

ПРАВО
ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА:
ТЕЛЕКОММУНИКАЦИИ

Выпуск 1.

Екатеринбург
2011

УДК 340.5 (340.12)

ББК Х67

П 685

Научное издание

П 685

Право информационного общества: Телекоммуникации. Вып.1. Сборник статей зарубежных авторов. Пер. Ю.В. Волков, А. К. Горяинов. Общ. Ред. Ю.В. Волков. - Издатель Волков Ю.В. - Екатеринбург. 2011. - 156 с.

Сборник статей по правовым вопросам информационного общества включает статьи, посвященные основным правовым вопросам в телекоммуникационной сфере: общая политика, присоединение сетей, сетевой нейтралитет, сравнение американских и европейских рынков, эффективность, тарифы и другие. Практически все эти вопросы, отчасти решённые в европейском правовом пространстве, в ближайшее десятилетие будут остро поставлены для России и иных стран СНГ, которые планируют вступить в ВТО.

Для преподавателей, аспирантов и студентов, изучающих информационное право, а также для всех, кто интересуется правом информационного общества.

УДК 340.5 (340.12)

ББК Х67

ISBN 978-5-9903200-2-4



© Авторы, 2005-2011.

© перевод Волков Ю.В., Горяинов А.К., 2011.

ISBN 978-5-9903200-2-4

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие (<i>Ю.Волков</i>).....	4
Конрад Бёрнс (<i>пер. Ю.Волков</i>) Телекоммуникационная политика будущего.....	6
Дэвид Лумис (<i>пер. Ю.Волков, А.Горяинов</i>) Телекоммуникации в США и Германии.....	16
Мишель Легг (<i>пер. А.Горяинов</i>) Цена доступа к телекоммуникациям и подотчетность регулятора.....	26
К. С. Голдман, А. Готтс, М. Пиаскоски (<i>пер. А.Горяинов</i>) Эффективность слияния телекоммуникационных компаний.....	56
Нико ван Эйк (<i>пер. Ю.Волков</i>) О сетевом нейтралитете 1.0, 2.0, 3.0 и 4.0.....	146

ПРЕДИСЛОВИЕ

Сборник появился как ответ на вопрос – что будет в сфере телекоммуникаций после вступления России в ВТО? Желание ВТО включить Россию в сферу своих интересов очевидно. Если кто-то и думает иначе, что Россия стремится в ВТО, то у нас не осталось сомнений на данный счет. Достаточно взглянуть на географическую карту и станет понятно, что Россия – это территория транзита между Европейским союзом и азиатскими “тиграми”. Практически девственный по сравнению с европейским и американским рынок телекоммуникаций. Отсутствие современного правового регулирования отрасли связи. А если к этому прибавить миграционные устремления многих народов, населяющих Азию – переехать на работу в Россию, либо в Европу через Россию. Телекоммуникационный трафик, генерируемый переселенцами в процессе освоения ими новых территорий. Всё это – просто беспредельные возможности для развития рынка телекоммуникаций.

Делать прогнозы от собственного имени – дело неблагодарное, это известно многим со времен Троянской войны. Прогнозы на основе мнений специалистов – это важная составляющая научной деятельности, как раз то, что многие ждут от учёных. Мы не делаем прогнозов, предлагая читателям спектр авторитетных мнений и возможность сформировать собственное мнение.

Что ожидает телекоммуникации после вступления России в ВТО, контурами обозначено в статьях, которые включены в

настоящий сборник. Борьба за трафик, присоединение сетей, чистоту регулирования; тихие войны поглощений и разорений операторов связи; сегментация информационного и телекоммуникационных рынков и многое другое предстоит увидеть нам на протяжении грядущего десятилетия.

Не все произведения на языке оригинала вышли вчера из-под печатного прессы, часть из них опубликована несколько лет назад. В силу разных причин все статьи не переводились на русский язык и многие просто не известны специалистам. Отдельные имена также прозвучат на русском языке впервые. Возможно, для некоторых читателей мы первыми открываем имена новых авторов.

Ю. Волков

Екатеринбург

15 Июля 2011 года.

Конрад Бёрнс

ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННАЯ ПОЛИТИКА БУДУЩЕГО¹

После второго избрания Джоржа Буша президентом США и в связи с ожидаемой отставкой Председателя Федеральной Комиссии по связи (FCC) Пауэлла, политика в сфере связи оказалась в центре внимания. Признавая характер этой дискуссии, время показало правоту журнала *Федеральное Коммуникационное Право*, создавшего форум для оценки и анализа текущих и будущих проблем в телекоммуникационном праве. Авторы статей по этой проблеме высказывают различные мнения в обсуждении, собственные взгляды на будущее предлагают также и я.

Мы живем в цифровую эпоху. Это больше не тот мир, где мы могли найти различие между голосом, видео и данными. Все теперь находится в единой форме единиц и нолей. Это бросает нам новый вызов, поскольку мы стремимся реформировать законодательство.

Мы находимся в точке пересечения Интернета и Телекоммуникаций. В этой эре консолидации, терроризма и быстрого технологического внедрения мы должны защитить потребителей, себя и усилить защиту информации в эпоху реформ связи двадцать первого столетия. В Сенате мы работали в этих целях в течение некоторого времени, решая проблемы: шпионского ПО, реформы радиочастотного спектра, E-911, ICANN, реформы телерадиовещания, секретности беспроводной связи и реформы универсальной услуги.

¹ БЁРНС Конрад (Burns Conrad), закончил университет Миссури в 1954 году. Отслужил в корпусе морской пехоты США в 1955-1957г.г. Неоднократно избирался в Сенат США от штата Монтана в 1988, 1994, 2000, 2006 годы. На дату публикации оригинала статьи (в 2004 году) занимал должность Председателя подкомиссии по Связи в Комитете Сената по торговле, науке и транспорту.

I. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИНФОРМАЦИОННОЙ ЗАЩИТЫ В ЦИФРОВОМ МИРЕ

Цель. Мы должны предусмотреть существенные санкции за воровство или искажения персональных данных в сети и поддержку такой деятельности. Мы должны удостовериться в способности системы коммуникаций поддержать наши намерения и обязать ее соблюдать их. Мы должны определить пределы использования информации, идентифицирующей личность, собранной радиочастотными идентификационными устройствами (RFID).

Поскольку экономическая деятельность все более мигрирует в Интернет, фишинг (phishing) или незаконное воровство личной информации типа номеров социального обеспечения, номеров банковского счета или пароля являются растущей проблемой обеспечения сайтов. Серьезные санкции необходимы для обуздания такой деятельности, которая может осуществляться посредством шпионского программного обеспечения (spyware), тайно внедренного в персональный компьютер, или через подмену электронной почты и других средств открытой связи. Мы изучаем эти методы, чтобы гарантировать, что органы власти имеют инструментальные средства, необходимые для преследования обидчиков. Это нужно, чтобы изменить баланс сил не в пользу злоумышленников, авторов кода, которые стремятся причинить информационный и финансовый ущерб. Мы должны также поддержать успешные усилия частного сектора, которые способствуют снижению уязвимости защиты.

Хотя быстрый рост количества RFID-устройств вел к экономически положительным результатам и росту удобства для компаний и индивидуумов во многих областях, защите персональных данных, собранных RFID-устройствами и сетями, которые их поддерживают, не было уделено достаточного внимания. Во многих

случаях существует потенциал для злоупотребления. Мы должны усилить понимание того, как могут использоваться объекты, которые собирают и передают персональные данные, и как используются персональные данные.

II. ШПИОНЫ СРЕДИ НАС

Цель: Мы должны сформулировать положение, при котором установка программного обеспечения третьим лицом на частных компьютерах является допустимой, и налагать гражданские и уголовные санкции за неправомерную установку некоторых типов программного обеспечения на частных компьютерах.

Изолированный укромный уголок, как мы когда-то думали, который существовал в наших персональных компьютерах, установленных в потайных местах наших собственных домов, быстро становится загруженной автострадой, где сетевые кроты складывают свои программы, и даже наиболее опытные пользователи не всегда могут найти и удалить скрытые и зловредные шпионские программы, оставленные там скрытно. Эти программы представляют серьезные угрозы безопасности, поскольку они работают незримо, чтобы отслеживать и собирать данные о компьютерных пользователях.

Шпионское программное обеспечение — это то, которое тайно собирает информацию о компьютерных пользователях и передает его другим лицам через Интернет без уведомления или согласия пользователей. Любое законно загруженное программное обеспечение может действовать как Троянский конь, несущий в себе другие разнообразные шпионские программы.

Шпионское программное обеспечение часто используется, чтобы интерактивно отследить действия пользователей или даже перехватывать пароли и создавать труднозакрываемые бреши в

защите компьютера. Как отмечено в статье в журнале *PC Magazin*, в то время, как файлообменные сети, которые часто распространяют шпионское ПО, могут быть бесплатными в денежном понимании, цена приватности пользователя бывает весьма высока. Из 60 миллионов пользователей одной популярной программы совместного файлообмена немногие знают, что они находятся под наблюдением посредством шпионского ПО, которое было загружено на их компьютеры.

Глубина и скрытый характер этой проблемы — объяснение того, почему мы должны продолжать работать, чтобы противостоять наводнению шпионским ПО компьютеров сетевых пользователей. Движение SPYBLOCK² полагается на здравый подход, налагающий запрет на инсталляцию программного обеспечения на компьютерах пользователей без уведомления, согласия, и наличия разумной процедуры деинсталляции. Уведомление и согласие, которые предлагает движение SPYBLOCK, стали бы препятствием для методов, которые используют некоторые недобросовестные деятели, чтобы тайно загружать программы на компьютеры. Это вынудит операторов связи предоставлять пользователям понятное и заметное уведомление о том, что программа будет загружена на их компьютеры и запрашивать согласие пользователей.

Невозможно понять, как может быть оправдан любой из индивидуумов или компания, использующие шпионское ПО для слежения через Интернет, захвата паролей, для вторжения в процессоры компьютеров, и всё это без уведомления. При серфинге в Интернете каждый должен иметь приемлемую приватность и защиту.

III. E-911 СЛЕДУЮЩЕГО ПОКОЛЕНИЯ

² SPYBLOCK - по первым буквам Программные Принципы выдающие Лучшие Уровни Знания Потребителя.

Цель: Мы должны обеспечить финансирование объединенного офиса программы «Служба спасения 911» (E-911) так, чтобы представления были бы доступны, как указано в «Движении E-911». Мы должны также исследовать возможности, чтобы гарантировать, что VoIP (Голос поверх Интернет-протокола) обеспечит возможности пользования услугой E-911 и услугами идентификации грядущих технологий, которые объединятся с сегодняшней системой E-911, чтобы обеспечивать общественную безопасность и инструментальные средства, которые способны спасать жизни.

С появлением технологий, подобным VoIP, пользователи этих технологий должны иметь те же возможности аварийной связи, как те, что используют наземные линии связи и беспроводные телефонные услуги.

IV. СПАМ

Цель: Мы должны работать с исполнителями при вступлении в силу Закона CAN-SPAM и более агрессивно преследовать электронную почту спамеров.

Спам, или невостребованная коммерческая электронная почта является все более и более серьезной проблемой, которая угрожает заполнить Интернет незапрошенными сообщениями, подрывая его функции глобальной системы коммуникаций. Недавние оценки предсказывают, что спам будет стоить американским деловым кругам до 90 миллиардов долларов в 2005 году.

Законопроект CAN-SPAM, подписанный Президентом Бушем 16 декабря 2003 года, требует от отправителя незапрошенной коммерческой электронной почты обеспечить простой способ аннулировать подписку как опцию для получателей и предусматривает крупные санкции для правонарушителей, которые

фальсифицируют информацию, чтобы замаскировать местоположение отправителя. В течение нескольких прошлых месяцев мы наблюдали планомерную реализацию этих положений интернет-провайдерами и Федеральной Комиссией по торговле (FTC). Эти долгосрочные усилия ясно покажут спамерам, что они вне закона. Мы должны гарантировать, что FTC выделяет необходимые ресурсы, как предписывает CAN-SPAM, и продолжать координировать действия с парламентариями и агентствами за границей, чтобы бороться против этого бича цифровой эпохи.

V. СПРАВЕДЛИВОСТЬ ОЦЕНОК ТЕЛЕВИДЕНИЯ

Цель: Мы должны гарантировать, что оценки телевидения точны и справедливы для всех категорий населения и признают надлежащую роль правительства в соблюдении общественных интересов при оценках телевидения.

В прошлом году было выявлено много противоречий по поводу проведения опросов общественного мнения (LPMs) компанией Nielsen, монополиста в сфере оценок телевидения. Хотя Nielsen, под наблюдением Совета по Оценке Средств информации (MRC) предпринимает шаги, чтобы гарантировать учет мнения всех демографические группы, все еще имеется существенная степень неудовлетворенности в отрасли применительно к подходам Nielsen. Ясен общественный интерес в обеспечении точных и справедливых оценок телевидения и мы должны продолжить контролировать ситуацию, консультируясь с ключевыми игроками.

VI. РЕФОРМА ICANN

Цель: Мы должны обеспечивать и усиливать инфраструктуру Интернет и гарантировать, что Интернет- корпорация по назначению

названий и адресов (ICANN) твердо придерживается своей миссии. Мы должны также исследовать текущую роль американского правительства по надзору за ICANN.

ICANN - некоммерческая частная компания, созданная администрацией Клинтона, чтобы управлять техническими аспектами Системы Доменных Имен (DNS), а также назначением Интернет-адресов (IP) для всех пользователей Интернета. После непростого начала ICANN за прошедшие годы добилась успехов в развитии установленной структуры, соответствующей ее миссии. Тем не менее, она продолжает находиться под угрозой передачи нетехнических функций другим организациям, цели и полномочия которых совсем другие. Политически управляемые международные процессы угрожают передать управление Интернетом назад правительству или международной бюрократии. Кроме того, администрация может продлить Министерству торговли текущее соглашение по надзору за ICANN, которое истекает в 2006 году, препятствуя американскому правительству играть видную историческую роль главного спонсора и проводника Интернета, как единой глобальной системы коммуникаций.

VII. ЦИФРОВАЯ ДЕМОКРАТИЯ

Цель: Мы должны поддержать революцию Интернета, чтобы обеспечить доступность правительства для людей.

Я проводил в Конгрессе первые интерактивные слушания 12 июня 1996 года. Теперь, девятью годами позже, мы должны сделать законодательный процесс доступным гражданам через Интернет, киберструктуры и сетевые документы.

Акт Цифровой Демократии – хороший правительственный законопроект, который требует, чтобы некоторые правительственные

слушания и документы были сделаны доступными через Интернет. Слушания Конгресса наряду с исполнительными встречами с общественностью должны быть доступны для опубликования в режиме реального времени и архивированы наряду с доступными для поиска расшифровками стенограмм. Кроме того, репортажи Исследовательской Службы Конгресса (CRS) должны интерактивно рассылаться по почте для общественного использования.

VIII. РАЗВЕРТЫВАНИЕ РАДИОВЕЩАНИЯ

Цель: Мы должны гарантировать, что польза от Интернета доступна даже в самых удаленных уголках.

Каждый человек должен иметь доступ к Интернету. Мы должны предусмотреть в законодательстве гарантии налогового стимулирования бизнеса, который вкладывает капитал в радиовещание с ориентацией на ускоренное развертывание высокоскоростного доступа к Интернету во всей стране, особенно в сельской Америке. В настоящее время положение в законодательстве создает временный налоговый стимул для операторов связи в форме «затратных» статей, допуская непосредственную ускоренную амортизацию капиталовложения в первый год предоставления услуг, что снижает стоимость этой инвестиции через какое-то время.

В случае с оборудованием для вещания текущего поколения, вложения в сельские и иные зоны покрытия этот проект законодательства позволил бы амортизировать 50 процентов затрат в первый год, остальные средства – согласно действующих норм амортизации. Когда операторы доступа строят широкополосные сети следующего поколения, как правило, более дорогие, этот проект предусматривает 100 процентов амортизаций.

IX. РЕФОРМА УНИВЕРСАЛЬНОЙ УСЛУГИ

Цель: Мы должны гарантировать сельским пользователям возможность обслуживания электросвязью.

Мы должны продолжать твердо поддерживать стабильность и устойчивость фонда универсального обслуживания, который обеспечивает пользователям в сельской Америке возможность высококачественного и доступного обслуживания электросвязью.

Тем не менее, необходимы существенные реформы в системе вложений в универсальные услуги для сельских потребителей. Эти инициативы должны руководствоваться следующими принципами: 1) гарантировать стабильность и поддержание фонда универсальных услуг; 2) гарантировать, что вкладчики будут оценены на равноправных и недискриминационных условиях; 3) снизить регулируемые цены, связанные с исполнением обязательств по предоставлению универсальных услуг; 4) развить процесс компенсации вложений, который является справедливым и с готовностью принимается потребителями.

X. РЕФОРМА ЧАСТОТНОГО СПЕКТРА

Цель: Мы должны преобразовать неэффективную и обременительную структуру в более сбалансированную модель для частных потребителей и делового сектора. Мы должны отказаться от действующей модели аукциона, по которой радиочастоты публичного сектора переданы частным пользователям по принципу более высоких ставок на торгах. Эта политика закончилась провалом, испортила аукционы и провалила обещания потребителям. Мы должны исследовать совершенно иной подход, основанный на концепции распределения доходов или лицензионном платеже. Такие модели хорошо зарекомендовали себя

в некоторых азиатских странах, например, в Гонконге и Сингапуре, они лучше обеспечивают более справедливый баланс затрат между потребителями, правительством, и частными операторами.

ТЕЛЕКОММУНИКАЦИИ В США И ГЕРМАНИИ³

По сей день телекоммуникации в США развивались семимильными шагами. При отсутствии регулирования телефонных компаний технологические перемены происходили очень быстро. Новый Закон о связи 1996 года позволяет местным телефонным компаниям выходить на доходный рынок удаленного доступа, в свою очередь, допуская конкурентов на свои собственные рынки.

Глобализация связи имела место не только в США, но и в других странах. Европейские компании, такие как Deutsche Telekom, в соответствии с установленным Евросоюзом сроком 1 января 1998 года должны были открыть свои рынки, обеспечив полную либерализацию всех услуг, включая голосовую телефонию, как наиболее доходный сегмент. В данной статье производится сравнение систем связи в двух странах (США и Германии) и действие нового Закона о связи.

1.1. История, структура и регулирование американской телекоммуникационной компании (AT&T)

AT&T Corp., ранее известная как American Telephone and Telegraphy Company, - крупнейшая телекоммуникационная компания в США. Ее интернациональные корни произрастают с 1882 года, когда она открыла завод в Антверпене, Бельгия. В течение последующих 40 лет AT&T продала свое зарубежное производство телефонов компании ИТТ, однако продолжала предоставлять международные услуги в кооперации с администрацией связи по всему миру. К 1932 году рыночная доля выросла до 80% и, конечно, AT&T доминировала в телефонной отрасли. В конце 1940-х появились новые технологии, ставшие альтернативой телефонной передаче по медным проводам

³ Лумис Дэвид Оригинальная статья опубликована в журнале

для связи на большие расстояния. АТ&Т запустила первую микроволновую линию связи между Чикаго и Нью-Йорком в 1950.

В 70-ых АТ&Т начала обновление своей международной деятельности, ее усилия были сосредоточены на услугах удаленного доступа. Перемены, произошедшие в сфере телекоммуникаций в течение тех лет в конечном счете привели к антимонопольному делу Правительство США против АТ&Т. Процесс был начат в 1974 году и окончательно улажен Министерством юстиции США в январе 1982 года, когда АТ&Т согласилась перейти под владение Bell operating companies, которая предоставляла услуги местной связи. В свою очередь, Министерство юстиции согласилось ослабить ограничения, вошедшие в решение 1956 года. Передача состоялась в январе 1984 года и Bell System перестала существовать. На ее месте оказалась АТ&Т и семь региональных телефонных компаний⁴. С 1 января 1984 года АТ&Т начала как новая компания. Старая АТ&Т (Bell system) как регулируемая монополия испытывала сильное давление со стороны рынка на протяжении большей части своей истории. АТ&Т приняла решение как способ сохранить свой статус монополиста. Сначала федеральные уполномоченные были весьма лояльны. Но Министерство юстиции запретило «дочкам Белла» выход на рынок дальней связи и другие конкурентные рынки, а АТ&Т – участие в региональной или местной конкуренции. В соответствии с новым Законом о связи Bell company могла обратиться в Федеральную Комиссию по связи (FCC), чтобы предоставлять клиентам услуги дальней связи в любых штатах, входящих в зону обслуживания. FCC должна была получить консультацию в Министерстве юстиции на предмет соответствия заявляемых услуг установленным требованиям. Они должны были проверить наличие общественных интересов,

4 Pacific Bell, US West, Southwest Bell, Ameritech, Bell Atlantic Bell South and Nynex, также известные как дочки Белла (Baby Bells) – прим. переводчика.

выгоды и необходимости. FCC должна была также проконсультироваться с комиссиями штата на предмет соответствия Bell company некоторым важным требованиям, например, конкуренции на основе средств связи, так как Bell могла и не использовать свое положение монополиста для нечестной конкуренции, на местном уровне реальная конкуренция должна продолжаться до тех пор, пока Bell company ищет выходы на рынок дальней связи. Сегодня цель AT&T – не просто быть лидером в сегменте дальней связи. Она намерена предлагать традиционные и новые услуги связи, включающие местную и дальнюю связь, он-лайн и беспроводный сервис, бизнес-решения и кредитные карты, а также мультимедийные услуги для домашних пользователей.

1.2. История, структура и регулирование немецкой телекоммуникационной компании (D-Telekom)

Все началось в 1877 году, когда в Германии испытывали первые телефоны Белла, что немецкие инженеры сделали за два дня. В 1881 году была проложена первая гражданская телефонная сеть, однако вся коммутация производилась вручную. С тех пор изменилось многое. Deutsche Telekom стал крупнейшим оператором связи в Европе. Это гигантская государственная монополия. С 1989 по 1995 год она увеличила долю своего присутствия до 73%. С объемом инвестиций DM120 миллиардов на конец 1995 года, Deutsche Telekom располагает огромной инфраструктурой в Германии. Она потратила около \$22 миллиардов на обновление устаревшей сети, доставшихся в наследство после падения Берлинской Стены в 1989 году. Кроме того, она вложила \$10 миллиардов, чтобы завершить программу «Пять восточных земель». Либерализация рынка телефонии в Германии, который является третьим по величине после США и Японии, стал решительным шагом, способствующим конкуренции в Евросоюзе.

Однако процесс принятия политического решения приватизировать Deutsche Telekom, крупнейшую за всю историю Германии собственность, разрешив тем самым свободную конкуренцию, глубоко разделил поклонников свободного рынка и сторонников status quo, которые до сих пор боятся продажи Deutsche Telekom. Как бы то ни было, правительство Германии открыло рынок телекоммуникаций в соответствии с решением Евросоюза до 1 января 1998 года, обеспечив тотальную либерализацию всех сегментов рынка.

Образование акционерного общества Deutsche Telekom 1 января 1995 года завершило кардинальные внутренние преобразования объекта государственной собственности в ориентированную на рынок и клиента компанию. 1995 год стал краеугольным камнем для развития конкурентных качеств Deutsche Telekom, так как до этого, когда компания была национализированной, свободы принятия решений, ориентированных на рынок, было слишком мало. С 1 июля 1996 года компания вступила в конкурентную борьбу с другими фирмами, осуществляющими предоставление услуг.

2. Сравнение двух рынков.

Информация сегодня – форс-мажорный фактор экономики, она важна так же, как сырье, труд и капитал. Телекоммуникации – наиболее динамично растущая отрасль. Рынок телекоммуникаций Федеративной Республики Германии станет нерегулируемым 1 января 1998 года. Но конкуренты завтрашнего дня противостоят друг другу уже сегодня. Отрасль телекоммуникаций со своими основными сегментами: сети, услуги и оборудование можно рассматривать как наиболее динамичные сектора мировой экономики, как в смысле потенциала роста, так и технологических разработок. Информация становится основным фактором международной конкуренции. В

индустриальных странах технологическое и экономическое развитие определяют также социальные трансформации – движение к информационному обществу. Следствием устранения монополистических структур будет: конкуренция на рынке оборудования, где больше нет национальных монополий; снижение цен; возможность получения дополнительных услуг бесплатно и, как результат, создание новых рабочих мест.

Опыт Великобритании и США показал, что конкуренция в отрасли телекоммуникаций работает и повышает эффективность. Это также подтверждает повсеместный опыт: AT&T в США и British Telecom (BT) в Великобритании до сих пор продолжают удерживать значительные доли рынка после отмены регулирования. Главный конкурент BT компания Mercury обслуживает сегодня 12% дальних звонков внутри страны и 24% международных. Рыночная доля двух главных конкурентов AT&T компании MCI и Sprint – 24% дальних звонков. Причина заключается в том, что на потенциально новых конкурентов изначально наложены определенные ограничения на обоих рынках. В Германии будет иначе. Число новых конкурентов, в отношении которых, вероятно, не будут применяться ограничения, как с точки зрения дохода, так и рыночной доли, будет, скорее всего, выше. В Германии экономическая важность информационного общества возросла за прошедшие годы. Перспективы роста рынка телекоммуникаций, суммарный оборот которого достиг приблизительно 382 млрд. марок в 1994 году продолжают оставаться превосходными. Германия в этой области стартовала относительно поздно и имела возможность учиться на ошибках других стран. Как результат, как потребители, так и предприятия оказались готовыми к новому телекоммуникационному законодательству, которое вступит в силу 1 января 1998 года. Первые надеются, что приход конкуренции

снизит цены и улучшит обслуживание, вторые – на безопасную игру на растущем рынке в будущем. Новый закон определит основы регулирования нерегулируемого сегодня рынка телекоммуникаций. С 1998 года Федеративная Республика Германии станет, возможно, в высшей степени нерегулируемым рынком телекоммуникаций, и, как результат, получит шанс освоения полного инновационного потенциала конкуренции.

Крупнейшими конкурентами Deutsche Telekom являются: Mannesmann, Vebacom, Viag Interkom, RWE Telliance и Thyssen Telecom. В поисках зарубежных партнеров Vebacom успешно образовала ассоциацию с британской компанией Cable & Wireless, а Mannesmann установила связь с американским гигантом AT&T. Thyssen остановила выбор на американской телефонной компании Bell South в качестве стратегического партнера. Тем не менее, до сих пор не ясно, кто из немецких партнеров войдет в ассоциацию с Deutsche Telekom.

Не так просто сравнивать две абсолютно разные страны с разной численностью населения и разной территорией. Основное различие между Deutsche Telekom и AT&T, которое я выбрал в качестве показателя рынков телекоммуникаций двух стран – Германии и США, возможно, в том, почему Deutsche Telekom не нуждается в разделении, а должна прекратить деятельность и перестроена как немонополистическая компания.

3.1. Закон о связи: новое право

Прежде, чем представлять Закон о связи, необходимо дать определение слову «телекоммуникация»: «термин “телекоммуникация” означает передачу между или среди точек, определенных пользователем, информации, выбранной пользователем, без изменения формы или содержания той

информации, которая была отправлена и принята» (словарь Уэбстера).

Президент Клинтон, подписал 8 февраля 1996 года первый за последние 62 года серьезный пересмотр американской телекоммуникационной политики. Основной задачей Закона о связи 1996 года является создание конкуренции на рынке местной телефонной связи, чтобы установить правила, позволяющие Bell Operating Companies предоставлять услуги дальней связи. Он способствует конкуренции и ослабляет регулирование для того, чтобы устойчиво снизить цены и повысить качество обслуживания клиентов в Америке и поощрить быстрое распространение новых телекоммуникационных технологий. Данный закон позволяет перспективным конкурентам выкупать локальные службы у телефонных монополистов и перепродавать как часть собственного пакета местных услуг.

Еще Закон о связи позволяет покупать доступ к отдельным компонентам локальных сетей услуг и использовать их совместно с собственными средствами с целью создания конкурентоспособных местных услуг.

Законодательство предполагает ввести рынок телекоммуникаций в новый мир, в котором телефонные компании, операторы дальней связи и компании кабельного телевидения вступят в схватку друг с другом. Компании другого профиля тоже присоединятся, что даст нам, потребителям, низкие цены и лучшее обслуживание.

3.2. Закон о связи и его влияние на рынок телекоммуникаций

Один из важных эффектов нового Закона о связи состоит в том, что конкуренция сопровождается значительным снижением цен на телекоммуникационные товары и услуги при общем росте качества. С 1984 года цены на дальнюю связь в США снизились на 60%, что

вызвано ростом числа компаний дальней связи, которых сейчас более 400.

В соответствии с Законом о связи 1996 года все компании, предоставляющие услуги местной связи, обязаны обеспечить возможность выбора для всех клиентов. Закон требует также от всех операторов местной связи не накладывать необоснованные или дискриминационные условия или ограничения на предлагаемые услуги. Закон о связи создает полностью конкурентный рынок коммуникаций, где компании местной и дальней связи, кабельного телевидения и даже электрические подразделения получают возможность удовлетворять запросы клиентов. Это показывает, что значимость локальных услуг постоянно растет. Усиление конкуренции приводит к созданию новых отраслей, что означает больше рабочих мест и более быстрый экономический рост. Малый бизнес становится более устойчивым, теперь у него больше возможностей работать и расширять бизнес на местном уровне за счет использования несложного доступного оборудования для обработки информации и услуг связи, которые ранее были доступны только крупному бизнесу. Работники получили возможность сохранить и приумножить свои трудовые навыки, они каждый день учатся использовать новые технологии.

4. Заключение и немного информации о сделках слияния на рынке телекоммуникаций.

Создается впечатление, что все усилия сделать рынок телекоммуникаций более прибыльным, привлекательным и простым для понимания потребителей и производителей обречены на провал.

В середине 1994 года Sprint, третий по величине оператор дальней связи в США подпортил свою международную репутацию, был исключен из Unisource alliance за плохое качество работы, было

объявлено, что Sprint ведет переговоры о глобальном сотрудничестве с France Telecom и Deutsche Telekom, двумя крупнейшими телекоммуникационными компаниями в Европе. Deutsche Telekom был вынужден начать либерализацию, чтобы стать членом Евросоюза и сохранить конкурентоспособность на мировом рынке. Но сегодняшняя ситуация демонстрирует нам как хитрые бизнесмены обходят закон. К сожалению, слияние трех компаний: Sprint, France Telecom и Deutsche Telekom является шагом назад к той ситуации, когда Deutsche Telekom был монополистом. Как бы то ни было, слияние произошло, объединенное предприятие называется Global One. Мне кажется, что объединение телекоммуникационных фирм – удар в спину правительству, в свою очередь трудно регулировать рынок телекоммуникаций, не урезая свободы принятия решения в демократической отрасли.

Чтобы быть уверенным, что крупные компании не используют свою мощь монополиста, чтобы наживаться на клиентах, в США появился Закон о связи 1996 года. Данный закон также защищает благосостояние клиентов. Монополист, который ставит целью производить меньше, а продавать подороже, регулируется правительством. Хотя рынок телекоммуникаций сегодня регулируется, компании имеют возможность объединяться с другими крупными фирмами с тем же эффектом. Они вступают в союз с крупными фирмами, лишая тем самым клиента возможности ценового выбора. Если определенные фирмы сливаются в одну большую, клиент вынужден покупать по той цене, которую назначит фирма. Даже если есть закон, запрещающий монополию, хитрые фирмы сохраняют возможность действовать согласованно. В этом случае совместные действия сходны с действиями монополиста, фирмы могут оговаривать цену и объем продукции.

Если говорить конкретнее AT&T и SBC communications ведут переговоры о слиянии. Если такое возможно и (законно) реализуемо, это будет крупнейшее слияние за всю историю. Такая комбинация крупнейшей в стране компании дальней связи и крупнейшей компании местной телефонии повернет вспять диверсификацию AT&T 1984 года, которая отделила местные услуги от дальней связи. Слияние типа AT&T и SBC – совсем не то, что имел в виду Конгресс, проводя новый Закон о связи 1996 года.

«В период неопределенности нет ничего удивительного, что различные компании ищут относительной безопасности в сделках по слиянию, консолидации и созданию совместных предприятий», – сказал председатель FCC Рид Хант в интервью Neeweek. Возможно, это главная причина того, что правительство использует отдельный подход – что нарушает антимонопольное законодательство и новый Закон о связи.

Не вызывает сомнений то, что если в будущем не поставить заслон мега-слияниям, рынок телекоммуникаций с быстротой молнии наполнится гигантскими объединениями, что будет еще одним ответом монополий!

Завершить свою статью о мире телекоммуникаций я бы хотел случайно найденной в Интернете фразой Н. Найта, которая объясняет все: «Это просто восприняли как представление одного человека, которое изначально было средством защиты нашего правительства, а сегодня стало расхожей фразой. Появилось много правил, инструкций и законов, которые, возможно, будут меняться каждый год. Телекоммуникации будущего будут настолько необычны, как восход солнца в конце дня, но правила снова поменяются и мы увидим еще один закат...»

Мишель Легг

ЦЕНА ДОСТУПА К ТЕЛЕКОММУНИКАЦИЯМ И ПОДОТЧЕТНОСТЬ РЕГУЛЯТОРА⁵

I. ВВЕДЕНИЕ

Потребность в регулирующих органах, чтобы управлять изменяющимися экономическими условиями и технологией в отрасли телекоммуникаций, расширила режимы доступа, характеризующиеся обширными рекомендациями и значительной свободой выбора для регулирующего органа. Действующие операторы местного доступа (ILEC) стремились бросить вызов этому широкому толкованию в деле *Verizon Communications, Inc против Федеральной Комиссия по связи*, в котором потребовали, чтобы Верховный Суд тщательно исследовал Закон о связи 1996 года и реализацию «Обеспечения конкуренции на местах» в Законе о связи 1996 года, Первого Отчета и Предписания («Обеспечение конкуренции на местах»)⁶.

Перед Судом встали две проблемы: 1) законность использования предусмотренных экономических затрат для того, чтобы устанавливать нормы расценок на присоединение или аренду компонентов сети и далее законность определения предусмотренных экономических затрат через суммарную конечную возрастающую стоимость компонентов (TELRIC), которая оценивает затраты посредством сравнения с гипотетической «эффективной» сетью и 2) может ли устанавливающая норму методика составлять «завладение» в терминах Пятой Поправки Конституции США, которая

⁵ Легг Мишель – адвокат компании Джильберт и Тобин (Сидней, Австралия). В основу статьи легла его магистерская диссертация, защищённая им в Университете Беркли (Калифорния)

⁶ Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Act of 1996, *First Report and Order*, 11 F.C.C.R. 15499, 4 Comm. Reg. (P & F) 1 (1996) [здесь и далее *Local Competition Provisions*].

устанавливает, что «...при этом нельзя завладеть частной собственностью в общественных интересах без справедливой компенсации» («Статья о завладении»). Суд также обратился к условиям развязки и объединения сетевых компонентов, чтобы определить, когда действующий оператор должен комбинировать сетевые компоненты для нового участника, и когда объединение технически невыполнимо. Эта проблема не обсуждается в данной статье, поскольку не имеет отношения к цене на доступ.

Данная статья рассматривает решение Верховного Суда в деле *Verizon*, чтобы утверждать, что пересечение неоднозначных нормативов доступа к телекоммуникациям и ограничений судебного рассмотрения в результате разделения власти и приложения, как в деле *Chevron U. S. A. Inc. против Natural Resources Defense Council, Inc* означает, что административное право стало неэффективным инструментом в обеспечении ответственности регулирующих органов телекоммуникаций. Регулирование телекоммуникаций стало чрезмерно полагаться на компетенцию регулирующих органов, и, фактически, уступило контроль над жизненно важной областью экономической политики в пользу регулирующих органов⁷. Недостаток подотчетности регулирующих органов может положить начало технократическому подходу, который подрывает демократическое управление. Эта статья приводит доводы в адрес Конгресса о необходимости обратиться к стоимости доступа более детально. Если в дальнейшем не представить то, чем руководствоваться, статья утверждает, что можно ожидать дальнейших сомнений в TELRIC, основанных на Статье о завладении и фактах установки расценок Верховным Судом. Ограничения

⁷ См. Stephen Labaton, *F.C.C. Ruling is Expected to Favor Bells*, N.Y. TIMES, Feb. 20, 2003. - «Правила, которые устанавливают, какие цены Bell companies могут выставлять своим конкурентам, – одна из самых важных политических проблем для Вашингтона, затрагивающая конкурентную обстановку на телефонных рынках».

судебного рассмотрения, которые воплощены в деле *Chevron*, не используют реализацию фундаментальной конституционной гарантии, такой как Статья о завладении. Из этого следует, что конституционная защита будет привлекаться все более часто, чтобы установить минимальный уровень «справедливой компенсации» как тормоз при недостатке подотчетности регулирующего органа.

II. ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В США

Отмена госконтроля в отрасли телекоммуникаций США зафиксирована в Законе “О связи” 1996 года⁸, который внес поправки в Закон “О связи” 1934 года. Применение правил меняется в зависимости от того, является предприятие ILEC или новым участником рынка, определяемым в законодательстве как «конкурирующий оператор местного доступа» (CLEC).

A. Основы дерегулирования

Есть два типа правил. Первый тип может быть описан как необходимые условия для выхода CLEC на рынок местной телефонной связи, которые применяются одинаково к ILEC и CLEC. Эти правила требуют обязательного соединения для обмена трафиком, чтобы преодолеть естественную монополию. Соединение должно быть предоставлено в любой технически подходящей точке, должно быть, по крайней мере, равным по качеству тому, которое ILEC предоставляет себе и должно быть предоставлено согласно расценкам, срокам, и условиям, которые исключают дискриминацию.

Второй тип правил стремится устранить экономические преимущества ILEC, вытекающие из его монополистической позиции, облегчая для CLEC выход на рынок. ILEC должен сделать развязку компонентов сети, чтобы позволить CLEC арендовать их, и перепродавать их так,

⁸ Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (кодифицирован в раздел 47 Свода законов США в 2000 году).

чтобы CLEC мог покупать услугу оптом, присваивать ей марку, и продавать под собственным именем. Сетевой компонент должен быть несвязанным, если это необходимо, и если недостаток доступа к нему ослабил бы способность CLEC предлагать услугу.

В результате конкуренция на местном рынке может быть достигнута посредством создания любым CLEC собственной сети и использования правил первого типа (конкуренция, основанная на средствах), действуя как чистый торговый посредник, использующий второй тип правил, или использующий гибрид этих подходов, посредством чего CLEC использует некоторые из его собственных средств и арендует несвязанные сетевые компоненты, в которых испытывает недостаток, чтобы объединить их в законченную услугу.

В. Цены на доступ

Закон о связи 1996 года предусматривает расценки, которые будут или договорными, или установлены государственными комиссиями. Закон предусматривает «справедливые и разумные расценки» присоединения в соответствии с Разделом 251(с)(2) и расценки для несвязанных сетевых компонентов в соответствии с Разделом 251(с)(3), которые определяются государственными комиссиями на основании того, что они «будут... основаны на затратах (определенных независимо от нормы прибыли или другой основанной на норме практики) по предоставлению соединения или сетевого компонента (какой бы ни использовался), и... не допускают дискриминации, и... могут включать разумную прибыль».

«Обеспечение конкуренции на местах» Федеральной Комиссии Связи (FCC) оказало влияние на полномочия Конгресса, определяя, что государственные комиссии выносят решение по расценкам присоединения и доступа к несвязанным компонентам в соответствии с предусмотренной экономической методологией оценки затрат.

Методика оценки FCC предусмотрела для нового участника, ищущего доступ к сетевому компоненту ILEC, оплату: 1) любых затрат, непосредственно относящихся к использованию CLEC (возрастающие или предельно минимальные затраты), 2) пропорциональной доли амортизации стоимости компонентов при долгосрочном использовании, 3) пропорциональной доли совместных и общих затрат, иначе называемых накладными расходами, связанными с использованием компонента (то есть, издержки на персонал, услуги биллинговой системы и т.д.) и 4) доли капитальных затрат, инвестируемых в сетевой компонент, которые эквивалентны разумной прибыли. FCC также рассмотрела три альтернативных теории ценообразования на доступ. FCC решила, что Закон о связи не определяет, должна ли быть исторически освоенные затраты включены в расчет цен. Однако FCC также решила, что вычисление расценок в соответствии с TELRIC не будет рассматривать внедренную стоимость средств, приобретенных до 8 февраля 1996 года, дату вступления в силу Закона. Внедренная стоимость включает любую часть фиксированных затрат на создание сети, которую владелец еще не вернул посредством перечислений за услуги. FCC приняла этот подход, руководствуясь тем, что принятие оценки на основании исторически освоенных затрат будет содействовать преимуществу ILEC и препятствовать конкуренции. FCC исключила альтернативные издержки из TELRIC как часть отклонений Правил Оценки Эффективной Составляющей (ECPR). FCC определила ECPR как оценку возрастающей стоимости вложений плюс альтернативные издержки, которые несет ILEC, когда новый участник оказывает услуги вместо него. Отклонение было обосновано тем, что ECPR не базируются на затратах и не способны довести цены до конкурентного уровня, таким образом препятствуя развитию конкуренции. FCC

также исключила использование «ценообразования Рамсея»⁹, потому что оно распределяет общую стоимость в обратной пропорции к чувствительности спроса на различные сетевые компоненты и услуги. Этот тип распределения мог бы ограничить степень выхода на местные рынки доступа, распределяя больше затрат и, таким образом, поднимая цены на наиболее критичные затраты узкого места, спрос, который имеет тенденцию быть твердым. Методика, которая препятствует выходу на рынок, не соответствует целям Закона.

Дополнительно, FCC решила, что в любой момент времени суммарная возрастающая стоимость элемента может быть оценена на основании использования самой эффективной в настоящее время доступной технологии передачи данных и самой дешевой конфигурация сети, доступной в существующих центрах ILEC 20. TELRIC включает затраты, описанные выше, за исключением того, что они базируются не на затратах, связанной с реальной сетью ILEC, а на затратах, связанных с гипотетической «эффективной» сетью.

III. АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И РАССМОТРЕНИЕ ЦЕН НА ДОСТУП К ТЕЛЕКОММУНИКАЦИЯМ

A. Решение по делу Verizon

Верховный Суд изучил интерпретацию FCC Закона о связи в соответствии со стандартом дела *Chevron*¹⁰, который включает подход «двух этапов». Во-первых, ясно ли закон отвечает на интерпретирующий запрос? Если так, закон применяется в соответствии с его терминами, чтобы подтвердить или опровергнуть

⁹ Ценообразование Рамсея основано на принципе, что цена и налог на товар должны назначаться в соответствии со спросом – для товара с относительно твердым спросом они должны быть соответственно выше. См. F. P. Ramsey, A Contribution to the Theory of Taxation, 37 ECON. J. 47 (1927).

¹⁰ *Chevron U.S.A. Inc. против. Nat'l Resources Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

надзорный орган. Если нет, Суд принимает позицию Комиссии и отклонит интерпретацию, только если она «неразумна».

Правилу FCC, принимающему TELRIC, первоначально был брошен вызов в деле *Iowa Utilities Board против FCC*¹¹, где на Восьмом Слушании был поддержан выбор предусмотренной методики¹², но отвергнуто правило, определяющее TELRIC, как основанную на использовании гипотетической «эффективной» сети¹³. Обе проблемы предстали перед Верховным Судом в деле *Verizon*.

Верховный Суд нашел, что FCC могла потребовать, чтобы государственные комиссии установили расценки аренды компонентов, взимаемой существующими операторами на предусмотренной основе, не связанной с их инвестициями. Суд сосредоточился на термине «затраты» в Законе и нашел, что за исключением запрещения нормы прибыли или других основанных на норме операций, данный термин был как хамелеон, способный к множественным интерпретациям. В частности, Суд отметил, что Закон использовал «затраты» как промежуточный термин для вычисления «справедливых и разумных расценок», и что исторически регулирующие органы требовали устанавливать расценки, выраженные в таких терминах с достаточной осторожностью, чтобы выбрать методику¹⁴. Суд таким образом

11 219 F.3d 744 (8th Cir. 2000)

12 Суд заявил: «Мы заключаем, что термин "затраты", как он используется в Законе, неоднозначен, и Конгресс не говорил непосредственно о значении слова в этом контексте... FCC имеет полномочия создать правила, заполняющие любой пробел, оставленный Конгрессом в Законе, если конструкция Комиссии разумна».

13 Суд нашел, что FCC нарушила очевидный смысл закона: «Ясно из языка формулировки, что Конгресс подразумевал расценки, "основанные на затратах... по обеспечению присоединения или сетевого компонента", а не на затратах, которые несет некий воображаемый оператор, обеспечивая самую новую, самую эффективную и наиболее дешевую замену фактической статьи затрат или компонента, которыми будет располагать существующий ILEC для совместного использования в соответствии с полномочиями Конгресса».

14 «Комиссия не была связана использованием какой-либо единственной формулы или комбинации формул при определении расценок» ссылка на дело *Fed. Power Comm'n. против Hope Nat'l Gas Co.*, 320 U.S. 591, 602 (1944).

отклонил аргумент действующих операторов, что «затраты», означают прошлые затраты действующего оператора на приобретение сетевых компонентов, которые были поставлены физически, в отличие от их стоимости или цены, которую необходимо заплатить за них на свободном рынке. Поскольку формулировка в законе была неоднозначна, и поскольку расположение к FCC не было опровергнуто действующими операторами, доказывающими «неразумность», Верховный Суд поддержал решения Восьмых Слушаний, которые разрешили предусмотренную методику¹⁵.

Судья Саутер, представлявший большинство, обратился к вопросу, означало ли вычисление предусмотренных затрат TELRIC в отношении гипотетического, самого эффективного компонента в существующих центрах связи, а не реально приобретенного сетевого компонента, что TELRIC не была совместима ни с ясным изложением Раздела 252(d)(1), ни с пределами разумной интерпретации, подчиненной соответствию делу *Chevron*. Судья Саутер нашел, что законодательство было неоднозначно основано на его более раннем определении, что термин «затраты» неоднозначен. Данный анализ занимает один раздел, но, создается впечатление, что судья Саутер интерпретировал аргумент ILEC, что гипотетическая сеть была непозволительным стандартом, как эквивалентное утверждению, что только существующая или существовавшая сеть была допустима согласно Закону. Поскольку «затраты» не эквивалентны сделанным затратам, то и «сеть» не должна быть существующей или существовавшей сетью. Судья Саутер далее перешел ко второму этапу в соответствии со стандартом *Chevron* и определил, что решение FCC в отношении двусмысленности было

15 «Комиссия не была связана использованием какой-либо единственной формулы или комбинации формул при определении расценок» ссылка на дело *Fed. Power Comm'n. против Hope Nat'l Gas Co.*, 320 U.S. 591, 602 (1944).

разумным. Судья Саутер сделал этот вывод на основании того, что методологии назначения расценок, которые должны быть «справедливы и разумны», традиционно применяются на усмотрение регулирующего органа¹⁶.

Тем не менее, судья Саутер рассмотрел три аргумента действующих операторов: (1) TELRIC может моделировать конкуренцию, предусмотренную Законом, но не обеспечивает ее; (2) TELRIC не способна обеспечить достаточную амортизацию и величину капитальных затрат, чтобы способствовать рациональной конкуренции в терминах собственной теории и (3) TELRIC без нужды и необоснованно сложна и невыполнима.

Самый важный аргумент действующих операторов состоял в том, что, устанавливая расценки, используя гипотетические, наиболее эффективные затраты, FCC отобьет охоту участвовать в конкуренции, основанной на средствах, что не соответствует целям Закона. Действующие операторы утверждали, что в стремлении установить им оптовые цены на уровне, который может существовать на идеально конкурентном рынке (чтобы сделать розничные цены также конкурентными), TELRIC назначает настолько низкие расценки, что новые участники будут только арендовать, но никогда не будут встраивать сетевые компоненты. Далее, новый участник воздержится от создания сетевого компонента, более эффективного, чем лучший из существующих на рынке сейчас (принятый при установке расценки

¹⁶ Судья Саутер сделал акцент на различии формулировок в § 252(d)(1)(A)(i) и в Восьмых Слушаниях, что, следовательно, приводит к различным интерпретациям и результатам. Сравни с *Iowa Utils. Bd. против FCC*, 219 F.3d 744, 750 (8th Cir. 2000). На Восьмых Слушаниях был поставлен акцент на том, что то, что предоставляется и поэтому интерпретируется как «затраты», является «затратами... по обеспечению соединения или сетевого компонента», в то время как судья Саутер сосредоточился на термине «затраты» как таковом, который допускает множество интерпретаций, за исключением рассмотрения нормы прибыли или других основанных на норме операций. Там же. (ссылки опущены).

TELRIC), поскольку более низкие затраты на создание и эксплуатацию этого нового элемента немедленно станут доступны конкурентам. Действующие операторы охарактеризовали TELRIC как препятствующую конкуренции, а вместо этого поощряющую «паразитическую езду зайцем». В отношении этого аргумента судья Саутер указал, что TELRIC не подразумевает идеально эффективный оптовый рынок, а вместо этого включает ряд возможностей неэффективности, что обеспечивает стимул строить телекоммуникационную инфраструктуру. Некоторые «сетевые компоненты... не будут оценены по их наиболее эффективным затратам и конфигурации», потому что FCC требует, чтобы «оценщики рассчитывали затраты на основе “существующего местоположения центров доступа действующего оператора”»¹⁷.

Далее, расценки TELRIC на практике будут отличаться от расценок идеально конкурентного рынка вследствие задержек в ценовых корректировках, предусмотренных в процессе установки расценки. Государственные комиссии устанавливают расценки на трех – четырехлетний период, чтобы расценки были постоянными, в то время как новый участник работает, чтобы обеспечить более низкие затраты. Кроме того, достижение более низких затрат новым участником может занять время из-за необходимости установить оборудование, провести маркетинг и убедить потребителей

¹⁷ Судья Брейер (Breyer) проиллюстрировал этот пункт на примере нового участника, желающего предоставлять услуги местного доступа клиенту, дом которого может быть подключен новым оператором посредством собственного кабеля, с использованием уже существующего кабельного канала, установив собственную беспроводную систему или используя существующую витую медную пару действующего оператора. Предположим, что беспроводный доступ или кабельный канал – самые эффективные способы предоставления услуги. В соответствии с TELRIC и используя гипотетическую стоимость самого эффективного метода, FCC бы потребовала, чтобы действующий оператор предоставил доступ к своей витой медной паре по цене гипотетической беспроводной системы так, что не возникнет никакого стимула строить беспроводную систему.

переключиться на его услуги ³⁸.

Судья Саутер также обсудил аргумент, что конкурент не будет инвестировать, потому что будет должен предоставить доступ другим конкурентам. TELRIC основана на использовании самой эффективной в настоящее время доступной технологии передачи данных, так что «предельно минимальная стоимость самого эффективного компонента, который новый участник самостоятельно создал и использует, не станет новой ценовой нормой», пока он не станет общедоступным. К ответу судьи Саутера можно также добавить, что закон не требует, чтобы новые участники сдавали в аренду свои сетевые компоненты конкурентам, только действующие операторы подчинены этому требованию в соответствии с Разделом 251(с)(3). Далее, судья Саутер указывает, что участники инвестировали \$55 миллиардов в новые средства с 1996 по 2000 год, так, что фактически основанная на средствах конкуренция имеет место.

Следующим шагом в обосновании большинства была оценка альтернативных моделей ценообразования, методологии внедренных затрат, правило оценки эффективной составляющей и «ценообразования Рамсея», то, что FCC рассмотрела и отклонила. Судья Саутер, пояснил, что каждая из альтернатив характеризуется «включением...дополнительных затрат помимо наиболее эффективных в конечном счете». Действующие операторы утверждали, что это увеличение затрат означает больший стимул для нового участника создавать собственные средства с более низкой предельно минимальной стоимостью. Далее, действующий оператор сталкивается с такой конкуренцией, которая создает стимул для инноваций и снижения предельно минимальных затрат в ответ. Судья Саутер отклонил этот аргумент на основании, что в TELRIC уже есть встроенный учет неэффективности, обусловленной использованием

существующих проводных центров доступа и задержкой при установке цен. Кроме того, более высокая норма расценки помешает конкуренту выйти на рынок изначально, уменьшая таким образом конкуренцию¹⁸.

Второй причиной для действующих операторов назвать TELRIC неблагоприятным осуществлением регулирующего подхода FCC была предполагаемая неспособность обеспечить достаточную амортизацию и величину капитальных затрат, чтобы стимулировать рациональную конкуренцию. Предельно минимальные затраты означали бы, что действующие операторы будут неспособны учитывать полностью износ своего оборудования или получить достаточное возмещение инвестиций. Судья Брейер также выдвинул аргумент, что TELRIC вынудит действующих операторов поделиться своими инновациями, которые уменьшают затраты, с конкурентами, но им придется нести расходы за неудачные инвестиции самостоятельно¹⁹. Судья Саутер упомянул «Обеспечение конкуренции на местах», которое иллюстрирует потребность действующих операторов в дифференцированных нормах капитальных затрат и амортизационных отчислений, откорректированных в соответствии с уровнем риска а

18 Другими причинами для отклонения альтернатив были: 1) методики внедренных затрат позволяют перенести неэффективности (то есть, плохое управление или плохие инвестиционные решения) на конкурентов и манипулировать отчетными затратами, чтобы завесить затраты, которые будут возмещены, 2) Правило Оценки Эффективной Составляющей (ECPR) включает альтернативные издержки, основанные на розничных ценах монополистического рынка локального доступа, а не на эффективных предельно минимальных затратах и лишено какого-либо механизма, чтобы снизить цены до конкурентного уровня и 3) Ценообразование Рамсея увеличивает цены на «твердые» товары, которые были бы компонентами узкого места, так как эти компоненты наименее пригодны для дублирования и наиболее дорогостоящи для доступа.

19 «Не имеет никакого экономического смысла для действующего оператора вкладывать капитал в технологии, которые снижают его предельно минимальные затраты, пока конкуренты могут добиться того же снижения указом регулирующего органа» ссылка на Thomas M. Jorde et al., *Innovation, Investment, and Unbundling*, 17 YALE J. ON REG. 1, 8 (2000).

также для государственных комиссий, которые производят корректировку, если требуется. Поскольку у государства были опасения пойти на перемены, нельзя сказать, что решение FCC было неблагоприятным.

Третьим аргументом действующих операторов был тот, что TELRIC необоснованно сложна и невыполнима. Судья Саутер заметил, что в соответствии с традиционными процедурами по утверждению расценок, которые должны определить затраты действующего оператора, вовлекается информационная асимметрия, которая создает собственные сложности. Большинство пришло к выводу, что «сражения экспертов связаны с любой схемой определения расценок и FCC была последовательна, отдавая предпочтение TELRIC...». Судья Брейер возражал в отношении последовательности TELRIC из-за принятия нормы гипотетической эффективной сети для определения затрат. Он не согласился с мнением большинства, что TELRIC «разрешена законом». Он предпринял целевой анализ Закона и перешел непосредственно ко второму этапу анализа в соответствии с нормами *Chevron* после отклонения простого толкования значения на Восьмом Слушании²⁰.

Он взял за основу дело *Motor Vehicle Manufacturers Association of United States, Inc против State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, чтобы утверждать, что выбор FCC нормативов TELRIC не имеет «рациональной взаимосвязи» с задачами отказа от регулирования. Обоснования интерпретации Комиссии поэтому не соответствуют целям Закона. Судья Брейер утверждал, что «первичная цель Закона о

20 Подходы судей Саутера и Брейера к обоснованию в соответствии со вторым этапом норм дела *Chevron* основываются на рассмотрении намерения, хотя они обращаются к разным источникам. Подход судьи Саутера – исторический анализ, который рассматривает то, как использовалась традиционное обоснование «справедливых и разумных» решений, устанавливающих норму. Подход судьи Брейера с другой стороны сосредоточен на целях рассматриваемого Закона.

связи состоит в том, чтобы “способствовать конкуренции и уменьшить регулирование” на рынках как местного, так и удаленного доступа»²¹. TELRIC не соответствует оценке второго этапа анализа в соответствии с нормами дела *Chevron*, потому что выбор TELRIC не являлся последовательным в свете задач Закона. Закон – «не нормативный акт, устанавливающий нормативы, обеспечивающие лучшее регулирование. Он устраняет регулирование ради конкуренции»⁵⁶. В результате недопустимо принимать текущую методологию TELRIC, которая способствует «широкому толкованию “сетевого компонента”, что создаст тенденцию широкого распространения совместного использования сетей существующих операторов под надзором регулирующих органов», а не конкурентному рынку⁵⁷.

Судья Брейер также возразил рассуждению большинства, подвергнув сомнению, были ли инвестиции новых участников в средства связи типа широкополосных, «для которых сеть существующего оператора не предполагает замены» и указал, что выяснить, во что, возможно, инвестировали, не удастся⁵⁸. Далее, возможность государственной комиссии произвести изменения в откорректированных в соответствии с риском норм капитальных затрат и амортизационных отчислений, не гарантирует возмещение инвестиций, пока исключения поглощают правило. Принятие Федеральной Комиссией связи TELRIC как правила по умолчанию означает, что должны быть предусмотрены изменения для особых ситуаций и не должны применяться в качестве лазейки для использования прошлых затрат⁵⁹.

Наконец, Судья Брейер утверждал, что полагаться на «запаздывания регулирования» – неадекватный путь обоснования

21 Там же. at 539-40 (citing Telecommunications Act, Preamble, 110 Stat. 56 (1996); H. R. CONF. REP. NO. 104-458, at 1 (1996)).

методологии оценки, поскольку «запаздывания будут отличаться в зависимости от регулирующего органа, времени и обстоятельств, внося таким образом практически случайный фактор, который может как способствовать повышению качества системы, так и наоборот»⁶⁰.

Двойственность ценообразования на доступ, резкая критика норм *Chevron* и убедительные доводы как судьи Саутера, так и судьи Брейера поднимают вопросы относительно пользы административного права в обеспечении ответственности FCC.

В. Административное право и цена доступа

Суды обязаны обеспечить, чтобы административный или регулирующий орган выполнял свои обязанности в соответствии с законодательными полномочиями, предписанные положениями закона²². Аналогично, регулирующий орган действует законно, если это остается в рамках, установленных законом. Судья Саутер выступая в деле *Verizon*, обозначил проблему для судов следующим образом:

Выбрала ли FCC лучший способ установить эти расценки, является предметом споров для экономистов и регулирующий органов, сведущих в технологиях телекоммуникаций и микроэкономических теориях ценообразования. Задача судей – поставить вопрос, сделала ли Комиссия выбор разумно в пределах установленной законом возможности, принимая решение что и как должно быть арендовано и то, как установить расценки арендной платы²³.

22 *Nat'l Brdcast. Co. против United States*, 319 U.S. 190, 224 (1943) («Наша компетенция заканчивается на том, что мы установили соответствие действий Комиссии... полномочиям, предоставленным Конгрессом».); *Sec. & Exch. Comm'n v. Chenery Co.*, 332 U.S. 194, 207 (1947) («Мы вольны оспаривать заключение Комиссии, только если оно недостаточно... обосновано законом».).

23 *Verizon*, 535 U.S. at 539.

Тем не менее, было признано, что для решения социальных проблем регулирование требует осмотрительности и использования экспертизы. Дело *Verizon* поставило вопросы о роли судов в отношении регулирующих органов в целом, а в отношении Федеральной Комиссии связи в частности, если рассматривать дело *Chevron* как есть²⁴. Эти ситуации исследованы в контексте рассмотрения цен на доступ в деле *Verizon* и пересечения целей административного права и природы телекоммуникаций.

Позиции, занятые судьей Саутером и судьей Брейером, иллюстрируют трудность применения административного права в изменяющихся условиях рынка телекоммуникаций. Судья Саутер исходил из того, что цель Закона состоит в том, чтобы открыть местные рынки для конкуренции, которой можно препятствовать, разрешив более высокие расценки на доступ, которые вынудят новых участников строить инфраструктуру для конкуренции, вместо того, чтобы искать доступ, что, в свою очередь, препятствует выходу конкурента на рынок вообще из-за больших затрат на строительство, что, соответственно, препятствует конкуренции. Судья Саутер в этом случае полагался на усмотрение регулирующего органа, чтобы исправить любые неблагоприятные результаты применения гипотетической сети.

Судья Брейер возражал, утверждая, что цель Закона о связи 1996

24 Достоинства подхода *Chevron* были исследованы во многих ситуациях. См., например, John F. Duffy, *Administrative Common Law in Judicial Review*, 77 TEX. L. REV. 113 (1998); Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452 (1989); Jonathan T. Molot, *The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference with the Judiciary's Structural Role*, 53 STAN. L. REV. 1 (2000); Richard J. Pierce, Jr., *Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 VAND. L. REV. 301 (1988); Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L.J. 511 (1989); Laurence H. Silberman, *Chevron—The Intersection of Law & Policy*, 58 GEO. WASH. L. REV. 821 (1990); Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 YALE J. ON REG. 283 (1986); Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071 (1990).

года состояла в том, чтобы достичь конкуренции, основанной на средствах. Достижению этой цели мешают, предоставляя доступ к услугам вместо создания конкурирующей инфраструктуры. Это не создает конкурентный рынок, а приводит к перерегулированию, поскольку регулирующий орган должен определить, какие службы должны быть доступны для аренды и какие цены на доступ должны выставляться²⁵.

Оба судьи оценили действия FCC против цели продвижения конкуренции, но они учитывали различные преобладающие экономические условия на местном уровне. Судья Саутер признал продолжение естественной монополии, в то время как судья Брейер признал существование конкурирующих альтернатив. Эти две позиции иллюстрируют технологические и экономические условия в телекоммуникациях, находящихся в состоянии постоянных перемен²⁶. Например, в определенное время и в определенном месте местный уровень будет определяющим для конкуренции, но проявит свойства узкого места или естественной монополии так, что развитие конкурирующей инфраструктуры будет проблематичным. Точно так же, можно преодолеть экономические трудности, поскольку развитие технологий создает замены.

Классический пример – Интернет, который теперь может быть доступен через кабель, телефон, спутник, радио и общественный доступ. В результате то, что в настоящее время является узким

25 «Местные телефонные компании регулируются более строго, чем 25 лет назад, потому что теперь они обязаны продавать услуги своим конкурентам по регулируемым ценам на основе издержек» Robert W. Crandall, *A Somewhat Better Connection*, 25 REGULATION 22 (2002).

26 William H. Melody, *Telecom Reform: Progress and Prospects*, 23 TELECOMM. POL'Y 7, 16-17 (1999) (объясняет, что существуют конкурирующие школы относительно того, станет ли передача данных полностью конкурентной и больше не будет нуждаться в специальном регулировании, или регулирование будет необходимо для обработки рыночных сбояв).

местом, может перестать быть таковым в будущем. Возможность делать телефонные звонки по широкополосным сетям кабельных компаний или массовое проникновение беспроводных технологий могут сделать ненужным выделение местного уровня. Хотя рынок телекоммуникаций подвержен постоянным переменам, законодательство, которое должен интерпретировать Суд, является статичным.

Хаотичные взаимодействия регулирования, экономических условий и технологий расширяют диапазон политического выбора, которому нужен регулирующий орган, располагающий солидной компетентностью и гибкостью регулирования. Однако это должно быть уравновешено потребностью в административных органах, которые наделены полномочиями в соответствии с законом и демократическим управлением. Административное право – попытка ограничить свободу действий регулирующих органов и предотвратить злоупотребления с одной стороны и необходимость предоставить регулирующим экспертам достаточную свободу для достижения оптимальных результатов с другой. Это также результат разделения полномочий между судебной властью, законодательством и исполнительными органами.

В результате подотчетность достигнута через законодательный орган, который излагает ясную законодательную структуру так, чтобы суд, через установленную законом интерпретацию, мог гарантировать соответствие законодательным полномочиям. Противоречивые требования гибкости и подотчетности означают, что должен быть компромисс между этими двумя очень важными целями. Слишком большая вера в компетенцию регулирующего органа может положить начало технократическому подходу, который затрудняет юридическое

сдерживание и подрывает демократическое управление²⁷.

Аналогично, чрезмерно регламентирующее законодательство способно излишне препятствовать действиям регулирующего органа. Компромисс никогда не должен становиться настолько большим, что одна цель начинает превалировать над другой, общество в этом случае платит втридорога из-за неподотчетного или наоборот, неэффективного регулирующего органа.

Регулирующие органы, таким образом, сохраняют способность влиять как на экономическую эффективность в целом, так и в значительной степени на благосостояние отдельных граждан. Из этого следует, что регулирующий орган должен оставаться подотчетным, при этом суды играют роль наблюдателя за его действиями. Тем не менее, пределы судебного рассмотрения как следствие разделения полномочий и требования решений по делу *Chevron* означают, что суды могут обеспечить подотчетность только когда законодательство обеспечивает то, чем руководствоваться регулирующему органу и суду. Однако, это руководство ограничено в случае телекоммуникаций, потому что регулирующим органам нужна свобода адаптации к непредсказуемым изменениям в экономических условиях, технологии и поведении поднадзорных фирм. Комбинация полномочий, делегированных конгрессом, разделение полномочий, и соответствие решению по делу *Chevron* способна создать пробел в подотчетности регулирующих органов²⁸. Вероятность образования

27 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 132-134 (1980); Thomas O. Sargentich, *The Future of Administrative Law*, 104 Harv. L. Rev. 769, 772, 774 (1991).

28 Проблемы с отсутствием подотчетности высказаны многими авторами. См., например, Lisa Schultz Bressman, *Disciplining Delegation After Whitman v. American Trucking Ass'n's*, 87 CORNELL L. REV. 452, 452-53 (2002) (приведятся доводы в пользу заполнения пробела, требуя от регулирующих органов установить нормы для осуществления их выбора); and Farina, *упомянутый ранее источник*, note 64, at 456, 464-66, 514 (утверждение, что стандарты *Chevron* впоследствии перенесли ответственность за подотчетность регулирующих органов на Президента, который

пробела в подотчетности увеличена в сложной и спорной сфере телекоммуникаций, потому что Конгресс издает законы в общих формулировках, а суд подчинен разумным интерпретациям регулирующих органов этих общих формулировок.

Один из предложенных подходов к достижению равновесия между подотчетностью и свободой действий состоит в «повторных поручениях» регулирующему органу в различные моменты времени, позволяя законодателю повторно пересмотреть законодательные полномочия и внести поправки. Однако, это решение не лишено недостатков. Оно предполагает, что законодатель испытывает потребность и цель в «повторном поручении» на временной основе, чего может и не быть. Законодатель может быть чрезмерно уверен в компетенции регулирующего органа и может вносить поправки в ответ на его запросы, не придавая должного значения альтернативным подходам.

С другой стороны, чтобы избежать решения спорной проблемы или тайно содействовать заинтересованной группе, политические решения могут быть преднамеренно делегированы регулирующему органу. Действительно, способность цен на доступ перераспределить ресурсы между ILEC, CLEC, и общественностью может быть причиной того, почему решение проблемы отдали Федеральной Комиссии связи. Тем не менее, поскольку Конгресс – демократически избранный орган, который представляет людей и имеет законодательные или законотворческие полномочия, это – власть, которая должна начать процесс подотчетности. Хотя Верховный Суд «говорит, что такое закон», а Президент «заботится, чтобы законы точно выполнялись», в правовом государстве эти важные роли предполагают законодательные полномочия.

создал дисбаланс полномочий, который вынужден исправлять Верховный Суд).

Закон о связи кратко ссылается на «затраты», а идентификация Верховным Судом многозначности этого термина демонстрирует, что проблема столь же важна, как и цена на доступ и должна быть более подробно рассмотрена законодателями. Хотя никакой нормативный акт не может быть абсолютно точным, текущие законодательные полномочия далеко не оправдывают предоставление желаемой степени свободы FCC²⁹. Конгресс должен внести большую ясность, не ставя под сомнение подход FCC, уточнив, основаны «затраты» на фактах или являются предполагаемыми (предельно минимальными) и определить, относятся «затраты» к фактической или наиболее эффективной сети. С другой стороны, Конгресс должен выразить одобрение тем ценам на доступ, которые способствуют ценовой конкуренции или инновациям. Если Конгресс не внесет большей ясности, то административное право в соответствии с нормами *Chevron* не обеспечит подотчетности регулирующего органа, оставляя частному сектору только Статью о завладении, для определения «справедливых и разумных расценок».

Постановка знака равенства между «справедливыми и разумными расценками» и «справедливой компенсацией» требует проверки доктриной Статьи о пользовании, поскольку это применено к ценам на доступ к телекоммуникациям.

IV. ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ЗАВЛАДЕНИЯ И РАССМОТРЕНИЕ ЦЕН НА ДОСТУП К ТЕЛЕКОММУНИКАЦИЯМ

A. Завладение и телекоммуникации до дела *Verizon*

Первоначально Верховный Суд применял Статью о завладении

29 «Учитывая неопределенность формулировок, используемых в Законе о связи, фактически, что бы Комиссия ни выдвинула в терминах ее методологии ценообразования, это будет подпадать под соответствие нормам *Chevron*» Douglas Lichtman and Randal C. Picker, *Entry Policy in Local Telecommunications: Iowa Utilities and Verizon*, 2002 SUP. CT. REV. 41, 65 (2002)

только в случае явного отторжения частной собственности правительством или физических вторжений, которые действительно лишали собственника владения⁸⁵. Впоследствии Верховный Суд признал два типа завладения, которые могут возникнуть без физического вторжения. Во-первых, регулирование расценок может произвести эффект завладения, если установленная расценка настолько низкая, что становится разорительной. Во-вторых, правительственное регулирование, которое «зашло слишком далеко» в ограничении использования владельцем его или ее собственности (завладение регулированием без посягательства) может привести к завладению. В сфере доступа к телекоммуникациям ILEC затронули все три области юриспруденции завладения в «Обеспечении конкуренции на местах» Федеральной Комиссии связи, чтобы поддержать их аргумент, что TELRIC был неконституционным.

Проблему завладения также подняли в академических кругах с появлением нового выражения «завладение дерегуляцией»³⁰ и ее последующим критическим анализом. Стронники завладение дерегуляцией Дж. Сидак и Д. Спалбер настаивают, что, вкратце, что существует регулирующий договор между регулирующим органом и поднадзорными фирмами, который гарантирует, что поднадзорные фирмы будут в состоянии возратить конкурентную прибыль от их инвестиций, которые были сделаны по указанию регулирующего органа.

Ошибкой является установка цен на доступ, которые в результате способствуют завладению. Далее, хотя отмена контроля нацелена на

30 J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, DEREGULATORY TAKINGS AND THE REGULATORY CONTRACT: THE COMPETITIVE TRANSFORMATION OF NETWORK INDUSTRIES IN THE UNITED STATES (1998) [hereinafter DEREGULATORY TAKINGS 1]; J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, 71 N.Y.U.L. Rev. 851 (1996) [hereinafter *Deregulatory Takings* 2]; J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Givings, Takings and the Fallacy of Forward-Looking Costs*, 72 N.Y.U. L. Rev. 1068 (1997).

развитие конкуренции, чтобы принести пользу потребителям, права ILEC и их инвесторов могут оказаться под угрозой, создавая ситуацию, когда «предсказуема апелляция, что конкуренция, хотя и находится в ведении законодателей и регулирующих органов, не должно затенять факт, что переход от регулируемой монополии к конкуренции, как и уборка, бесплатным не бывает».

Наиболее показательная категория юриспруденции завладения имеет отношение к установке расценок. Регулирование расценок использования частных активов для общественного использования конституционно допустимо, хотя расценка не может быть настолько несправедливой, чтобы быть разорительной. Дело *Федеральная Энергетическая Комиссия против Hope Natural Gas Company* иллюстрирует мнение, что суд должен рассматривать полный эффект установки нормы. Далее, завладение имеет место, только когда расценка угрожает выживанию фирмы или препятствует успешным операциям (то есть, приводит к неспособности поддерживать финансовую целостность), привлечению капитала и компенсировать риск своих инвесторов. В деле *Duquesne Light Company против Barasch* Верховный Суд повторил о необходимости рассматривать сетевой эффект утверждения расценки и сосредоточении внимания на том, была ли норма прибыли инвесторов соразмерна с риском этого типа бизнеса. Если утвержденная расценка не препятствует получению разумной нормы прибыли при равном риске, завладения не было.

В деле *Texas Office of Public Utility Counsel против Federal Communications Commission* Пятые слушания подошли к проблеме завладения дерегуляцией от перспективы утверждения расценки, противопоставив одному заявлению ILEC, что поднадзорное предприятие нельзя заставить работать в одном сегменте бизнеса в

убыток, рассчитывая, что оно покроет его за счет других конкурентных звеньев³¹. При этом ответ FCC был таков – ILEC должен доказать, что завладение будет «неизбежным» следствием регулирующих действий и ILEC должен продемонстрировать, что его потери настолько существенны, что «результатирующий эффект» разорителен. На Пятых слушаниях было отклонено заявление о завладении, поскольку ILEC не смог обеспечить соответствие требованиям *Duquesne*, потому что не смог продемонстрировать потерю дохода, не говоря уже о том, что убыток является следствием завладения.

V. Завладение и телекоммуникации после дела Verizon.

В деле *Verizon* действующие операторы стремились положиться на конституционный принцип предотвращения³², чтобы утверждать, что «затраты» должны рассматриваться в отношении сделанных инвестиций, чтобы предотвратить серьезный конституционный вопрос: приводит ли TELRIC к завладению собственностью в нарушение Пятой Поправки. Суд единодушно обратился к доводам действующих операторов в контексте вышеупомянутых дел, касающихся утверждения расценок и установил, что исследовать нужно результат, а не методологию, так что вопрос о завладении не подготовлен. Далее, ILEC не привели аргументы, что TELRIC ставит под удар их финансовую целостность или не обеспечивает соответствующую компенсацию текущим

31 ILEC полагался на дело *Brooks-Scanlon против Комиссии Железных дорог*, 251 США 396 (1920), где Суд не рассматривал предприятие в целом, а только железнодорожный сегмент бизнеса. Там пришли к заключению, что нельзя обязать предприятие управлять другими компонентами его бизнеса, в данном случае лесозаготовками и лесопереработкой, передав железную дорогу в ведение других.

32 Закон не рассматривается как нарушающий Конституцию, если остается доступной любая другая возможность. См. *Nat'l Labor Relations Bd. против Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490, 500 (1979).

держателям акций за риск, связанный с их инвестициями, так что TELRIC нельзя представить как разорительную меру. Наконец, Суд отклонил представление договора на регулирование, как создающего некоторые предпосылки того, что сделанные затраты будут учитываться в духе «таких обещаний никто не давал». В результате было ясно, что устанавливающая расценки категория юриспруденции завладения применима к ценам на доступ, но преуспеть в том, чтобы доказать завладение, ILEC должен продемонстрировать, что деятельность фирмы будет неуспешной ¹⁰⁵ или расценка не в состоянии дать разумную норму прибыли на акции, связанную с риском режима работы.

В деле *Verizon* не рассматривались две другие категории юриспруденции завладения. Категория завладения регулированием без вторжения применена при соответствии трем критериям: (1) «экономическому воздействию регулирования на истца», (2) «степени, в которой регулирование пересекается с определенными инвестиционными ожиданиями» и (3) «характеру управляющей деятельности». Критерий определенных инвестиционных ожиданий ограничил завладение ситуациями, когда владелец собственности мог доказать, приобрел собственность, будучи уверенным относительно конъюнктуры, которая не подразумевает режим регулирования. Если владелец приобретал собственность, зная о режиме, тогда он «принял риск любой экономической потери».

ILEC утверждают, что история регулирования телекоммуникаций позволяет ожидать, что инвестиции в специализированные средства дадут компенсационную прибыль. Данная категория была оценена как неприменимая к ценам на доступ, потому что затрагивает баланс финансовых затрат между владельцем собственности и обществом в целом, в то время как инвестор в

телекоммуникации в состоянии покрыть риск и смягчить потери через инвестиционный портфель, чего не может сделать владелец физической собственности. Далее, как показало дело *Verizon*, нет никаких признаков ожидать, что произведенные затраты будут учитываться, исходя из предположения недостатка какого-либо вмешательства, связанного с инвестиционными ожиданиями. Тем не менее, вопрос применимости закона о завладении без вторжения остается открытым, потому что он разделяет схожие принципиальные проблемы с юриспруденцией регулирования расценок. В частности, признание, что есть необходимость сбалансировать потребность правительства в определенной свободе действий, которые могут неблагоприятно повлиять на стоимость частной собственности, потому что полномочие регулировать может превратиться в полномочие завладеть.

Третья категория – физический захват собственности, который рассматривается *per se*³³, когда «характером действий правительства» является постоянное физическое владение собственностью, не имеющее отношения к первой и второй категориям, рассмотренными выше. В сценарии цен на доступ аргумент – то, что доступ требует использования физической собственности ИЕС, размещения оборудования или отправки электромагнитных сигналов через сеть владельца, каждое из которых составляет физическое владение. Однако Верховный Суд посчитал, что «неуместно рассматривать случаи, включающие физические завладения как ключевые прецеденты для оценки заявлений, включающих “завладение регулированием”», превращая категорию физического завладения в неподходящую к режиму доступа.

В деле *Verizon* Верховный Суд заявил, что устанавливающая

³³ *per se* – как таковой, *лат.* (прим. Переводчика).

норму категория завладения применима к регулированию телекоммуникаций только когда есть результат, а не просто метод. В то время как устанавливающая норму категория завладения может позволить поднадзорной фирме возмещать только разумные затраты, предоставляя рассматриваемые услуги или имеет право зарабатывать прибыль на инвестициях, сопоставимую с прибылью, которую инвесторы ожидают получать до вложения средств в инвестиции, имеющие соразмерные риски. Хотя получение «справедливой компенсации» может означать меньшую прибыль от инвестиций или возмещения затрат, ILEC будет продолжать стремиться к этому всякий раз, когда это дает лучший результат по сравнению с расценкой на основе TELRIC, установленной государственной комиссией.

Однако способность Статьи о завладении защитить против конфискации собственности и, кроме того, гарантировать подотчетность регулирующего органа требует, чтобы юриспруденция была обновлена для текущей регулирующей среды. Существующая юриспруденция устанавливает границы справедливых расценок на низком уровне, сосредотачиваясь на воздействии расценок на поднадзорное предприятие в целом³⁴. Будущие дела могут поставить вопрос – является ли такой подход соответствующим в нерегулируемой среде – где некоторые службы телекоммуникаций регулируются, другие нет, так что убытки в одной области не могли быть возмещены за счет изменения расценок в другой.

В конкурентной среде на рынке, где не спешат с

34 Завладение возникло, когда расценка подвергла опасности существование фирмы, препятствуя успешным операциям (то есть, способности поддерживать финансовую целостность, привлечению капитала и компенсации рисков инвесторов) или получать разумную норму прибыли на акции, учитывая риски установленного режима. См. Fed. Power Comm'n против Hore, 320 U.S. 591, 605 (1944); Dusquene Light Co. против Barasch, 488 U.S. 299, 312 (1989).

субсидированием (цены подняты выше экономических затрат, чтобы поддержать какую-то другую деятельность) агрессивные конкуренты могут назначать цены ниже ILEC и участвовать в «снятии сливок», чтобы помешать какому-либо перекрестному субсидированию. Однако, до сих пор может иметь место явное субсидирование (например, универсальная услуга)³⁵ или регулирующие льготы (например, снятие ограничений торговой специализации, если ILEC соответствует определенным критериям), которые усложняют какое-либо определение полного эффекта регулирования. Верховный Суд боролся с соответствующим деноминатором собственности в других категориях завладения и в определении, как классифицировать временную потерю³⁶. Верховный Суд должен повторно определить соответствующий деноминатор собственности, к которому применима соответствующая норма. Деноминатором может быть сетевой компонент, необходимый для доступа или комбинация сетевых компонентов, которые составляют рыночную услугу³⁷. Главный пункт – то, что юриспруденция завладения должна отражать экономическую действительность прекращения регулирования рынка телекоммуникаций, а не ушедшую в небытие полностью

35 47 U.S.C. § 254(b)(4) (2000) требует, чтобы все поставщики телекоммуникационных услуг способствовали универсальной услуге так, чтобы ILEC, фактически предоставляющий универсальную услугу, получал субсидии возмещения от CLEC, который ее не предоставляет.

36 Самое ясное признание важности надлежащего рассмотрения пользы собственности находится в сноске 7 судьи Скалиа в деле *Lucas против South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1016 (1992), где он признает, что «к сожалению, риторическая сила нашего правила “лишения всего экономически выполнимого использования” больше чем его точность, так как правило не проясняет “пользу собственности”, в отношении которой должна быть измерена утрата стоимости».

37 Перекрестное субсидирование может также привести к квалификации антиконкурентных действий, таких как агрессивные цены или монополизация. 47 U.S.C. § 254(b)(4) (2000) требует, чтобы все поставщики телекоммуникационных услуг способствовали универсальной услуге так, чтобы ILEC, фактически предоставляющий универсальную услугу, получал субсидии возмещения от CLEC, который ее не предоставляет.

регулируемую частную монополию.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Закон о связи имеет дело с ценой на доступ в неоднозначных условиях, которые полагаются на термин-хамелеон «затраты», чтобы добиться также неточных «справедливых и разумных расценок». В совокупности с подходом *Chevron* Федеральная Комиссия связи получает огромную свободу выбора относительно того, как использовать свою компетенцию и решать принципиальные вопросы. До некоторой степени такая свобода действий необходима из-за трудностей изложения точных рекомендаций *ex ante* (на основе предположений, лат. – прим. переводчика) и потребности откликаться на изменение условий в секторе телекоммуникаций.

Тем не менее, потребность в свободе действий должна быть уравновешена обеспечением того, что FCC остается подотчетным регулирующим органом. Разделение полномочий между судебной властью и Конгрессом требует, чтобы судебное рассмотрение было ограничено обеспечением того, что регулирующий орган выполняет законодательные полномочия, изложенные в законодательстве. В результате регулирующий орган, такой как FCC может быть эффективно проверен только в судебном рассмотрении, когда Конгресс вносит поправки в Закон о связи, чтобы изложить ясные цели и обращается к важной проблеме цены на доступ.

Если законодательное руководство выйдет не скоро, то конституционная защита, такая как Статья о завладении будет применяться все чаще в силу норм дела *Chevron* и делегирования Конгрессом, делающих средства административного права неэффективными, а границы судебного рассмотрения непригодными. Дело *Verizon* подтвердило применимость устанавливающей норму юриспруденции завладения к ценам на доступ. По этой причине

Статья о завладении доступна как механизм для рассмотрения результатов применения TELRIC (не методологии) и определения того, падает ли фактически цена, назначенная ILEC, ниже уровня, который является «справедливой компенсацией» и поэтому представляет конституционно nepозволительную норму.

Создание конкуренции является принципиальной законной целью, но это не должно преследоваться любой ценой, в частности, за счет подотчетности регулирующего органа. Конгресс должен повторно рассмотреть Закон о связи, чтобы представить более ясное руководство для Федеральной Комиссии связи и производящим рассмотрение судам. Верховный Суд должен обеспечить, чтобы ясные формулировки дали эффект, для чего нужно обновить юриспруденцию завладения, устанавливающую расценки, чтобы привести ее в соответствие с новой эпохой отмены госконтроля. Через эти изменения телекоммуникации смогут реализовать свой потенциал, чтобы оказать существенное содействие экономическому прогрессу, не нарушая принципы демократического управления.

ЭФФЕКТИВНОСТЬ СЛИЯНИЯ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННЫХ КОМПАНИЙ³⁸

I. ВВЕДЕНИЕ

А. Взлет и падение телекоммуникационной отрасли

В прошлом десятилетии отрасль телекоммуникаций переживала существенный рост и консолидацию вследствие таких внешних факторов, как отмена контроля и либерализация, технологические перемены и глобальное воздействие рынка³⁹. К тому же, промышленная консолидация проводилась для достижения большей экономии за счет роста производства и ассортимента посредством более эффективного развертывания сетевой инфраструктуры.

38 Кэлвин Голдман (Calvin S. Goldman) – участник и руководитель Группы конкурентного и торгового права в фирме Blake, Cassels & Graydon LLP, Торонто, где его практика охватывает все аспекты канадского конкурентного права, включая слияние и приобретение компаний. Майкл Пиаскоский (Michael E. Piaskoski) – партнер Blake, Cassels & Graydon LLP, его практика охватывает конкурентное, телекоммуникационное и вещательное право. Айлин Готтс (Ilene Gotts) – антимонопольный партнер нью-йоркской фирмы Wachtell, Lipton, Rosen и Katz, где она специализируется на слиянии и приобретении компаний, включая сделки в сфере телекоммуникаций. Взгляды, выраженные в этой статье (и любые ошибки) принадлежат исключительно авторам, а не фирмам авторов или клиентам их фирм.

С 1996 по 2001 год состоялось более двадцати M&A сделок в секторе телекоммуникаций на сумму более \$20 млрд. каждая, включая две самые большие: успешное предложение Vodafone приобрести за \$180 млрд. конгломерат Mannesmann в ноябре 1999, чтобы создать самого большого оператора мобильной связи в Европе и сделка по слиянию компаний между AOL и Time Warner на \$160 млрд. См. Gilles Le Blanc & Howard Shelanski, Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U. and U.S. 9 (Aug. 2002) (preliminary draft) на <http://intel.si.umich.edu/tprc/papers/2002/122/TPRCTelecomMergers.pdf>.

39 С 1996 по 2001 год состоялось более двадцати M&A сделок в секторе телекоммуникаций на сумму более \$20 млрд. каждая, включая две самые большие: успешное предложение Vodafone приобрести за \$180 млрд. конгломерат Mannesmann в ноябре 1999, чтобы создать самого большого оператора мобильной связи в Европе и сделка по слиянию компаний между AOL и Time Warner на \$160 млрд. См. Gilles Le Blanc & Howard Shelanski, Merger Control and Remedies Policy in Telecommunications Mergers in the E.U. and U.S. 9 (Aug. 2002) (preliminary draft) на <http://intel.si.umich.edu/tprc/papers/2002/122/TPRCTelecomMergers.pdf>.

Кроме того, желание заполучить крупных, многонациональных клиентов, чтобы реализовать полностью интегрированные, непрерывные глобальные телекоммуникационные услуги из единственного источника (практика покупки телекоммуникационных услуг «как в супермаркете», если хотите) создало стимул для телекоммуникационных фирм предлагать мультисервисную широкополосную передачу и всемирные сети телекоммуникаций прямого доступа. Однако, главный барьер к достижению этой цели – существенные вложения, требуемые для создания и развертывания глобальной сети и развитие новшеств, необходимых для обеспечения самых современных услуг. Чтобы преодолеть этот барьер, телекоммуникационные компании, как правило, объединяют силы для строительства сети – как при слиянии и приобретении компаний, создании совместных предприятий, легального партнерства, и стратегических союзов (все вместе упоминаемое как "M&A") - которые дополняют опыт, технологии и географическую досягаемость и обеспечивают большую экономию за счет роста производства и ассортимента. Поскольку телекоммуникационная компания расширяет свою сеть и повышает досягаемость для клиента, ее привлекательность как потенциального глобального партнера также увеличивается. Расширенные возможности и досягаемость клиента способствуют внутренней эффективности, которая приводит к более низким затратам для контрагентов.

Телекоммуникационная индустрия традиционно состоит из юридически разрешенных монополий, которые регулируются правительственными органами. Технологические достижения, включая развитие альтернативных инфраструктур и новых услуг, кардинально изменили экономику телекоммуникационных услуг и обеспечили возможность конкуренции, что сделало возможным

отменить регулирование, по крайней мере, в сфере предоставления услуг. Отмена регулирования в данной отрасли в течение прошлого десятилетия позволила телекоммуникационным фирмам достичь экономии за счет: 1) освоения новых продуктов, географических рынков или усиления присутствия на рынке при отходе от традиционных технологических решений и 2) объединения сетевой инфраструктуры и контента. В нерегулируемой среде телекоммуникационные фирмы могут стремиться предлагать «пакет» товаров и услуг, особенно технологически близких к телекоммуникационной и кабельной отраслям.

Новые технологии также стимулируют M&A деятельность. Например, предоставление услуг широкополосного доступа в домах потребителей и способность совмещать контент с передачей было ключевым фактором в основе многих сделок по слиянию телекоммуникационных компаний. Далее, ослабление торговых ограничений и других международных регулирующих барьеров способствовало расширению международной телекоммуникационной деятельности, также как и числу слияний компаний и появлению совместных предприятий среди международных фирм.

В то время как быстрый рост вносил вклад в промышленную консолидацию в течение прошлого десятилетия, так и недавний спад в телекоммуникационной индустрии может также закончиться дальнейшей промышленной консолидацией в течение следующих нескольких лет. Например, в ожидании огромного глобального спроса на быстродействующую широкополосную передачу, владельцы сетей и операторы вложили значительную сумму в глобальные оптоволоконные сети только для того, чтобы убедиться, что фактические уровни спроса составляют только долю от достигнутой мощности. В результате, переизбыток возможностей передачи

встречается повсеместно, оставляя владельцев сетей и операторов в стремлении «заполнить свои каналы». Эти сетевые компоненты представляют теперь первичный интерес для приобретения большими и более устойчивыми операторами, стремящимися расширить свои сети. Далее, в то время как усилия по отмене регулирования в североамериканской телекоммуникационной индустрии должны были обеспечить конкуренцию и способствовать ей всех областях, реальное состояние конкуренции в некоторых секторах остается под вопросом в отношении многих участников, включая операторов дальней связи, конкурирующих операторов местного уровня (CLEC), и беспроводных операторов, испытывающих финансовые трудности. Опять же, сетевые компоненты этих компаний могут быть привлекательны для тех компаний, которые хотят расширить географическое присутствие или перечень услуг. Наконец, в Канаде ожидаемая ликвидация или послабление ограничений на долю иностранной собственности, касающееся телекоммуникационных операторов, владеющих средствами передачи и вещания, создадут условия для дальнейшей международной консолидации.

В. Развитие анализа эффективности

Средоточие конкурентной политики на обеспечении эффективности не всегда было полностью понятным и остается спорным. Исторически, в США надзорные за конкуренцией органы и американские суды были настроены против сделок M&A, что значительно усиливало деление рынка, вне зависимости от того, способствовало ли это эффективности. По сей день принятие решений в соответствии с американскими антимонопольными законами сопровождается колебаниями во всех подобных делах, если речь идет об укрупнении. Кроме того, вовлечение деятельности M&A в сфере

телекоммуникаций добавило еще один уровень сложности, так как большинство сделок в этой сфере требует также одобрения Федеральной Комиссии Связи США (FCC), который широко применяет подход соответствия общественным интересам, так что принятие решения относительно эффективности сопровождается определением, соответствует ли сделка этим интересам.

Хотя Европейский Союз, кажется, признал достижения, сделанные в экономической и финансовой теории в течение второй половины двадцатого столетия при составлении проекта Правил слияния компаний Европейского Экономического Сообщества (ECMR)⁴⁰, до настоящего времени эффективность рассматривалась скорее как негативный фактор, а не как польза для участников сделки. Напротив, мало того, что Канадское Правительство приняло законодательство, которое явно разрешает рассмотрение эффективности, но и в Канаде суды также применяют это законодательство, чтобы разрешить всестороннее рассмотрение эффективности. Как рынок продолжает глобальное развитие, так и конвергенция, как фактор эффективности среди фундаментальных принципов конкуренции будет оставаться критичной.

Не удивительно, что отношение к эффективности остается противоречивым, если даже не запутанным. Существует несколько трудностей, определяющих факторов и принципов, сопровождающих выполнение оценки эффективности, включающие: (1) какая эффективность учитывается, (2), какой критерий полезности должен примениться, (3), какие доказательства должны быть использованы, и (4) как эффективность должна быть включена в анализ. Как обсуждается далее в этой статье, нет ни простых, ни исчерпывающих ответов.

40 Council Regulation 4064/89 on the Control of Concentrations Between Undertakings, 1989 O.J. (L 395) 1, *amended by* Council Regulation 1310/97, 1997 O.J. (L 180) 1.

Эта статья разделена на четыре части. В первой части мы исследуем некоторые из мотивов и причин сделок M&A в сфере телекоммуникаций. Во второй части мы рассматриваем процедуры и регулирующие механизмы, сопровождающие слияние телекоммуникационных компаний в Соединенных Штатах, Европе, и Канаде. В третьей части мы исследуем отношение к эффективности в контексте слияния компаний, рассматривая его в трех упомянутых юрисдикциях. Наконец, мы обсуждаем некоторых из нерешенных принципиальных проблем, касающихся эффективности.

II. ЭФФЕКТИВНОСТЬ И ПРИЧИНЫ СЛИЯНИЯ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННЫХ КОМПАНИЙ

A. Введение

Традиционные теории «на основе производства» считают, что первичные мотивы для слияний компаний - обретение позиции на рынке и достижение экономии за счет роста производства. При объединении ресурсов и клиентов фирмы надеются занять позицию на рынке, устраняя фактическую или потенциальную конкуренцию. Кроме того, поскольку многие телевизионные компании все еще находятся под экономически регулирующим надзором, некоторые слияния компаний предприняты, чтобы дать возможность фирме избежать регулирования или способствуют компании в переносе ее существующего монополистического влияния с регулируемого рынка на другой, нерегулируемый рынок⁴¹.

Игнорируя цели рыночного влияния, которые, конечно, не в ладах с надзорными за конкуренцией органами, M&A в секторе телекоммуникаций позволяет компаниям увеличивать

41 См. Jerry Ellig, *Telecommunications Mergers and Theories of the Firm*, in *ENTREPRENEURSHIP AND THE FIRM: AUSTRIAN PERSPECTIVES ON ECONOMIC ORGANIZATION* 193, 194 (Nicolai J. Foss & Peter G. Klein eds., 2002).

географическую досягаемость или увеличить масштаб мелких операций до крупных. После завершения слияния компаний некоторые фирмы обнаруживают, что они могут предлагать менее дорогой, более эффективный и более полный объем услуг потребителям через объединение производства, в то время как другие могут улучшить эксплуатацию своих существующих сетей за счет лучшего использования мощностей. В частности, операционная эффективность может быть следствием объединения сетей за счет сниженной арендной платы, предотвращения завышенных выплат за пользование стыками на международном уровне и внутри страны, совмещения компонентов инфраструктуры и продажи или перераспределения избыточных компонентов.

В. Теория «на основе производства» и экономия за счет роста производства и ассортимента

Вообще, всякий раз, когда слияние компаний сопровождается расширением сети, снижение себестоимости связаны с обусловленной экономией за счет роста производства и, в меньшей степени, экономии за счет расширения ассортимента и концентрации производства. Поскольку фирмы стремятся достичь оптимального масштаба, неэффективно масштабированные фирмы уйдут с рынка или будут куплены. Совмещение действий двух фирм может уменьшать дублирование, позволит фиксированные затраты отнести на больший объем продукта и позволит фирмам реорганизовать услуги в соответствии с организацией их совмещенных сетей.

Эффективность производства подразумевает экономию, которая проистекает от специализации, устранения дублирования, уменьшения времени простоя, меньшему перечню запасных частей, меньшим требованиям к инвентарю и предотвращению

капиталовложений, которые потребовалось бы в противном случае. Дальнейшая экономия может быть результатом рационализации научных исследований и разработок (R&D) деятельности и различных административных и управленческих мер (например, продаж, маркетинга, учета, закупки, финансов и производства). Кроме того, M&A может обеспечить эффективность распространения товара, рекламы и рост капитала⁴².

Компании также могут увеличивать эффективность за счет ассортимента. Такая экономия обусловлена снижением затрат на предоставление двух товаров или услуг вместе по сравнению с их отдельной поставкой. Потенциальные источники сбережений за счет расширения ассортимента включают общие поставки сырья, взаимодополнение технических знаний и сокращение или упразднение каналов распределения и торгового персонала.

В контексте телекоммуникационных сетей экономия за счет роста производства может быть существенна из-за значительных инвестиций в сетевую инфраструктуру (например, оптоволоконный кабель, подводные кабели и вышки) и соответствующее операционное программное обеспечение. В этих случаях ассоциированная технологическая платформа может использоваться, чтобы производить дополнительные продукты с минимальным увеличением переменных затрат (до уровня максимальной производительности). Подборка типичных примеров экономии за счет роста производства и ассортимента, которые можно достичь при M&A сделках в сфере телекоммуникаций, приведена ниже. Нужно признать, что многие из примеров экономии, описанных в этих M&A сделках, были проанализированы с точки зрения FCC, которая рассматривает сделки

42 См. Fabienne Ilzkovitz & Roderick Meiklejohn, *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, 5 EUR. ECON. 4 (2001) //

http://europa.eu.int/comm/economy_finance/publications/european_economy/2001/eers0501_en.pdf.

в сфере телекоммуникаций в контексте «общественных интересов»⁴³.

1. Более интенсивное использование физической и интеллектуальной собственности

В сделке AT&T/TCI⁴⁴ стороны сошлись в том, что дополнительный трафик может маршрутизироваться по существующим средствам коммутации и передачи, позволяя разнести фиксированные затраты на большее количество каналов и услуг⁴⁵.

При слиянии SBC/Ameritech⁴⁶ стороны утверждали, что развитие продукта и затраты на тестирование можно распространить на большее число линий доступа, а 54 миллиона долларов можно экономить ежегодно, сокращая офисные площади⁴⁷. Стороны также

43 Однако экономия за счет плотности может быть не так существенна, потому что сетевой трафик обычно собирается и направляется децентрализованным образом так, что маршрутизация трафика телекоммуникаций через плотно концентрированные компоненты сети может быть меньше оптимальной. Richard Schwandt & Steven Globerman, *Evaluating the Efficiency Consequences of Mergers in Network Industries: Complications and Concerns*, in PAPERS OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION ANNUAL FALL CONFERENCE ON COMPETITION LAW— 1999 at 299 (Glenn F. Leslie ed., 1999).

44 24 июня 1998 AT&T Corporation и Tele-Communications, Inc объявили, что они намереваются слиться, при этом AT&T становится материнской компанией по отношению к TCI, со стоимостью сделки, оцененной приблизительно в 48 миллиардов долларов. (“AT&T/TCI”). Press Release, AT&T, AT&T, TCI to Merge, Create New AT&T Consumer Services Unit (June 24, 1998) // <http://www.att.com/news/0698/980624.cha.html>.

45 Ellig, упомянутый ранее источник, note 5, at 209; см. также Applications of Teleport Comm. Group Inc. and AT&T Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 13 F.C.C.R. 15236, para. 34, 12 Comm. Reg. (P & F) 1095 (1998) [hereinafter *AT&T/TCI Order*].

46 11 мая 1998 SBC и Ameritech объявили о намерении слиться за 62 миллиарда долларов, объединенная компания называется SBC, ее владельцами являются приблизительно пятьдесят шесть процентов существующих акционеров SBC и сорок четыре процента существующих акционеров Ameritech. (“SBC/Ameritech”). См. Seth Schiesel, *\$62 Billion Deal to Shift Balance in Phone Industry*, N.Y. TIMES, May 12, 1998, at A1; Press Release, SBC, SBC Communications and Ameritech to Merge (May 11, 1998) //

http://www.sbc.com/press_room/1,,31,00.html?query=2625.

47 Ellig, упомянутый ранее источник, note 5, at 209; см. также Applications of

запланировали экономию 313 миллионов долларов за счет совмещения соответствующих поставок и обслуживания, коммутации и разработки сети, и прочих дополнительных категорий экономии⁴⁸.

2. Более эффективное развертывание радиодиапазона

В отношении сделки Nextel/Motorola⁴⁹ FCC отметила, что, интеграция 900 МГц службы Motorola в 800 МГц диапазон Nextel даст последнему «возможность самым полным образом использовать диапазон».

В отношении сделки Nextel/Pacific Wireless⁵⁰ FCC согласилась, что более эффективное использование диапазона, дополнительные услуги, которые будут предоставляться существующим клиентам и увеличенная способность Nextel конкурировать на рынке коммерческих мобильных радиослужб (CMRS) - все это соответствует пользе в плане общественных интересов.

3. Системная экономия

Объединенная фирма должна сохранить только одну «систему», чтобы управлять объединенными средствами и действиями. В случае сделки SBC/PacTel⁵¹ FCC согласилась, что это позволит

Ameritech Corp. and SBC Comm. Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 14 F.C.C.R. 14712, para. 339, 18 Comm. Reg. (P & F) 1 (1999) [hereinafter *SBC/Ameritech Order*].

48 *SBC/Ameritech Order*, упомянутый ранее источник, note 11, para. 325.

49 “On September 25, 2000, . . . Motorola and Nextel filed applications seeking FCC consent for Motorola to assign [fifty-nine] 900 MHz SMR licenses to Nextel.” Applications of Motorola, Inc. and FCI 900, Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 8451, para. 2 (2001) (сноски опущены).

50 “On July 27, 2001 . . . Pacific Wireless Technologies and Nextel filed an application seeking FCC consent for Pacific Wireless to assign [one hundred eighty-eight] 800 MHz SMR licenses to Nextel.” Applications of Pac. Wireless Techs., Inc. and Nextel of Cal., Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 20341, para. 2 (2001) (сноски опущены).

51 1 апреля 1996 года SBC and Pacific Telesis Group согласились вступить в сделку слияния с заявленной стоимостью от \$16,7 млрд. до \$24 млрд. (“SBC/PacTel”). См. Mark Landler, *Two Bell Companies Agree to Merger Worth \$17 Billion*, N.Y. TIMES, Apr. 2, 1996, at A1.

объединенному объекту обеспечивать услуги дальнего доступа меньшей стоимости за счет комбинации разработки программного обеспечения, клиентских служб, служб биллинга и приема платежей⁵². В сделке SBC/Ameritech стороны достигли снижения затрат за счет объединения их управленческих функций, Желтых страниц, беспроводных услуг и деловой активности Интернет-услуг⁵³. В отношении сделки Bell Atlantic/GTE⁵⁴ FCC заявила, что сделка «должна также обеспечить эффективность системного масштаба через разработку общей сети, управление, покупку и управленческие функции, предоставление доступа к уже существующим и более широко развертываемым усовершенствованным беспроводным услугам»⁵⁵. Эти примеры иллюстрируют устранение избыточных систем или что консолидация систем может принести существенную экономию.

4. Реклама и привлечение клиента

В сделке Bell Atlantic/GTE стороны заключили, что большой масштаб и рекламирование или совместная деятельность на рынке позволят объединенному объекту достичь эффективности, необходимой для развития национальной марки. Далее, привлечение клиентов GTE обеспечило бы Bell Atlantic мгновенный доступ к клиентам вне его территории.

В сделке AT&T/TCI стороны ожидали достичь снижения затрат

52 См. Applications of Pac. Telesis Group, and SBC Comm. Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 12 F.C.C.R. 2624, para. 74, 6 Comm. Reg. (P & F) 137 (1997) [hereinafter *SBC/PacTel Order*].

53 *SBC/Ameritech Order*, упомянутый ранее источник, note 11, para. 325.

54 28 июля 1998 года Bell Atlantic объявила о намерении приобрести GTE за \$52,8 млрд. (“Bell Atlantic/GTE”). См. Seth Schiesel & Laura M. Holson, *Two Phone Giants Reported Merging in \$52 Billion Deal*, N.Y. TIMES, July 28, 1998, at A1.

55 Application of GTE Corp. and Bell Atlantic Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 15 F.C.C.R. 14032, para. 377, 20 Comm. Reg. (P & F) 989 (2000) [hereinafter *Bell Atlantic/GTE Order*].

на привлечение клиента за счет предоставления услуг методом перекрестных продаж (продажа услуг удаленного доступа AT&T пользователям кабельных сетей TCI) и за счет существующих возможностей продаж⁵⁶. FCC заявила:

Совместив сильную торговую марку AT&T и существенную клиентскую базу услуг удаленного доступа со значительными локальными средствами, компетенцией и знаниями TCI в области предоставлении локальных услуг, объединенный объект должен быть лучше приспособлен, чем AT&T или TCI по отдельности в условиях рынков высокой плотности быстрее обслуживать многих жителей сейчас и более многочисленные группы клиентов в долгосрочной перспективе⁵⁷.

В сделке SBC/PacTel FCC признала, что «увеличение клиентской базы SBC/PacTel в предложенной сделке может также сделать возможным разработку новых товаров и услуг, которые нуждаются в большой клиентской базе, чтобы быть экономически жизнеспособными»⁵⁸.

При слиянии MCI/WorldCom⁵⁹ стороны утверждали, что «подключив локальные средства WorldCom к клиентской базе удаленного доступа MCI, объединенная компания существенно увеличит свою эффективность при конкуренции с существующими местными операторами связи»⁶⁰.

56 См. Ellig, *там же*, note 5, at 209-10.

57 AT&T/TCI Order, *там же*, note 9, para. 34.

58 SBC/PacTel Order, *там же*, note 18, para. 76.

59 10 ноября 1997 года MCI Communications Corporation и WorldCom, Inc. объявили о намерении слияния в единую компанию. Сумма сделки \$36,5 млрд. ("MCI/WorldCom"). Seth Schiesel, *MCI Accepts Offer of \$36.5 Billion; Deal Sets Record*, N.Y. TIMES, Nov. 11, 1997, at A1; см. также Application of WorldCom, Inc. and MCI Comm. Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 13 F.C.C.R. 18025, 13 Comm. Reg. (P & F) 477 (1998).

60 Applications of WorldCom, Inc. and Howard A. White, Trustee, *Applications and*

5. Экономия при покупке

При слиянии компаний Bell Atlantic/NYNEX⁶¹ стороны «предполагают достичь экономии затрат за счет увеличенной суммы дисконтов, которые две компании получают, объединив ежегодные затраты на содержание сети»⁶².

В отношении сделки Bell Atlantic/GTE FCC заявила, что «объединение этих беспроводных бизнесов, вероятно, приведет к экономии затрат и повышению эффективности за счет снижения коллективной зависимости сторон от дорогостоящих договоров на роуминг»⁶³.

В. Теории «на основе ресурсов»

Побуждения для слияния телекоммуникационных компаний можно также объяснить, используя теории стратегического управления «на основе ресурсов», которые «подразумевают, что слияния компаний могут происходить, когда они облегчают создание или рекомбинацию объединенной компании, что повышает конкурентоспособность»⁶⁴. Теории «на основе ресурсов» определяют фирму как совокупность ресурсов и возможностей и предполагает, что ресурсы и возможности различных фирм могут быть разнородны и неподвижны. Соответственно, «некоторые фирмы лучше, чем другие

Request for Special Temporary Authority, Volume I, Oct. 1, 1997, p. 33 (footnotes omitted) (on file with the Journal).

61 22 апреля 1996 года Bell Atlantic и NYNEX объявили о намерении слияния с условиями stock-for-stock на сумму \$22.1 млрд. (“Bell Atlantic/NYNEX”). См. Mark Landler, *Nynex and Bell Atlantic Reach Accord on Merger; Links 36 Million Customers*, N.Y. TIMES, Apr. 22, 1996, at A1.

62 Applications of NYNEX Corp. and Bell Atlantic. Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 12 F.C.C.R. 19985, para. 163, 9 Comm. Reg. (P & F) 187 (1997) [hereinafter *Bell Atlantic/NYNEX Order*].

63 *Bell Atlantic/GTE Order*, там же, note 21, para. 377.

64 Ellig, там же, note 5, at 193.

при выполнении определенных задач» и комбинация этих взаимодополняющих ресурсов и возможностей может увеличить значение и общую доходность⁶⁵.

Ресурсы могут быть материальными объектами (например, сырье) или нематериальными (например, интеллектуальная собственность, кадры предприятия, организационная культура, деловые отношения или опыт). Возможности – это опыт, способности и знания, которые дают возможность фирме заниматься своей деятельностью. В то время как некоторые возможности доступны для достижения фирмой самостоятельно, объединяющиеся компании стремятся приобрести возможности, которые требуют значительных инвестиций и времени, и трудны для достижения за короткое время.

1. Экспансия

Большинство телекоммуникационных фирм стремится расширять массив услуг, как их виды, так и географию областей, где они предоставляются. Комбинация двух наборов ресурсов и возможностей позволяет фирмам осуществлять стратегии экспансии быстро и эффективно. Например, совмещая существующие кабельные и телефонные средства, объединенное предприятие может предложить комбинацию местного телефона, Интернета, услуг удаленного доступа и широкополосного вещания быстрее, чем любая из сторон слияния смогла бы это делать самостоятельно. Дальнейшие примеры приведены ниже.

В отношении сделки US West/Qwest⁶⁶ FCC полагала, что «объединение компетенции US West в обеспечении услуг xDSL на местном уровне с высокоскоростной, высокопропускной сетью Qwest

⁶⁵ См. там же at 196-97

⁶⁶ 18 июля 1999 года Qwest Communications International Inc объявила о намерении приобрести US West, Inc за \$36 миллиардов. См. Laura M. Holson, *Complex Telephone Takeover Battle Ends in Compromise*, N.Y. TIMES, July 19, 1999, at B6.

ускорит развертывание расширенных услуг на более широкой основе, чем US West мог бы предложить самостоятельно»⁶⁷.

В сделке SBC/BellSouth⁶⁸ FCC согласилась со сторонами, что «создание еще одного национального беспроводного конкурента приносит ясную, определенную сделкой пользу для общественных интересов. Существенный процент пользователей мобильных телефонов желает получать доступ в национальном масштабе и эти пользователи извлекут значительную выгоду от создания еще одного конкурента, что имеет практически общенациональное значение»⁶⁹.

В сделке Deutsche Telekom/VoiceStream/PowerTel⁷⁰ FCC согласилась со сторонами, что «разрастание и расширение сети VoiceStream, чтобы значительно повысить ее досягаемость как в национальном, так и международном масштабе приносит ясную, определенную сделкой пользу для общественных интересов»⁷¹.

В отношении сделки SES Global/GE Americom⁷² FCC заявила:

67 Applications of Qwest Comm. Int'l Inc. and US West, Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 15 F.C.C.R. 5376, para. 60, 19 Comm. Reg. (P & F) 1010 (2000).

68 4 апреля 2000, SBC и BellSouth Corp. объявили о своем намерении объединить деятельность в области беспроводной связи. Компании использовали бы предприятие совместно и управляли им на равных правах, с долей владения капиталом: SBC - шестьдесят процентов, BellSouth – сорок. (“SBC/BellSouth”). См. Seth Schiesel, *2 Phone Giants Said to Be Near Deal to Merge Wireless Units*, N.Y. TIMES, Apr. 5, 2000, at C1; Nicole Harris, *SBC, BellSouth Confirm Venture*, WALL ST. J., Apr. 6, 2000, at B10.

69 Applications of SBC Comm. Inc. and BellSouth Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 15 F.C.C.R. 25459, para. 48 (2000).

70 23 июля 2000 года Deutsche Telekom AG объявила о намерении приобрести VoiceStream Wireless Corporation за \$50.7 миллиардов. См. Andrew Ross Sorkin & Simon Romero, *Deutsche Telekom To Pay \$50 Billion For U.S. Company*, N.Y. TIMES, July 24, 2000, at A1. 26 августа 2000 года Deutsche Telekom объявила о намерении приобрести PowerTel, Inc. (подразделение VoiceStream) за \$7.1 млрд. на условиях stock and debt. См. Applications of Voicestream Wireless Corp., PowerTel, Inc., and Deutsche Telekom AG, *Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 9779, para. 10.

71 Applications of VoiceStream Wireless Corp., PowerTel, Inc., and Deutsche Telekom AG, *Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 9779, para. 121, 23 Comm. Reg. (P & F) 1089 (2001).

72 28 марта 2001, SES, S.A., основанная в Люксембурге спутниковая компания связи, объявила о своем намерении купить GE Americom за \$5 миллиардов, формируя объединенное предприятие под названием SES Global. См. Andy Patztor, Nikhil

Совмещение деятельности SES с лицензиатами Americom обеспечит SES Global возможность предоставлять услуги спутниковой связи на большей части света и может потенциально дать возможность объединенному объекту достичь экономии за счет роста производства и ассортимента в областях типа управления функциями спутников, а также исследований и развития⁷³.

2. Нематериальные выгоды и синергизмы

Мгновенные выгоды могут являться результатом приобретения нематериальных активов «типа наименования торговой марки, отношений с клиентами, незаменимому кадровому составу, функциональных возможностей (маркетинговых, технологических и оперативных) и лучших методов»⁷⁴. Эти выгоды могут также быть характеризованы как «синергизмы», которые касаются снижения предельной себестоимости или качественных усовершенствований за счет любого источника, отличного от экономии за счет объемов реализации⁷⁵. Примеры включают улучшенную совместимость между

Deogun and Matt Murray, *SES Nears Pact To Buy GE's Satellite Unit*, WALL ST. J., Mar. 27, 2001, at A3; Press Release, SES Americom, Combination of SES and GE Americom Creates the World's Premier Satellite Services Provider (Mar. 28, 2001), *доступно на* <http://www.gecapital.com/news/press/03282001.html>.

73 Application of General Electric Capital Corp. and SES Global S.A., *Order and Authorization*, 16 F.C.C.R. 17575, para. 52 (2001).

74 Ellig, *там же*, note 5, at 210; *см. также Bell Atlantic/GTE Order*, *там же*, note 21, где FCC отмечает: «Устранение дублированных или избыточных управленческих функций и сокращение будущих закупок оборудования, например, является прямым следствием слияния компаний. То же самое справедливо относительно некоторых типов лучших методов, типа того, когда превосходные методы поставки и обслуживания перераспределены между компаниями или когда экономия за счет роста производства достигнута в результате слияния компаний. Хотя такая экономия затрат может быть специфична при слиянии компаний, она может, тем не менее, быть результатом уменьшения различий между товарами».

75 *См. MAX M. HABECK, ET AL., AFTER THE MERGER: SEVEN STRATEGIES FOR SUCCESSFUL POST-MERGER INTEGRATION* (2000) (предположение, что «синергизмы роста» должны быть главной причиной и ключевым моментом

взаимодополняющими продуктами (например, прямой интерфейс между компонентами оборудования) и совместное использование взаимодополняющих навыков. «Синергизмы требуют сотрудничества и координации активов двух фирм, которые позволяют вести производство на превосходном уровне в отличие от разных вариантов (типа объема производства), подразумевающих постоянный уровень. Другими словами, синергизмы позволяют достичь соотношений объем производства/себестоимость, которые недостижимы другим способом»⁷⁶.

В сделке SBC/PacTel стороны отметили, что предложенная сделка объединит взаимодополняющие сильные стороны двух компаний, особенно рыночную позицию SBC и компетенцию PacTel в области техники и управления затратами, и что их комбинация должна усилить развитие новых услуг и товаров для местных потребителей⁷⁷.

В отношении сделки Arch/PageNet⁷⁸ FCC отметила, что комбинация деятельности PageNet в области узкополосного диапазона с соответственной финансовой и рыночной силой Arch, вероятно, приведет к более быстрому и разумному развитию узкополосных услуг PCS (PCS – personal communication services – вид цифровой мобильной телефонии, прим. переводчика)⁷⁹.

В сделке SBC/Ameritech FCC только часть экономии затрат рассматривала как «характерные для слияния компаний». Эта часть

приобретения).

76 Joseph Farrell & Carl Shapiro, *Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis*, 68 ANTITRUST L.J. 685, 693 (2001).

77 *SBC/PacTel Order*, там же, note 18, para. 75.

78 8 ноября 1999 года Arch Communications Group, Inc объявила о намерении приобрести Paging Networks, Inc (“Arch/PageNet”). Bloomberg News, *Arch Communications to Take Over Paging Network*, N.Y. TIMES, Nov. 9, 1999, at C4.

79 Application of Arch Comm. Group, Inc. and Paging Network, Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 3675, para. 17, 20 Comm. Reg. (P & F) 1095 (2000).

включала устранение дублирующие или избыточные управленческие функции; сокращение будущих закупок оборудования, некоторые виды лучших методов, в частности, превосходные методы предоставления услуг и служб поддержки перераспределены между компаниями, а экономия за счет роста производства или ассортимента недостижима за счет слияния компаний⁸⁰.

В отношении сделки AT&T/TCI FCC заявила, что TCI будет иметь «непосредственное обращение к компетентности и устойчивому бренду телефонии AT&T, чтобы поддержать предложения новых товаров объединенного предприятия, как на совместной, так и на индивидуальной основе, а также поддержать маркетинговые усилия»⁸¹. FCC далее заявила:

Взаимодополняющая природа средств объединяющихся фирм означает, что объединенная фирма будет способна обеспечить альтернативу существующим услугам LEC (услуги местной связи – прим. переводчика) для клиентов гораздо быстрее и эффективней, чем они смогли бы это сделать поодиночке. TCI располагает средствами «последней мили», в то время как AT&T владеет торговой маркой, опытом и финансовыми ресурсами, которые увеличат способность TCI извлечь выгоду из своих сетевых средств. Мы пришли к заключению, что конкуренция на рынке услуг местной связи становится реальностью уже сейчас. Один из путей, как это можно сделать более быстро - путем комбинации взаимодополняющих средств, находящихся во владении участников сделки, как в случае AT&T и TCI.

3. Совмещение услуг

80 *SBC/Ameritech Order*, там же, note 11, para. 326.

81 Applications of Tele-Communications, Inc. and AT&T Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 14 F.C.C.R. 3160, para. 147, 15 Comm. Reg. (P & F) 29 (1999) [hereinafter *AT&T/TCI License Transfer Order*].

Стратегией некоторых компаний является предоставление совмещенных услуг при условии, что потребители предпочитают обращаться за многими услугами к одной компании. Крупные клиенты могут получить экономию за счет объемов, используя единственного поставщика услуг при обеспечении единообразия служб и функциональных возможностей на всем предприятии и использования единственной точки подключения для поддержания сети в рабочем состоянии⁸². В отношении сделки AT&T/TCI FCC заявила следующее:

объединенная компания, AT&T-TCI может неплохо снизить цены на трафик и обслуживание тех клиентов, которые подпишутся на несколько продуктов. В этом случае, предлагая эти продукты как пакет, по ценам ниже, чем цены на индивидуальные компоненты пакета, когда они продаются по отдельности, объединенная фирма снизила бы затраты по крайней мере в отношении некоторых продуктов, предлагаемых клиентам⁸³.

В отношении сделки SBC/PacTel FCC придерживалась точки зрения, что совмещение местного и удаленного доступа – «покупка в супермаркете» - может быть привлекательной особенностью для некоторых клиентов. FCC заключила, что потенциальная способность SBC/PacTel предлагать такую услугу не будет антиконкурентной по определению и клиенты, которые хотят «покупку в супермаркете», будут иметь возможность выбирать совмещение местного и удаленного доступа между SBC/PacTel или одного из его конкурентов. FCC отметила, что «покупка в супермаркете» выгодна потому, что является результатом усиленной конкуренции и что FCC не должна препятствовать ни одному оператору,

82 См. Ellig, *там же*, note 5, at 210.

83 AT&T/TCI License Transfer Order, *там же*, note 50, para. 125.

предусматривающему это. FCC заявила, что ее приоритет – обеспечение эффективной конкуренции, а не защита ее участников⁸⁴.

4. Исследования и разработка

Технологические перемены также мотивируют M&A. Крупные игроки могут оказаться неспособными достичь технологических достижений так же быстро, как меньшие, но более инновационные компании. С другой стороны, у фирмы может не быть доступа к ресурсам исследований и разработки (R&D) для специфической технологии или услуги. Учитывая быстрый темп новшеств, у фирм может не хватать времени, чтобы разрабатывать внутренние новшества, если они стремятся оставаться конкурентоспособными и, возможно, будут вынуждены покупать такие новшества, чтобы остаться на плаву⁸⁵.

В сделке SBC/PacTel FCC признала, что предложенная сделка позволит компаниям объединить их R&D ресурсы и таким образом избежать некоторого дублирования и что PacTel извлечет пользу из крупного субсидирования R&D компанией SBC, что избавит от необходимости предпринимать дорогостоящее финансирование самостоятельно⁸⁶.

В сделке Bell Atlantic/NYNEX стороны ожидали существенно снизить ежегодные расходы, объединив полевые испытания нового оборудования и испытательные лаборатории⁸⁷.

В отношении сделки SBC/SNET⁸⁸ FCC также отметила, что

84 *SBC/PacTel Order*, там же, note 18, para. 48.

85 Phil Prentice & Mark Fox, *Technology Firms: The Impact of Mergers and Acquisitions*, 13 INT'L COMPANY & COM. L.REV. 321, 324 (2002).

86 *SBC/PacTel Order*, там же, note 18, para. 76.

87 *Bell Atlantic/NYNEX Order*, там же, note 30, para. 163.

88 5 января 1998 года SBC объявила о намерении приобрести Southern New England Telecommunications Corporation (“SNET”) за \$4,4 миллиарда. Press Release, SBC,

доступ SNET к улучшенным исследовательским возможностям будет главной выгодой от слияния компаний и что потребители «вероятно, быстрее убедятся в выгодах технологии ADSL в результате слияния компаний SNET и SBC»⁸⁹.

D. Сетевой эффект

Сделки в отрасли телекоммуникаций часто приводят к существенной экономии из-за наличия «сетевых» инфраструктур. «Сеть» – «набор взаимосвязанного производства, деятельности по распределению или потреблению, в котором значение соответствующей деятельности по отношению к любому участнику частично зависит от характера и интенсивности производства, распределения или потребления других участников»⁹⁰. Сетевой эффект возникает, когда значимость товара увеличивается с ростом числа его пользователей. Возьмем самый простой пример – чем больше людей пользуется телефонной сетью, тем больше ее значимость для всех сетевых пользователей, а также и для владельца сети. Для потребителей может быть полезным повышенная вероятность совместимости систем и взаимозаменяемости, а также экономия за счет объема производства и ассортимента, которые снижают предельные затраты на предоставление товаров или услуг.

Таким образом, слияние телекоммуникационных компаний, которое объединяет две сети, автоматически увеличивает их значимость, создавая «эффект потребления». Далее, если слияние телекоммуникационных компаний позволяет, например, более

Southern New England Telecommunications to Merge with SBC Communications, (Jan. 5, 1998), *доступно на*

http://www.sbc.com/press_room/1,,31,00.html?query=6492.

⁸⁹ Applications of Southern New England Telecomm. Corp. to SBC Comm., Inc., *Memorandum Opinion and Order*, 13 F.C.C.R. 21292, para. 45, 14 Comm. Reg. (P & F) 24 (1998) (сноски опущены).

⁹⁰ Schwindt & Globerman, *там же*, note 7, at 303.

эффективно интегрировать технологические платформы, чтобы предоставлять расширенные услуги (например, видеотелефонию), сеть привлечет большее количество пользователей для получения расширенных услуг, поэтому свойственная значимость сети увеличится для всех сетевых участников. Этот эффект может быть охарактеризован как «дополнительная польза для потребителя» который способствует компенсации любого антиконкурентного повышения цен, являющегося следствием слияния компаний, или, другими словами, как «снижение стоимости, которым будут довольствоваться потребители, будучи способными воспользоваться» расширенными услугами в качестве лучшей и более полной альтернативы.

Е. Эффективность технологии и стандартизации

Стандартизация технологии, являющаяся следствием объединения сетей, может произвести значительный социальный эффект, особенно когда принятый стандарт превосходит альтернативы. Польза, однако, может быть не так очевидна или не сразу достижима там, где есть проблемы совместимости между сетями. Тем не менее, в дополнение к социальному эффекту, принятие доминирующего стандарта может потребовать некоторых издержек со стороны общества. Например, объединение двух беспроводных сетей (и последующее прекращение поддержки одной из этих двух систем) может наложить существенные затраты перехода на операторов и пользователей.

III. ОБЗОР КОНКУРЕНЦИИ И СЛИЯНИЯ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННЫХ КОМПАНИЙ

А. Соединенные Штаты

Слияния телекоммуникационных компаний в Соединенных Штатах находятся в поле зрения как FCC, так и американского Министерства юстиции (DOJ). Внимание FCC к слиянию телекоммуникационных компаний обусловлено ее полномочиями санкционировать выдачу некоторых лицензий в области телекоммуникаций в соответствии с Законом о связи 1934 года⁹¹. При принятии решения санкционировать или нет выдачу запрошенной лицензии, FCC руководствуется стандартом «общественных интересов», который является более широким по сравнению со стандартным антимонопольным «существенным снижением конкуренции» и охватывает большой перечень задач Закона о связи (который включает универсальное обслуживание, развертывание новых расширенных услуг, сохранение качественных услуг и разнообразие в программах вещания)⁹².

Один из ключевых факторов общественных интересов – будет предложенное слияние компаний препятствовать или способствовать конкуренции и затронет таким образом потребителей. В этом случае FCC проведет собственный анализ рынка, основанный на информации, собранной из комментариев общественности и представлений участников сделки. FCC обычно проводит свой анализ, основанный на (1) определении рынков, (2) экспертизы участников и возможных участников и (3) определению того, как слияние компаний увеличит концентрацию или позволит объединенному предприятию удерживать позицию на рынке.

FCC также рассматривает эффективность аналогично подходу Министерства юстиции США⁹³, но применяет в некоторых сделках

91 Communications Act of 1934, ch. 652, 48 Stat. 1064 (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.).

92 Le Blanc & Shelanski, *там же*, note 1, at 14.

93 См. U.S. Dep't of Justice and Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines § 4 (rev. ed. 1997), *доступно на* http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/

более широкий диапазон потенциальных выгод для соответствия «общественным интересам». Кроме того, учитывая самые последние заявления различных американских должностных лиц, ответственных за антимонопольную деятельность, полагающих, что, по крайней мере, в течение периода исследований следует придерживаться более широкого определения выгоды, различия между подходом FCC к разрешению сделки на основе общественных интересов и подходом Министерства юстиции на основе эффективности могут стереться.

В. Европейский Союз

Политика в отношении конкуренции в ЕС изложена в статьях 3, 81, и 82 Соглашения Европейского Экономического Сообщества, согласно которому конечная цель – «гарантировать, что конкуренция на внутреннем рынке не перекошена»⁹⁴. В 1989 году Совет Европы принял ESMR (Правила слияния компаний Европейского Экономического Сообщества) для реализации особых полномочий Управления конкуренции Европейской Комиссии, чтобы рассматривать слияния компаний и другие случаи укрупнения. В соответствии с ESMR:

Европейская Комиссия требует определения, является ли сделка «совместимой с Общим рынком». Если слияние компаний создает или усиливает доминирующую позицию так, что создает значительные препятствия эффективной конкуренции в Общем рынке или в существенной его части, такая сделка рассматривается как «несовместимая с Общим рынком» и должна быть запрещена. Структура ESMR, рассматривающая слияния компаний, работает по правилам

hmg1.html [hereinafter Horizontal Merger Guidelines].

94 Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, 2002 O.J. (C 325) 1, 40.

менее явным, чем установлены в США⁹⁵.

А. Канада

Традиционно, антиконкурентная деятельность в отрасли телекоммуникаций Канады регулировалось Канадской комиссией по вопросам радио, телевидения и телекоммуникаций (CRTC) через проведение принципов канадского Закона о связи⁹⁶, таких как разумные расценки, равный доступ и отсутствие дискриминации. Однако CRTC не имеет самостоятельных полномочий, чтобы рассматривать и одобрять слияния телекоммуникационных компаний; такие слияния подпадают под сферу действия и юрисдикцию Канадского бюро по вопросам конкуренции («Канадское Бюро»). Канадское Бюро и CRTC совместно преследуют общую цель обеспечения роста конкурентных рынков связи. Два правительственных агентства расценили свои соответствующие роли как «взаимодополняющие», особенно при переходе от среды регулируемых телекоммуникационных монополий к одной из многочисленных нерегулируемых конкурентоспособных сетей⁹⁷.

95 Kevin R. Sullivan, et al., *Antitrust Scrutiny of Telecommunications Mergers, Joint Ventures and Strategic Alliances—A Shift From Regulation to Enforcement*, Paper for the International Bar Association Section of Business Law's 10th Annual Seminar on Telecommunications Services and Competition Law in Europe (May 10-11, 1999), *доступно на* <http://www.kslaw.com/library/articles.asp?16>. Тем не

менее, в октябре 1997 года Европейская Комиссия издала предписание, чем руководствоваться при определении целевого рынка в делах, связанных с конкуренцией, включая слияния и образования совместных предприятий. *Там же*. (сноски опущены).

96 Telecommunications Act, ch. 38, 1993 S.C. 1475 (Can).

97 В 1997 году Роберт Ланкоп, тогда заместитель директора отдела исследований и расследований гражданских вопросов в Канадском Бюро, определил растущую роль Бюро в меняющейся регулируемой среде телекоммуникаций:

«Опыт Бюро с отменой госконтроля в других отраслях промышленности, таких как транспорт, предполагает, что отмена госконтроля в сфере связи, в скором времени, вероятно, будет сопровождаться увеличением степени реструктуризации отрасли через слияния компаний, приобретение и формирование стратегических союзов. Кроме того, глобальные стратегические союзы становятся все более и

В целом, аналитическая структура, принятая в Канаде для рассмотрения M&A сделок подобна принятой американскими антимонопольными уполномоченными. Исполнение канадского Закона о конкуренции⁹⁸ обеспечивается Специальным уполномоченным по вопросам конкуренции («Канадским Специальным уполномоченным»), который назначается федеральным кабинетом и осуществляет надзор за Канадским Бюро. Канадское Бюро сосредотачивается на рыночной позиции, рассматривая появление гипотетического монополиста⁹⁹ в рыночных определениях и в основном сходно с анализом барьеров при выходе на рынок и другими качественным критериям оценки. После того, как Канадское Бюро оценило предложенное слияние компаний, Специальный уполномоченный решает, одобрить слияние компаний или представить на рассмотрение Трибунала конкуренции («Трибунала»), квазисудебного органа, состоящего из судей и непрофессионалов (обычно экономистов или граждан, имеющих опыт в бизнесе).

более привычны, поскольку фирмы ищут партнеров и новые подходы к ведению торговли в быстро меняющейся обстановке. Директор [ныне Специальный уполномоченный] будет тщательно исследовать слияния компаний и другие сделки в этом секторе, чтобы определить, не препятствуют ли они или не снижают существенно конкуренцию без роста эффективности».

Robert G. Lancop, The Role of the Competition Bureau in the Communications Marketplace, Remarks at the Third Annual Wireless Communications Congress (Oct. 27, 1997), *доступно на*

<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct01441e.html>.

98 Competition Act, R.S.C., c. C-34 (1985) (Can.).

99 Для анализа слияния компаний согласно канадскому Закону о конкуренции, целевой рынок определен концептуально в терминах самой малой группы товаров и самой малой географической области, в отношении которых продавец, действуя как отдельная фирма («гипотетический монополист»), являясь единственным продавцом этих товаров в этой области, может с выгодой для себя установить и удерживать существенное и непреходящее повышение цен выше тех уровней, которые, вероятно, наблюдались бы при отсутствии слияния. COMPETITION BUREAU, INDUSTRY CANADA, MERGER ENFORCEMENT GUIDELINES pt. 3.1 (1991),

доступно на http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/meg_full.pdf [hereinafter CANADIAN MERGER GUIDELINES].

Трибунал действует независимо и отдельно от Специального уполномоченного и Бюро и имеет исключительную юрисдикцию для признания слияния компаний.

IV. ОЦЕНКА ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРИ РАССМОТРЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО СЛИЯНИЯ КОМПАНИЙ

А. Соединенные Штаты

1. От враждебности к признанию

Как говорилось выше, американские уполномоченные органы, ответственные за конкуренцию, исторически враждебно относились к сделкам M&A, которые значительно увеличивали долю на рынке, независимо от того, способствовали ли они эффективности. В 1960-х и в середине 1970-х надзорные органы и суды рассматривали повышение эффективности как потенциально антиконкурентное. Сегодня, хотя враждебность главным образом сошла на нет, дорога к признанию как была, так и продолжает оставаться трудной.

Основной руководящий документ для рассмотрения сделок M&A в США – раздел 7 Закона Клейтона¹⁰⁰, этот раздел запрещает сделки, в которых результатом может быть «существенное снижение конкуренции» или имеют тенденцию создать монополию. Тем не менее, в данном разделе эффективность не упоминается. Поэтому в 1995 году роль эффективности при рассмотрении M&A сделок была исследована на Глобальных Конкурентных Слушаниях, проводимых Федеральной Комиссией по торговле США (FTC). Заключительный отчет («Глобальный отчет FTC»)¹⁰¹ подтвердил дальнейшую интеграцию эффективности в конкурентный анализ. После выпуска Глобального отчета FTC и DOJ сформировали объединенную

100 15 U.S.C. § 18 (2002).

101 FTC, Hearings on Global and Innovation-Based Competition, Dkt./Case No. P951201 (Oct. 12, 1995), *доступно на*

<http://www.ftc.gov/opp/global/GC101295.htm> [hereinafter FTC Global Report].

целевую группу, чтобы исследовать роль эффективности, что в итоге завершилось принятием в 1997 году Поправки эффективности к Рекомендациям 1992 года («Пересмотры 1997 года»)¹⁰².

Пересмотры 1997 года привязывали эффективность непосредственно к конкурентному анализу результатов, признавая, что сниженные затраты, могут уменьшить вероятность скоординированного взаимодействия или стимула поднять цены в одностороннем порядке. Список признанных положительных результатов был расширен и включил повышение качества, усовершенствованное обслуживание или новые изделия. Эффективность, являющаяся результатом антиконкурентного сокращения производства, перечня услуг или других существенных конкурентных категорий, таких как инновации, были однозначно исключены Пересмотрами 1997 года.

В соответствии с Пересмотрами 1997 года эффективность должна быть «выявляемой», то есть, должна быть: 1) следствием слиянием компаний¹⁰³, 2) проверенной¹⁰⁴ и 3) не быть результатом антиконкурентных сокращений производства. Требование следствия

102 DOJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines (rev. ed. Apr. 8, 1997), *доступно на* http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html [hereinafter U.S. Merger Guidelines and U.S. 1997 Revisions].

103 Как писал Председатель FTC Мурис, «не следует сосредотачивать внимание на том, существует ли другой метод снижения стоимости, вместо этого следует сосредоточиться на том, является ли метод более или менее дорогостоящим, чем слияние компаний, и может ли это быть реализовано так же быстро как слияние компаний». Timothy J. Muris, *The Government and Merger Эффективность: Still Hostile After All These Years*, 7 GEO. MASON L. REV. 729, 732 (1999) [hereinafter Muris 1999 Article].

104 Согласно Пересмотрам 1997 года объединяемые фирмы должны доказать, что соответствуют требованиям эффективности так, чтобы надзорный орган мог проверить приемлемыми средствами вероятностью и величину каждого показателя заявляемой эффективности, как и когда он будет достигнут (включая его стоимость), как каждый из них увеличит способность и стимул объединенной фирмы конкурировать, и почему каждый вступает сделку по слиянию.

U.S. Merger Guidelines and U.S. 1997 Revisions, *упомянутый ранее источник*, note 75, ch. 4.

слияния компаний существенно, потому что «вместо требования доказательства, что эффективность не могла быть достигнута посредством каких-либо *гипотетических* альтернатив типа одностороннего расширения или сотрудничества с конкурентом, американские антимонопольные органы заключили, что необходимо оценить достигнутую эффективность по сравнению с другими *практическими* альтернативами»¹⁰⁵.

Пересмотры 1997 года включают подход «скользящей шкалы», с помощью которой уполномоченные органы будут требовать доказательства большей эффективности и вероятных антиконкурентных результатов сделки. Чем вероятнее потенциальные антиконкурентные результаты сделки, тем труднее сторонам продемонстрировать выявляемую эффективность. В сделке с высоким предполагаемым антиконкурентным потенциалом стороны берут на себя весьма тяжелое бремя доказательства, что ожидаемая эффективность превзойдет потенциальный антиконкурентный результаты. Таким образом, Пересмотры 1997 года подразумевают, что эффективность не оправдывает образование монополии или компании, близкой к монополии. Сегодня ясно, что американские антимонопольные органы, выполняя свои функции, будут рассматривать эффективность в сходных делах¹⁰⁶. В судах, однако,

105 Robert Pitofsky, *Эффективность in Defense of Mergers: 18 Months After, Remarks to George Mason Law Review Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency* (Oct. 16, 1998), *доступно на*

<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitofeff.htm> [hereinafter Pitofsky remarks].

106 Ilene Knable Gotts & Calvin S. Goldman, *The Role of Эффективность in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?*, 29 INT'L ANTITRUST L. & POL'Y, FORDHAM CORP. L. INST PROC. 201, 212 (Barry E. Hawk ed., 2003); см. также, например,, Statement of the FTC Amerisource Health Corp./Bergen Brunswig Corp., File No. 011-0122 (Aug. 24, 2001), *доступно на* <http://www.ftc.gov/os/2001/08/amerisourcestatement.pdf> (stating that the 4-2-3 merger was permitted to proceed, at least in part, due to эффективность); Timothy J. Muris, *Understanding Mergers: Strategy and Planning, Implementation, and Outcomes, Remarks to the FTC's Roundtable on Understanding Mergers: Strategy and Planning, Implementation, and Outcomes* (Dec. 9, 2002), *доступно*

власти, кажется, все еще спорят, что эффективность не создает и не способна создать превосходства над высокими уровнями концентрации. С 1990 года только четыре американских апелляционных суда рассмотрели роль эффективности в контексте M&A¹⁰⁷. Кроме того, окружной суд рассмотрел приблизительно полдюжины отказов в сделках M&A, решая, удалось ли эффективностью опровергнуть *prima facie* доводы правительства об антиконкурентных результатах, основанных исключительно на рыночной доле и концентрации¹⁰⁸. Почти всех судебных процессах правительство выиграло на своем *prima facie*, потому что были

на

<http://www.ftc.gov/speeches/muris/mergers021209.htm> [hereinafter Muris FTC Roundtable Remarks].

107 FTC против Tenet Health Care Corp., 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999) (finding that эффективность are not merger specific and are too speculative); FTC v. Butterworth Health Corp., No. 96-2440, 1997 U.S. App. LEXIS 40805 (6th Cir. July 8, 1997); FTC v. Univ. Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991); FTC v. H.J. Heinz Co., 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), *rev'd*, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

108 См. главным образом дело США против Country Lakes Foods, Inc., 754 F. Supp. 669, 674 (D. Minn. 1990). Дело *Country Lakes Foods* был единственным удачно оспоренным в суде случаем, в котором была явно выявлена эффективность за счет масштабной экономии продукта. В деле США против *United Tote, Inc.*, 768 F. Supp. 1064 (D. Del. 1991),⁸¹ предполагалось, что слияние компаний приведет к реальному росту эффективности объединенного предприятия. Суд нашел, что рост эффективности будет недостаточным, чтобы превзойти антиконкурентные аспекты, и что нет никакой гарантии, что будет достигнута экономия для потребителей. В деле *FTC против Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997), стороны утверждали, что объединенное предприятие сэкономит от \$4,9 до 6,5 миллиардов в течение пяти лет, включая экономию за счет более низких цен поставщиков. Суд отверг доводы эффективности, как в значительной степени недоказуемые на основании внутренних документов, и был не в состоянии определить специфику слияния компаний, так как обе стороны быстро развивались самостоятельно, а *Staples* пошел только на 15-17 % снижение стоимости в прошлом. В деле *FTC против Cardinal Health, Inc.*, 1998-2 Trade Cas. (CCN), para. 72,226 (D.D.C. 1998), ожидаемое снижение стоимости за счет роста производства, включая консолидацию центра дистрибуции, устранения корпоративных накладных расходов, лучшей практики закупок и увеличения покупательной способности, как посчитали, было достижимо и без слияния компаний. Из-за высокой рыночной концентрации суд нашел, что эффективности недостаточно, чтобы перевесить потери от снижения конкуренции. См. также *H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190; *FTC v. Swedish Match*, 131 F. Supp. 2d 151 (D.D.C. 2000).

заявлены самые высокие уровни концентрации в условиях непреодолимого уровня нежелания, если не сказать враждебности, в отношении признания эффективности заявленной сторонами сделки.

Дело *Heinz*¹⁰⁹ иллюстрирует эту любовь судебных органов к уровням концентрации и сопутствующего враждебного отношения к эффективности в Соединенных Штатах. В предварительном запрете FTC в отношении сделки американский Окружной суд Округа Колумбия нашел, что стороны слияния высокой и увеличивающейся рыночной концентрацией опровергли доказательства «экстраординарной» эффективности¹¹⁰. Позднее FTC получила от выездной сессии приостановку решения Окружного суда и запрета на сделку слияния до подачи апелляции. В ходе слушаний выездная сессия суда нашла доказательство эффективности недостаточным, и как в плане защиты, и как основание для того, чтобы продемонстрировать возможность координации после сделки, тем самым эффективно ее уничтожив. И хотя Окружной суд показал критический скептицизм и враждебность к эффективности ввиду уровней концентрации, которые будут иметь место после слияния компаний, осталась вероятность, что, по крайней мере, в некоторых случаях, защита эффективности может преуспеть. Суд посчитал, что высокие рыночные уровни концентрации представляют в деле *Heinz* опровержение доказательства «экстраординарной» эффективности¹¹¹.

2. Признаки признания

Предпочтение надзорных органов исторически состояло в осуждении сделок, приводящим к высоким уровням концентрации даже перед фактом вероятной значительной эффективности даже в

109 *H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190.

110 *Там же.* at 198-200.

111 246 F.3d at 720.

большой степени, чем разрешение сделок с потенциальными неблагоприятными последствиями для конкуренции. Хотя мы согласны, что есть сделки, которые должны быть рассмотрены как «невероятные», даже при том, что они могут способствовать некоторой эффективности, в первую очередь заботиться должно не преждевременное суждение о сделке как о «хорошей» или «плохой» из-за неравной ответственности, лежащей на правительстве и на сторонах сделки. Такие сделки, загубленные непреодолимыми предположениями, никогда не дадут возможность обществу извлечь потенциальную выгоду из связанных с ней ростом эффективности. Председатель FTC Мурис недавно проблему «курицы и яйца» – из-за неблагоприятных решений суда в области эффективности некоторые антимонопольные уполномоченные советуют своим клиентам не предпринимать усилий, необходимых для разработки лучших аргументов эффективности, которые приводят к нехватке благоприятного прецедента эффективности. В то же время он указывает, что «внутренне мы относимся к существенным хорошо документированным аргументам эффективности вполне серьезно. И мы признаем, что слияния компаний могут привести к росту эффективности по многим показателям на фоне снижения стоимости»¹¹².

Кроме того, председатель Мурис указал, что эффективность может быть важной в случаях, которые приводит к согласительным решениям и к образованию средств, способствующих конкуренции, позволяя сторонам достичь большей, если не всей эффективности. Он заверил антимонопольный совет, что хорошо представленная ожидаемая эффективность будет должным образом обсуждена FTC при рассмотрении слияния компаний.

¹¹² Muris FTC Roundtable Remarks, упомянутый ранее источник, note 79.

3. Роль эффективности при рассмотрении в FCC

Как говорилось выше, FCC рассматривает эффективность в контексте общественных интересов. В сделке Bell Atlantic/NYNEX FCC определила роль эффективности в свете анализа общественных интересов:

Эффективность – польза от слияния компаний, способствующая конкуренции, которая улучшает функционирование рынка. Эффективность, достигнутая через слияние компаний, может смягчить вред, наносимый конкуренции, если эффективность увеличивает возможности и стимул объединенной фирмы конкурировать и поэтому приводит к более низким ценам, улучшает качество, расширяет перечень услуг или ассортимент. Эффективность, способствующая конкуренции, подразумевает только ту эффективность, которая определена слиянием компаний, *то есть*, недостижима иначе, кроме как слиянием. Эффективность, которая может быть достигнута средствами, менее вредными для конкуренции, чем предложенное слияние компаний, соответственно, не является истинной пользой для конкуренции от слияния. Эффективность особенно существенна, если она улучшает функционирование рынка в целевом сегменте и таким образом уменьшает вред конкуренции, сопутствующий предложенному слиянию. Чтобы смягчить вред, однако, эффективность не может быть достигнута за счет антиконкурентных сокращений производства или услуг. Претенденты берут на себя бремя доказательства как того, что эффективность, обусловленная слиянием, будет иметь место, так и того, что она в достаточной степени возместит любой вред конкуренции таким образом, что мы можем заключить, что

сделка способствует конкуренции и поэтому соответствует общественным интересам. Наконец, претенденты не могут вступить в сделку, если их заявления эффективности являются неопределенными или спекулятивными, и не могут быть проверены разумными¹¹³ средствами.

FCC сочла нужным предостеречь: «Эффективность, наиболее вероятно, создаст различия в нашем рассмотрении общественных интересов при слиянии компаний, когда возможные неблагоприятные конкурентные эффекты и отсутствие эффективности, не слишком велики. Однако, эффективность никогда не будет обоснованием слияния компаний, если это приводит к монополии или почти монополии»¹¹⁴.

FCC использует строгую проверку специфики слияния компаний при решении, принять ли заявленную эффективность. Например, в сделке SBC/Ameritech FCC нашла, что только часть выгод, заявленных сторонами, обусловлена спецификой слияния и что каждая компания способна расширить географическое присутствие или предложение товаров самостоятельно. FCC заявила:

Определенно, каждая компания могла бы индивидуально расширить свое соответствующее присутствие на рынке беспроводных технологий посредством приобретения или создания совместных предприятий, которые не угрожают эквивалентным общественным интересам. Каждая компания могла бы предложить услуги внешнего доступа в Internet сегодня, расширяя таким образом клиентскую базу модемной связи, чего можно достичь без слияния компаний. Каждая

113 Applications of NYNEX Corp., and Bell Atl. Corp., *Memorandum Opinion and Order*, 12 F.C.C.R. 19985, para. 158, 9 Comm. Reg. (P & F) 187 (1997).

114 Там же. С. 159.

компания могла предложить службы междугородней и международной связи уже сегодня без каких-либо слияний. На местном уровне возможность каждой компании предложить службы дальней связи подчинена Разделу 271, касающегося авторизаций, которая не зависит от слияния компаний. Каждая компания могла бы обеспечить хоть сегодня крупных деловых клиентов на глобальном рынке прямого обслуживания, усиливая его международные холдинги, и реализуя полный набор местных и дальних услуг голосовой связи и обработки данных. Эта деятельность, поэтому, не зависит от слияния компаний и может осуществляться индивидуально¹¹⁵.

FCC также требует, чтобы заявленная польза «поддавалась проверке». Поскольку большая часть информации, касающейся потенциальной пользы слияния компаний, находится исключительно во владении объединяемых сторон, при запросе стороны должны пойти навстречу, чтобы FCC могла оценить вероятность и величину каждой заявленной выгоды. В этом отношении величина заявленных выгод должна учитывать стоимость их достижения. Кроме того, спекулятивные выгоды, которые не могут быть проверены, уцениваются или отклоняются. Таким образом, например, выгоды, достижимые только в отдаленном будущем, могут быть уценены или отклонены, потому что, помимо всего, предсказания о событиях в отдаленном будущем, по сути, более спекулятивны, чем предсказания событий, которые, как ожидается, произойдут в ближайшем будущем.

Далее, польза обычно оценивается только в той степени, в какой она способна скомпенсировать любые эффекты снижения конкуренции при слиянии компаний. Так как в основном сокращение

115 *SBC/AmeriTech Order*, упомянутый ранее источник, note 11, para. 347.

предельной себестоимости вероятнее всего приведет к более низким равновесным ценам, FCC заявила что «сокращение себестоимости можно выявить с большей вероятностью, чем сокращение фиксированных затрат»¹¹⁶.

Как и антимонопольные органы США, FCC применяет «скользящую шкалу» при оценке потенциальной пользы, используя которую, запрашивают претендентов продемонстрировать наиболее вероятные ожидаемые выгоды, и что они более существенны и более вероятны, чем потенциальный вред. Более определенно:

Поскольку вред общественным интересам становится более значимым и более определенным, степень и определенность пользы для общественных интересов должны также увеличиться соразмерно, так чтобы мы могли определить, соблюдает ли сделка баланс со службой общественным интересам. Этот подход со скользящей шкалой требует, чтобы там, как и здесь, потенциальный вред был, действительно, и существенным, ивероятным, а демонстрация предполагаемой пользы претендентами также должна показать ее более высокую степень и вероятность, чем требуем мы¹¹⁷.

При рассмотрении предполагаемого слияния компаний DirecTV/EchoStar FCC отметила, что прецедентное право применительно к антимонопольному законодательству в целом против предложенного слияния компаний, которое могло бы оказать неблагоприятное воздействие на структуру конкуренции, так как такие слияния, вероятно, увеличивают стимул и способность участвовать в антиконкурентных действиях. Воздействие на конкуренцию – важный аспект стандарта общественных интересов

116 Application of EchoStar Comm. Corp. and EchoStar Comm. Corp., *Hearing Designation Order*, 17 F.C.C.R. 20559, para. 190 (2002) [hereinafter *EchoStar*].

117 *SBC/AmeriTech Order*, там же, note 11, para. 256 (сноски опущены)

ФСС и Закона о связи 1996 года¹¹⁸. ФСС заявила:

Конкуренция в отраслях связи – краеугольный камень нашей современной политики, потому что хорошо известно, что конкуренция, а не регулирование провайдеров-монополистов имеет самый большой потенциал, чтобы принести пользу потребителям за счет более низких цен и более современных услуг. Соответственно, предмет предложенной сделки в соответствии с Законом, нашими правилами и принципами конкуренции в целом является неотъемлемой частью нашего рассмотрения в свете общественных интересов¹¹⁹.

В. Европейский Союз

1. Прецедент ЕС в целом не благоприятствовал эффективности

До настоящего времени Европейский Союз не рассматривал эффективность как нечто благоприятное при рассмотрении слияния компаний. В 1989 году Совет Европейских Сообществ выпустил EСMR, который формулирует всестороннюю процедуру, в соответствии с которой ЕС рассматривает влияние потенциальной сделки на конкуренцию, чтобы принять решение о блокировании сделки¹²⁰. В EСMR есть тест «двух зубцов»: 1) создание или укрепление доминирующей рыночной позиции и 2) приобретаемая власть над рынком способна существенно воспрепятствовать эффективной конкуренции на целевом рынке.

В ряде решений Европейского Суда было указано, что

118 Закон о связи 1996 года ставил целью создать основу конкурентной, нерегулируемой национальной политики, открыв все рынки телекоммуникаций для конкуренции, а также ускорить распространение передовых телекоммуникационных и информационных технологий в частном секторе. См. Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (codified at scattered sections of 47 U.S.C.).

119 *EchoStar*, там же, note 90, para. 276.

120 Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, 1989 O.J. (L 395) 1 [hereinafter EСMR].

пятидесятипроцентной доли на рынке достаточно для юридической презумпции доминирования¹²¹.

Статья 2 (1) ЕСМР содержит детальный список факторов, которые ЕС должен рассмотреть в своем анализе, включающий «разработку технического и экономического развития при условии, что это способствует выгоде потребителей и не создает препятствий конкуренции»¹²².

Таким образом, ЕСМР, судя по всему, требует, чтобы ЕС принимало во внимание эффективность как фактор, определяющий, создает или усиливает сделка доминирующую позицию, а также (1) несет выгоду потребителю и (2) эффективность не становится препятствием конкуренции. Требование, чтобы техническое и экономическое развитие не создавало препятствий конкуренции, снижает вероятность того, что доминирующая фирма будет в состоянии использовать эффективность в качестве своей защиты, так как любое улучшение эффективности способно увеличить рыночное влияние. В таких случаях эффективность может даже рассматриваться как нарушение. Такой подход ЕС иллюстрируют две сделки: *Du Pont/ICI*¹²³ и *Shell*¹²⁴, в которых ЕС потребовал обязательств, что конкуренты получают сопоставимую или доступную выгоду до того, как сделки получают одобрение¹²⁵.

121 См., например, дело C-62/86, AKZO Chemie BV против Сообщества, 1991 E.C.R. I-3359, 13453, [1993] 5 C.M.L.R. 215, 279.

122 ЕСМР, там же, note 95, at 3.

123 Comm'n Decision of 30 September 1992 Declaring the Compatibility of a Concentration with the Common Market (Case No. IV/M214—Du Pont/ICI), 1993 O.J. (L 7) 13 [hereinafter Du Pont].

124 Comm'n Decision of 8 June 1994 Declaring the Compatibility of a Concentration with the Common Market (Case No. IV/M. 269—Shell/Montecatini), 1994 O.J. (L 332) 48 [hereinafter Shell].

125 ЕС разрешал слияние Du Pont/ICI только после того, как Du Pont согласится передать третьей стороне автономные средства исследований и разработки, качества которых сопоставимы с теми, которыми располагают Du Pont и ICI. Du Pont, там же, note 98, at 23. В деле *Shell* стороны сделки были обязаны принять на себя

Дебаты по роли эффективности начались с самого начала действия ЕСМР. В сделке *AT&T/NCR*¹²⁶ ЕС отклонил утверждения сторон сделки, что слияние компаний способствует достижению важных синергизмов в разработке более передовых технологий связи и отметило, что потенциальные преимущества, вытекающие из таких синергизмов, способны создать или усилить доминирующую позицию. Последующие решения ЕС продолжали демонстрировать отрицательное отношение к эффективности. Например, несколько лет спустя в деле *Accor/Wagons-Lits*¹²⁷ ЕС рассматривал, создаст ли сделка доминирующую позицию на французском рынке доставки продуктов питания. ЕС отклонил обоснования Ассог в плане того, что увеличение объемов приведет к экономии, указав, что у объединенной фирмы «не будет никакого интереса предпринимать какие-либо меры для улучшения обслуживания потребителя», потому что потенциально возможно увеличение затрат, сокращение затрат не является следствием слияния компаний, а укрупнение создает существенное препятствие эффективной конкуренции¹²⁸.

В некоторых случаях, однако, эффективность была важным основанием для решения ЕС по внесению ясности в отношении сделки¹²⁹. Даже в контексте совместного предприятия ЕС время от

обязательства сохранить второй независимый источник лицензирования технологии производства полипропилена, до того, как ЕС разрешит сделку. Эти обязательства позже не были востребованы ЕС, как утратившие необходимость, в свете согласия FTC и последующей продажи Shell всех активов технологии производства полипропилена. См. Comm'n Decision of 24 April 1996 Amending Decision 94/811/EC Declaring the Compatibility of a Concentration with the Common Market (Case No. IV/M. 269—Shell/Montecatini), 1996 O.J. (L 294) 10.

126 Non-Opposition to a Notified Concentration (Case No. IV/M 050—AT&T/NCR), 1991 O.J. (C 16) 20.

127 Comm'n Decision of 28 April 1992 Declaring the Compatibility with the Common Market of a Concentration (Case No. IV/M. 126—Accor/Wagons-Lits), 1992 O.J. (L 204)

128 Там же. at 10.

129¹⁰⁴ См. Comm'n Decision of 11 Feb. 1998 Declaring a Concentration to be Compatible with the Common Market and the Functioning of the EEA

времени рассматривает эффективность как нарушение, а не как оправдание. Например, в деле *Bertelsmann/Kirch/Premiere*¹³⁰ ЕС отклонил предложение Kirch и Bertelsmann создать совместное предприятие, чтобы оказывать техническую и административную поддержку немецким службам платного цифрового телевидения. ЕС вкратце подверг сомнению вероятность достижения совместным предприятием заявленной экономии, как только решил, что совместное предприятие создаст доминирующую позицию на рынках платного телевидения. Точно так же, ЕС блокировал образование *Nordic Satellite Distribution*¹³¹, предложенное совместное предприятие услуг транспондирования спутникового телевидения между двумя скандинавскими телекоммуникационными операторами и основным поставщиком контента телевизионных программ. ЕС выразил беспокойство относительно доли на рынке услуг транспондирования и возможных эффектов «перетекания» на рынке «в гору», где компании-учредители имеют сильную рыночную позицию¹³². ЕС не рассматривал вертикальную интеграцию операторов-транспондеров и

Agreement (Case No IV/M.986—Agfa-Gevaert/DuPont) 1998 O.J. (L 211) 22; (Case No. IV/M.906—Mannesmann/Vallourec) Notification of 25/04/1997 Pursuant to Article 4 of Council [Regulation] 4064/89, *доступно на*

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m906_en.pdf; Comm'n Decision of 14 February 1995 Relating to a Proceeding Pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Case No. IV/M.477—Mercedes Benz/Kassbohrer), 1995 O.J. (C 211) 1; Non-Opposition to a Notified Concentration (Case No. IV/M.354—Cyanamid/Shell), 1993 O.J. (C 273) 6; Comm'n Decision of 12 April 1991 Declaring the Compatibility with the Common Market of a Concentration (Case No IV/MO42—Alcatel/Telettra), 1991 O.J. (L 122) 48; см. также Peter D. Camesasca, *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does It Make the Difference?*, 20(1) EUR. COMPETITION L. REV. 14 (1999) (indicating that the EC relied upon efficiency to clear these mergers).

130 Comm'n Decision of 27 May 1998 Relating to a Proceeding Pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Case No IV/M.993—Bertelsmann/Kirch/Premiere), 1999 O.J. (L 53) 1. 106.

131 Comm'n Decision of 19 July 1995 Declaring a Concentration to be Incompatible with the Common Market and the Functioning of the EEA Agreement (Case No. IV/M.490—Nordic Satellite Distribution), 1996 O.J. (L53) 20.

132 Там же. at 31, 33.

контент, как необходимые компоненты для продвижения услуг спутниковой связи¹³³.

Решение ЕС в отношении предложенного слияния компаний GE/Honeywell¹³⁴ является исчерпывающим примером потенциального расхождения между Соединенными Штатами и Европейским Союзом в отношении к эффективности при рассмотрении слияния компаний¹³⁵. После того, как ЕС запретил слияние компаний, Специальный уполномоченный ЕС Марио Монти (Mario Monti) заявил, что стороны на его взгляд не «обеспечили ясно сформулированное и количественное обоснование в терминах эффективности»¹³⁶. Несмотря на расхождение во мнениях с DOJ, ЕС утверждал, что снижения цен, следующие из смешанного объединения продуктов, не являются разновидностью реальной эффективности, которая должна быть принята во внимание при анализе слияния компаний, а являются формой «стратегического ценообразования» объединенной фирмы¹³⁷.

General Electric и Honeywell обжаловали решение в Европейском Суде в Люксембурге.

133 Там же. at 38.

134 Comm'n Decision of 03/07/2001 Declaring a Concentration to be Incompatible with the Common Mkt. and the EEA Agreement (Case No COMP/M.2220—General Electric/Honeywell), *доступно на* http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf; *см. также* Donna E. Patterson & Carl Shapiro, *Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, 16 ANTITRUST 18 (2001).

135 The transactions was cleared in both the U.S. and Canada. *См.* Press Release, DOJ, Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell, May 2, 2001, *доступно на* http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.htm; Bloomberg News, *EU Blocks General Electric's Purchase of Honeywell*, (July 3, 2001), *доступно на* <http://www.ibj.com/daily/IBJDstories/04D070301.html>.

136 Mario Monti, Antitrust in the U.S. and Europe: A History of Convergence, Remarks to the General Counsel Roundtable of the ABA (Nov. 14, 2001), *доступно на* <http://www.eurunion.org/News/speeches/2001/011114mm.htm>.

137 Gotz Drauz, *Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Merger Under EC Competition Law*, 25 FORDHAM INT'L L.J. 885, 907 (2002).

2. Признаки возможных перемен в перспективе ближайшего будущего

Критики утверждали, что политика слияния компаний, которая не принимает во внимание увеличение эффективности (включая снижение затрат, что передается потребителям в виде более низких цен) может быть вредной для европейской конкуренции, особенно в высокотехнологичных отраслях¹³⁸. Действительно, после дебатов в Европейском Парламенте по отчету о политике конкуренции ЕС на 1999 год, Европейский Парламент опубликовал резолюцию, которая называлась «эффективность и другие элементы, способствующие конкуренции», которая была принята на учет. Соответственно, ЕС недавно указал, что исследует свои решения относительно эффективности и, возможно, в будущем будет рассматривать эффективность более благосклонно¹³⁹. В июле 2002 года Специальный уполномоченный Монти заявил: «Мы не против слияний компаний, которые создают более эффективные фирмы. Такие слияния имеют тенденцию приносить пользу потребителям, даже если конкуренты могут пострадать от усиления конкуренции»¹⁴⁰.

138 Ilzkovitz & Meiklejohn, *упомянутый ранее источник*, note 6, at 11.

139 Дебаты о роли эффективности в свете ECMR начались 11 декабря 2001 года, когда был опубликован предварительный отчет по вопросам политики и практики слияний в ЕС. EUR. COMM'N, GREEN PAPER ON THE REVIEW OF COUNCIL REGULATION No. 4064/89 (2001),

доступно на

www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/green_paper/en.pdf. Действительно, более широкое философское обсуждение, следует ли заменить проверку доминирования на проверку существенного уменьшения конкуренции, уже проходит и в других местах, включая в США и Канаду. См., например, EUR. COMM'N, GREEN PAPER ON THE REVIEW OF COUNCIL REGULATION (EEC) NO. 4064/89: SUMMARY OF REPLIES RECEIVED, at 15-20.

140 Mario Monti, The Future for Competition Policy in the European Union, Speech at Merchant Taylor's Hall, London (July 9, 2001), *доступно на* http://europa.eu/int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/01/340/0. Специальный уполномоченный Монти – первый экономист, который стал Специальным уполномоченным по вопросам конкуренции в ЕС. В своей речи 4 июня 2002 года, он указал, что «Комиссия не полагается на факт, что эффективность, следующая из слияния компаний, вероятно, будет иметь эффект сокращения или устранения

Специальный уполномоченный Монти предложил дальнейшее руководство относительно вероятного направления ожидаемых изменений. Наиболее значимо с независимой точки зрения то, что он: 1) выразил поддержку в защиту эффективности, 2) отметил, что реформа будет сопровождаться выпуском рекомендаций по интерпретации силы рыночной позиции, чтобы помочь обеспечить рыночные дефиниции и в определении, как рассмотрение эффективности должно быть принято во внимание и 3) указал, что Европейский Союз не будет препятствовать слиянию компаний просто потому, что они уменьшают затраты и позволяют объединенной фирме предлагать более низкие цены, таким образом уменьшая или устраняя конкуренцию. Специальный уполномоченный Монти заключил, однако, что «уместно придерживаться «здорового скептицизма» относительно требований эффективности, особенно в отношении сделок, которые, кажется, создают проблемы конкуренции¹⁴¹.

7 ноября 2002 года Специальный уполномоченный Монти огласил основную речь, в которой, помимо всего, объяснил развивающуюся в дальнейшем роль эффективности¹⁴².

Он высказал, что явное выявление присущей для слияния

конкуренции в соответствующем рынке (например, давая возможность выставить более низкие цены клиентам), как основание для того, чтобы выступить против предполагаемой сделки...». Mario Monti, European Competition Commissioner, Review of the EC Merger Regulation-Roadmap for the Reform Project Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, at 5 (June 4, 2002), *доступно на* http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=SPEECH/02/252|0|AGED&lg=EN&type=PDF [hereinafter Monti British Chamber Speech].

141 Monti British Chamber Speech, *там же*, note 118, at 7.

142 Mario Monti, Merger Control in the European Union: A Radical Reform, Speech at the European Commission/IBA Conference on EU Merger Control, (Nov. 7, 2002), *доступно на* http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=SPEECH/02/545|0|AGED&lg=EN&type=PDF [hereinafter Monti Speech at European Commission]. Данная формулировка обоснования эффективности от Монти сходна с тем, что содержится в U.S. 1997 Revisions. U.S. Merger Guidelines and U.S. 1997 Revisions, *там же*, note 75.

компаний эффективности возможно в пределах мандата ЕСМР и далее указал, что:

Комиссия намеревается тщательно рассматривать любое достижение эффективности при всесторонней оценке слияния компаний, и может в конечном счете решить, какая эффективность является следствием слияния, не создает или не усиливает слияние доминирующую позицию, в результате чего могут возникнуть значительные препятствия эффективной конкуренции¹⁴³.

Проект Рекомендаций по слиянию компаний Европейского Союза, выпущенный в декабре 2002 года также указывает, что:

Комиссия приветствует корпоративные реорганизации... и принимает во внимание... развитие технического и экономического прогресса при условии, что это ведет к преимуществу потребителей и не создает препятствий конкуренции. Комиссия рассматривает любое доказанное достижение эффективности при всесторонней оценке слияния компаний. Это может в конечном счете решить, какая эффективность является следствием слияния, не создает или не усиливает слияние доминирующую позицию, в результате чего могут возникнуть значительные препятствия эффективной конкуренции. Это будет иметь место, когда у Комиссии появится возможность делать заключения на основе достаточного количества фактов того, что эффективность, обусловленная слиянием компаний, вероятно, увеличит стимул объединенного предприятия действовать на благо конкуренции в пользу потребителей, противодействуя отрицательным эффектам от слияния¹⁴⁴.

143 Monti Speech at European Commission, *упомянутый ранее источник*, note 120, at 5.

144 Draft Comm'n Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers under the Council

Проект Рекомендаций ЕС далее требует, чтобы «эффективность несла прямую выгоду потребителям и... была присущей слиянию компаний, существенной, своевременной и поддающейся проверке». Будет интересно посмотреть, как ЕС применит эти принципы на практике.

С. Канада

И Соединенные Штаты, и Европейский Союз могут познакомиться с отношением к эффективности в Канаде, где законодательно предусмотрена защита эффективности, подходящая для рассмотрения. Эта защита была объектом обширной тяжбы и интерпретации дважды в канадском Трибунале конкуренции и дважды до этого в Федеральном Апелляционном Суде Канады, в деле *Superior Propane*, подробно обсуждаемом ниже¹²⁶.¹²⁶ Blake, Cassels & Graydon, LLP совместно с командой юристов под руководством Нила Финкельштайна (Neil Finkelstein) представляла Superior Propane, Inc. и ICG Propane Inc. во всех слушаниях и судебных разбирательствах в Трибунале и Федеральном Апелляционном Суде.

1. Законодательная защита эффективности

Канадский Парламент предписал законодательную защиту эффективности в 1986 году как часть серии поправок Закона об исследовании объединений, тогда антимонопольному закону Канады и предшественнику нынешнего Закона о конкуренции¹²⁸.¹²⁸ Кэлвин Голдман (Calvin Goldman) возглавлял Канадское Бюро, когда поправка о защите эффективности вошла как часть в Закон о конкуренции. Теоретически, данная защита разрешает слияние компаний, которое устранил или ослабит, или, вероятно, устранил или

Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2002 O.J. (C 331) 18 [hereinafter EU Draft Guidelines].

существенно ослабит конкуренцию в любом рынке в Канаде, если прирост эффективности, следующий из слияния компаний, превышает эффект ослабления конкуренции от слияния. На практике, объединяющиеся стороны могут прибегнуть к защите как в начальной фазе оценки перед канадским Бюро, так и снова, в случае необходимости, когда Специальный уполномоченный представил заявку Трибуналу, который отклонил слияние компаний.

Защита требует, чтобы прирост эффективности был больше или покрывал эффект ослабления или прекращения конкуренции, следующий из слияния компаний. Канадские Рекомендации по принудительным мерам при слиянии компаний («Канадские Рекомендации по Слиянию») определяют два класса прироста эффективности, которые оцениваются под защитой: (1) эффективность производства и (2) динамическая эффективность. Эффективность производства «является, как правило, основой оценки, потому что она может быть измерена количественно, объективно установлена и поддерживается инженерными, бухгалтерскими или иными данными». Далее, «динамическая эффективность включает прибыль, достигнутую через оптимальное освоение новых продуктов, разработку более эффективных производственных процессов и улучшение качества товаров и услуг»¹⁴⁵.

Однако заявление динамической эффективности, как правило, с большим трудом подлежат оценке, и значимость такого заявления будет качественным по природе.

Дело *Superior Propane*¹⁴⁶ представляет собой самый всесторонний

145 CANADIAN MERGER GUIDELINES, упомянутый ранее источник, note 71, app. II.

146 Уполномоченный по конкуренции против Superior Propane, Inc, Registry Doc. No. 192b (Competition Tribunal, 2000), доступно на <http://www.ct-tc.gc.ca/english/cases/propane/192b.pdf>; *rev'd in part by* [2001] D.L.R.(4th)

анализ оценки эффективности в Канаде. Это дело, которое стало результатом слияния двух больших канадских пропановых компаний, проясняет, что канадское конкурентное право не будет препятствовать горизонтальному слиянию компаний, приводящему к высоким рыночным долям при условии, что экономия за счет роста производства и ассортимента и другой количественной эффективности, достигнутой как результат слияния, превышает эффект ослабления конкуренции. После того, как это слияние оспорил Специальный уполномоченный на слушании в Трибунале, стороны сделки утверждали, что слияние компаний приведет к существенному росту эффективности, которая значительно перевесит любые эффекты ослабления конкуренции от слияния компаний, прежде всего за счет модернизации сетей дистрибуции, функций главного офиса, и других дублирующих служб. Трибунал позволил продолжить слияние, отклонив требование Специального уполномоченного, так как в соответствии с законом защита эффективности не подразумевает «слияние в монополию»¹³³.

После двух апелляций Специального уполномоченного и слушаний по переквалификации в Трибунале, слияние компаний разрешили продолжить, руководствуясь принципом, что эффективность была главной целью канадского Закона о конкуренции. При втором обращении Федеральный Апелляционный Суд подтвердил, что явного существования монополии после слияния компаний не было, как и «эффекта ослабления конкуренции» как такового, который служил бы основанием заблокировать слияние.

2. Признаки реформы в Канаде

130; *reh'g granted* Registry Doc. No. 238a (Competition Tribunal 2002), *доступно на* <http://www.ct-tc.gc.ca/english/cases/propane/0238a.pdf>, *aff'd by* [2003] D.L.R.(4th) 55 (Fed. Ct. App. 2003).

Несмотря на недавние решения по делу *Superior Propane*, канадская защита эффективности, как выяснилось, не лишена двусмысленности при ее применении или выполнении. И при этом нет недостатка в дебатах и предложениях реформы от некоторых канадских ученых-правоведов и экономистов, которые предложили альтернативные подходы к методам анализа, созданным для защиты эффективности в деле *Superior Propane*¹³⁵.¹³⁵ См. в целом Thomas W. Ross & Ralph A. Winter, *The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments*, Presented at the Competition Law Roundtable (Dec. 13, 2002) (on file with the Journal).

Специальный уполномоченный не стал обжаловать второе решение Федерального Суда в Верховном Суде Канады. Он предпочел добиваться законодательной реформы, поддерживая проект поправок к Разделу 96 в билле как член парламента, не занимающий официального поста¹³⁶. Поскольку, как в настоящее время записано в проекте, билль это обеспечивает, при определении, может ли предложенное слияние компаний устранить или существенно ослабить конкуренцию, Трибунал может обратить внимание на то, что предложенное слияние компаний «вероятно, приведет к росту эффективности, которая будет выгодна потребителям, включая конкурентные цены или выбор товара, что вряд ли возможно в отсутствие (предложенного) слияния»¹⁴⁷.

Таким образом, вместо того, чтобы искать «компромисс» между эффективностью и эффектами ослабления конкуренции, эффективность рассматривали бы как часть всесторонней конкурентной оценки слияния компаний.

В своем обращении к Комитету по промышленности, науке и

¹⁴⁷ An Act to Amend the Competition Act, Bill C-249, 2nd Sess., 37th Parl., 2002/http://www.parl.gc.ca/PDF/37/2/parlbus/chambus/house/bills/private/c-249_3.pdf.

технологиям, который рассматривал законопроект, Специальный уполномоченный обозначил предлагаемые поправки как совместимые с целью продвижения и поддержания добросовестной конкуренции, которая приносит пользу потребителям за счет более низких цен, выбора товара и качественных услуг и заявил следующее:

«Билль ставит задачу, чтобы потребители не остались в стороне при рассмотрении слияния компаний, вовлекающих заявление эффективности. Это было бы также гарантией того, что конкуренция идет на пользу потребителям и канадской экономике...

Билль С-249 ограничил бы применение эффективности в виде исключения, что гарантирует извлечение выгоды потребителями от роста эффективности. Это означает, что эффективность никогда не будет использоваться, чтобы сохранить слияние компаний, которое привело к устранению конкуренции в целом»¹⁴⁸.

С другой стороны, многие в канадских деловых и юридических кругах полагают, что подход канадского Трибунала конкуренции в деле *Superior Propane* отражает истинное намерение канадского Парламента продвигать более рентабельную и способную конкурировать на международном уровне экономики в Канаде. Тот факт, что повышение эффективности, которое является реальным и присущим слиянию компаний, может отменить определенные эффекты снижения конкуренции, совместимо с этой более широкой задачей национального масштаба.

С. Сравнение подходов к эффективности в Соединенных Штатах, Европейском Союзе и Канаде

148 Konrad von Finckenstein, Commissioner of Competition, Speaking Notes for the Standing Committee on Industry, Science and Technology: Bill C-249—An Act to Amend the Competition Act, (March 31, 2003) at pp. 1,4, *доступно на* <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/ct02543e.pdf>.

Очевидно, что антимонопольные уполномоченные органы Соединенных Штатов, Европейского союза, и Канады следуют своему законодательству и руководящей политике в вопросах подхода к эффективности, являющейся следствием слияния компаний, что время от времени проявляется в заметно отличающихся подходах и принципах. В Приложении С приведена таблица, иллюстрирующая текущие различия среди этих трех юрисдикций.

V. ЭФФЕКТИВНОСТЬ: НЕРЕШЕННЫЕ ВОПРОСЫ И ПОЛИТИКА

Учитывая существенную роль экономики в антимонопольном анализе и чувства чиновников-исполнителей, таких как Kolasky, удивительно, что (1) к эффективности продолжают относиться со скептицизмом и враждебностью и (2) фундаментальные проблемы относительно того, как оценить и включить эффективность в анализ, остаются. Содержание данной статьи сосредоточено на проблемах, поднятых антимонопольными чиновниками и учеными, и выносит предложения относительно того, как эти проблемы могут быть решены.

A. Что должна учитывать эффективность?

В данном разделе обсуждаются типы эффективности, которые необходимо учитывать как компенсацию проблем, связанных с конкурентными эффектами сделки. Мы признаем, что определенные категории эффективности проще проверить и с высокой долей достоверности доказать и понять. Мы, однако, не отвергаем напрямую другие категории менее выраженной эффективности просто потому, что они не так легко выявляются или встречаются не так часто. Скорее мы предлагаем, чтобы, как и в любых других вопросах,

надзорные за конкуренцией органы (и, если где требуется, суды) взвешивали доказательства, представленные, чтобы решить, признать или нет определенную эффективность, предъявленную сторонами в определенной сделке.

1. Специфика слияния компаний

«У приобретений есть уникальный потенциал преобразовывать фирмы и способствовать корпоративному возобновлению»¹⁴⁹. Фирмы идут на приобретения, когда их руководство полагает, что это самый выгодный способ расширения возможностей, освоения новых знаний, навыков, продуктов или географических зон. Решение пойти на крупное приобретение, как правило – часть более обширного плана достичь долгосрочного роста компании и целей реорганизации. FCC и Пересмотры 1997 года в США сосредоточены на этом уникальном потенциале, включив требование, чтобы заявленная эффективность была следствием слияния компаний. Недавно опубликованный Проект Рекомендаций ЕС также требует, чтобы эффективность была следствием слияния компаний.

Естественно, компании будут утверждать, что слияние – самое эффективное средство осуществления их стратегий. Эти утверждения могут породить большие сомнения в умах работников регулирующих органов. Например, в отношении сделки SBC/PacTel, в то время как FCC отметила, что слияние компаний позволит фирмам комбинировать разработку программного обеспечения, обслуживание клиентов, биллинг и системы приема платежей, она, тем не менее, повесила на эффективность ярлык «чрезвычайно трудна для достижения» путем слияния, не указывая причину. В то же самое время FCC предположила, что результаты объединенных усилий в

149 PHILIPPE C. HASPELAGH & DAVID B. JEMISON, MANAGING ACQUISITIONS: CREATING VALUE THROUGH CORPORATE RENEWAL 3 (1991).

исследованиях и разработках «легко достижимы для совместного предприятия» как способны усовершенствованный бизнес доступа в Интернет, предприятия видео услуг, и координация международных предприятий. Далее, в отношении сделки Bell Atlantic/NYNEX FCC решила, что фирмы были не в состоянии доказать, что слияние компаний необходимо, чтобы создать эффективного конкурента в сфере дальней связи, улучшить качество услуг NYNEX или улучшить развертывание широкополосных служб.

Применять строгую проверку специфики слияния компаний в отношении сделок означает потенциальное препятствие для достижения фирмой эффективности настолько быстро, насколько возможно, что может быть важным в отношении способности фирмы конкурировать (и внутри страны и на международном уровне), и что может способствовать конкуренции в отрасли в целом. В конце концов, приобретение – главное средство, с помощью которого фирмы достигают эффективности.

Возможны многие причины, по которым фирмы не стремятся к эффективности на уровне предприятия. Например, фирма, возможно, не хочет расширять свою инфраструктуру, чтобы использовать в своих интересах новую технологическую эффективность, потому что отрасль уже располагает избыточными мощностями или связанные издержки непомерно высоки. Эта фирма, однако, может извлечь выгоду из существенной эффективности, объединяясь с конкурентом и консолидируя операции в обновленной сети конкурента. Точно так же, хотя теоретически возможно достичь многих сетевых эффектов через объединение и утверждение общих стандартов, фирмы не хотят вступать в совместное предприятие или заключать контракт из-за высокой стоимости сделки, связанной с распределением будущих прибылей между фирмами. Это особенно справедливо, когда действия

сторон не совсем симметричны, так что может иметь место внутренняя конкуренция при использовании сети (например, проводная телефония против услуг вещания программ в кабельной сети). Различные опции контракта могут работать не так эффективно, как слияние компаний из-за потенциального авантюризма, что может произойти в контексте соглашений на приобретение или аренду «знаний». Многие из выгод слияний компаний вовлекают приобретение знания, навыков, и бизнес-процессов (таких как маркетинг, обслуживание клиента, технологии, операции, лучшие методы). Сделки, основанные на знаниях, могут привести к высокой стоимости сделки, поскольку соиздание знания «часто вовлекает весьма специфические инвестиции, когда квазиарендная плата может быть изъята и обналачена»¹⁵⁰.

Есть также трудности в оценке стоимости знания до того, как оно проявится.

Все же, после того, как знание было раскрыто, нет никакой необходимости платить за него. Далее, активы знания часто требуют непрерывных инвестиций для их улучшения или поддержания их значимости и могут быть подчинены проблеме «езды зайцем» когда независимые компании, пытающиеся «совместно использовать» фирменный бренд, «катаются» на чужие инвестиции, вложенные в развитие и поддержание фирменной марки. Стоимость таких рискованных сделок может препятствовать прямой передаче или распределенному использованию активов знания, превращая слияние компаний в самое предпочтительное решение. Кроме того, корпоративные предпочтения могут склоняться к динамичной стоимости сделки от того, что различные люди (и фирмы) обладают различным менталитетом, основанном на их индивидуальности и

150 Ellig, *там же*, note 5, at 198.

прошлом опыте, режиме и корпоративной культуре. Поскольку фирмы не разделяют один и тот же менталитет, заключить контракт с другой фирмой может быть дороже, чем производство своими силами.

Требования специфики слияния также могут отбить охоту достичь намеченной экономии за счет увеличения объема производства. Приобретение фирм может дать выгоду из-за более высокой рыночной доли ввиду экономии за счет роста производства, дистрибуции и рыночной активности, а также большей эффективности в будущих действиях и инвестиционных решениях.

Простая экономия за счет увеличения объемов производства может не пройти эту проверку, если интерпретировать его строго, потому что одна или обе стороны слияния могли бы достичь большего масштаба производства и самостоятельно.

Это особенно справедливо для тех отраслей, где наблюдается существенный рост, или наоборот, для упадочных, где лишние мощности покинули бы рынок после сделки.

По нашему представлению, надзорные за конкуренцией органы не должны вынуждать компании выбирать менее желательные средства для достижения эффективности или предшествующих эффективности из-за некоторой вероятности, что фирмы могут достичь эффективности, отказавшись от слияния. По настоянию исполнительных органов суды подходят слишком буквально в отношении специфики слияния компаний, сосредотачиваясь на том, может ли фирма достичь эффективности без заключения сделки и блокируют сделки, в которых, по мнению суда, эффективность может иметь место ¹⁵⁰.

Скорее мы утверждаем, что внимание следует сосредоточить на том, будет ли возрастать экономия затрат в результате сделки в большей степени, чем от попыток внутреннего расширения. Далее, стороны

слияния не должны быть ограничены учетом только той эффективности, которая достижима только за короткий период.

Чтобы рассмотреть долгосрочные перспективы, значение эффективности может быть соответственно снижено, чтобы учесть любой риск и непредвиденные издержки, связанные со сделкой.

Хотя теоретически часть прироста эффективности от слияния компаний могла бы быть достигнута другими средствами (такими как договор на обслуживание или договор аренды), это не более чем теоретическая возможность того, что такие выгоды достижимы другими средствами помимо слияния, и она не должна служить точкой отсчета, чтобы определять специфику слияния компаний¹⁵¹.

Действительно, Проект Рекомендаций ЕС показывает, что ЕС сконцентрируется «на реалистических и достижимых альтернативах, а не чисто теоретических» и рассмотрит «утвержденное промышленное применение»¹⁵².

Путем сравнения, в разделе 1 дела Sherman суд, как обычно, не будет отклонять уравнильные обоснования (например, эффективность) предложенные ответчиками просто потому, что сдерживание не было «наименьшим из ограничительных средств» для блага конкуренции, при условии, что такой способ достижения этой цели считают «разумным»¹⁵³. Напротив, некоторые утверждают, что в разделе 7 дела Clayton «эффективность не является присущей слиянию компаний, если отдельные фирмы с высокой долей вероятности могут *и будут* достигать ее без необходимости

151 Пересмотры 1997 года признают, что «Агентство не будет настаивать на менее ограничительной альтернативе, которая является чисто теоретической». U.S. Merger Guidelines and U.S. 1997 Revisions, *упомянутый ранее источник*, note 75, at 31.

152 EU Draft Guidelines, *упомянутый ранее источник*, note 123, at 29.

153 *См., например*, США против Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365, 380-81 (1967) (проверка, было ли ограничение «разумно необходимым»), *cited in* 2002 A.B.A. SEC. ANTITRUST L., ANTITRUST L. DEV. 76 n.413 (5th ed.).

объединения (или сопоставимых ограничений)»¹⁵⁴. Эта формулировка проверки может быть слишком запретительной, если требует демонстрации того, что определенные фирмы не могли и не могут предпринять приводящую к эффективности деятельность, при отсутствии слияния компаний. Соответственно, Председатель Мурис (правильно, мы согласны), одобряет проверку, которая сосредоточена на том, вероятна ли эффективность при отсутствии слияния компаний, а не на вопросе о том, необходимо ли слияние, чтобы достичь эффективности.

2. Из чего состоит выявляемая эффективность?

Не все типы эффективности равны согласно закону (или, в этом отношении, согласно экономистам). В настоящее время наблюдается необоснованное смещение к признанию только тех сокращений издержек производства, которые могут быть достигнуты в относительно короткий период времени. Хотя есть значительный риск не достичь эффективности в рассматриваемый период, такой риск может быть учтен соответствующей поправкой, что лучше, чем вслепую игнорировать потенциальные выгоды¹⁵⁵.

В данном разделе обсуждается каждая из основных категорий эффективности и текущих представлений относительно выявления категорий в качестве пользы, а также несколько возможных причин для расширения категорий выявляемых эффективностей.

а. Производственная эффективность

154 Farrell & Shapiro, *упомянутый ранее источник*, note 45, at 690.

155 Проект Рекомендаций ЕС показывает, что затратная эффективность, которая приводит к сокращениям постоянных или предельных издержек, наиболее вероятно будет рассматриваться в первую очередь, в отличие от сокращения фиксированных затрат, потому что первые, скорее всего, приведут к более низким розничным ценам. EU Draft Guidelines, *упомянутый ранее источник*, note 123, at 29.

Производственная эффективность – наименее спорная категория. Она с легкостью подлежит количественной оценке и, по большей части, широко признана экономистами и уполномоченными лицами. Однако, остается место для споров относительно того, нужно ли учитывать эффективность, если она достижима силами компании, такими как расширение производственных мощностей, чтобы достичь экономии за счет роста производства. На практике, однако, встречается много причин, по которым внутреннее расширение может быть более дорогостоящим. Во-первых, это может происходить медленно из-за необходимости создавать средства производства, внедрять новые технологии и т.д. Во-вторых, добавление новых мощностей в хозяйстве или смена обстановки может оказать ценовое давление, так что такое расширение окажется нерентабельным. В-третьих, добавление новых мощностей может привести к социальным издержкам до такой степени, что дублирующие ресурсы в приобретенной фирме впоследствии будут устранены¹⁵⁶.

в. Эффективность дистрибуции и продвижения

В США Пересмотры 1997 года хранят молчание относительно признания эффективности дистрибуции и продвижения (с другой стороны, канадские Рекомендации по слиянию компаний явно признают эффективность, касающуюся дистрибуции и рекламной деятельности). В то время как в Глобальном Отчете FTC эти типы эффективности рассматриваются как «наименее вероятные, чтобы быть существенными... и часто с малой долей вероятности подлежат оценке»¹⁵⁷. Председатель Мурис заметил, что в структуре стоимости товаров народного потребления реклама играет важную роль, в

156 См. William J. Kolasky, *The Role of Efficiencies in Merger Review*, ANTITRUST, Fall 2001, at 82.

157 FTC Global Report, *упомянутый ранее источник*, note 74, at 33.

особенности потому, что большая рыночная доля может быть необходима, чтобы достичь минимального эффективного объема производства. До его назначения Председателем FTC, он предложил правительству признать эти виды эффективности. Мы утверждаем, что нет никаких причин сбрасывать со счетов эффективность дистрибуции и продвижения.

с. Динамическая и инновационная эффективность

В то время как производственная эффективность обусловлена производством товаров с низкими затратами или улучшенным использованием возможностей существующей технологии, инновационные эффективность «являются снижением издержек или расширением производства за счет новшества, разработки, или распространения новой технологии»¹⁵⁸.

В высокотехнологичных отраслях главным образом «большая часть предмета анализа эффективности будет сосредоточена на эффективности исследований и разработки. Данная эффективность предполагает большой потенциал, но ввиду того, что она имеют тенденцию сосредотачиваться на будущих продуктах, могут возникнуть огромные проблемы при доказательстве»¹⁵⁹.

В Глобальном Отчете FTC (FTC Global Report) признано, что «эффективность инновации способна особенно сильно содействовать динамике конкуренции, национальным исследованиям и разработкам и (всестороннему) благосостоянию потребителя».

Как основное суждение, обществу выгодна линия, которая

158 Joseph F. Brodley, *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures*, 64 ANTITRUST L.J. 575, 579 (1996)

159 David Balto, *The Efficiency Defense in Merger Review: Progress or Stagnation?*, ANTITRUST, Fall 2001, at 74, 76.

поощряет новшества, чтобы понижать стоимость и разрабатывает новые и улучшенные продукты. Таким образом, как показал Kolasky в марте 2002 года, «производственная и динамическая эффективность важны по крайней мере на столько же, насколько статически распределяемая эффективность в содействии экономическому росту»¹⁶⁰.

Европейский союз, кажется, тоже признает этот тип эффективности, по крайней мере в той степени, что она приводит к реальным или улучшенным продуктам, которые приносят пользу потребителям.

Все же, в США Пересмотры 1997 года представляют эффективность «в отношении исследований и разработки является потенциально существенной, но в целом менее поддается проверке и может быть результатом антиконкурентных сокращений объема производства».

Только потому, что эти виды эффективности сложны для количественной оценки, и проверки, это не означает, что такая эффективность должна игнорироваться. Динамические усилия должны быть приняты во внимание даже при том, что они не обязательно приводят к снижению цен или их результат не виден в ближайшей перспективе.

d. Эффективность сделки

Приобретение может способствовать эффективности сделки, устраняя промежуточное звено (следовательно, и «двойную изоляцию»). В Соединенных Штатах и, по-видимому,

160 William J. Kolasky, Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles for Antitrust Agencies—New and Old, Address at the International Bar Association Conference on Competition Law and Policy in a Global Context (Mar. 18, 2002), *доступно на* <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10845.htm>.

в Европейском Союзе антимонопольный закон не всегда был чувствителен к роли слияния компаний в сокращении этих издержек. Канада, напротив, признала выгоду увеличения связанной с продукцией эффективности, следующей из совмещенной деятельности в пределах объединенного объекта, которую ранее выполнялась третьими сторонами. Достижение этого увеличения как правило включает сокращение затрат на сделку, связанных с заключением договоров на поставку, дистрибуцию и обслуживание. Несомненно, эффективность дистрибуции сыграло важную роль при всесторонней оценке эффектов слияния.

В целом, участники рынка строят практику деловых отношений, контракты, и организационные фирмы, чтобы минимизировать стоимость сделки и уменьшить риск подвергнуться воздействию негативных факторов (например, ограбления). Совместные предприятия и совместное владение могут помочь выравнять стимулы фирм и отбить охоту уклоняться от ответственности, «ездить зайцем» и агрессивных действий, что может дорого обойтись и трудно контролируется, если использовать сделки «на расстоянии вытянутой руки». По этой причине эффективность сделки должна рассматриваться как польза от слияния компаний.

е. Сетевая эффективность

Несмотря на то, что несколько сетевых эффектов могут образовать один существенный, если не трудно дать количественную оценку эффективности, слияние компаний, которые объединяют потребительский доступ к одной из сетей, могут также создать

существенные барьеры. Во-первых, как только клиенты выбирают определенную сеть, любые существенные невозвратные выплаты, которые делают отдельные потребители, производят эффект «всех выпускать, никого не выпускать», который удержит потребителей от переключения на конкурирующую систему, даже если она лучше. Во-вторых, значительная доля комбинированного доступа производит эффект «деньги к деньгам», склоняя потребителей, которые еще не выбрали сеть, обратиться в более крупную компанию. В-третьих, крупная компания – объект слияния может изменить свою готовность иметь дело с конкурентами по-честному или любым способом препятствовать другим в доступе к клиентам из-за перемен в способностях и стимулах. В результате сетевые эффекты могут проявиться в том, чтобы ослабить конкуренцию и создать барьеры для выхода на рынок новых конкурентов.

До слияния компаний, было несколько провайдеров общенациональных служб магистрального доступа к Internet, но не было ни одной компании, обслуживающей абсолютное большинство клиентов или обеспечивающей полное сетевое покрытие. В результате крупные провайдеры согласились связаться друг с другом, чтобы обеспечить полный сетевой охват. Если бы передача подразделения не состоялась, слияние компаний объединило бы двух из четырех крупнейших поставщиков услуг магистрального доступа и у MCI/WorldCom, возможно, больше не было бы стимула связаться с другими, чтобы предложить услуги магистрального доступа (или, возможно, услуги соединения ниже качеством)¹⁶¹. Кроме того,

161 Отвергнутая сделка слияния MCI WorldCom/Sprint также подняла прежние проблемы, так как Sprint является одной из основных компаний магистрального доступа к Internet. Данная сделка была отклонена после того, как DOJ огласил намерение требовать судебного запрета. Дело США против WorldCom. Обжалование. (D.D.C. 2000) (No. 00-CV-1526), *доступно на* <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f5000/5051.pdf>.

увеличенный масштаб объединенных фирм и доля клиентов магистрального доступа (то есть, больше пятидесяти процентов текущих клиентов), возможно, произвели эффект «деньги к деньгам», увеличивая таким образом дальнейшее преимущество MCI/WorldCom в привлечении клиентов и снизило способность других к конкуренции.

f. Эффективность технологии и стандартизации

Как говорилось выше, стандартизация технологии, следующая из соединения сетей, может принести значительную социальную выгоду. В то же время, ввиду того, что многие законы, регулирующие слияние компаний, не разрешают рассматривать какую-либо эффективность, следующую за слиянием, которая бы имела место и при отсутствии слияния, нужно определить, был бы ли принят общий стандарт при отсутствии слияния.

g. Экономия на приобретении, управлении и капитальных затратах

Пересмотры 1997 года в США поместили экономию на приобретении, управлении и капитальных затратах в категорию эффективности, которая «с малой долей вероятности являются характерными для слияния компаний или являются существенными, или, возможно, не выявляются по другим причинам». Действительно, некоторые авторы утверждали, что определенные типы экономии затрат должны рассматриваться как более весомые по сравнению с другими вследствие трудностей с очевидным доказательством. Например, экономия, являющаяся результатом объединения управленческих или административных функций, как считают, не так значимы, как те, которые могли бы быть результатом экономии за

счет роста производства. Бывший работник Бюро канадский экономист Маргарет Сандерсон (Margaret Sanderson) поделилась наблюдениями:

По опыту Бюро, оценка экономии административных и корпоративных накладных расходов настолько же возможна, насколько возможна оценка производственной экономии на уровне предприятия. Однако определенная промышленная эффективность вообще легче поддается проверке, чем другие и которую, конечно, проще проверить, чем динамическую эффективность. Все же, это не является результатом различия статусов различных классов эффективности в балансовом анализе, а скорее благодаря возможности назначения значимости (или диапазона значимости) различным статьям издержек. Таким образом, менее вероятные экономии затрат получают меньшую значимость, но не будут сброшены со счета вообще¹⁶².

ЕС также, кажется, к этой категории экономии относится с неприязнью. В деле *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, например, экономия затрат на управление, идентифицированная сторонами, была отклонена как не характерная для слияния компаний: «Эта экономия затрат не возникла бы как следствие концентрации *per se* (по существу, лат. – прим. переводчика), но является экономией затрат, которые могли быть достигнуты существующим владельцем *de Havilland* или любым другим потенциальным покупателем»¹⁶³. Однако мы утверждаем, что такие экономии затрат не должны быть с ходу

162 Margaret Sanderson, Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases, Remarks at the Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition (Nov. 2, 1995), *доступно на* <http://www.ftc.gov/opp/global/sandersn.htm>.

163 Commission Decision of Oct. 2, 1991 Declaring the Incompatibility with the Common Market of a Concentration (Case No. IV/M053-Aerospatiale-Alenia/de Havilland) 1991 O.J. (L 334) 42, 59

отклонены, с тех пор в реальном мире они действительно имеют место и могут быть существенными по значению.

і. Экономия приобретения

В отчете Booz-Allen & Hamilton указано, что синергизмы приобретения часто включают пятьдесят процентов общей стоимости всех синергизмов, полученных в результате слияния. Поэтому не удивительно, что в деловом мире экономия приобретения – часто рекламируемый источник экономии при слиянии компаний, с «последовательно создаваемым объемом краткосрочной экономии приобретения в усилиях по интеграции слияния. Например, увеличенный объем как правило приводит к более низкой стоимости единицы. Кроме того, совмещение лучших методов при начальном подходе и в процессе покупки может привести к существенной экономии затрат. Экономия приобретения особенно убедительна там, где уменьшение числа покупателей или упрощение процесса закупки снижают цену поставщиков, и это снижение передается потребителям»¹⁶⁴. Нужно заметить, однако, что канадский Закон о конкуренции не разрешает, чтобы заявляемая эффективность представляла собой просто «перераспределение дохода между двумя или более лицами», включая перераспределение дохода поставщикам, показанное как снижение за счет увеличения числа сделок объединенной фирмы.

Нелепо, что антимонопольные чиновники скептически относятся к

164 DORIAN SWERDLOW ET AL., MANAGING PROCUREMENT THROUGH A MERGER: CAPTURING THE VALUE OF THE DEAL 2 (Booz-Allen & Hamilton, Viewpoints on Mergers, Acquisitions, and Intergration, Aug. 2001); James P. Andrew & Michael Knapp, Boston Consulting Group, *Maximizing Post-Merger Savings from Purchases* (July 1, 2001), *доступно на* http://www.bcg.com/publications/files/Max_PostM_Savings_from_Purch_Apr_01_ofa.pdf.

достижению эффективности приобретения, учитывая, что в нескольких недавних делах в США предпосылкой для беспокойства в отношении конкуренции была сильная рыночная позиция, которую объединенная фирма будет использовать при определенных покупках (то есть, власть монополии)¹⁶⁵. Roller, Stennek и Verboven признают, что экономия затрат при покупке может быть достигнута при слиянии компаний. Они полагают, что:

Чтобы оценить социальные эффекты от усиления рыночной власти поставщиков, важно знать силу этой власти на стороне поставщика. Если есть немного власти на стороне поставщика, усиление рыночной позиции объединяемой фирмы может быть социально вредным. Однако, если усиление рыночной позиции принимает форму власти, противостоящей уже сильной стороне поставки, тогда выгоды частных лиц от объединения фирм могут совпасть с социальной пользой¹⁶⁶.

На рынках власть монополии существует или поддерживается редко, что отразилось в малом количестве правительственных отказов на этом основании. Как сказал Дэвид Балто (David Balto), «защитить возможность удерживать более низкие цены является важной целью антимонопольных законов... суды должны отказаться от скоропалительных решений – в их руках благо для потребителей в виде низких цен»¹⁶⁷. Соответственно, при отсутствии проблемы

165 Монополия – ситуация, когда на рынке присутствует единственный покупатель (прим. переводчика). США против Aetna, Inc., 1999-2 Trade Cas. (CCH) 72,730; United States v. Cargill, Inc., 2000-2 Trade Cas. (CCH) 72,966. См. также Susan M. Davies & Marius Schwartz, *Monopsony Concerns in Merger Review*, CLAYTON ACT NEWSLETTER (Am. Bar Ass'n, Section of Antitrust Law), Winter 2002, at 19.

166 LARS-HENDRICK ROLLER ET AL., EFFICIENCY GAINS FROM MERGERS (Research Inst. of Indus. Econ., Working Paper No. 543, 2000) *доступно на* <http://ideas.repec.org/p/hhs/iuiwop/0543.html>

167 Balto, *упомянутый ранее источник*, note 164, at 78 (quoting *Kartell v. Blue Shield*, 749 F.2d 922, 931 (1st Cir. 1984)).

монополии надзорные за конкуренцией органы должны разрешить сторонам заявлять экономию приобретения как пользу от сделки.

ii. Управленческая экономия

Хотя исполнительные органы могут обесценить управленческую эффективность, как не специфичную для слияния компаний и являющуюся разновидностью фиксированных затрат, что с малой вероятностью отразится на потребителях в ближайшей перспективе¹⁶⁸, финансовая литература признает важность «рынка корпоративного управления» (приобретения) как средства искоренения плохого управления и перемещения активов на самый высокий для использования уровень¹⁶⁹. Специальный уполномоченный FTC Томас Лири (Thomas Leary) указывает:

Эффективность в понимании General Motors, называют ее новшеством или управленческой экономией, является, вероятно, наиболее значимой переменной в определении, преуспевает компания или находится в упадке – или в определении, достижима ли определенная слиянием эффективность или нет. Все же, мы не принимаем во внимание ее прямо, вынося решение по делам слияния компаний¹⁷⁰.

В больших корпорациях в особенности неудачи управления при

168 Joseph Kattan, *Efficiencies and Merger Analysis*, 62 ANTITRUST L.J., 513, 520 n.36 (1994)

169 Michael C. Jensen & Richard S. Ruback, *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, 11 J. FIN. ECON. 5 (1983).

170 Thomas B. Leary, *Эффективность and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution*, Address at the Fall Forum of the ABA Section of Antitrust Law (Nov. 8, 2002), *доступно на* <http://www3.ftc.gov/speecheds/leary/эффективностьandantitrust.htm>.

максимизации прибыли приводит к внутренней неэффективности, иногда называемой «х-неэффективностью». Это компенсация «неэффективностей», которые мотивируют некоторые сделки, особенно враждебные сделки. Именно через совместное использование ресурсов и передачу функциональных и общих навыков управления передача таких возможностей имеет место в приобретениях. Передача функциональных навыков и общих навыков управления происходят, когда одна фирма улучшает свои возможности, получая функциональные навыки от другой фирмы. Примеры включают передовые навыки организации производственного процесса, знание дополнительного дистрибутивного канала и передовые исследования, так же, как корпоративное лидерство и управление персоналом.

Эти управленческие навыки, возможно, лучше передаются в пределах той же самой или смежной отрасли, чем между различными производствами или услугами. При нужных обстоятельствах, например, когда слияние компаний облегчает использование превосходные ноу-хау, такая эффективность должна быть признана. Профессор Scherer отмечает: «Факт тот, что при сокращении издержек некоторые способы управления лучше, чем другие. Игнорировать тот факт, что эффективность – следствие превосходного управления, означает закрыть глаза на важный компонент действительности»¹⁷¹.

Точно так же в своей речи в ноябре 2002 Специальный уполномоченный Лири признал, что инновационная или управленческая эффективность... вероятно наиболее значимая переменная в определении, преуспевает компании или терпит неудачу. Это происходит частично из-за отказа оценить и понять тонкости в контексте отрасли и фирмы. Далее, управленческая

171 F.M. Scherer, *Some Principles for Post-Chicago Antitrust Analysis*, 52 CASE W. RES. L. REV. 5, 21 (2001) [hereinafter *Scherer Case Western Article*].

эффективность является чрезвычайно трудной для проверки и почти все исполнители считают, что они могут управлять компанией лучше, чем нынешнее руководство... Все же, мы не принимаем во внимание ее прямо, вынося решение по делам слияния компаний. Наш подход – игнорировать нематериальную экономию в процессе принятия формального решения, потому что мы просто не знаем, как ее оценивать.

Действительно, нет никаких примеров того, что надзорные органы признали управленческую эффективность при рассмотрении слияния компаний и разрешили совершить сделку на этой основе. Специальный уполномоченный Лири предлагает принимать решение на основании послужного списка покупателя и ведущих сотрудников целевой компании, чтобы определить, будут ли они управлять компанией эффективно. Специальный уполномоченный Лири далее предполагает, что даже если сотрудники не в состоянии определить количественно значение управленческой эффективности, такие аргументы следует рассматривать как неконкурентное обоснование сделки.

iii. Экономия капитальных затрат

Смежная категория эффективности, имеющая отношение к эффективности роста капитала, порицается антимонопольными органами, по-видимому, из-за относительно стабильной природы этих издержек. Исследование представило доказательство важности этой эффективности при росте капитала как одной из самых постоянных характеристик масштаба предприятия. Эмпирические данные показывают, что компании, чьи активы превышают \$1 миллиард в активах, тратят на займы в среднем на 6% меньше, чем фирмы с

\$200 миллионами в активах. Кроме того, компании с \$200 миллионов имеют 12% преимущество по затратам на займы перед компаниями с \$5 миллионными активами¹⁷². Более свежее исследование эмпирически нашло, что фирмы могут увеличить свое финансовое влияния благодаря увеличению долговой устойчивости¹⁷³, таким образом, способствуя более быстрой экспансии. И все же, надзорные органы США и ЕС не желают учитывать такую экономию.

Как и экономия за счет масштабов производства, данная экономия должна быть признана, так как она может значительно улучшить позицию фирмы в части издержек и, соответственно, ее конкурентоспособность на рынке. В той степени, что эта экономия, вероятно, отразится на потребителях только в долгосрочной перспективе и сработает норма потребительского благосостояния, в той же степени значение этой экономии быть соответственно скорректировано.

В. Что подразумевает норма благосостояния?

Продолжаются споры относительно того, должна ли «распределенная эффективность»¹⁷⁴ или потребительская прибавка быть конечной целью законов о конкуренции. Дебаты по надлежащей норме – часть больших политических дебатов относительно того, что является конечной целью антимонопольных законов – потребительское благосостояние или максимизация эффективности. Однако полезно, как минимум, понять достоинства и недостатки всего диапазона норм независимо от того, есть ли у

172 F.M. SCHERER & DAVID ROSS, *INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE* 126 (3rd ed. 1990).

173 Alok Ghosh and Prem C. Jain, *Financial Leverage Changes Associated with Corporate Mergers*, 6 J. CORP. FIN. 377 (2000).

174 «Распределенная эффективность» иногда упоминается как «суммарное благо» или «суммарная прибавка».

конкретной юрисдикции политическая склонность к принятию нормы.

1. Ценовая норма и норма потребительской прибавки

В соответствии с ценовой нормой доказанная эффективность должна предотвратить рост цен, чтобы полностью ликвидировать потенциальный вред потребителям. Эффективность рассматривают как позитивный фактор при рассмотрении слияния компаний, но только до той степени, в какой, по крайней мере, некоторая часть экономии затрат отразится на потребителях в виде более низких цен.

Норма потребительской прибавки – усовершенствованный вариант ценовой нормы. В соответствии с нормой потребительской прибавки слияние компаний разрешат, если потребительская выгода в эффективности (то есть, экономия издержек на ресурсы) превышает общую сумму убытков потребительской прибавки. Однако, в то время как потерянная потребительская прибавка учитывается, соответствующее увеличение прибыли продавца/акционеров нет, что не покрывает потерю в потребительской прибавке. Другими словами, не признается никакая выгода от прибыли продавца/акционера, даже когда общество из такой прибыли может извлечь выгоду.

Поборники полной прибавочной нормы утверждают, что норма потребительской прибавки не совместима с традиционной теорией благосостояния – назначая нулевую значимость прибыли продавца/акционера, норма, в действительности, игнорирует максимизацию социальной пользы, то есть, выгода продавца/акционера может быть социально позитивной. Придавая одну и ту же значимость всем потребителям, норма потребительской прибавки одинаково рассматривает всех потребителей, поэтому защищает всех потребителей, даже если некоторые могут быть более обеспечены, чем акционеры.

В Соединенных Штатах суды и FCC в настоящее время одобряют формулировку нормы потребительской прибавки. В Канаде, по крайней мере, на настоящий момент принят подход балансирования. В Европейском Союзе эффективность признается до такой степени, до какой совершить сделку позволяет норма потребительской прибавки (иначе считается нежелательной).

Завышенные монополистами цены, в конце концов, наносят реальный вред потребителям. Сторонники потребительской прибавки полагают, что «требования распределенной эффективности редко выдвигаются в обосновании слияния компаний»¹⁷⁵. В соответствии с нормой потребительской прибавки или ценовой нормой должно быть прямое благо для покупателей в соответствующем рыночном сегменте. Любое слияние компаний, которое поднимает цену, вне зависимости от величины любой связанной со сделкой экономии, уменьшает потребительское благосостояние. Таким образом, при этом подходе, эффективность является выявляемой, если только переходит потребителям в форме снижения цен¹⁷⁶. Одна проблема с требованием перехода – отношение между предполагаемым антиконкурентным поведением и вероятной эффективностью.

Кроме того, является ли целью антимонопольных законов запрет перехода ценностей от потребителей производителям, является кажется, сильным экономическим основанием для того, чтобы устранить требование перехода. Прежний Председатель FTC Роберт Питофски (Robert Pitofsky) указал, что требование перехода является «квалификацией убийцы», так как требует почти идеального

175 Mark N. Berry, *Efficiencies and Horizontal Mergers: In Search of a Defense*, 33 SAN DIEGO L. REV. 515, 544 (1996).

176 Каттан говорит, что эта норма потребительской прибавки с его дистрибутивными последствиями поддержана законодательной хронологией. Большинство комментаторов интерпретировало пересмотры 1997 США как принятие подхода «потребительского благосостояния».

конкурентного рынка, в этом случае факт, что сделка не вызывает нареканий, оно ставит на первое место. Соответственно, Питофски заключает, что требование перехода «препятствует рассмотрению защиты эффективности в большинстве случаев, где это имело бы значение». Позже Специальный уполномоченный Лири указал, что он «не одобряет любое отдельное требование того, что переход экономии должен быть продемонстрирован». Канадский Трибунал конкуренции сделал тот же самый вывод, когда категорически отклонил норму потребительской прибавки в Высшем Решении по Переопределению, потому что его принятие во всех случаях сделает вообще защиту эффективности недоступной в соответствии с Законом о конкуренции.

2. Норма суммарной прибавки

Норма суммарной прибавки, как и норма потребительской прибавки, применима к слиянию компаний, которое может привести и к более высоким ценам, и к снижению затрат. Как упоминалось выше, суммарная прибавка – сумма прибавок потребителя и производителя. Потребительская прибавка – разница между тем, сколько потребители готовы платить за продукт и тем, сколько они вынуждены платить, а прибавка производителя – разница между доходами фирмы и ее экономическими издержками (то есть, ее экономическая прибыль).

Если результат слияния компаний состоит в том, чтобы поднять цену соответствующего продукта, не улучшая качество, потребительская прибавка уменьшается *ceteris paribus* (при прочих равных условиях, лат. – прим. переводчика), если слияние компаний выгодно, увеличивается прибавка производителя. Часть увеличения прибавки производителя является результатом уменьшения потребительской прибавки. Это называют передачей ценностей или

благосостояния, поскольку увеличение цены приводит к передаче ценностей от потребителя к производителю. В соответствии с нормой суммарной прибавки не принимается во внимание передача благосостояния от потребителей акционерам. Скорее эффект ослабления конкуренции от слияния компаний измеряется исключительно бременем, ложащимся на общество¹⁷⁷. Поэтому, в соответствии с этой нормой, эффективность должна только превышать потери, чтобы сделка слияния была разрешена.

Возможно, аргументы в пользу суммарной прибавки лучше всего сформулированы профессором Мак Фетриджем (McFetridge):

Норма потребительской прибавки разрешит слияния компаний, которые приносят головную боль потребителям как потребителям и запретит слияния компаний, которые приносят пользу экономике в целом. Она не делает различий между передачей ценностей и разрушением ценностей. У нормы потребительской прибавки, как признано, нет никакого базиса в экономике благосостояния¹⁷⁸.

В отличие от подхода потребительской прибавки, норма суммарного благосостояния придает равную значимость и потерям в потребительской прибавке, и соответствующим выгодам акционеров. Другими словами, передача ценностей на прибавке рассматривается как «нейтральная»¹⁷⁹. Объяснение нормы суммарной прибавки

177 Michael Trebilcock & Ralph A. Winter, *The State of Эффективность in Canadian Merger Policy*, CAN. COMP. REC., Winter 1999-2000 at 106, 106.

178 D.G. McFetridge, *Efficiencies Standards: Take Your Pick*, CAN. COMP. REC., Spring/Summer 2002, at 45, 55.

179 Ross и Winter критически настроены по отношению к нейтралитету и утверждают, что тот факт, что все индивиды с точки зрения экономики потребляют, и поэтому могут быть помечены как потребители, сам по себе не означает, что передача от одной группы индивидов к другой может рассматриваться как нейтральная. Скорее передача – «улучшение благосостояния», если передаются ценности от более богатого менее богатому. *Априорно* нельзя сказать, что потребители на рынке имеют то же самое богатство, что и акционеры. Например, в некоторых рынках – лыжных курортах, авиалиний, частных самолетов, услуг спа, предметов роскоши, в целом, потребители

основано в вере в то, что эффекты передачи ценностей при слиянии компаний нейтральны из-за «трудности определения значимости определенных эффектов, *априорно* основанных на том, кто больше заслуживает доллар»¹⁸⁰. Напротив, при подходе, ориентированном на потребителя, внимание сосредоточено на обеспечении того, что потребители получают прямую долю при передаче ценностей вместо безразличного подхода к тому, кто получает выгоду – потребители или акционеры.

Трудность в сравнении личностной пользы наблюдается и в теоретическом, и в практическом плане. С теоретической точки зрения часто нет никакого основания для того, чтобы оценить благосостояние одного потребителя по чьему-либо благосостоянию. С практической точки зрения часто трудно отследить бенефициариев повышенной прибыли, которыми часто оказываются пенсионные фонды.

Конечно, теоретически возможно назначить дифференциальную значимость потребителям и производителям, как используется в подходе балансирующих весов, обсуждаемом ниже. Возникает вопрос – могут ли, даже предполагая, что норма суммарного благосостояния политически недопустима вообще, принять норму в определенном ограниченном перечне отраслей, такой как телекоммуникации. Учитывая сетевые характеристики, которые существуют в отрасли, ясно, что сетевые эффекты возникают вследствие усиленной эксплуатации сети. Действительно, самая эффективная сеть должна быть монополистической. Хотя

относительно богаты, тогда как в других рынках потребители могут быть менее богатыми по сравнению с акционерами. Ross & Winter, *упомянутый ранее источник*, note 135, at 37-38.

180 Margaret Sanderson, *Competition Tribunal's Re-determination Decision in Superior Propane: Continued Lessons of the Value of the Total Surplus Standard*, CAN. COMP. REC., Spring/Summer 2002, at 1, 1.

оптимальное решение *могло бы* состоять в том, чтобы разрешить такую консолидацию в обмен на длительный регулирующий надзор, например, со стороны FCC, правда неясно, имеется ли на сегодня политическая фора, которая охватывает конкуренцию в условиях регулирования.

2. Подход балансирующих весов

Перераспределение дохода, являющегося результатом сделки, которая усиливает рыночную позицию фирмы, обычно имеет отрицательный эффект в отношении потребителей (через потерю потребительской прибавки) и соответствующий позитивный эффект для продавца/акционеров (через дополнительную прибыль). Подход балансирующих весов пытается найти равновесие между этими эффектами перераспределения, назначая относительные веса каждой из потерь потребителей и прибыли продавцов/акционеров. Этот подход был одобрен канадским Федеральным Апелляционным судом в деле *Superior Propane* и впоследствии возведен в принцип Трибуналом¹⁸¹.

Компенсируют ли эти два эффекта друг друга в каком-нибудь аспекте, является социально-экономическим решением, которое требует количественной оценки в зависимости от индивидуальных характеристик тех потребителей и акционеров, которых затрагивает слиянием компаний¹⁸². В некоторых случаях перераспределение

181 *Comm'r of Competition v. Superior Propane, Inc*, Registry Doc. No. 192b (Competition Tribunal, 2000), *доступно на*

<http://www.ct-tc.gc.ca/english/cases/propane/192b.pdf>. До процесса *Superior Propane* норма суммарной прибавки была подлежащей проверке с начала 1990-х в Канаде и был принят в канадских Рекомендациях по слиянию компаний.

182 Канадский Трибунал конкуренции первоначально отклонил подход балансирующих весов, потому что, *помимо прочего*, полагал, что члены Трибунала не настолько квалифицированы, чтобы делать оценку социальной пользы при конкурирующих социальных интересах....Далее, Трибунал придерживался точки зрения, что принятие подхода балансирующих весов могло бы привести к

дохода нейтрально. В других случаях оно будет рассматриваться как социально позитивное или социально негативное. Трудность в этом подходе, конечно, определяется назначением соответствующие веса каждой из этих социальных групп. Это допускает некоторую степень субъективности, которая, мы считаем, должна быть сведена к минимуму, если это является полезным и относительно предсказуемым средством оценки.

С. Какую норму использовать для доказательства?

Ожидаемое значение эффективности – функция как величины, так и вероятности эффективности и если ожидаемого низкого значения достаточно, чтобы перевесить конкурентные риски сделки, то эффективность меньшей величины или меньшей вероятности, или их обеих может соответствовать бремени объединяемых сторон. Часть скептицизма в отношении эффективности является следствием трудностей в точной оценке будущих событий. Conrath и Widnell высказывают подозрение в отношении оценки доказательств эффективности:

Информация, относящаяся к оценке заявленной эффективности определенных слияний компаний, полностью в ведении руководств объединяемых фирм. У них есть стимул преувеличить или сфабриковать информацию, чтобы получить выгоду – сильную рыночную позицию. Не так сложно заявить лихие показатели эффективности, труднее их достичь. Возможно в результате этого явления, по опыту авторов, редкая сделка слияния привлекает внимание исполнительных органов, чьи сторонники не утверждают, что их специфическое слияние обеспечивает уникальную эффективность, которая отразится на

непоследовательным решениям, основанных на индивидуальных мнениях (и, возможно, субъективных) членов Трибунала.

потребителях и не может быть достигнут без слияния компаний. Фирмы и частные лица, которые фабрикуют завышенные, чрезмерно оптимистические, или причудливые показатели эффективности в тяжбе слияния компаний, не живут бок о бок со всеми последствиями неправильной информации об эффективности. Представьте, что антиконкурентное слияние компаний одобрено на основании предсказаний, что эффективность снижения цен перевесит антиконкурентный рост цен. Если показатели эффективности оказываются завышенными, а антиконкурентные повышения цен происходят, результирующим эффектом будут антиконкурентные высокие цены...

У фирм есть другие препятствия, которые удерживают фирму преувеличивать показатели эффективности... В итоге, однако, всегда уместно оценить показатели эффективности «на глазок», есть ли связь между правдой и последствиями¹⁸³

Правдоподобие показателей эффективности зависит от всесторонней проверки и силы доказательств. Самые частые источники доказательств – внутренние планы компании и исследования затрат, так же как и публичные заявления¹⁸⁴.

183 Craig W. Conrath & Nicholas A. Widnell, *Efficiency Claims in Merger Analysis: Hostility or Humility*, 7 GEO. MASON L. REV. 685, 696-97 (1999). Muris отмечает что «статья Conrath и Widnell... иллюстрирует долгую неприязнь правительственных поверенных. При чтении этой статьи трудно отвергнуть заключение, в котором авторы полагают, что Рекомендации просто прекрасны – Рекомендации 1968, то есть те, которые отклоняют рассмотрение эффективности в большинстве случаев». Muris 1999 Article, там же, note 76, at 751 n.132.

184 Компании, однако, могут быть консервативны относительно оценок потенциальной эффективности, связанной с рыночным потенциалом, чтобы избежать строгого наказания (посредством значения объемов торговли), если были не в состоянии достичь заявленных результатов, скорее фирмы могут быть вознаграждены в долгосрочной перспективе, если занижат свои притязания, а затем получают возможность рекламировать достижения, которые превысили заявленные.

В той степени, в которой поводом для сделки является достижение эффективности, доступны инженерная и финансовая оценка. В зависимости от степени усилий и числа людей в каждой компании, которые вовлечены в предварительное объявление о сделке, можно сделать только предварительную и грубую оценку экономии затрат.

Кроме того, нехватка детальных документов не означает, что стороны сделки не рассмотрели ее законность и положились на потенциальную эффективность в своих деловых решениях относительно сделки. Директор Экономического бюро FTC Дэвид Шеффман (David Scheffman) разъяснил:

Экономисты, как правило, разочарованы недостатком документов компании, обосновывающих эффективность слияния. Такая практика способствует скептицизму экономистов надзорных органов в отношении эффективности слияния. Не ясно, однако, признают ли экономисты надзорных органов, что они, как правило, находят недостаток документов компании, имея дело с *любым* крупным решением стратегического инвестирования, эффект от которого будет получен в далеком будущем. Компании, как правило, не пишут отчёты или исследования чего-либо в форме, которую создал бы экономист. Бизнес рискует, не сочиняя отчетов¹⁸⁵.

Однако, поскольку есть корпоративные планы и исследования затрат, сделанные сторонами слияния, их должны рассмотреть антимонопольные уполномоченные, независимо от того, были ли они собраны до или после объявления сделки. Американские антимонопольные органы имели тенденцию сомневаться в документах и проведенных исследованиях после того, как о сделке было объявлено, даже при том, что, могут быть практические причины,

185 David T. Scheffman, *Making Sense of Mergers*, 38 ANTITRUST BULL. 715, 723 (1993).

почему документы, предваряющие сделку, не существуют или находятся в состоянии разработки.

Кроме того, промышленные исследования эффективности, связанной с масштабом производства, могут быть получены от сторонних консультантов или найдены в экономической и технической литературе. Доказательства промышленных, бухгалтерских и экономических экспертов также может быть полезны. Точно так же информация относительно прошлого опыта слияния компаний или других фирм в отрасли могут быть полезными индикаторами вероятной экономии затрат от предложенного слияния компаний.

Профессор Эллиг полагает, что есть четыре причины быть уверенным, что эффективность, заявленная телекоммуникационными фирмами, по крайней мере, при рассмотрении FCC, надежна: 1) поскольку «представленные материалы заявляются под присягой и наказуемы в случае лжесвидетельства... вероятно, показатели, по крайней мере, представляют возможную версию восприятия фирм вероятных эффектов слияния». 2) «Объединяемые фирмы оказываются перед мощным стимулом занизить ожидаемый объем экономии затрат и другой эффективности». Эти стимулы – продукт регулирующей деятельности FCC, которая «дают множеству сторон, включая конкурентов, поставщиков, профсоюзы, деловых клиентов, потребительские организации, и другие группы общественных интересов возможность утверждать, что они получают часть прибыли от слияния компаний». Стороны слияния могут «уменьшить риск от таких запросов, преуменьшая величину эффективности». 3) «Объединяемые компании часто оглашают запланированную экономию затрат и увеличение дохода, объявляя о них страховщикам и инвестиционным аналитикам и направляя организаторское

вознаграждение на достижении целей». 4) «Ряд слияний, особенно SBC/PacTel, Bell Atlantic/NYNEX, и более раннее слияние сотовых предприятий Bell Atlantic/NYNEX дали ожидаемую экономию затрат в соответствии с планом»¹⁸⁶.

Хотя рассмотрение существующего доказательства, возможно, не устраняет все сомнения относительно 1) будет ли эффективность действительно достигнута и 2) величина экономии, которая будет признана фактически, это не является причиной заключить, что эффективность не может быть учтена вообще или имеет меньший вес, чем доказательство, касающееся силы рыночной позиции. Те же самые трудности и неопределенности можно привести при попытке предсказать любые будущие возможности, включая эффекты концентрации и силы рыночной позиции. Учитывая социальные издержки запрета сделки, которая может произвести существенные синергизмы, исполнительные органы не должны исходить из предположения против эффективности, скорее, они должны оценить достоинства таких показателей точно так же, как и вероятные антиконкурентные усилия. В то время как истиной является то, что прогноз синергизмов от слияния компаний является неопределенным и трудным для осуществления, это часто не более спекулятивно, чем прогноз ответных действий конкурентов или заинтересованных участников рынка к возможным увеличениям цен объединенным предприятием. Далее, бремя более строгого доказательства также могло бы отрицать достижение эффективности. Нил Кэмпбелл (Neil Campbell) соглашается с этим аргументом, замечает, что «будущее увеличение эффективности не нуждается (и обычно не может) быть установленным окончательно... Тот же самый стандарт используется при определении антиконкурентного порога там, где он кажется

186 Ellig, *упомянутый ранее источник*, note 5, at 207-08.

вероятным. Нет никакой причины подразумевать что-то другое в контексте роста эффективности»¹⁸⁷.

Бремя доказательства показателей эффективности, возложенной на стороны сделки, не должно быть абсолютным стандартом.

D. Как включить эффективность в анализ?

Продолжаются дебаты относительно того, как эффективность должна быть включена в анализ сделок M&A. Кажется, по крайней мере, в Соединенных Штатах, есть неписаное «абсолютное правило», которое только в целях принуждения признает эффективность по скользящей шкале по сравнению с уровнями концентрации рынка после слияния компаний. Попросту говоря, это правило предполагает, что чем ниже уровни концентрации, тем с большей вероятностью антимонопольные органы включают в анализ эффективности выгоды от сделки.

Для сделок, поднимающих проблемы более высокой концентрации, этот подход обесценивает показатели эффективности. Кроме того, как обозначено в Пересмотрах 1997 года и в недавних решениях суда, в какой-то момент концентрация может достигнуть уровня, на котором уже не учитывают эффективность (например, в отношении монополии или компании, близкой к монополии или, как предложено бывшим Председателем FTC Питофским там, где объединенной компании принадлежит более тридцати пяти процентов рынка)¹⁸⁸. Действительно, эффективность никогда не была первопричиной того, что антимонопольным органам США отказали в

187 A. NEIL CAMPBELL, MERGER LAW AND PRACTICE: THE REGULATION OF MERGERS UNDER THE COMPETITION ACT 156 (1997).

188 См., например, U.S. Merger Guidelines and U.S. 1997 Revisions, упомянутый ранее источник, note 75, at ch. 4.

запрете слияния компаний¹⁸⁹.

Точно так же использование структурных рыночных индикаторов, кажется, соответствует текущей модели ЕС, в той степени, в какой Европейский союз не признает явно защиту эффективности, а скорее принимает во внимание вероятность эффективности при использовании относительно высокого порога для ее структурных предположений.

Защита эффективности в Канаде не предусматривает пределов уровня концентрации, которая может быть разрешена на этом основании. Без таких пределов признание правильной защиты эффективности теоретически может разрешить создание монополии или почти монополии, которая устраняет конкуренцию в целом, увеличивает потребительские цены, и эффективно устраняет или расстраивает другие цели антимонопольного законодательства.

Действительно, практический эффект решения Трибунала в деле *Superior Propane* разрешил почти монополии в нескольких канадских рынках, где будет достигнута значительная эффективность, по крайней мере, в ближайшем будущем (поскольку возможности выхода на рынок все еще доступны, как отмечено Трибуналом), несмотря на аргумент Канадского Специального Уполномоченного, что «никакое слияние компаний в монополии не может по определению привести к росту эффективности, которая перекроет воздействие слияния на конкуренцию»¹⁹⁰.

Мы утверждаем, что вместо того, чтобы использовать

189 См. Jonathan B. Baker, *Efficiencies and High Concentration: Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001) in The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy* (John E. Kwoka, Jr. and Lawrence J. White, eds., 4th ed. 2004); См. также Berry, упомянутый ранее источник, note 201, at 526-28; Conrath & Widnell, упомянутый ранее источник, note 213, at 688-690.

190 Konrad von Finckenstein, Address at Canadian Bar Association Competition Law Section Annual Meeting, Ottawa (Sept. 30, 1999), доступно на <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct01616e.html>.

концентрацию, следующую из слияния компаний как абсолютный тест, анализ сделок M&A должен быть сосредоточен на комбинации качественных и количественных показателей. Наложение строгого «монополистического» исключения устранило бы это. Кроме того, как такое «монополистическое» исключение применять – в восьмидесяти пяти процентах, восьмидесяти восьми процентах, девяноста трех процентах, или ста процентах случаев? Результат был бы довольно произвольным и предполагал бы точность, которая не является реалистичной, особенно там, где могут быть вопросы относительно определений надлежащего продукта или географии рынка.

Поэтому бы не отказаться от предположения, основанного на концентрации, в пользу индивидуальных оценок других факторов, таких как состояние рынка и сетевая эффективность? Есть, в конце концов, эффективность в принятии решения, основанная на правиле, которое с готовностью действует, а не в каждом случае, предпринимая развернутое рассмотрение конкурентных эффектов (включая эффективность), которые, вероятно, будут иметь место в результате слияния компаний¹⁹¹. Но, во-первых, насколько правильно предположение о концентрации? Предположение, что сделка, вероятно, приведет к росту цен, основанное на уровнях концентрации, однородно распределенным по всем отраслям, рассматривается некоторыми учеными как слабое, не учитывающее экстраординарные обстоятельства возникновения или расширения односторонней рыночной власти. Другими словами, эмпирическая основа существующих теорий осуждения сделок слияния компаний, основанная на концентрации и рыночной доле, просто не имеет под собой твердой основы. Это, как полагают, особенно справедливо в отношении рынков, где велик темп технологического развития.

191 C. Frederick Beckner III & Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 67 ANTITRUST L.J. 41 (1999).

Например, согласно канадским законам о конкуренции, рыночная концентрация или рыночная доля – только один из факторов, которые рассматривают при рассмотрении слияния компаний. Фактически, канадский Закон о конкуренции обеспечивает, что Трибунал не сможет определить, что слияние компаний существенно ослабляет конкуренцию исключительно на основе рыночной доли или концентрации¹⁹².

Мы утверждаем, что вместо строгого соответствия предположениям о концентрации, лучший аналитический подход, который следует принять как часть рассмотрения слияния компаний – это процедуры, применяемые американскими судами в Разделе 1 требований Шермана. Если бы рынок был очень сконцентрированным, то подход «беглого взгляда» можно было бы принять¹⁹³.

При таком подходе, когда истец или правительственные органы установили *prima facie* факт незаконности (основанный на рыночной доле, барьерах для выхода на рынок, предшествующей деятельности и т.д.), бремя доказательства тогда ляжет на ответчиков, чтобы представить доказательство в поддержку показателей эффективности. Тогда редко бы имели место дела в контексте слияния компаний, в которых правило обоснования применялось и отклонялось «в мгновение ока»¹⁹⁴.

Пока ответчики в состоянии привести некоторое доказательство законных показателей эффективности, будет проводиться развернутый анализ по правилам обоснования, чтобы определить конкурентную динамику соответствующего рынка и вероятные

192 The Competition Act, R.S.C., ch. C-34, § 92(2) (1985) (Can.).

193 См. NCAA против Bd. of Regents, 468 U.S. 85 (1984); См. также Cal. Dental Ass'n против FTC, 526 U.S. 756 (1999).

194 NCAA против Bd. of Regents, 468 U.S. at 109-10, n.39 (quoting PETER AREEDA, THE “RULE OF REASON” IN ANTITRUST ANALYSIS 37-38 (1981)).

конкурентные эффекты, если эффективность имеет место. В стадии действия правила обоснования не высказываются никакие предположения незаконности, основанные на рыночной концентрации; скорее бы использовался баланс вероятности эффектов ослабления конкуренции и потенциала роста эффективности. Норма доказательства должна быть основана на балансе вероятностей для обеих сторон.

VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Роль эффективности при рассмотрении слияния компаний все еще продолжает развитие вместе с текущей обстановкой по крайней мере в Европейском союзе и до некоторой степени в Соединенных Штатах, где отношение к ней еще более неприязненное, чем, казалось бы, соответствующее оптимуму. В Канаде существует более дружественное представление об эффективности, но и там остаются значительные противоречия относительно того, как достичь правильного баланса, даже если защита эффективности будет оставлена в ее существующей форме. В следующем обсуждении мы попытаемся просуммировать некоторые из выступающих проблем, так же, как возможные пути к реформе.

Во-первых, некоторые из общих проблем, связанных с достоверной оценкой экономии затрат и других выгод, следующих из слияния компаний, могут усилиться, когда объединяемые стороны действуют в сложной сетевой среде, такой как передача данных. Например, сетевая эффективность должна быть тщательно сбалансирована с потенциалом близких доминирующих сетей, чтобы привести рынок к выгоде для них. Дальнейшая экономия за счет роста производства и ассортимента в отрасли телекоммуникаций отличаются от той, которая очевидна в традиционных производящих отраслях.

Во-вторых, регулирующий фильтр, развернутый надзорными за конкуренцией органами, относительно которого должна рассчитываться эффективность, может быть чрезмерно строгим и ограничивающим, особенно при рассмотрении некоторых сложных и уникальных случаях эффективности в сделках M&A в сфере телекоммуникаций. В то время как производственная эффективность выявляется с достаточной долей вероятности, другие категории эффективности, вероятно, будут рассмотрены с большой долей скептицизма или отклонены напрямую. Динамическая или R&D эффективность может быть основной в сделках M&A в сфере телекоммуникаций, и все же некоторые надзорные за конкуренцией органы считают их слишком трудными для предсказания, количественной оценки и проверки и поэтому занижает значение или отклоняет ее.

Эффективность от дистрибуции и продвижения, так же как эффективность от сделок приобретения и экономии капитальных затрат могут иметь меньшую значимость или отклонены, несмотря на факт, что сделки проработаны и представлены в ожидании того, что соответствующая эффективность будет достигнута, а во многих сделках, эффективность понятна фактически. Есть ясная потребность в большей восприимчивости и понятности для надзорных за конкуренцией органов всех категорий эффективности и их объяснений (так же как ожидаемых выгод для потребителей в ближайшей или долгосрочной перспективе), совмещенных с рассмотрением на основе конкретных дел вероятности достижения такой эффективности.

В-третьих, какая норма должна применяться при определении, обосновывает ли, в итоге, эффективность сделку? В настоящее время в Соединенных Штатах и Европейском Союзе, весь анализ построен

по норме потребительской прибавки, в соответствии с которой после слияния компаний должны упасть цены, или имеется прямая выгода для потребителей. В то время, как подход суммарной прибавки находит значительную поддержку среди многих экспертов-экономистов, подход балансирующих весов может быть разумным компромиссным решением, которое обеспечивает баланс интересов и потребителей, и поставщиков и позволяет уполномоченным по конкуренции получить более глубокое и долгосрочное представление об эффективности, который, в течение длительного срока приносила бы пользу обществу в целом. Однако, необходимо приложить усилия, чтобы уменьшить субъективность и увеличить предсказуемость этого метода.

Наконец, по нашему представлению, была бы ошибкой для каждой юрисдикции продолжать разработку политики эффективности в вакууме разобщенности. Основой эволюции глобального рынка является условие, чтобы эффективность продвигалась и рассматривалась одинаково надзорными за конкуренцией органами и FCC, а политика эффективности не противоречила юрисдикции. Принятие и развитие более широкой и более универсальной защиты эффективности, лишенной противоречий, все более и более требуют, чтобы антимонопольные органы разработали метод экспертизы для оценки эффективности и ее эффектов, включая определение, какая эффективность должна быть включена в компенсацию эффектов снижения конкуренции от слияния компаний, устанавливая, как такая эффективность должна быть определена количественно и решить, как она должна оцениваться по сравнению с принятой потерей к потребительской прибавки после того, как она определена количественно.

Доказательства, подтверждающие предшествующие

исследования, иногда находят легко, но они могут также быть разнообразны и не обязательно достижимы с легкостью. Однако такие исследования могут быть выполнены с пользой для надлежащего учета и экономической экспертизы. Поэтому надзорные за конкуренцией органы не должны уклоняться от таких проблем из-за сложности или кажущейся неопределенности.

Еще больший вызов в контексте транснациональных случаев слияния компаний, которые становятся все более и более привычной ситуацией в глобальной телекоммуникационной отрасли. Практика и разработка соответствующей экспертизы¹⁹⁵, этих и других вызовов, являющихся результатом рассмотрения эффективности, должны стать более управляемыми. Аналитическая работа, касающаяся эффективности, должна продолжаться, если мы рассматриваем сделки M&A, заключаемые сбалансированным и явным способом, которая не налагает неверных политических значений, чтобы заблокировать потенциально выгодные сделки из-за обилия предостережений, или разрешить сделки, результатом которых будет неконтролируемая и длительная плата монополии объединенной фирмы. Такие суждения требуют пристрастного и тщательного изучения всех материалов, а не реакций, основанных на неверных или неподдерживаемых политических или экономических предположений. Такое возможно только путем длительного диалога между надзорными органами, экономистами, юристами и бизнесменами, что роль эффективности будет лучше соответствовать нашей все более и более глобальной среде M&A.

195 *Scherer Case Western Article*, упомянутый ранее источник, note 193, at 22 («Чтобы выполнять такую работу правильно, ... надзорные органы должны будут обратиться к новым видам экспертизы – например, к тем, которыми владеют дорогостоящие консалтинговые фирмы по вопросам управления»).

**ПРИЛОЖЕНИЕ.
СРАВНЕНИЕ ПОДХОДОВ К ЭФФЕКТИВНОСТИ**

<i>Соединенные Штаты</i>	<i>ЕС</i>	<i>Канада</i>
Нет отдельной, установленной законом защиты эффективности. Прирост эффективности рассматривается как часть суммарной оценки	До сих пор продолжаются дебаты – чем считать эффективность, объектом защиты или обвинения	Определяемая законом защита
Рост эффективности должен продемонстрировать, что сделка, по всей вероятности, не является антиконкурентной	Рост эффективности не признается явно, как основание разрешить сделку, которая в противном случае рассматривается как антиконкурентная	Рост эффективности должен «превышать антиконкурентные эффекты»
Сравнение роста эффективности на одном рынке с антиконкурентными эффектами на другом является прерогативой стороны обвинения	Нет явных прецедентов разрешительной компенсации	Рост эффективности должен превышать совокупный антиконкурентный эффект
Эффективность должна быть специфичной для сделок слияния	Эффективность должна быть специфичной для сделок слияния	Эффективность должна быть специфичной для сделок слияния
Эффективность является конечной целью американских антимонопольных законов, однако, конечной целью является благо для потребителя	«Технический и экономический прогресс» среди принципов, перечисленных в Соглашении и EСMR	Эффективность имеет первостепенную важность в конкурентной политике Канады

Норма потребительской прибавки или норма модификации цен или ценовой стандарт	Норма потребительской прибавки	Подход «балансирующих весов»
Эффективность почти никогда не является обоснованием сделки, ведущей к монополии или почти монополии. «Экстраординарная» эффективность требуется в условиях высокой рыночной концентрации	Эффективность с малой долей вероятности способствует возникновению или усилению доминирующего положения	Эффективность может способствовать слиянию в монополию или почти монополию
Не ясно, должна ли эффективность отразиться на потребителях в форме более низких цен. Окружной Суд Округа Колумбия хранил молчание по поводу, что считать «экстраординарной» эффективностью	Должна быть выгодна потребителям	Нет ясной методологии, как сопоставить потери потребительской прибавки с выгодой продавцов/акционеро в

О СЕТЕВОМ НЕЙТРАЛИТЕТЕ 1.0, 2.0, 3.0 И 4.0

Что ещё можно написать о сетевом нейтралитете? Каждая вторая студенческая работа посвящена этой теме, каждый день я получаю по электронной почте ссылки на научные издания и политические документы¹⁹⁶. Что ещё добавить? В этой связи в начале я попытаюсь отметить, что сам предмет исследований меняется, траектория изменений не прямолинейная, и мы только в начале этого пути. Охарактеризуем различия между переходными стадиями. Я воспользуюсь хорошо известной метафорой Интернет 1.0 - Интернет 2.0 и т.д.

Сетевой нейтралитет 1.0

Дискуссия о сетевом нейтралитете в процессе регулирования и политической деятельности это прежде всего дискуссия о сетевом нейтралитете Интернета. В 2003 году Тим Ву включил его в заголовок своей работы Сетевой нейтралитет и дискриминация вещания¹⁹⁷. Он описал сетевой нейтралитет как любой Интернет, без предпочтений в пользу одного приложения (скажем Всемирной паутины – WWW) над другим (скажем электронной почтой). Мало-помалу сетевой нейтралитет появился в политических заголовках. В 2005 Федеральная комиссия по коммуникациям США¹⁹⁸ выпустила

196 В настоящий момент изучаю работу Криса Марсдена ‘Net Neutrality, Towards a Co-regulatory Solution’, Bloomsbury Academic, 2010 (download version: <http://ssrn.com/abstract=1533428>).

197 T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, 2 J. on Telecomm. and High Tech. L. 141. (http://www.jthtl.org/content/articles/V2I1/JTHTLv2i1_Wu.PDF).

198 FCC – Администрация связи США, обладает компетенцией аналогичной Минкомсвязи России.

Заявление о политике в Интернете, которое включало четыре принципа уважения сетевого нейтралитета. а) потребители обладают правом доступа к законному контенту по их выбору; б) потребители обладают правом использовать приложения и услуги по своему выбору; в) потребители обладают правом подключать по своему выбору законные приспособления, которые не наносят ущерба сети и д) потребители обладают правом выбирать среди сетевых операторов, поставщиков приложений и услуг и поставщиков контент-провайдеров¹⁹⁹. Действующий Председатель ФКК США Юлиус Дженачовский добавил два будущих принципа: отсутствие дискриминации и прозрачность²⁰⁰.

В Европе обсуждение совпало с поддержкой так называемых Новых Правил регулирования изменяющих регулирование коммуникационного сектора. В изменённых европейских правилах в большей или меньшей степени скопирована американская модель. Законодательство должно представлять интересы граждан, населения посредством возможности конечного пользователя иметь доступ и распределения информации или приложений и услуг по его их выбору²⁰¹. Для достижения этого правила могут устанавливать положения близкие к американским правилам. На первом месте, это требование прозрачности. Провайдер обязан обеспечить своих пользователей информацией о любых процедурах имеющих место в процессе поставки измерения и оформления трафика а также о том, как эти процедуры влияют на качество услуг²⁰². На втором месте, - правила должны приниматься с учётом сетевого нейтралитета: “В

199 FCC Policy Statement on Network Neutrality FCC 05–151, adopted 5 August 2005.

200 FCC, news bulletin (‘FCC Chairman Julius Genachowski Statement on Open Internet Public Notice’), 1 September 2010.

201 Статья 8.4, sub g, Directive 2002/21/EC (Рамочные условия).

202 Статья 21.2, sub d, Directive 2002/22/EC (Универсальная услуга).

соответствии с законодательством предотвращение случаев ограничения или снижения скорости сетевого трафика гарантируется государствами-участниками соглашения которые через администрацию связи обеспечивают установление минимального качества потребляемой услуги”²⁰³. В целях выполнения этого правила несколько национальных надзорных органов и правительств начали обмен мнениями. Европейская комиссия также запросила мнение участников рынка²⁰⁴. На основе ответов поставщиков услуг (всего 318) Европейская Комиссия сделала заключение о широком разнообразии мнений, но, в то же время, отметила отсутствие предложений для дальнейшего регулирования²⁰⁵. Как правило, совещания и подготовка точек зрения на национальном уровне предшествует подготовке заключения²⁰⁶. Возможно это некоторое упрощение вещей, но множество исследований вопроса Сетевого Нейтралитета 1.0 фиксируют состояние перед “точкой кипения” или “прорывом нарыва” по причине того, что руководство сетевых компаний способно, но будет против изменений – но первое что необходимо, это больше прозрачности.

Сетевой нейтралитет 2.0

Должны и могут ли представленные в политических

203 Статья 22.3, Directive 2002/22/EC (Универсальная услуга).

204 IP/10/860, d.d. 30/6/2010 (‘Digital Agenda: Commission launches consultation on net neutrality’).

205 9. 9 IP/10/1482, d.d. 9/11/2010 (‘Digital Agenda: consultation reveals near consensus on importance of preserving open Internet’).

206 Например: Autorite de regulation des Communications électroniques et des postes (ARCEP), ‘Discussion points and initial policy directions on Internet and network neutrality’, May 2010; Office of Communication (OFCOM), ‘Traffic Management and ‘net neutrality, a Discussion Document’, 24 June 2010). See also: Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), ‘BEREC Response to the European Commission’s consultation on the open Internet and net neutrality in Europe’, BoR(10)42, 30 September 2010.

документах принципы и правила быть реализованы в конкретных мерах? ФКК, которая приняла участие в консультациях о сетевом нейтралитете и возможностях регулирующего воздействия, предприняла “Полнотекстовый поиск”, результатом которого был отчет в декабре 2010 года²⁰⁷. В нем, впервые, были представлены кое-какие возможности или принципы более существенные к настоящему²⁰⁸. В нем отмечается состояние новой стадии Сетевой Нейтралитет 2.0. Во главу регулирования ФКК положено три правила: о прозрачности, о запрете блокирования доступа и о запрете беспричинной дискриминации²⁰⁹ основные из которых были кратко здесь рассмотрены. Поставщики широкополосного доступа в Интернет должны публично раскрывать точную информацию об управлении сетью, предложениях и коммерческих условиях оказания услуг. Эта необходимо сделать на таком уровне, чтобы потребители могли сделать осознанный выбор. Порядок включает будущие детали такие, как какой тип конкретной представляемой информации, но и без закрепления этих деталей фраза подобно “должно быть включено эффективное раскрытие” говорит о многом. Что необходимо отметить, ФКК не рассматривает прозрачность как независимое средство блокирования проблемы. Это то, почему два дополнительных правила установлены. Блокирование доступа – запрещено. Поставщик доступа в Интернет “не может блокировать законный контент, приложения, услуги или безопасные устройства субъекты, предметы разумного сетевого управления”. Это правило применяется к поставщикам услуг фиксированного интернет доступа.

207 Notice of Proposed Rulemaking d.d. 22 October 2009, FCC 09–93 (‘Open Internet NPRM’).

208 Американская дискуссия о сетевом нейтралитете также затрагивает вопросы юрисдикции, но они не рассмотрены здесь.

209 Эти правила были включены в часть 8 главы 47 Свода федеральных законов США.

Для мобильных операторов правило ограничено доступом к законным веб-сайтам. Блокирование приложений, которые включают мобильную голосовую или видео телефонию, однако не запрещается (вновь предмет “разумного сетевого управления”). Это второе правило означает, что конечные пользователи должны иметь свободный доступ к Интернет как для поиска информации, так и для её распространения. Хотя правила для мобильных сетей менее строгие, ФКС убеждена, что блокирование поставщиков голосовых услуг по Интернет (таких как Скайп) должно быть запрещено. В дополнение, на взгляд ФКК в данном случае нет разницы между блокированием и ограничением трафика. Исключением является только компенсационное блокирование по причине неоплаты. Третье правило состоит из двух составляющих. Первое, запрещение поставщикам фиксированного доступа к Интернет необоснованного ограничения передачи правомерного сетевого трафика поверх потребительской услуги доступа к Интернет. Второе, устанавливается, что разумное сетевое управление не допускает беспричинных ограничений. В соответствии с требованиями ФКК практика управление сетью считается разумной, если она соответствует и построена с учетом архитектуры и правового режима сети и соответствует целям управления, принимая в расчет особенности сетевой архитектуры и технологию доступа к широкополосной услуге. Следующее, несколько примеров упомянуто, включая перегрузку сети. В частности, имеют важное значение замечания ФКК о предпочтении основного трафика по отношению к другому трафику. Это тонкий вопрос, который имеет место для формирования давления на определённых операторов связи, которые генерируют много трафика по сравнению с оплатой, и продвигают этот трафик “во главу магистрали”. Некоторые операторы

готовы платить за качественную транспортировку трафика как есть²¹⁰. Представляя различные соображения, ФКК предлагает установить в правилах такую плату за приоритет, что является маловероятной его использование с целью неблагоразумной дискриминации. В соответствии с текстом, из которого следует запрет необоснованной дискриминации, не следует, что он относится к участникам мобильной связи. Представленные аргументы, что мобильный Интернет находится в состоянии развития, что регулирование влияние ФКК осуществляется “размеренными шагами”.

Наконец, в контексте благоразумного/неблагоразумного управления сетью ФКК признаёт как явление “специализированные услуги” (иногда также именуемые термином “управляемые услуги”). Услуги, относящиеся к части объема широкополосного доступа к Интернет, такие как, например Интернет протокол в основе голосовой телефонии и видео услуг. Развитие этих услуг проверяется тщательно, и как отмечает ФКК определение широкополосного доступа к Интернет также включает услуги, которые функционально эквивалентны или предназначены для обхода новых правил. Интересно посмотреть, если правила ФКК будут приняты в Европе в короткий срок. Это будет означать, что нерассмотренные позиции будут быстро оставлены. Некоторые регуляторы будут способны включать такой выбор в выполнение новых, европейских требований.

Сетевой нейтралитет 3.0

Представление реального правила для прозрачности и нейтралитета сети есть только последующий шаг. Это будет ясно на практике, если правила прозрачности и сетевого нейтралитета действительно сделают разграничение. По поводу правила

210 См., например: Verizon-Google Legislative Framework Proposal and the discussion around it or the Comcast/Level3/Netflix dispute.

прозрачности...Как отмечалось ранее, ФКК отмечает, что прозрачность сама по себе не является средством, взгляд, который тем временем нашёл широкую поддержку. В контексте сетевого нейтралитета прозрачность предназначена для информирования пользователей о получаемом им продукте, с одной стороны, но и с целью помощи сделать обдуманый выбор на основе информации, получаемой между принятием одного предложения или переключением к другому, с другой стороны. Конечно, это заметно, если случается на практике. Информация определённо не общение, а информация. Интересный пример в данном контексте, определение прозрачности информации, которую Французский телекоммуникационный регулятор АРСЕП включает в консультационный документ: Поставщик услуг Интернет обязан обеспечить конечного пользователя ясной, точной, и своевременной информацией относительно услуг и приложений, которые доступны через его системы данных, методы управления, практика управления сетями, качество предлагаемых им услуг, и возможные ограничения. Решит ли потребитель действительно поменять поставщика услуг, зависит от полученной информации и многих факторов²¹¹. И не без причины потребитель переходит туда, где получает все больше и больше внимания. Как легко в этом случае неудовлетворенность доступа к услуге поменять однажды на купленную связку услуг? Как заменить комплекс услуг (красная лента, условия и т.д.)? Хорошо, что ФКК представила конкретные правила для сетевого нейтралитета, но многие проблемы не решены, “благоразумность” (умеренность) часто используется в регулирующих концепциях есть ещё много почвы для закрытия в практическом толковании что представляет собой благоразумность умеренность. Специальная услуга управления

211 См., например: ‘BEREC report on best practices to facilitate consumer switching’, October 2010 (http://www.erg.eu.int/doc/berec/bor_10_34_rev1.pdf).

делает Интернет “надёжным”: услуга более не часть “облака”, но непосредственно предлагается поставщиком Интернет услуг. Каков необходимый объем услуг для его поддержания остаётся пока без ответа.

Сетевой нейтралитет 4.0

Диалектический процесс между навязанными правилами и имеющими реальную силу будет вести несомненно к будущим проявлениям сетевого нейтралитета. Я, воспользуясь случаем, остановлюсь на двух моментах. Сетевой нейтралитет – это только способ, а не решение. Когда эта информация становится достоянием конечного пользователя сложная цепь ценностей достигает своей цели. Каждое звено в этой цепи ценностей является слабым: любое может порваться. Когда поставщики услуг доступа к Интернет будут ограничены в возможности влиять на трафик проблема, возможно, переместится в другое место в цепи ценностей. На практике это явление уже становится заметным²¹². Поставщики основного и периферийного оборудования также пробуют использовать сетевой нейтралитет поддерживая собственных поставщиков и т.д. Операторы кабельного телевидения продвигая услуги Интернет самостоятельно обнаружили, в конце концов, что сами запустили “Троянского Коня”. Традиционное кабельное телевидение может быть теперь заменено услугами телевидения поверх услуг Интернет (телевидение поверх Интернет-протокола). Как результат, если не принимать в расчет цепь ценностей в динамике, а только бороться с симптомами, болезнь не победить. Необходимо исследовать цепь ценностей. Это автоматически возвращает меня к моему второму наблюдению. Сетевой нейтралитет это не что-то “техническое”; это только аспект

²¹² См., например: R. Frieden, ‘Winning the Silicon Sweepstakes: Can the United States Compete in Global Telecommunications?’, Yale University Press, 2010, pp. 275–289.

проблемы, которая имеет гораздо более глубокие корни: кто берёт контроль за глазами, кто берёт контроль за контентом? Сторона контролирующая пользователя и/или контент, также возьмёт под контроль главный поток доходов. Это перспективно, Интернет имеет много общего с организацией классического радиовещания в его ранней модели. В этом секторе в прошлом произошло несколько откровенных обменов мнениями, например, по поводу доступа к сетям распределения. Не удивительно, и весьма оправдано, по моему мнению, сравнение сделанное в литературе по поводу политики и регулирования в сфере кабельного телевидения. Учитывая накопленный опыт, это может быть полезным, но может быть как открытая банка червей. Это не отменяет факта, который имеет место в настоящее время, это конвергенция теле коммуникаций и медиа сферы, что также требует обсуждение в контексте следующего витка.

Следующая остановка сетевой нейтралитет 5.0....

Научное издание

Право информационного общества: Телекоммуникации.

Сборник статей зарубежных авторов.

Перевод

Юрий Викторович Волков,

Алексей Камильевич Горяинов.

Общая редакция Ю.В. Волков.

Подписано в печать 07.11.2011. Формат 60x90 1/16.

Печать офсетная. Печ.л. 9,75. Тираж 100 экз. Заказ 413.

ООО Универсальная Типография «Альфа Принт»

620026, г. Екатеринбург, ул. Народной Воли, дом № 62

Издатель Волков Ю.В.

запланировал издания:

Субъекты телекоммуникационного права;
Право Информационного общества: информация Вып. 2;
Основания телекоммуникационного права;
Телекоммуникационное право: сборник статей.

Вышли из печати

Основы телекоммуникационного права: учебное пособие

Подробности на сайте <http://www.telecomlaw.ru>.