибьютора от наилучшего для цепочки в целом по сравнению с исходной моделью, кратко охарактеризуем возможности выбора ВО для следующих случаев:

1) Дистрибьютор может назначать *слишком высокую цену*. Тем самым сокращается объем спроса и суммарная прибыль дистрибьютора и производителя (мы как раз рассмотрели этот пример в рамках модели «двойной надбавки»).

2) Дистрибьютор может практиковать *«поведение безбилетника» по отношению к другим дистрибьюторам*. Пусть цена  $P_a$  покрывает затраты дистрибьюторов не только на оплату оптовой цены и других услуг производителя, но и на привлечение новых покупателей и их обучение. В том случае, если дистрибьютор назначает цену  $P_b$  ниже цены  $P_a$ , он может увеличить собственную прибыль за счет перехода покупателей от других дистрибьюторов к нему. Однако при этом возникают несколько отрицательных эффектов. Во-первых, снижается прибыль других дистрибьюторов. Во-вторых, снижаются стимулы других дистрибьюторов тратить деньги на привлечение и обучение клиентов. В-третьих, при отсутствии усилий на привлечение и обучение клиентов снижается суммарная прибыль всех участников цепочки – включая производителей и всех дистрибьюторов. Таковы могут быть последствия *слишком низкой цены*.

3) Дистрибьютор может прилагать *недостаточные усилия и нести недостаточные затраты* для продвижения продукции и/или обучения покупателей/клиентов. Хотя здесь происходит нечто подобное описанному в случае (2), однако механизм возникновения проблемы несколько иной. В отличие от случая (2) такое поведение может быть вызвано объективной закономерностью того, что плоды усилий по продвижению продукции получает не каждый отдельный дистрибьютор, а вся дистрибьюторская сеть в целом. Затраты на обучение привлекают новых клиентов, но

совершенно не очевидно, что затраты на обучение со стороны дистрибьютора А будут сопровождаться заключением контракта именно с дистрибьютором А – клиент может выбрать дистрибьютора В, даже при отсутствии признаков оппортунистического поведения (как в случае (2)) со стороны последнего.

4) Проблема (3) может усугубляться благодаря ожиданиям дистрибьюторов. Если значительная часть розничных продавцов ожидает со стороны своих коллег «асимметричной реакции на изменение цен» (если дистрибьютор А повышает цену, то дистрибьютор В не повышает цену, но если дистрибьютор А понижает цену, то дистрибьютор В также это делает), это усиливает его стимулы к ценовой конкуренции, и ослабляет – к неценовой конкуренции, в том числе к привлечению и обучению клиентов.

5) До сих пор упоминались только проблемы, встающие в связи с краткосрочными решениями дистрибьюторов (уровень цены, масштаб расходов на рекламу). Однако для успешной розничной продажи продавцы должны опираться на результаты больших или меньших инвестиций, которые в свою очередь могут быть более или менее специфичными, то есть имеющими ценность только при условии продажи товара конкретного производителя. Конкуренция может оказаться избыточной именно с точки зрения стимулов к этим затратам. Ни один дистрибьютор не будет осуществлять первоначальные вложения, если он ожидает, что будущая розничная маржа покроет только текущие затраты. В свою очередь, недостаточные инвестиции дистрибьюторов снижают конкурентоспособность товара конкретного производителя, и в конечном итоге – суммарную прибыль цепочки создания стоимости.

Обратим внимание на три момента. Первое: внешние эффекты в цепочке создания стоимости имеют не только вертикальный, но и горизонтальный характер. Решения участников снижают прибыль не только представителей предшествующих и последующих звеньев, но и участников того же самого звена в создании стоимости (решения розничных продавцов снижают прибыль других розничных продавцов, не только производителя). Второе: описанные внешние эффекты не имеют ничего общего с недобросовестностью дистрибьюторов. Это просто обстоятельства, при которых набор индивидуальных решений приводит к результату, худшему, чем оказался бы гипотетический результат решений, принимаемых централизованно. Третье: все описанные проблемы стоят на рынках тем острее, чем выше интенсивность конкуренции между разными цепочками создания стоимости – то есть между производителями и дистрибьюторами разных марок автомобилей, одежды, компьютерной техники.

Описанные проблемы могут возникать при разных моделях организации взаимоотношений между производителем и дистрибьютором – в иерархически организованной компании, в системе франчайзинга, при договорах между абсолютно независимыми производителями и дистрибьюторами. От организационных форм зависят только доступные инструменты для решения этой проблемы.

Требования производителя к независимым дистрибьюторам отражают особенности тех проблем, которые являются важными и угрожающими суммарной прибыли в данной цепочке. Возможный (но далеко не исчерпывающий) набор требований в соответствии с возникающими проблемами представлен в таблице 4.1.

Таблица 4.1. Требования к дистрибьюторам в ответ на возникающие проблемы

| №№ | Проблемы  | Варианты требований  |
|----|---|--|
| 1  | <i>Слишком высокая цена как результат рыночной власти дистрибьютора</i>   | <i>Установление максимальной цены перепродажи</i><br>или<br><i>Установление минимального объема закупки у производителя</i><br>или<br><i>Продажа на условиях двухставочного тарифа с высоким первоначальным взносом и низкой ценой за каждую дополнительную единицу товара</i>   |
| 2  | <i>Слишком низкая цена в результате слишком высокой ценовой конкуренции, при ослаблении усилий по продвижению, то есть конкуренции неценовой, а также стимулам к первоначальным инвестициям</i> | <i>Установление минимальной цены перепродажи</i><br>или<br><i>Применение системы «исключительных территорий» (в географическом разрезе или по типам покупателей)</i><br>или<br><i>Запрет на перепродажу товара другим дистрибьюторам (как вариант – ограничения на перепродажу за пределами группы дистрибьюторов)</i> |
| 3  | <i>Недостаточные усилия по продвижению продукции,</i>   | <i>Установление минимальной цены перепродажи</i><br>или<br><i>Установление минимального объема закупок</i><br>или<br><i>Установление минимального объема расходов на рекламу, обучение и/или привлечение клиентов</i><br>или<br><i>Применение системы «исключительных</i>  |

|   |  |   |
|---|--|---|
|   |  | <p><i>территорий» (как вариант – количественное ограничение числа дистрибьюторов)</i></p> <p>или</p> <p><i>Запрет на перепродажу товара другим дистрибьюторам (как вариант – ограничения на перепродажу за пределами группы дистрибьюторов)</i></p> <p>или</p> <p><i>Установление минимального объема расходов на рекламу/ обучение персонала</i></p> <p>или</p> <p><i>Количественные ограничения продажи с помощью каналов, где ценовая конкуренция вытесняет неценовую (например, продажи через Интернет)</i></p> |
| 4 | <i>Недостаточные стимулы дистрибьюторов осуществлять первоначальные инвестиции</i> | <p><i>Установление минимальной цены перепродажи</i></p> <p>или</p> <p><i>Применение системы исключительных территорий</i></p> <p>или</p> <p><i>Софинансирование расходов дистрибьюторов на рекламу/ других первоначальных затрат</i></p> <p>или</p> <p><i>Политика ограничений продажи по каналам, предполагающим минимальные первоначальные инвестиции и ограниченные усилия по продвижению (например, Интернет-магазины)</i></p>  |

Для решения одних и тех же проблем в отношениях с дистрибьюторами могут применяться как прямые предписания (цена перепродажи, объем закупки), так и создание стимулов к поведению, выгодному для производителя. Хорошими стимулирующими свойствами обладает двухставочный тариф. В случае (1) вместо того, чтобы предписывать цену перепродажи, производитель одновременно существенно понижает оптовую цену за каждую единицу товара и вводит первоначальный взнос. Уплатив первоначальный взнос, дистрибьютор заинтересован в максимальном расширении объема продаж, при этом низкая оптовая цена за каждую единицу позволяет ему для расширения объема продаж назначать относительно низкую розничную цену. Подобную же роль играет система исключительных территорий в случаях (2) и (3). Эта предотвращает ценовую конкуренцию между дистрибьюторами и обеспечивает розничным продавцам стимулы для продвижения продукции, привлечения/ обучения клиентов, поскольку располагая

рыночной властью в пределах выделенной территории, они не опасаются, что плодами их усилий воспользуется конкурент.

В некоторых случаях применение стимула для решения проблемы в отношениях с дистрибьюторами может породить другую проблему. Так, введение исключительных территорий, призванное стимулировать усилия дистрибьюторов по привлечению и удержанию клиентов, одновременно может привести к возникновению проблемы двойной надбавки (слишком высокие цены, сопровождающиеся таким снижением спроса, что суммарная прибыль производителя и дистрибьютора также снижается). Вот почему во многих случаях применяется не одно требование к дистрибьюторам, а несколько: например, исключительные территории сопровождаются установлением максимальной цены или применением двухставочного тарифа.

Как уже было упомянуто, указанные проблемы могут возникать при разных формах организации бизнеса, от иерархически организованной компании до взаимоотношений между независимыми производителем и дистрибьютором. Содержание требований, предъявляемых к дистрибьюторам, при разных моделях организации при возникновении одинаковых проблем совпадает, различаются лишь механизмы обеспечения выполнения этих требований.

1) В случае *иерархически организованной компании* главным механизмом являются целевые цены и действия по продвижению товара, привлечению, обучению и удержанию покупателей, в сочетании с должностными инструкциями и ответственностью перед руководством компании. Иначе говоря, механизм обеспечения выполнения требований – должностная ответственность.

2) Аналогичные механизмы действуют в рамках *агентского договора*. Отличие состоит в том, что агентский договор непосредственно предписывает уровень цены и усилий (в том случае, если они являются измеримыми) на срок действия договора, или на установленный в договоре срок, в то время как в рамках компании цены и другие параметры действий могут и не устанавливаться на конкретный срок. Главный механизм выполнения требований – договорные обязательства, выполнением которых обусловлена выплата вознаграждения.

3) В *договоре франчайзинга* (в российском законодательстве – договоре коммерческой концессии) главным механизмом обеспечения выполнения требований является комбинация договорных обязательств с суммой уплаченной франшизы. Именно сумма уплаченной франшизы (которая, естественно, не возвращается в случае разрыва

договора) создает заинтересованность в том, чтобы дистрибьютор прилагал усилия для соблюдения требований, установленных производителем. Отличие данного механизма от механизма агентского договора состоит в том, что франшиза выплачивается не после, а до принятия решений о ценах, усилиях и объеме продаж, и в этом контексте обладает хорошим стимулирующим эффектом.

4) В отношениях между *независимыми компаниями* все те же требования могут быть обеспечены договором. И здесь возможно несколько вариантов. В соответствии с договором производитель может непосредственно включать рекомендованную цену или ориентиры реализации, но гораздо чаще он сохраняет право на подобные решения в будущем. В частности, именно так организовано взаимодействие производителей и дистрибьюторов автомобилей [см., например, Arrunada et al., 2001]. Выполнение требований может обеспечиваться созданием как отрицательных, так и положительных стимулов. Пример отрицательного – условие о разрыве договора при невыполнении контрактных условий, положительного – соблюдение рекомендованной цены (минимальной или максимальной) обеспечивает скидку с оптовой цены. Другой пример: при доле данного поставщика в ассортименте не ниже 80% предоставляется скидка с оптовой цены. Скидка с оптовой цены может предоставляться и при выполнении обязательств по рекламе и привлечению клиентов и др.

Выбор между альтернативными организационными формами взаимоотношений с дистрибьюторами делается на основе сопоставления их преимуществ и недостатков. В принципе эти преимущества и недостатки имеют очень четкую отраслевую специфику, однако в таблице 4.2 некоторые из них перечислены без учета таковой.

Таблица 4.2. Преимущества и недостатки альтернативных организационных форм обеспечения выполнения требований к дистрибьюторам

| №№ | Вариант                         | Преимущества  | Недостатки   |
|----|---------------------------------|---|--|
| 1  | Иерархическая форма организации | Возможность гибкого назначения (и изменения) целевых показателей, относительно простой механизм обеспечения выполнения требований, неприменимость антимонопольного законодательства | Слабая заинтересованность дистрибьюторов в хозяйственных результатах, низкие усилия по привлечению клиентов (по сравнению с вариантами 3 и 4) и по экономии издержек, полная ответственность компании-производителя за результаты хозяйственной деятельности |
| 2  | Агентский договор               | Возможность гибкого назначения целевых показателей, неприменимость  | Слабая заинтересованность дистрибьюторов в хозяйственных результатах,  |

|   |   |   |  |
|---|---|---|--|
|   |   | антимонопольного законодательства. Издержки обеспечения выполнения договора зависят от заинтересованности дистрибьюторов в сотрудничестве, а при его отсутствии – от издержек гражданского процесса | низкие усилия по привлечению клиентов и по снижению издержек (по сравнению с вариантами 3 и 4)                             |
| 3 | Франчайзинговый договор   | Возможность назначения целевых показателей на срок действия договора, сильные стимулы дистрибьюторов (по сравнению с вариантами 1 и 2)  | Ограниченность обязательств дистрибьютора условиями договора франчайзинга.   |
| 4 | Дополнительные условия в договорах с независимыми дистрибьюторами | Сильные стимулы независимых дистрибьюторов  | Ограниченность условий договоров с дистрибьюторами действующим законодательством, в том числе отраслевым и антимонопольным |

Преимущества и недостатки альтернативных организационных форм лежат в трех плоскостях. Первая – это возможность применения и обеспечения выполнения требований к дистрибьюторам. Наибольшие возможности для этого предоставляет иерархическая организация, а наименьшие – дополнительные условия в отношениях с независимыми дистрибьюторами. В то же время считается, что при прочих равных условиях контрактная дисциплина в рамках договора франчайзинга существенно выше, чем при договорах с независимыми дистрибьюторами, поскольку она поддерживается инструментом выплаты невозвратной франшизы. Вторая плоскость – это стимулы дистрибьюторов. На одной стороне стоят договоры с дистрибьюторами, когда они не являются претендентами на остаток, и одновременно – не несут рисков (иерархическая организация и агентский договор), а на другой стороне – договоры в рамках франчайзинга и дополнительные условия договоров с независимыми дистрибьюторами. В двух последних случаях продавцы прямо заинтересованы в результатах хозяйственной деятельности, и одновременно – несут все риски. Наконец, третья плоскость – это возможность интерпретации договоров как нелегальных в рамках антимонопольного законодательства. Предписания дистрибьюторам в рамках вертикально интегрированной компании и содержание агентских договоров объектом применения антимонопольного законодательства не является. В свою очередь, условия договоров с независимыми дистрибьюторами – в том числе в рамках договора франчайзинга, - могут быть объектом применения антимонопольного законодательства.

В том случае, когда число дистрибьюторов велико, и их услуги не являются специфичными, предпочтительными по соображениям сохранения сильных стимулов для дистрибьюторов являются варианты (3) и (4). Более того, преимущества этих вариантов усиливаются, если принять во внимание динамические аспекты развития рынка. Сохранение дистрибьюторов как независимых юридических лиц (с точки зрения их правового положения) и как претендентов на остаток (с точки зрения экономического содержания распределения рисков и выигрышей) предпочтительно с точки зрения возможностей *будущей* конкуренции, по сравнению с иерархической организацией.

Проблема договорных отношений между производителями и дистрибьюторами (но мы помним, что все сказанное в общем случае относится к любым взаимоотношениям вдоль вертикальной цепочки) и методы её решения, описанные таким образом, не только показывают причины, по которым ВО могут быть оправданы, но и указывают на опасности неоправданно жесткого применения к ним правовых запретов. Во-первых, подобные запреты могут устранить стимулы к повышению конкурентоспособности, и в конечном счете – к действиям, приносящим выигрыши потребителям. Ослабление стимулов должно коснуться не только дистрибьюторов, но и в конечном счете производителей, лишенных способности обеспечивать правильные решения вдоль цепочки. Именно на это указывали работы Р.Борка и Ф.Истербука. Во-вторых, поскольку применение запретов на ВО не способно устранить базовую проблему, оно может усиливать сравнительные преимущества более сильной вертикальной интеграции, что в долгосрочном периоде для конкуренции нежелательно.

Интерпретация ВО в контексте стимулирования позволяет указать еще на одну проблему применения интерпретации их результатов. Поскольку ВО содержат элементы *стимулирования* или дополняют систему стимулов, их применение неизбежно должно сопровождаться предоставлением дополнительных выигрышей тем агентам, чье поведение соответствует достижению целей принципала, и напротив, снижением выигрышей для тех, чьи действия достижению этих целей не соответствуют. Более того, практика применения любого стимулирующего контракта обязательно несет в себе элемент несправедливости, награждая неучастных и наказывая невиновных. Двухставочный тариф с фиксированным первоначальным взносом может оставить дистрибьютору высокий остаточный доход не только при выборе оптимальной интенсивности усилий и оптимальном их распределении, но и при средних усилиях, но благоприятной экономической конъюнктуре. Но та же самая схема оставит дистрибьютору низкий остаточный доход и в результате низких усилий, и в результате

неожиданного ухудшения конъюнктуры. Крайне опасно оценивать результаты стимулирующего договора *ex post* без учета его природы. Возникает риск совершенно неоправданной интерпретации ВО как «эксплуатирующей» практики. Вот почему запреты на ВО как «эксплуатирующие» действия по отношению к слабой стороне может создавать основу для ошибок I рода (наказания невиновных, то есть наказания за действия, повышающих благосостояние).

Завершить рассказ о замещаемости ВО нельзя без указания на то, что эта замещаемость в реальном мире несовершенна, и ограничена не только правовыми запретами, но и характером неопределенности, с которой сталкиваются дистрибьюторы и их отношением к риску. Покажем это на примере [Rey, Tirole, 1986]. Пусть производитель хочет ограничить избыточную ценовую конкуренцию между идентичными дистрибьюторами и одновременно – предотвратить «двойную надбавку». Пусть цена, максимизирующая прибыль вертикальной фирмы, составляет  $P^{VI}$ . Инструмент перераспределения прибыли от дистрибьюторов к производителю – двухставочный тариф, состоящий из фиксированного вноса  $A$  и оптовой цены  $P^w$ . Предположим нулевую альтернативную ценность для дистрибьюторов. При данном спросе и издержках производства  $c$  и дистрибуции  $\gamma$  производитель получает одинаковую прибыль, применяя две альтернативные схемы – выделение дистрибьюторам исключительных территорий, так, что для каждого из них при  $P^w = c$  максимизирующая прибыль цена составит  $P^{VI}$  (при этом  $A$  равен прибыли дистрибьютора), или назначение максимальной цены перепродажи  $\bar{P} = P^{VI}$  (изымая прибыль любой комбинацией от нулевого  $A$  в сочетании с  $P^w = P^{VI} - \gamma$  или до  $A$ , равного прибыли дистрибьютора при  $P^w = c$ ). Типы вертикальных ограничений эквивалентны для производителя и не снижают выигрыша потребителей и общественного благосостояния по сравнению с вертикальной интеграцией, не создавая тем самым повода для применения антимонопольных запретов.

Однако ситуация меняется, если ритейлер крайне отрицательно относится к риску (*extremely risk averse*) – при том, что производитель к риску нейтрален, - и существует неопределенность в отношении издержек дистрибуции, так что возможные издержки с равной вероятностью принимают значения на интервале  $[\underline{\gamma}, \bar{\gamma}]$  с ожидаемым значением, равным тому же  $\gamma$ , что и в случае детерминированных издержек. Крайне отрицательно относящийся к риску дистрибьютор не примет договора с фиксированным взносом  $A$  большим, чем прибыль дистрибьютора при самом плохом состоянии мира, то есть при самых высоких издержках дистрибуции  $\bar{\gamma}$ . Прибыль дистрибьютора при самом плохом

состоянии мира будет выше при системе исключительных территорий – поскольку они позволяют ему повысить цену до уровня, максимизирующего прибыль, а установленная цена перепродажи не дает ему адаптироваться к изменению издержек. Используя исключительные территории производитель получает более высокий фиксированный взнос  $A$ , и исключительные территории предпочтительнее ограничения цены перепродажи.

Этот результат важен не только для бизнес-стратегий продавцов, но и для законодательной оценки условий ВО и, соответственно, вполне может быть использован как ориентир в правоприменении. Несправедливо считать, что если законодательство запрещает одну группу условий вертикальных соглашений, сохраняя легальность другой группы, замещающей первую при детерминированном спросе и издержках – то все в порядке, условий из разрешенной группы вполне достаточно. Разные комбинации условий вертикальных договоров в совершенстве заменяют друг друга на классной доске, но не в реальной жизни.

### 3.3. Применение трактовки эффективности к отношениям между поставщиками и розничными сетями: ретробонусы и плата за полку

Использование концепции стимулирующих договоров позволяет дать альтернативное объяснение не только тем практикам, которые выглядят как ограничение конкуренции. Тот же самый подход может использоваться для альтернативных объяснений той практики, которая на первый взгляд выглядит просто несправедливой (говоря высоким слогом – эксплуатирующей). В числе такой практики – платежи поставщиков в адрес розничных сетей. Необходимость объяснять, что бонусы могут рассматриваться иначе, чем метод эксплуатации поставщика ритейлером, особенно остра в России. В мировой практике бонусы, выплачиваемые поставщиком розничному продавцу, могут рассматриваться в качестве нарушения антимонопольного законодательства, если эффектом их применения служит исключение конкурирующего поставщика. В знаменитом деле *McCormick*<sup>6</sup> бонусы со стороны поставщика рассматривались как способ заинтересовать розничного продавца отказаться от поставок конкурирующей продукции, то есть как ограничение конкуренции со стороны поставщика, не ритейлера.

---

<sup>6</sup> McCormick & Company, Inc. Интернет-адрес: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/9610050/mccormick-company-inc>

Однако глубоко укоренившийся в России – причем не только среди сторонников соответствующих законодательных норм (специальные статьи закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности»), но и среди его противников, - предрассудок о том, что платежи в адрес розничных сетей используются только по их инициативе, и непосредственно для того, чтобы эксплуатировать поставщика, ставит перед нами необходимость вспомнить альтернативную концепцию, объясняющую использование бонусов.

Вначале рассмотрим такую разновидность платежей в адрес розничных сетей, как ретробонусы – уплачиваемые как доля от продаж поставщика в магазинах по итогам продаж за определенный период. Заметим, что аналогичное экономическое содержание имеют любые маркетинговые платежи, определяемые как доля от продаж поставщика в магазине данного ритейлера.

Однако если ритейлер ставит простую цель эксплуатации поставщика, зачем ему для её достижения такой изощренный метод, как ретробонусы? Почему он просто не требует от поставщика продажи ему товара по самой низкой из возможных закупочных цен? Ответом на этот вопрос служит альтернативная интерпретация экономического смысла договоров между сетью и поставщиком. В её центре – совместное создание стоимости. Оба заинтересованы в получении прибыли, для которой нужно производство конкурентоспособного продукта со стороны поставщика и результативные усилия по продвижению продукции со стороны розничной сети. Современные сети предоставляют наиболее эффективный канал продвижения продукции для тех поставщиков, которые и стремятся заключить с ними договоры. Преимущество современных супермаркетов как формы организации торговли в том и состоит, что они позволяют продавать больше и получать дополнительную прибыль. Если супермаркеты продают больше и покупают у поставщика больше, мы согласимся, что они могут рассчитывать на скидку в зависимости от объема. Важный вопрос – от *какого* объема? Ни розничный продавец, ни поставщик не знают достоверно будущего объема продаж. В этих условиях скидка, уплаченная не до продажи, а после неё, обладает двумя хорошими свойствами – она страхует поставщика от неблагоприятного состояния мира (если спрос окажется низким, такова будет и сумма ретробонуса) и одновременно дает розничным сетям стимулы к увеличению продаж (чем успешнее будут продажи – тем больше заработает розничная сеть от ретробонусов).

Фиксированные выплаты в адрес розничных продавцов в рамках концепции эффективности будут объяснены несколько иначе [Klein, Wright, 2007]. Покупатели различаются по своей готовности платить за товар, и они могут быть ранжированы от

высокой до самой низкой. В этом случае на правом конце спектра окажутся маргинальные покупатели, совершающие импульсные покупки в результате того маркетингового воздействия, которое на них оказывают розничные сети, без учета конкуренции между розничными продавцами. Итак, существует какая-то часть покупателей, которая покупает только благодаря организации сетевой торговли как таковой. Поставщики заинтересованы в оказании розничной сетью этих услуг, и они так же, как и розничная сеть, получают дополнительную прибыль от обеспечения импульсных продаж. Если дополнительная прибыль возникает, вопрос только в том, с помощью какого параметра договора она будет разделена между розничным продавцом и поставщиком, каким именно образом поставщик должен предложить розничному продавцу не просто договор, разделяющий их дополнительную прибыль, но и договор с условиями лучше, чем у других поставщиков. И опять вопрос – почему не с помощью низкой оптовой цены? Ответ состоит в том, что снижение оптовой цены невыгодно в первую очередь именно поставщику. Почему? Потому что снижение оптовой цены вызовет пропорциональное снижение розничной цены, и при этом величина продаж во всех розничных точках, взятых вместе, расширится незначительно, только на величину повышения рыночного спроса, весьма небольшую из-за низкой ценовой эластичности спроса на товары первой необходимости. В типичном случае снижение маржи поставщика в процентном выражении существенно превысит повышение его продаж. Преимущество платы за полку, как любого другого фиксированного платежа состоит в том, что она не искажает структуры цен, желательных с точки зрения производителя. Легко обратить внимание на параллели модели Клейна и Райта с изложенной выше классической моделью «двойной надбавки». Для монополистов на последовательных этапах цепочки создания стоимости в целях предотвращения высокой цены (двойной надбавки) производитель назначает розничному продавцу комбинацию из низкой цены (равной предельным издержкам) и достаточно высокого фиксированного взноса. При высокой конкуренции на последовательных этапах технологической цепочки для предотвращения низкой розничной цены в модели Клейна и Райта производитель сохраняет высокую оптовую цену в комбинации с *отрицательным* взносом. «Плата за полку» и представляет собой такой отрицательный взнос.

«Мир без бонусов» даже в случае единственного возможного поставщика не выглядит таким уж справедливым. Однако в случае нескольких поставщиков он выглядит не только несправедливым, но и неэффективным. Ограниченность полки создает проблему её распределения между разными производителями. Максимизация

общественного благосостояния (пусть в терминах частичного равновесия) требует, чтобы больше места получил поставщик, для которого маркетинговые услуги приведут к большему расширению продаж, большей дополнительной прибыли и поставщика, и розничного продавца. Определение платы за место на полке и величины спроса на полочное пространство служат надежным способом решения проблемы размещения: производитель будет приобретать такое количество полочного пространства, при котором его предельные выигрыши не ниже цены за предоставление единицы полочного пространства в определенный отрезок времени. В свою очередь, розничная сеть будет распределять полочное пространство таким образом, чтобы предельные выигрыши от предоставления единицы полки разным поставщикам были равны друг другу. Эти предельные выигрыши зависят, безусловно, не только от «ставки» платы за полку, но и от маржи между розничной и оптовой ценой. Вариация «ставки» платы за полку может оказаться особенно выгодной для тех поставщиков, которые не могут обеспечить достаточно высокую маржу между оптовой и розничной ценой.

#### **4. ВО в теории контрактов и теории трансакционных издержек**

В то время как экономическая теория в лице Чикагской школы опровергала тезисы о заведомо отрицательном влиянии ВО на конкуренцию и выигрыши потребителей (а, следовательно, и общественное благосостояние), два других важнейших направления теории рассматривали более общий вопрос – причины применения ВО. Это теория контрактов и теория трансакционных издержек. Очень условно можно сказать, что теория контрактов чаще применялась для использования ВО «вперед» (downstream): от производителя к дистрибьютору, где первый рассматривался в качестве принципала, а второй в качестве агента, а теория трансакционных издержек – для объяснения ВО «назад» (upstream) по цепочке создания стоимости, поскольку главный вопрос, который в рамках этой теории должен решить участник рынка – «производить или покупать» (make or buy). Однако легко убедиться, что оба подхода одинаково применимы к обоим направлениям ВО.

В теории контрактов отправной точкой для объяснения ВО служит модель принципала-агента, где результат – помимо неконтролируемых внешних факторов, - зависит от усилий обеих сторон [формальную модель см Lafontaine, Slade. 2007]. Выбор

модели вертикальной организации эквивалентен для принципала выбору параметров двухставочного контракта в стандартной постановке о трудовом договоре [Милгром, Робертс, на рус. яз. 1999], с ограничением неотрицательных платежей агенту – и соответствующему компромиссу между стимулами и страхованием. Напомним, что в общем виде компенсация агента описывается формулой  $s(q) = \alpha q + W$ , где  $q$  – показатель результата,  $W$  – фиксированная часть вознаграждения,  $\alpha q$  – переменная часть, где  $\alpha, 0 \leq \alpha \leq 1$  – стимулирующий параметр. В решении задачи  $\alpha = 0$  эквивалентно вертикальной интеграции (вознаграждение дистрибьютора как агента фиксировано),  $\alpha = 1$  эквивалентно договорам с полностью самостоятельным дистрибьютором, а промежуточные значения можно интерпретировать как договоры, включающие элементы стимулирования – и как правило, ВО. Вертикальная дезинтеграция тем более предпочтительна, чем больше конечный результат зависит от усилий дистрибьютора по сравнению с усилиями производителя, чем менее отрицательно дистрибьютор относится к риску и чем ниже издержки заключения контрактов между производителем и дистрибьютором. Результаты эмпирического тестирования этих предсказаний, суммированные [Lafontaine, Slade, 2008], в целом подтверждают основанные на модели морального риска гипотезы.

Ярким примером эмпирического тестирования предсказания теории контрактов в отношении ВО служит серия исследований Б.Аррунады и его соавторов, посвященных организации договоров между производителями и дилерами автомобилей в Испании [Arrunada et al., 2001]. В договорной практике не было обнаружено признаков упрощенно понимаемого «стимулирования результата»: когда автопроизводители опирались бы в договорах с дилерами на обобщенные показатели продаж или прибыли. Вместо этого производители существенно ограничивают свободу принятия решений на стороне дилеров – договоры предусматривают права автопроизводителей назначать розничные цены, формировать ассортимент и определять стратегии рекламы и продвижения. В дополнение все договоры специально предусматривают права головных компаний осуществлять мониторинг и выполнять функцию, которую авторы называют квази-судебной (речь идет о полномочиях выносить решения о том, были или не были нарушены условия договора и применять санкции к нарушителям). Различия между договорными практиками автопроизводителей подтверждают предсказания теории контрактов: чем больше число дилеров (следовательно, чем выше размер горизонтального внешнего эффекта), чем более традиционна марка автомобилей и чем автомобили дороже (следовательно, выше вертикальный эффект) тем выше централизация оперативных решений во

взаимоотношениях между производителями и дистрибьюторами автомобилей. При этом обнаружена четкая положительная зависимость между полномочиями производителей назначать цены, ассортимент и тип рекламы, их свободой разорвать дилерский договор и масштабами и разнообразием стимулирующих скидок для автодилеров. Этот результат подтверждает гипотезу о том, что и прямой контроль и мониторинг, и полномочия наказывать дилеров исключением из системы продаж, и инструменты материального стимулирования – представляют собой ответ на проблему морального риска. Для оценки бизнес-практики важны по крайней мере и два других наблюдения, сделанных авторами. Во-первых, нельзя оценивать каждое условие договора как отдельно взятое, они работают только в системе. Во-вторых, в самой крупной, богатой, и в то же самое время сложной по организации отрасли слабо применяется стимулирование по «совокупному результату». Нет ничего похожего на ключевые показатели эффективности в обобщенном виде. Возможность менять финансовые условия договоров не заменяет прямого контроля и мониторинга поведения.

В теории транзакционных издержек как части новой институциональной теории ВО рассматриваются как компонент так называемого гибридного механизма управления транзакциями в рамках триады О.Уильямсона («рыночный механизм управления – гибридный механизм управления – иерархический механизм управления») [Уильямсон, на рус. яз. 1996; Шаститко, 2010]. Механизм выбирается исходя из трех характеристик транзакции: специфичность активов, повторяемость и неопределенность. Чем выше специфичность активов, тем выше квазиарента, которую оппортунистически ведущий себя контрагент может перераспределить в свою пользу. Чем выше неопределенность внешней среды – в первую очередь неопределенность спроса, - тем ниже возможности предусмотреть варианты поведения контрагента (а, следовательно, защититься от изъятия квазиаренты). Эти обстоятельства делают рыночный механизм управления транзакциями – организацию сделок между независимыми участниками без формулирования дополнительных двусторонних обязательств, - невыгодным. В свою очередь, если для эффективной организации бизнеса необходимо сохранение сильных стимулов - гибридная форма становится предпочтительной по сравнению с иерархической. Предсказания теории транзакционных издержек были объектом эмпирического тестирования в отношении вертикальной интеграции, не ВО (что объясняется большей сложностью эмпирической фиксации ВО), и в этом качестве соответствующие гипотезы практически всегда находили подтверждение [Lafontaine, Slade, 2007].

Подход теории транзакционных издержек позволяет объяснить даже наиболее опасные для конкуренции – по крайней мере на первый взгляд, - условия ВО. Пусть для успешного осуществления деятельности цепочкой необходимы специфические инвестиции. Риск вымогательства (hold-up) препятствует тому, чтобы эти специфические инвестиции осуществлялись независимыми партнерами. Возьмем пример обучение персонала дистрибьютора, продающего специализированную медицинскую технику производителя. Это обучение, безусловно, представляет собой специфические инвестиции, со всеми вытекающими отсюда рисками. Независимому дистрибьютору невыгодно обучать свой персонал навыкам, необходимым для продажи конкретной техники. При разрыве договора со стороны производителя отдача от инвестиций нулевая. Соответственно, по мере того, как дистрибьютор будет обучать свой персонал, производитель будет получать возможность менять условия договоров в свою пользу, что и служит формой вымогательства. Но зеркальная ситуация складывается и в отношении производителя. Если он обучит персонал дистрибьютора, тот получит дополнительные конкурентные преимущества в глазах конкурирующих производителей медицинской техники. Соответственно, чтобы сохранить двусторонние отношения, производителю в этом случае придется перераспределять выигрыш в пользу дистрибьютора.

Решением проблемы, альтернативным вертикальной интеграции, служат инвестиции в обучение со стороны производителя, в обмен на подписание исключительного договора со стороны дистрибьютора. Исключительный договор выступает способом защиты специфических инвестиций. Строго говоря, если бы в этих контрактных отношениях сравнительным преимуществом в части организации обучения обладал бы дистрибьютор, а не производитель техники, то роли бы поменялись: инвестиции в обучение осуществлял бы дистрибьютор, но при этом он требовал бы от поставщика подписания исключительного договора.

Авторы моделей, объяснявших ВО с позиции теории контрактов и теории транзакционных издержек, далеко не всегда старались формулировать рекомендации для государственной политики. Однако их результаты важны в двух отношениях. Во-первых, именно они показали, что же лежит в основе выигрышей эффективности, которые могут компенсировать даже ослабление конкуренции в результате применения ВО. Во-вторых, эти работы дают основания для парадоксального в рамках наивных представлений о ВО вывода: эти инструменты далеко не всегда обладают антиконкурентным эффектом. Напротив, они могут оказывать на рынки про-конкурентное воздействие. Главный про-конкурентный эффект ВО состоит в возможности сохранять юридическую независимость

участников цепочки создания стоимости в противоположность объединению их в рамках интегрированной компании. Запрет ВО в этом контексте может привести к парадоксальным результатам для поддержания конкуренции: в определенных случаях межфирменные трансакции будут вытеснены внутрифирменными; на рынке возрастет доля интегрированных компаний; возможно, ухудшатся условия входа на рынки независимых участников. Применение ВО по сравнению с этой альтернативой позволяет сохранить конкуренцию между дистрибьюторами, даже если при этом ценовые инструменты конкуренции ослабляются.

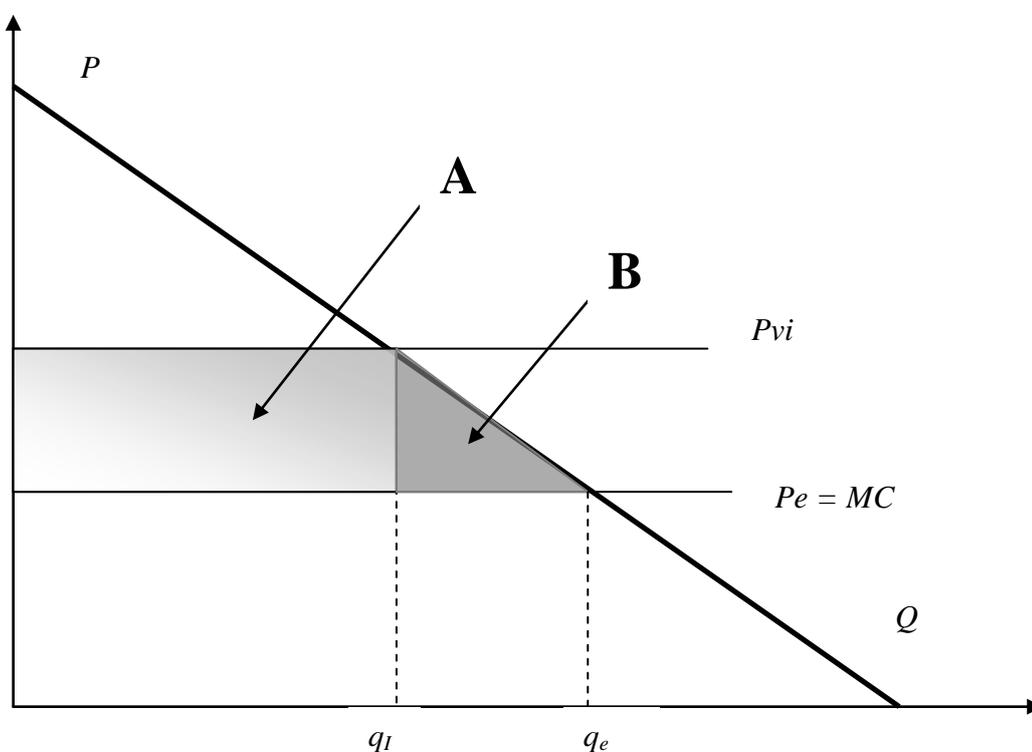
## **5. Парадокс Чикагской школы о невозможности ограничения конкуренции и пост-чикагская реакция**

Вернемся к «наивным» представлениям о ВО. По второму компоненту этих представлений – о том, ВО со стороны обладающего монопольной властью продавца могут способствовать исключению конкурента и замыканию рынка, казалось бы, сокрушительный удар был нанесен парадоксом о невозможности исключения конкурентов с помощью ВО.

На рис.3. представлен спрос дистрибьютора, как производный от спроса покупателей на конечном рынке. Покупатель приобретает у единственного на данный момент продавца. Однако на рынке существует потенциальный конкурент, вход которого приведет к понижению цены до уровня  $P_e$  ( $e$  обозначает вход, от entry). Будем считать, что после входа новичка между ним и укоренившимся продавцом происходит конкуренция по Бертрану. Продавец предлагает покупателю заключить контракт, квалифицируемый как исключаящий (*exclusionary*), - о том, что покупатель обязуется приобретать товар только у данного поставщика под угрозой запретительно высоких штрафных санкций в случае разрыва контракта. Но независимо от уровня санкций, для того, чтобы покупателю стало выгодным заключить подобный контракт, продавец должен предоставить ему компенсацию за потери, связанные с выполнением контракта. Эти потери измеряются снижением потребительского выигрыша в результате того, что покупатель приобретает товар по цене исключаящего контракта ( $P_{vi}$ ), а не по цене, которая установилась бы в результате входа новичка. Чем выше цена приобретения товара в соответствии с исключаящим контрактом (который в противном случае просто не имеет смысла), тем выше потери покупателя. Они отражены площадью трапеции A+B. Однако

готов ли уплатить такую компенсацию продавец? Сумма его выигрыша в результате действия исключаящего контракта составляет разность между ценой, предусмотренной в этом контракте, и ценой, которая установилась бы в результате входа ( $P_{vi} - P_e$ ), умноженную на объем продаж, предусмотренный исключаящим контрактом с укоренившимся продавцом ( $q_i$ ). Эта величина отражена площадью прямоугольника А. Выигрыш инициатора исключаящего контракта ниже, чем необходимая компенсация покупателю.

Рис.3. Влияние вертикальных ограничивающих контрактов на конкуренцию: концепция Чикагской школы



Таким образом, не существует такого равновесия по Нэшу, когда покупатель соглашается подписать ограничивающий конкуренцию вертикальный контракт. Если сумма компенсации устанавливается на уровне вплоть до А, от заключения договора выгодно отклониться покупателю, поскольку потребительский выигрыш выше при отсутствии исключаящего контракта и входе покупателя. Если же сумма компенсации не ниже величины А+В, отклоняясь от заключения договора, выигрывает продавец. Иначе говоря, использование ВО для ограничения конкуренции не может быть объяснено,

отталкиваясь от предпосылок о рациональном поведении. В подобных условиях применение ВО объясняется сопутствующей экономией издержек или стимулированием спроса, поскольку в противном случае они оказываются либо бессмысленными, либо невозможными.

Помимо основного вывода, важным аспектом этого представления стало введение в анализ того «бонуса», который производитель предлагает дистрибьютору в обмен на подписание исключаящего договора. Конечно же, речь идет в большинстве случаев не о денежных выплатах – хотя приведенный выше пример дела *McCormick* показывает, что такой вариант в бизнес-практике тоже не исключен. Но в самом общем случае речь идет о денежной оценке тех дополнительных услуг, которые производитель предоставляет дистрибьютору. Это может быть поставка специализированного оборудования (например, холодильников – как в деле против *Coca-Cola HBS Eurasia*, который расследовался Красноярским УФАС в 2007-2008 гг.<sup>7</sup>). Это может быть обучение сотрудников дистрибьютора, широко распространенное при реализации сложной или специализированной техники. Это может быть предоставление стандартов ведения бизнеса, если их рассматривать не как досадные ограничения технологического произвола, а как способ обеспечить удовлетворенность покупателя. В этом смысле немалый подарок предоставляют своим дилерам национальные дистрибьюторы автомобилей. Собственно, даже использование товарного знака производителя может при определенных условиях рассматриваться как разновидность такого бонуса – особенно если использующий этот товарный знак дистрибьютор дополнительно продает и другие товары и/или предоставляет сопутствующие услуги.

В той степени, в которой предоставление такого бонуса является для производителя специфическими инвестициями – а например, обучение сотрудников дистрибьютора безусловно является таковыми, в случае разрыва контракта отдача от инвестиций нулевая, - исключаящие условия договора могут рассматриваться как единственно возможный (за пределами вертикальной интеграции) способ защиты сделанных специфических инвестиций [Марвел, на рус. яз. 2003]. Такой способ защиты специфических инвестиций может иметь своим эффектом ограничение конкуренции, однако это ограничение будет гораздо более слабым, чем при использовании альтернативного способа защиты специфических инвестиций – вертикальной интеграции.

---

<sup>7</sup> Красноярское УФАС России: ООО «Кока-Кола ЭйчБиСи Евразия» добровольно устранило допущенные нарушения антимонопольного законодательства. Интернет-адрес: <http://krsk.fas.gov.ru/news/5974>

Более того, можно обратить внимание и на то, что в некоторых случаях, каким бы странным это не казалось, условия исключаящих договоров могут способствовать снижению издержек входа дистрибьютора на рынок, и в долгосрочном периоде – развитию конкуренции. Особенно верен этот вывод может быть в тех случаях, когда покрытие рынка исключаящими контрактами ограничено. Бесплатное предоставление холодильников со стороны *Coca-Cola HBS Eurasia* может рассматриваться именно как снижение издержек входа на рынок для индивидуальных предпринимателей – владельцев розничных точек продаж.

В итоге, чикагский подход весьма значительно сместил оценку необходимого режима применения антимонопольных запретов в отношении ВО *от предпочтительности безоговорочного запрета до предпочтительности безоговорочного разрешения*. Позиция Чикагской школы была тем более радикальной, что входящие в неё авторы крайне скептически – если не сказать большего, - относились к самой идее применения «взвешенного подхода». С их точки зрения «взвешенный подход» дезориентирует предпринимателей, возлагая на систему правоприменения слишком высокие издержки, и в конечном итоге – повышает вероятности ошибок.

Приблизительно в течение десятилетия сторонники запретов ВО как антиконкурентных не могли оправиться от нанесенного им удара, но затем перешли в массированное контрнаступление. Для группы работ, известных как Пост-чикагская школа, главная цель анализа состояла в том, чтобы разрешить парадокс отсутствия стимулов к исключаящим договорам как способу ограничения конкуренции.

Первый способ решения этой задачи – изменение предпосылок о структуре рынка, распределении информации и характере спроса. Например, введение предпосылки о несовершенной конкуренции на рынке позволяло доказать, что благодаря исключению входа конкурента поставщик получит дополнительную прибыль, даже компенсировав дистрибьюторам потерю потенциальных выигрышей от конкуренции [Salinger, 1988]. Продемонстрируем логику этой модели.

Пусть, в отличие от рассмотренного нами выше случая, вход новичка приводит к понижению цены, однако из-за несовершенства конкуренции после входа - не до уровня предельных издержек (рис. 4). При этом происходит перераспределение выпуска между новичком и укоренившимся продавцом, так что выпуск последнего снижается с  $q_1$  до  $q^{ae}_1$  (*ae* обозначает после входа, от *after entry*). Прибыль укоренившегося продавца после входа новичка составляет  $C_1$ . Выигрыш от исключаящего контракта равен  $(A_1 + A_2 + C_1 + C_2)$  –

$C_1 = A_1 + A_2 + C_2$ . Легко заметить, что равновесие по Нэшу, в котором укоренившийся продавец выплачивает покупателю компенсацию за согласие на исключаящий контракт, существует, если выполняется условие  $C_2 \geq B$ . В основе «разрешения парадокса» - тот факт, что благодаря исключению конкурента продавец перераспределяет в свою пользу не только выигрыш покупателя, но и прибыль конкурента, которую он получал бы на рынке. Именно часть прибыли конкурента и является источником «бонуса» в адрес потребителя, при уплате которого исключение все-таки остается выгодным.

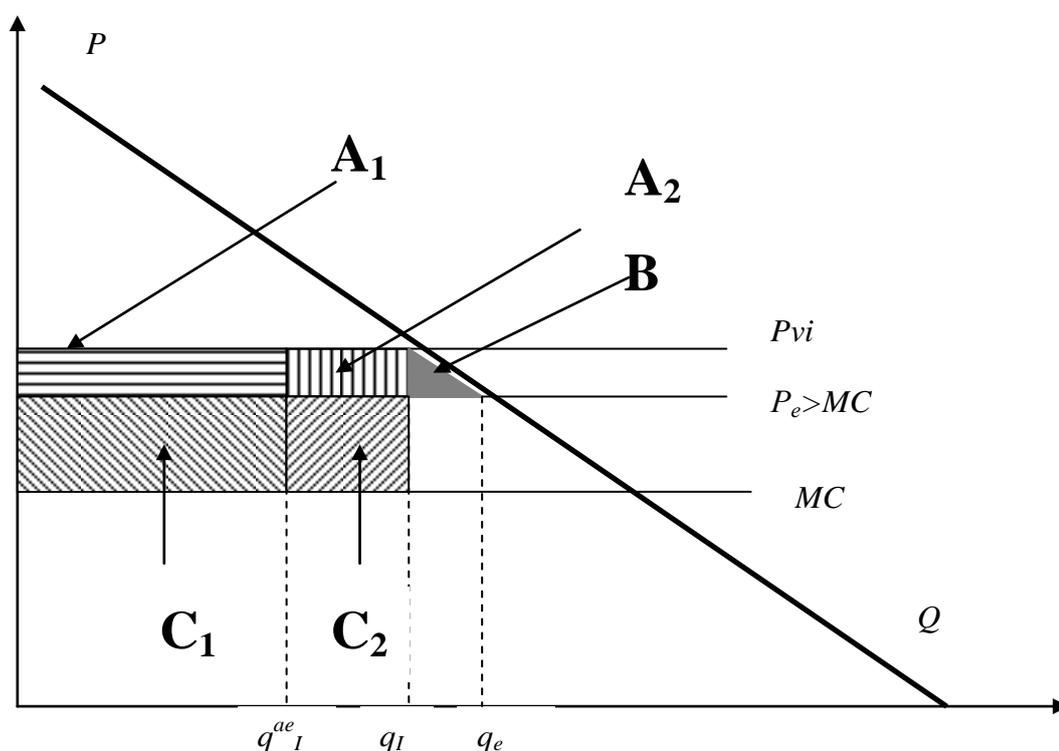
Аналогично разрешается парадокс о невыгодности связанных продаж [Whinston, 1990]. Юристы чикагской школы использовали для доказательства невыгодности распространения монопольной власти на рынки дополняющих (к примеру) благ следующую аргументацию. Пусть существует два рынка – рынок  $A$  (где присутствует монополист) и рынок  $B$ , где монополист на рынке  $A$  конкурирует еще с одним продавцом. Пусть максимальная готовность покупателя платить за набор из двух товаров составляет  $\theta$ . Товары производятся с предельными издержками  $c_A, c_B$  соответственно. На рынке  $B$  конкуренция снижает цены до уровня предельных издержек. Что получит монополист от связанных продаж, заставив приобретать товары в комплекте? Ровным счетом ничего. Если монополист не практикует связанные продажи, то максимальная цена за товар  $A$  составит  $\theta - P_B = \theta - c_B$ . Прибыль от продажи единицы товара  $A$  в этом случае равна  $\theta - c_B - c_A$ . Однако эта прибыль в точности равна той, которую монополист получил бы при продаже набора из двух товаров. В этом смысле исключение конкурента не имело бы смысла. Однако ответ на вопрос о выгодности меняется, если предположить, что конкуренция на рынке  $B$  несовершенна, а следовательно  $P_B > c_B$ . В этом случае прибыль монополиста при отсутствии связанных продаж окажется ниже, чем при их применении, а следовательно, исключение конкурента при помощи этой стратегии прибыльно.

Второй способ – введение штрафа за отказ от исключаящих конкурента условий договора. Это может быть выгодно и для поставщика-монополиста, и для дистрибьютора, если вероятность входа на рынок потенциального конкурента зависит от неизвестных для них издержек. Штраф одновременно выступает инструментом перераспределения прибыли в пользу укоренившихся поставщика и дистрибьютора и снижения вероятности входа новичка на рынок [Aghion, Bolton, 1987]. При этом штраф за переход к новичку тем лучше сдерживает вход, чем выше объективно существующие издержки новичка.

Третий способ – использование предпосылки о дополнительных свойствах спроса или предложения, которые позволяют предотвратить вход новичка, связав исключительными условиями договоров лишь некоторую часть покупателей [Rasmusen,

Ramseyer, Wiley, 1991]. Например, производственная функция новичка может сделать выгодным вход на рынок, если он заключает договор с половиной покупателей; тогда при заключении исключаящего договора лишь с 50% плюс одним покупателем вход становится невыгодным. Это предоставляет укоренившемуся продавцу дополнительные возможности – в рамках представленной выше модели он может предотвратить вход новичка, предоставив бонус не всем дистрибьюторам, а только части из них.

Рис. 4. Возможность ограничивающего конкуренцию исключаящего контракта: критика Чикагского подхода



Представим себе, что для достижения минимально возможного уровня предельных издержек новичок должен произвести какое-то количество продукции  $K$ . Предположим, что  $c(q) = \infty$  при  $q < K$ . Пусть на рынке два идентичных покупателя, и продавая только одному из них, новичок не может достигнуть минимально эффективного выпуска  $q_e < K$ . Иными словами, для того, чтобы производить с конкурентоспособными издержками, новичок должен продавать товар обоим покупателям. Пусть покупатели принимают решение о том, подписывать или не подписывать исключаящий контракт, независимо друг от друга.

По сравнению с базовым случаем (рис. 4), ситуация радикальным образом изменится. В этом случае укоренившемуся продавцу достаточно предложить необходимую компенсацию *одному из двух покупателей* – неважно, которому, – для того, чтобы исключаящий контракт эффективно предотвращал вход. Равновесие по Нэшу с предотвращенным входом в этом случае существует, если  $2(A_1 + A_2) - (A_1 + A_2 + B) \geq 0$ , или  $A_1 + A_2 \geq B$ . Формальным условием этого равновесия является возможность для укоренившегося продавца назначить дистрибьюторам разную компенсацию.

Любопытным развитием модели служит то, что производитель может добиться подписания исключаящего договора, *не компенсируя даже одному из дистрибьюторов утраченный выигрыш полностью*.

Рассмотрим такой вариант, когда укоренившийся производитель может предлагать компенсацию в размере  $T$  двум дистрибьюторам последовательно. Первый дистрибьютор (нумерация здесь условна) рассматривает предложение продавца в первом периоде, а второй – во втором, в том случае, если первый отказал. Если первый дистрибьютор не подпишет контракт, для второго доминирующей стратегией будет – подписать исключаящий контракт, если укоренившийся производитель предлагает компенсацию в размере  $A_1 + A_2 + B$  только ему. В этом случае первый дистрибьютор лишится выигрыша  $A_1 + A_2 + B$ , и не получит при этом компенсации. Тогда для него принять предложение укоренившегося продавца в первом периоде становится выгодным при выполнении условия

$$-(A_1 + A_2 + B) \leq -(A_1 + A_2 + B) + T,$$

что обеспечивается бесконечно малой величиной компенсации. Таким образом, при последовательном взаимодействии существует только равновесие, в котором вход новичка исключен.

Равновесие с неограниченным входом новичка (как это предусмотрено подходом Чикагской школы) существует в данной модели тогда и только тогда, когда при одновременном принятии решений покупателями продавцу запрещено выдвигать им предложения на разных условиях. Причем оно существует лишь как одно из двух возможных равновесий. Пусть укоренившийся продавец одновременно предлагает дистрибьюторам подписать исключаящий договор в обмен на бонус, размер которого ниже, чем их утраченный выигрыш  $T < A_1 + A_2 + B$ . Будет ли равновесием такая комбинация стратегий: продавец назначает, а оба дистрибьютора принимают исключаящие условия договора, новичок на рынок не входит? Да, будет. В том случае,

если любой из дистрибьюторов отклонится от этого равновесия (то есть откажется принимать исключаящие условия договора), его выигрыш не увеличится. Он не получит бонуса, а новичок все равно на рынок не войдет – то есть дистрибьютор останется и без утраченного выигрыша, и без компенсации – хотя бы частичной. Так проявляется в контрактных отношениях между производителями и дистрибьюторами проблема коллективных действий.

Использованная предпосылка о положительном эффекте масштаба может выглядеть не отвечающей реальности. Однако вполне отвечает реальности предпосылка о положительных сетевых эффектах потребления – таком рынке, на котором полезность каждого отдельно взятого покупателя растет вместе с числом покупателей, приобретающих данный товар. Пусть при двух покупателях полезность каждого из них положительна и спрос таков, как представлен на рис.3, только если оба покупателя приобретают товар у одного и того же продавца. В этом случае, так же, как и в предыдущем, возможны два типа равновесия, в зависимости от типа взаимодействия:

- если покупатели принимают решение одновременно, и при этом дискриминирующие условия договоров исключены, существуют два типа равновесий – равновесие с исключенным входом новичка и равновесие со свободным входом новичка. В обоих случаях отклонение любого из независимых покупателей от их стратегий при данных стратегиях других участников не увеличит его выигрыша;

- если покупатели принимают решение одновременно, и при этом разрешены дискриминирующие условия предложения, существует только равновесие с исключенным входом. Если оба покупателя отказываются от предложения продавца, он увеличивает предлагаемую компенсацию до уровня  $A_1 + A_2 + B$  для одного из покупателей. Отказ от такого контракта не увеличивает выигрыша покупателя, так что в равновесии вход новичка исключен;

- если покупатели принимают решение последовательно, также существует только равновесие с исключенным входом. При этом укоренившийся продавец может исключить вход новичка даже при нулевой компенсации покупателям.

Особенности стратегического взаимодействия на рынках с сетевыми эффектами объясняют многое в поведении компании *Microsoft* в момент кампании против браузера компании *Netscape* [Whinston, 2001]. Наличие положительных сетевых эффектов потребления дает возможность предложить выгодные условия договора, объективно приводящего к исключению конкурента, только одной из групп пользователей,

желательно – оказывающей сильное влияние на полезность других групп пользователей. Не случайно особые условия соглашения *Microsoft* с интернет-провайдером *America Online* рассматривались именно как компонент хищничества, поскольку настройки провайдера явно влияют на выбор браузера конечными потребителями.

Таким образом, хотя сам подход Чикагской школы к антиконкурентным эффектам ВО продуктивен, его выводы далеко не бесспорны в качестве инструмента анализа всех рынков без исключения. Перечень обстоятельств, в которых ВО могут ограничивать конкуренцию, гораздо шире, по сравнению с рассмотренным нами. Все их отличает одна особенность: *ограничения дополняют уже существовавшие несовершенства рынка, и именно несовершенства рынка и закономерности коллективных действий делают возможным ограничение конкуренции и перераспределение прибыли в пользу применяющего ВО монополиста.*

Результаты эмпирической оценки влияния вертикальных ограничений на выигрыш потребителей, так же, как и противопоставление моделей, оставляют почву для сомнений и в заведомой благотворности, и в заведомой опасности ВО. Суммированные в обзоре [Lafontaine, Slade, 2008] результаты показывают счет 8 : 3 в пользу вывода о положительном влиянии внедренным бизнесом ВО на выигрыш потребителей. Однако эмпирические оценки неизбежно ограничены отдельными рынками, и обобщать их результаты следует с большой осторожностью.

Если наивные представления о ВО оправдывали применение к ним строгих запретов, Чикагская школа защищала презумпцию легальности в отношении ВО, общим выводом дискуссии между Чикагской и Пост-Чикагской школой стало лишь компромиссное отношение к ВО. Воздействие ВО на конкуренцию противоречиво: они могут вести к повышению благосостояния за счет роста эффективности, но могут и существенно ограничивать конкуренцию.

Механизмы возможных ограничений конкуренции многочисленны. ВО могут вести к исключению конкурента как благодаря специальным условиям договора с потребителем, так и благодаря продажам в нагрузку или повышению издержек конкурента. Помимо эффекта исключения конкурента, ВО могут облегчать поддержание сговора, в явной или молчаливой форме. В типичной ситуации, когда товар немногих производителей продается многочисленными дистрибьюторами, ограничение цены перепродажи существенно облегчает мониторинг соблюдения соглашения, и снижает

стимулы розничных продавцов к отклонению от уровня цены, превышающего тот, который был бы установлен в результате конкуренции.

Однако в целом развитие теории ВО остановилось на позиции, которая предполагает крайне осторожный подход как к безоговорочному разрешению этих практик, так и к их безоговорочному запрету. Возникает ситуация, не очень любимая лицами, применяющими запреты: *простого правила для разграничения легальных и нелегальных действий предложить нельзя, каждый случай необходимо анализировать по отдельности*. Именно под этим углом зрения необходимо сравнивать подходы разных юрисдикций к определению легальности и нелегальности ВО.

## **6. Тренды применения антимонопольных запретов в отношении ВО**

В соответствии с традициями сравнительного анализа конкурентного законодательства, в данном параграфе охарактеризовано развитие применения запретов на ВО в США, с одной стороны, и Европейском Союзе и России, с другой. В качестве принципа водораздела выбрано различие между системами общего права, с одной стороны, и континентального права, с другой.

Взаимодействие между теоретическим осмыслением ВО и практикой применения законодательства в их отношении в целом довольно запутано. В качестве общего правила можно сказать, что именно судебные решения выступают вдохновителями развития экономической теории, а вовсе не наоборот [Агамирова, Дзагурова, 2014]. В то же самое время нельзя сказать, что решения судов и аргументация любой из сторон в конкретном деле использует более или менее полно весь накопленный теоретический арсенал: скорее, из него вынимаются кубики, необходимые для построения конкретного здания.

Основная характеристика применения антимонопольных запретов к ВО – предполагаемое использование взвешенного подхода – сопоставление отрицательных и положительных эффектов для благосостояния. Реализуется взвешенный подход в системе общего права и в континентальной системе по-разному: в первом случае судья принимает решение, опираясь на оценку обстоятельств конкретного дела и существующие прецеденты, во втором случае законодатель стремится в своих нормах (статуса законов

или подзаконных актов) разделить разрешенные, запрещенные и требующие специального анализа ВО.

Практика юрисдикций различается не только в том, кто именно сопоставляет отрицательные и положительные эффекты ВО для благосостояния, но и в какой последовательности это делается, и каково при этом сравнительное значение двух критериев оценки – ограничения конкуренции и причинения ущерба (в терминах российского антимонопольного законодательства – ущемления интересов).

Соотношение между ними далеко не тривиально. В США подавляющее большинство судебных дел, где давалась оценка законности ВО – это частные иски, возбужденные в соответствии с законом Клейтона, дающим право пострадавшей стороне на компенсацию в трехкратном размере ущерба, причиненного фактом ограничения конкуренции. В частном иске именно ущерб и расчет на его компенсацию лежит в основе возбуждения дела. Однако для того, чтобы практика была признана незаконной, а пострадавший получил право на компенсацию, в обязательном порядке должен быть сделан вывод о том, что эта практика ограничивала конкуренцию, нарушая закон Шермана.

Административная практика Европейского Союза в своей оценке ВО руководствуется именно опасностью ограничения конкуренции, а также крайне важной для Евросоюза задачей – задачей обеспечения единого экономического пространства. Российский закон «О защите конкуренции» описывает принципы разграничения между легальными и нелегальными вертикальными соглашениями очень похоже. Но практика применения запретов до настоящего времени различается довольно серьезно. Корень различий – в том, что в российском конкурентном праве не только ограничение конкуренции, но и ущемление интересов служит самостоятельным признаком нарушения закона. Прямо предусмотрено (в том числе Кодексом об административных правонарушениях), что нарушением закона «О защите конкуренции» могут быть признаны действия, конкуренцию не ограничивающие. И эта на первый взгляд техническая деталь создает совершенно особый профиль применения запретов. А именно – условия вертикальных договоров могут быть признаны противоречащими закону на основании ограничения конкуренции, - так же, как и в других юрисдикциях, - но могут быть и на основании того, что они ущемляют интересы дистрибьюторов, с которыми заключены или не заключены договоры. Последний вариант довольно сильно отличает Россию от других систем применения антимонопольного законодательства –

уполномоченный орган прямо защищает интересы отдельных лиц, даже если причиненный им ущерб не вызван ограничениями конкуренции.

Прежде чем перейти к краткому изложению принципов применения запретов в отношении ВО, необходимо сделать еще одну оговорку. Запреты и регламентация ВО выходит далеко за пределы применения антимонопольного законодательства. Например, в отраслях с крупными регулируемыми участниками (в российской терминологии – в отраслях естественных монополий) регламентирующие ВО нормы отличаются и от общего подхода антимонопольного законодательства, и между странами. Специальными отраслевыми нормами – не во всех странах, но во многих, - регламентируются договоры между розничными сетями и поставщиками. Отраслевые нормы применяются в России к договорам между производителями и дистрибьюторами автомобилей. То, что антимонопольный орган контролирует применение и отраслевого законодательства тоже, не отменяет радикальных различий между самими принципами построения этих норм. Если совсем просто, антимонопольное законодательство сосредоточено на запретах, а отраслевые нормы – гораздо больше на предписываемых действиях.

## 6.1. Практика применения антимонопольного законодательства в отношении ВО в США

Правовые нормы регулирования вертикальных ограничений в США за последние десятилетия существенно изменились. Переход от признания их незаконными *per se* в 1970-е годы к нынешнему режиму, предоставляющему «безопасную гавань» продавцам с небольшой рыночной долей и использующему правило взвешенного подхода для более крупных участников рынка, произошел в несколько этапов [Авдашева, Дзагурова, 2010; Агамирова, Дзагурова, 2014].

Сначала эти изменения затронули лишь нормы регулирования неценовых ВО. Поводом послужило разбирательство по делу *Continental TV v. GTE Sylvania* в 1977 г. Иск был предъявлен дистрибьютором производителя цветных телевизоров, который по мнению истца причинил ему ущерб путем применения системы исключительных территорий. Суд вынес решение в пользу ответчика. Именно этим решением была установлена модель норм о незаконности неценовых ВО на основе взвешенного подхода. Решение суда исходило из ряда соображений. Первое: неценовые ограничения могут стимулировать конкуренцию между продавцами товаров разных брендов, что выступает

главной целью антимонопольного законодательства. Тезис о «развитии конкуренции между брендами путем ограничения конкуренции внутри бренда» (*interbrand vs intrabrand competition*) был сформулирован именно в этом деле. Второе: ограничение конкуренции между продавцами товаров одного бренда рассматривалось как менее важный эффект по сравнению со стимулированием конкуренции между товарами разных брендов. Можно сказать, что решение по этому делу использовало типичную аргументацию чикагской школы, описанную в упомянутой выше статье Л.Телсера [Телсер, на рус. яз. 2003].

Через 20 лет сходный режим регулирования был распространен на вертикальные ценовые ограничения, предполагающие установление максимальной цены *RPMmax*. Переход от признания их незаконными *per se* к регулированию на основе «правила взвешенного подхода» стал результатом рассмотрения дела *State Oil Co. v. Khan* (1997 г.). Здесь также использованы соображения чикагской школы, например изложенные в статье Шпенглера, написанной за 50 лет до принятия этого решения – о необходимости предотвращения двойной надбавки [Spengler, 1950].

Долгое время правило взвешенного подхода не применялось к ограничению минимального уровня цен перепродажи – *RPMmin*. Это произошло в 2007 г., после принятия Верховным судом США решения по делу *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* Поводом для иска розничного магазина стал разрыв договора поставщиком кожаных аксессуаров из-за назначения слишком низких цен по сравнению с рекомендованными. Аргументация суда в пользу применения «правила взвешенного подхода» в данном деле была основана на том, что ВО могут использоваться для достижения целей, отличных от ограничения конкуренции, поэтому необходимо отделить обстоятельства, при которых регулирование минимальной цены существенно не ограничивает конкуренцию. Это относится как к характеристикам рынка (низкая рыночная доля поставщика и/или дистрибьюторов, низкие барьеры входа, дифференцированный или престижный продукт), так и к последствиям применения ВО (более низкие барьеры, больший выбор и дополнительные услуги для покупателя). Иначе говоря, четко указано, что режим легальности и нелегальности для каждого случая должен быть определен самостоятельно.

Три названных примера (более подробно историю применения антимонопольного законодательства к ВО можно найти в [Агамирова, Дзагурова, 2014]) составляют линию развития по направлению все более либеральной интерпретации условий ВО. Такую же позицию занимали антимонопольные органы. Рекомендации по анализу вертикальных ограничений (*Vertical Restraints Guidelines*), опубликованные Министерством юстиции в

1985 г., подробно описывают обстоятельства, при которых такие ВО, как исключительные территории, эксклюзивное дилерство и связанные продажи, должны освобождаться от подозрения в нарушении антимонопольных норм.

Определенный диссонанс в развитие применения концепций ВО внесло решение по делу *Eastman Kodak* в 1992 г. Для сопоставления истории применения законодательства с историей развития теории это дело важно, поскольку оно считается триумфом пост-чикагского подхода. Практика *Kodak* в отношении ограничения поставок запчастей и комплектующих – квалифицированная как связанные продажи, - признана незаконной исходя из того, что у компании есть стимулы монополизировать рынок производного товара (по логике пост-чикагского подхода), а несовершенная рациональность покупателей позволяет это сделать.

## 6.2. Европейские нормы о законности ВО

Применение антимонопольного законодательства в отношении ВО в Европейском союзе регламентируется методическими рекомендациями, принятыми в 2010 г. (Regulation 330/2010)<sup>8</sup>. Основой для взвешенного подхода служат два критерия: тип ВО – относится ли оно к жестким (*hard-core*) ограничениям или нет, и рыночная доля вовлеченных в ВО продавцов на любом из рынков. Жесткими ограничениями признаются регулирование минимальной цены перепродажи ( $RPM_{min}$ ) и система «исключительных территорий». Если ВО не относится к числу жестких (это связанные продажи, эксклюзивное дилерство, установление максимальной цены перепродажи  $RPM_{max}$ ), то для продавцов с рыночной долей ниже 30% на обоих рынках оно попадает в так называемую «тихую гавань» (*safe harbor*) – признается законным. Отсутствие «тихой гавани» для так называемых жестких ВО не означает запрета по букве закона (*per se*). Однако бремя доказательства отсутствия эффектов ограничения конкуренции лежит на компаниях.

Даже казалось бы относительно механистичное разделение практики на законную и незаконную учитывает традицию чикагского подхода. Например, «исключительные территории» относятся к жестким ограничениям в той части, в которой они распространяются на так называемые «пассивные» продажи, в отличие от «активных».

---

<sup>8</sup> Guidelines on Vertical Restraints. Интернет-адрес:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF>.

Активными признаются продажи, для которых принципиально важны усилия розничного продавца. Для таких продаж презумпция нелегальности не применяется. К пассивным, в свою очередь, относятся продажи, для которых усилия дистрибьютора не так важны, в том числе продажи по Интернет – и вот для них презумпция незаконности используется. Другие исключения из презумпции незаконности ограничений перепродажи – ограничения на продажу оптовых посредников в адрес конечных покупателей, ограничения на перепродажу неавторизованным дистрибьюторам, на продажу комплекующих конкурирующим продавцам.

Применение презумпции нелегальности по отношению к жестким ВО считается признаком более консервативного подхода, по сравнению с США. Объектом самой жесткой критики служит критерий суммарной рыночной доли, поскольку, как было показано выше, некоторые ВО приносят особенно высокую дополнительную прибыль продавцам и выигрыш благосостоянию именно при высокой концентрации. В качестве некоторых оправданий можно отметить три обстоятельства. Первое: административное применение законодательства вынужденно опирается на более четкое разграничение разрешенного и запрещенного. Второе: в европейской практике презумпция незаконности вовсе не означает, что ВО будут признаваться незаконными фактически без анализа обстоятельств их применения. Напротив, общий тренд европейской конкурентной политики в сторону «применения запретов на основе анализа эффектов» в противоположность «применению запретов на основании классификации» (*effect-based vs category-based enforcement*) дает основания для содержательного анализа каждого конкретного случая. Третье: само по себе присутствие безопасной гавани для большой группы ВО исключает риски применения запретов в отношении широкого круга компаний.

### 6.3. Нормы закона «О защите конкуренции» в отношении ВО

Нормы, определяющие правила применения антимонопольного законодательства в отношении ВО в России, могут быть разделены на две группы. Первая группа норм – запрет на применение ВО как ограничивающих конкуренцию. Вторая группа норм – запреты на применение ВО (в числе других договоров) вне прямой связи с ограничением конкуренции, и предназначенные преимущественно для предотвращения причинения ущерба.

Первая группа норм содержится в статьях 11, 12 и 13 закона «О защите конкуренции». Часть 2 статьи 11 запрещает вертикальные соглашения двух типов: ведущих к установлению минимальной цены перепродажи (то есть  $RPM_{min}$ ) и вводящих обязательство не продавать товар конкурента (то есть эксклюзивное дилерство). Территориальные или иные ограничения целевого рынка для розничного продавца и продажи в нагрузку как таковые в законодательстве специально не рассматриваются. Статья 12 закона устанавливает критерии допустимости ВО. Допустимым признается договор коммерческой концессии безотносительно его содержания, а также вертикальное соглашение между участниками, доля которых на соответствующих рынках не превышает 20%. Кроме того, ст. 13 предусматривает применение взвешенного подхода в том числе и к ВО, если ими не устраняется возможность конкуренции, не налагаются избыточные ограничения на контрагентов и создается возможность совершенствования производства, при условии получения покупателями соразмерных выгод. Иначе говоря, презумпция незаконности не исключает окончательного вывода о допустимости ВО.

Российские нормы имеют много общего с европейскими. В первую очередь – это *использование презумпций и системы иммунитетов, основанных на показателе рыночной доли*. В российском законе «О защите конкуренции» (п. 2 ст. 12) речь идет о 20%, но в постановлении Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» предусмотрено установление максимальных рыночных долей контрагентов на уровне 35%. Это и законодательная формулировка принципа «взвешенного подхода». Часть 1 ст. 13 закона РФ «О защите конкуренции» с небольшими изменениями текстуально повторяет положения ст. 101 (3) Договора о функционировании ЕС 2009 года.

Существенное отличие российских норм от европейских возникает, как ни парадоксально это звучит, за пределами посвященных ВО норм. Дело в том, что условия договоров между производителями и дистрибьюторами могут признаваться незаконными в форме злоупотребления доминирующим положением, то есть в рамках применения ст. 10 закона «О защите конкуренции». Более того, именно запреты ст. 10 применяются к дистрибьюторским договорам чаще, чем запреты ст. 11. Поскольку для доминирующего продавца запрещены действия, не только ограничивающие конкуренцию, но и ущемляющие интересы контрагентов, именно такую трактовку могут получить условия ВО в российском антимонопольном законодательстве.

#### 6.4. Практика применения запретов на ВО в России

Значительная часть расследований, возбужденных в России по факту ВО, завершались заключением мирового соглашения на основе добровольного устранения нарушения. Таковы были исходы дел:

- Дело против «Заволжского моторного завода»<sup>9</sup> в связи с тем, что его договоры с дистрибьюторами включали условия, предписывающие под угрозой лишения дистрибьюторской скидки (то есть де-факто – разрыва договора) «не закупать, не продавать, не хранить, не принимать на оценку» запчастей и комплектующие конкурирующих производителей (2007). В ходе дела не была дана оценка ни способности Заволжского моторного завода влиять на конкуренцию, ни происхождение фирменных стенов, на которые в соответствии с объяснениями ЗМЗ распространялись указанные запреты, ни возможные положительные эффекты практики (возможно, часть из них была связана с предотвращением продажи контрафактной продукции). В зависимости от результатов соответствующего анализа практика ЗМЗ могла быть признана и не ограничивающей конкуренцию, и ограничивающей конкуренцию по объективным причинам (и тогда её не следовало запрещать), и серьезно ограничивающей конкуренцию (в последнем случае отсутствие санкций не оправдано);

- Дело против компании *Nokia*, обвиненной в том, что она устанавливала максимальную розничную цену на телефоны (2009)<sup>10</sup>. Дело против компании было прекращено на основании её обязательства отказаться от практики ограничения максимальной цены. На наш взгляд, однако, признание этой практики незаконной в принципе весьма неоднозначно. Как раз ограничения максимальной розничной цены в большинстве юрисдикций допускаются. Такой подход тем более обоснован в силу развитой конкуренции на рынке мобильных телефонов;

- Дела против производителей антивирусов «Лаборатория Касперского» и «Доктор Веб» по факту установления минимальных цен перепродажи (2009, Челябинской УФАС)<sup>11</sup>. В обоих случаях дела были возбуждены по жалобам дистрибьюторов, выигравших конкурсы на поставку антивирусов по ценам, ниже минимальной границы, но

---

<sup>9</sup> ФАС России возбудила дело в отношении ОАО «Заволжский моторный завод». Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_12930.html](http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_12930.html)

<sup>10</sup> Решение в отношении ООО Нокиа. Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions\\_26801.html](http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_26801.html)

<sup>11</sup> Челябинское УФАС России о сговорах на торгах. Интернет-адрес: [www.chel.fas.gov.ru/rtf/4824](http://www.chel.fas.gov.ru/rtf/4824)

оказавшихся не в состоянии выполнить их условия из-за отказа производителей антивирусов поставлять продукт на этих условиях. Ключом для объяснения условий ВО является проблема смещения стимулов дистрибьюторов в сторону ценовой конкуренции и в ущерб конкуренции неценовой. Эта проблема особенно актуальная на рынке программных продуктов, с нулевыми предельными издержками копирования, когда отсутствие ограничения минимальной цены может привести к понижению розничной цены до нуля. Предположение об ограничении конкуренции в данном случае противоречит фактическому состоянию структуры рынка антивирусов, с низкими издержками входа, динамичными долями продавцов, а, следовательно, – отсутствием возможности ограничивать конкуренцию со стороны кого-либо из них. Однако дело против «Лаборатории Касперского» было прекращено только на основании мирового соглашения, в обмен на обязательство компании прекратить нарушение. Только «Доктор Веб» (четвертая по обороту компания на рынке антивирусов – что делает обвинение еще менее обоснованным) был признан невиновным;

- Дело против компании «Ново Нордиск»<sup>12</sup>, поставщика инсулинов (2010). Возбуждено на основании жалобы крупных российских дистрибьюторов (по обороту превосходящих российский филиал международной компании в несколько десятков раз) на отказ компании в присвоении им статуса «дистрибьюторов первой руки» без согласия на процедуру *due diligence* - проверки соответствия требованиям антикоррупционного законодательства. Предполагаемым нарушением была дискриминация, как форма злоупотребления доминирующим положением. В европейской антимонопольной политике эта практика рассматривалась бы в контексте разновидности разрешенной модели построения системы дистрибуции. В России дело было завершено мировым соглашением и разработки со стороны «Ново Нордиска» Коммерческой политики как документа, регламентирующего процедуру отбора дистрибьюторов для заключения контракта [подробнее см. Радченко и др., 2013]. При расследовании и в ходе обсуждения условий мирового соглашения вопросы ограничения конкуренции не обсуждались – точно так же, как и во втором деле против «Ново Нордиск», а также делах фармацевтических компаний «Бакстер» и «Тева».

Меньшее число дел в отношении ВО завершились обвинительными решениями. Однако три группы среди них заслуживают специального упоминания.

Первая группа – это дела о дистрибьюторских соглашениях компании ЮниМилк, которые одновременно рассматривались территориальными управлениями ФАС в

---

<sup>12</sup> ФАС России и Ново Нордиск заключили мировое соглашение. Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_32039.html](http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32039.html)

нескольких регионах, в том числе Курганской<sup>13</sup>, Липецкой, Смоленской областях. Незаконными были признаны условия договоров, закреплявших за дистрибьюторами области продаж, а также предусматривавшие установление (или согласование) цены. Отсутствие в законе «О защите конкуренции» прямого указания на «исключительные территории» не помешало вынесению решения о нарушении. Антимонопольные органы квалифицировали действия как нарушения части 1 (горизонтальные соглашения) и части 3 (иные соглашения) статьи 11. Этот пример показывает, что отсутствие непосредственно изложенных запретов на конкретный тип ВО не препятствует признанию их противоречащими требованиям антимонопольного законодательства.

Вторым среди немногочисленных исключений из этого ряда служит дело против компаний «Балтика» и «Рексам»<sup>14</sup>. В 2006 г. «Балтика» (около 40% на рынка пива в России) заключила с «Рексам» (более 90% на рынке алюминиевой тары в России) договор, содержащий условие о том, что последний заключает договор на поставку алюминиевых банок емкостью 1 литр другому производителю пива на территории России и СНГ только по согласованию с компанией «Балтика». Рассмотрение этого дела завершилось признанием компаний виновными в нарушении закона «О защите конкуренции» и наложением штрафа. Правда, первоначально наложенный штраф в размере 97 млн. руб. по результатам апелляции был снижен почти в девять раз – до 11 млн.руб. Исключающие эффекты практики выглядят очевидными, если согласиться с оценкой целевого рынка как рынка пива в алюминиевой банке емкостью 1 литр.

Третья группа обвинительных решений – решения против фармацевтических компаний «Ново Нордиск»<sup>15</sup>, «Тева»<sup>16</sup> и «Бакстер»<sup>17</sup>. Поводом для возбуждения дел во всех трех случаях были жалобы дистрибьюторов на отказ заключить договора поставки с конкретным дистрибьютором. Во всех случаях действия были квалифицированы не как нарушение законодательства о ВО, а как злоупотребление доминирующим положением (нарушение ст. 10) в форме дискриминации. Во всех случаях компании обосновывали нежелание заключать договор поставки несоответствием дистрибьютора требованиям

---

<sup>13</sup> Решение и предписание по делу в отношении ООО Юни Милк. Интернет-адрес: <http://solutions.fas.gov.ru/to/kurganskoe-ufas-rossii/6285--2>

<sup>14</sup> Решение и предписание по делу в отношении ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск» и ОАО «Пивоваренная компания «Балтика». Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions\\_31753.html](http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_31753.html)

<sup>15</sup> Компания «Ново Нордиск» вновь нарушила антимонопольное законодательство. Интернет-адрес: [http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_35771.html](http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35771.html)

<sup>16</sup> За неисполнение предписания компания «Тева» получила штраф. Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_35970.html](http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35970.html)

<sup>17</sup> Действия компании «Бакстер» признаны незаконными. Интернет-адрес: [http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news\\_35876.html](http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35876.html).

американского антикоррупционного законодательства – которое предполагает применение санкций за нарушение за рубежом. Во всех случаях антикоррупционные аргументы признаны антимонопольной службой несостоятельными, либо в силу того, что не относятся к российскому законодательству, либо в силу того, что риски нарушения антикоррупционных требований не делают отказ в заключении договора «экономически или технологически обоснованным». Во всех трех случаях последствия действий компаний для конкуренции на рынке и для конечного потребителя не входили в предмет анализа всерьез: ущемление интересов конкретных дистрибьюторов рассматривалось как достаточное условие нарушения закона.

Приведенные примеры указывают на то, что де-факто в России система селективной дистрибуции, предусматривающее право выбора производителя – заключать или не заключать договор с конкретным посредником, – практически признается нелегальной, даже если в основе селекции лежат качественные, а не количественные критерии. Такая позиция не выглядит оправданной, поскольку она подрывает стимулы дистрибьюторов к взаимовыгодному сотрудничеству с производителем. Договорной режим очень близок к «правилам недискриминационного доступа», традиционным для операторов ключевых мощностей (подробнее они рассмотрены в гл. 1), но весьма редко встречающимся за пределами естественных монополий.

По большому счету, подобными решениями антимонопольный орган перераспределяет выигрыши в конкретной цепочке создания стоимости в пользу дистрибьюторов. Собственно в числе официально не артикулируемых мотивов запретов – аргумент протекционистского характера: отказывая в заключении договоров российским дистрибьюторам, зарубежные компании перераспределяют созданную в цепочке добавленную стоимость в свою пользу, антимонопольный же орган компенсирует это искажение. Во всяком случае нет сомнений, что такая позиция выводит применение закона «О защите конкуренции» далеко за пределы традиционных задач антимонопольной политики.

## 6.5. Отраслевое регулирование условий вертикальных контрактов в России: закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности»

Отдельное место в оценке применения запретов на ВО в России занимает принятый в конце 2009 г. закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». Закон включает запрет на ряд условий договора

между поставщиками продовольственных товаров и розничными сетями, описанных в статье 13.

Сопоставление с международной практикой регулирования взаимоотношений поставщиков и розничных сетей позволяет разделить запреты на две группы. Обе группы запретов исходят из того, что розничные сети обладают преимуществом высокой переговорной силы по отношению к поставщикам. Первая группа запретов нацелена на предотвращение оппортунизма со стороны сетей *ex post*. Подобные запреты используются и в международной практике (хотя последняя весьма и весьма разнородна). Например, запрет требовать у поставщика возврата непроданной продукции соответствует принципу, применяемому в Кодексе практики продовольственных сетей в Великобритании (*Grocery Supply Code of Practice, GSCOP, 2008*) о том, что продовольственная сеть не должна перекладывать на поставщика дополнительные издержки, вызванные ошибками в планировании. Если вы заказали определенную партию товара, и эта партия не распродана – издержки ошибок должна нести сама розничная сеть. Такую же роль играет запрет требовать от поставщика компенсацию издержек от воровства. Таковы же требования к максимальной отсрочке платежа – аналогичный принцип содержится и в GSCOP. В принципе таков же запрет на требование финансирования маркетинговых расходов. Заметим, что в российском законе, в отличие от Кодекса Великобритании, не содержится одного очень важного запрета из этой же группы – запрета на пересмотр условий договора *ex post*. Но обратим внимание, что большая часть этих запретов адресована тем обязательствам, которые могут возникнуть у поставщиков на этапе исполнения уже заключенного договора, и на которые поставщик повлиять не может. Но в дополнение к этому российский закон содержит набор требований, адресованных условиям договора, которые в принципе предполагают экономически обоснованное распределение риска и выигрышей, происходящее *ex ante*. Типичным примером в данном случае является *запрет на дискриминацию*, понимаемой и как вариация условий договора, и как распределение затрат на продвижение товара пропорционально получаемому участниками договора выигрышу.

В практике решений территориальных УФАС по делам о нарушении статьи 13 как дискриминация трактовалось любое различие условий договоров, в том числе:

- Разные закупочные цены у поставщиков одной категории товара (предполагалось, что более низкая закупочная цена представляет собой форму дискриминации);
- Разный уровень розничных наценок (предполагалось, что более высокая розничная наценка ущемляет интересы поставщика и представляет собой форму дискриминации);

- Различающиеся сроки оплаты за поставленную продукцию;
- Различающиеся схемы предоставления скидок с оптовой цены (в форме вознаграждения за объем);
- Одинаковые условия договоров на оказание маркетинговых услуг для поставщиков с разным объемом поставок;
- Определение маркетинговых платежей пропорционально продажам товаров конкретных поставщиков.

Понимание дискриминации в отношениях между поставщиками и розничными сетями очень плохо корреспондирует с тем, что рассматривается как дискриминация в мировой практике применения антимонопольных запретов в отношении доминирующего продавца в нерегулируемой отрасли. На наш взгляд, самую близкую аналогию следует искать в концепциях ключевых мощностей и недискриминационного доступа к ключевым мощностям. Грубо говоря, закон исходит из понимания взаимоотношений между поставщиками и розничными сетями как аналога договоров между поставщиком газа и магистральным газопроводом. Нетрудно заметить, насколько неверна эта аналогия. Вклад розничной сети в создание стоимости гораздо выше, они объективно оказывают воздействие на конечный спрос, в отличие от газопровода, с другой - договорная политика каждой отдельной розничной сети складывается под воздействием конкуренции, чего нельзя сказать о владельце газопровода. В целом, требования закона ориентированы на более примитивную организацию цепочки создания стоимости от производства продовольственной продукции до её розничной продажи и игнорируют роль договоров как инструмента управления в цепочке, применение которого нацелено на повышение её конкурентоспособности.

Концепция дискриминации, как содержания незаконных действий, дополняется доктриной навязывания. Под навязыванием понимается, в соответствии с разъяснениями ФАС, направление торговой сетью договора с невыгодными для контрагента условиями, которые правомерно контрагентом оспариваются, если сеть отказывается или уклоняется от согласования и принятия предложений контрагента. Приравнивание одного из нормальных элементов переговорного процесса к навязыванию позволяет обосновать и вывод о дискриминации. В конкретном случае мотивацией того, почему различие условий договор необходимо считать дискриминацией, причиняющей ущерб поставщику – если поставщик мог и не подписывать этот договор, - выступает указание на то, что это условие было поставщику *навязано* в смысле, указанном выше. Использование подобного понимания навязывания означает презумпцию того, что по отношению к любому поставщику любая розничная сеть обладает столь существенной переговорной силой, что

угроза отказаться от договора может служить достаточным мотивом для принятия контрагентом сколь угодно невыгодных условий.

В терминах институциональной экономики такое понимание навязывания эквивалентно представлению об изъятии квазиаренды благодаря шантажу (*hold up*). Напомним лишь, что обязательным условием шантажа и изъятия квазиаренды являются специфические инвестиции. На самом же деле специфичность инвестиций поставщиков продовольственной продукции довольно низка: сколь бы существенные затраты они не несли, отдача от них в подавляющем большинстве случаев не зависит от того, через какую розничную сеть (или торговую организацию другого формата) попадет товар к покупателю.

В целом, нормы закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности» основаны на представлениях о взаимоотношении между поставщиками и ритейлерами, которые не соответствуют ни теории, ни практике розничной торговли продовольственными товарами в России [Радаев, 2011]. Законодатель исходил из того, что розничные сети не конкурируют между собой – но это не так. Он предполагал явно или неявно, что поставщик заперт (по идее, благодаря специфическим инвестициям) в отношениях с конкретной розничной сетью – но это тоже не так. Напротив, законодатель уверен, что конкретные поставщики безразличны для розничной сети (как газопровод технически безразличен к тому, чей газ через него передается), но и это неправда. Законодатель уверен в том, что все конфликты между розничными сетями и поставщиками решаются в пользу розничных сетей, но результаты опросов обеих сторон противоречат этой уверенности. Итогом неверного понимания ситуации стали нормы, налагающие серьезные издержки на участников рынков, и при этом способные разрушить благотворные практики в секторе.

Парадоксально, но на практику в секторе могут отрицательно повлиять требования, на первый взгляд защищающие поставщиков. Первый пример – запрет на маркетинговые платежи и софинансирование промоакций пропорционально объему поставок в розничную сеть, де-факто установленный решением против компаний «Метро» и «Ашан»<sup>18</sup>. Решения ФАС, поддержанные судами, трактуют промоакцию как услугу, цена которой может определяться затратным методом. На самом же деле промоакции – компонент взаимодействия между поставщиками и розничными сетями, которое идеально описывается модификацией агентской модели, где результат зависит от усилий обеих

---

<sup>18</sup> Информация о содержании претензий ФАС и материалы соответствующих дел: Официальный сайт ФАС РФ, режим доступа: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/108050.html>; Материалы сайта Право.ru, режим доступа: <http://pravo.ru/news/view/107632/>.

сторон – как принципала, так и агента. Нормально, чтобы риск, связанный с маркетингом, разделялся между участниками договора, и чтобы договоры включали элементы, стимулирующие стороны прилагать усилия. Оплата услуг по продвижению пропорционально обороту создает стимулирующий эффект, а фиксированная цена для выкладок и специальных акций – не создает.

Второй пример – ограничение платежей поставщика в адрес продовольственной сети суммой на уровне 10% от стоимости поставок (в настоящее время – летом 2015 г., - обсуждается проект изменения закона, предполагающий понижение этой планки до 3%). Это ограничение исходит из представления о том, что маркетинговые платежи относятся на издержки и таким образом повышают цену товара. Заметим в скобках, что хотя для России эмпирические доказательства обратного отсутствуют, они были получены для США: даже полное исключение маркетинговых платежей не приводит к понижению цен [Wright, 2007]. Но при этом законодатель де-факто запрещает стимулирование розничных сетей методами, наиболее выгодным в первую очередь самим же поставщикам [Klein, Wright, 2007]. Иными словами, видимое стремление поддержать слабую сторону приводит к запрету на действия, предпочтительные для неё.

Помимо ограничения благотворных практик, закон несет еще один отрицательный эффект. Стимулируются жалобы на розничные сети, которые не могут не подрывать межфирменную кооперацию и лежащие в её основе отношенческие контракты. Вместо стремления к совместному созданию стоимости в секторе развивается взаимная подозрительность, не способствующая повышению конкурентоспособности его участников.

В целом, применение этого закона еще больше, по сравнению с законом «О защите конкуренции», ориентировано на задачи перераспределения выигрышей в секторе, но не на задачи защиты и развития конкуренции. Влияние избранной модели перераспределения на конкурентоспособность неясно: есть подозрение, что оно может оказаться отрицательным.

## **7. Основные выводы**

Короткий обзор теории, объясняющей практику вертикальных ограничений, и применения законодательных норм в отношении вертикальных ограничений позволяет сделать несколько выводов. Во-первых, разнообразие условий вертикальных договоров отражает специфику бизнес-задач, стоящих перед каждой конкретной парой поставщик –

покупатель, производитель – розничный продавец. Во-вторых, условия договоров, ограничивающих коммерческую свободу сторон – вовсе не «дополнительные» по отношению к существенным условиям. Эти ограничения могут не только способствовать повышению конкурентоспособности цепочки из поставщика и покупателя и увеличивать созданную ими стоимость. В некоторых случаях они являются необходимым условием сохранения в долгосрочной перспективе бизнеса поставщика и покупателя как юридически самостоятельных. В-третьих, общемировой тренд конкурентной политики – осторожное отношение к запретам на вертикальные ограничения, именно в силу потенциала положительного воздействия на конкурентоспособность. Однако общемировой тренд не прямолинеен: хотя мало кто из современных экономистов разделяет идею о том, что вертикальные ограничения заведомо ведут к ослаблению конкуренции и укреплению рыночной власти в ущерб потребителям, но возможность этого признается, особенно на рынках со значительными несовершенствами. В-четвертых, практика конкурентной политики демонстрирует существенные различия. В Европейском Союзе и России сохраняется презумпция нелегальности в отношении некоторых вертикальных ограничений, в то время как для американских экономистов это выглядит анахронизмом. В-пятых, важная особенность российских правовых норм в отношении вертикальных ограничений и практики их применения – ориентация на решение задач перераспределения, защиту одной из сторон договора от другой, в противоположность защите и содействию развитию конкуренции. В этом заключается главный источник уязвимости применения российского антимонопольного законодательства: объектом защиты является не конкуренция и даже не конечные потребители как группа. На месте объекта защиты может оказаться любой участник договорных отношений, что не способствует ни хорошей их организации, ни стимулам повышения конкурентоспособности.

## Список использованной литературы

1. Агамирова М. Е., Дзагурова Н. Б. (2014) Стимулы для осуществления кооперативных специфических инвестиций: от судебных решений к теоретическому анализу // Экономическая политика. 2014. № 4. С. 79-97.
2. Марвел, Г. П. (2003). Исключительное дилерство. В: Вехи экономической мысли. Том 5. Теория отраслевых рынков, С-Пб, Экономическая школа, С. 367- 403
3. Мастен С (2001). Правовая основа фирмы. В: Природа фирмы. Под ред. О.Уильямсона и С.Уинтера. М.: Дело. С. 294-318
4. Милгром, П., & Робертс, Д. (1999). Экономика, организация и менеджмент. СПб.: Экономическая школа.
5. Мэтьюсон Г. Ф., Уинтер Р. А. (2003). Экономическая теория вертикальных ограничений. Вехи экономической мысли. Т. 5. СПб.: Экономическая школа, с. 404–428.
6. Радаев В.В. (2011) Кому принадлежит власть на потребительских рынках: отношения розничных сетей и поставщиков в современной России. М., ИД НИУ ВШЭ.
7. Радаев В.В. (2012). Что изменил Закон о торговле: количественный анализ. Экономическая политика 1, С. 118-140.
8. Радаев В.В. (2012). Кто выиграл от принятия Закона о торговле? Вопросы государственного и муниципального управления 2, С. 33-59.
9. Радаев В.В. (2014). Время покажет? Среднесрочные эффекты применения Закона о торговле. Экономическая политика 5, С. 75-98.
10. Радченко Т.А., Авдашева, С. Б., Курдин, А. А., Шаститко, А. Е. (2013). Практика и возможные последствия антимонопольной регламентации торговой политики частной компании. М.: МАКС Пресс.
11. Телсер, Л. Г. (2003). Зачем производителям справедливая торговля?. Вехи экономической мысли, 5, 247-279.
12. Уильямсон, О. (1996). Экономические институты капитализма/Оливер И. Уильямсон. Л.: Лениздат.
13. Шаститко А.Е (2003). Новая институциональная экономическая теория: особенности предмета и метода. М.: ТЕИС.
14. Шаститко (2005) Правило взвешенного подхода в контексте административной реформы и дерегулирования экономики. М. ТЕИС.

15. Шаститко А.Е. (2010) Новая институциональная экономическая теория. М., ТЕИС. Четвертое издание
16. Arruñada, B., Garicano, L., & Vázquez, L. (2001). Contractual allocation of decision rights and incentives: The case of automobile distribution. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 17(1), 257-284.
17. Bork, R. (1993). The antitrust paradox: A policy at war with itself.
18. Easterbrook, F. H. (1984). Limits of antitrust. *Tex. L. Rev.*, 63, 1.
19. Gilbert, R. J., & Katz, M. L. (2001). An economist's guide to *US v. Microsoft*. *Journal of Economic Perspectives* 15 (2), P. 25-44.
20. Klein, B. (2001). The Microsoft case: what can a dominant firm do to defend its market position?. *The Journal of Economic Perspectives*, 15(2), P.45-62.
21. Klein, B., & Wright, J. D. (2007). The economics of slotting contracts. *Journal of Law and Economics*, 50(3), P. 421-454.
22. Lafontaine, F., & Slade, M. (2008). Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy. *Handbook of antitrust economics*. Buccirossi P. (ed.) Cambridge: MIT Press, P. 391-414.
23. Rey P., Tirole J. (1986). The Logic of Vertical Restraints. *American Economic Review*, vol.76, No 5, P.921-939.
24. Spengler, J. J. (1950). Vertical integration and antitrust policy. *The Journal of Political Economy*, P. 347-352.
25. Whinston, M. D. (1990). Tying, Foreclosure, and Exclusion. *The American Economic Review*, P. 837-859.
26. Whinston, M. D. (2001). Exclusivity and tying in *US v. Microsoft*: what we know, and don't know. *Journal of Economic Perspectives*, 15(2), P. 63-80.
27. Wright, J. D. (2007). Slotting contracts and consumer welfare. *Antitrust Law Journal*, P. 439-472.