



HEAD

G. Richard Shell

Make the Rules or Your Rivals Will

Crown Business
New York

Ричард Шелл

1 Установи свои правила, иначе это сделает конкурент

Издательский дом «Секрет фирмы»
Москва
2005

УДК 334.012.32:005.511

ББК 65.290-2

Ш 44

G. Richard Shell

Make the Rules or Your Rivals Will

Перевод с английского – М. Штернгарц

Редакторы – И. Гансвинд, В. Башкирова



СФ

Шелл Ричард

Ш 44 Установи свои правила, иначе это сделает конкурент. —

М.: ИД «Секрет фирмы», 2005. — 304 с.: ил.

ISBN 5-98888-013-4

Книга профессора Ричарда Шелла, преподающего в знаменитой Уортонской школе бизнеса Пенсильванского университета, открывает новое измерение для традиционных конкурентных бизнес-стратегий. И это новое измерение, а именно: осмысленная, последовательная и наступательная юридическая стратегия — является очень мощным и действенным оружием в неценовой конкурентной борьбе. В соответствии с этим роль и смысл деятельности юридической службы на предприятиях должны быть радикально изменены. Юридическая служба из сервисного «центра затрат» превращается в центр создания стоимости и источник стратегического развития бизнеса.

В этой книге на многочисленных примерах, простым и убедительным языком раскрывается эффективность юридической стратегии в условиях деловой практики США, что, с определенными оговорками, может быть перенесено на российскую почву. Те руководители предприятий, кто первыми разработают такие стратегии, пополнят свой конкурентный арсенал неотразимыми аргументами. Остальным придется жалеть, что они вовремя не прочитали эту книгу.

УДК 334.012.32:005.511

ББК 65.290-2

The translation published by arrangement with Crown Business, an imprint of Random House, Inc., and with Synopsis Literary Agency.

Все права защищены. Ни одна часть настоящего издания ни в каких целях не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами, будь то электронные или механические, включая фотокопирование и запись на магнитный носитель, если на это нет письменного разрешения издателя.

ISBN 1-4000-5009-X (англ.)

© G. Richard Shell, 2004

ISBN 5-98888-013-4

© Издательский дом «Секрет фирмы», 2005

содержание

ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ	9
ПРЕДИСЛОВИЕ АВТОРА	12
ВВЕДЕНИЕ. Первый закон бизнеса	16
Как найти свое место за столом, за которым разрабатываются законы	18
Мастера использования законодательства:	
от Джозефа Уортона до Билла Гейтса	20
Использование закона и злоупотребление законом	22
Часть I. Разработка правил	27
Глава 1. Мечта стратега:	
<i>контроль над конкуренцией</i>	29
Юридические ходы в стратегии бизнеса	35
Закон и конкурентное преимущество	36
Пять факторов успеха юридической стратегии: введение	41
Анализ пяти факторов	45
Глава 2. Игры вокруг влияния:	
<i>законодательство</i>	50
Демократия в действии	53
Методы влияния: чего хотят политики	55
Как преподнести свою проблему	60
Использование законодательства в конкурентной борьбе:	
четыре стратегии	64
Несколько слов о комитетах законодательных органов	72
Пять факторов успеха юридической стратегии при лоббировании	
в законодательных органах: краткий обзор	73
Глава 3. Бюрократические ловушки:	
<i>государственное регулирование</i>	76
Государственное регулирование как шахматная игра	78
Основные стратегические инструменты	
государственного регулирования	84
Несколько слов об антимонопольном законодательстве	98
Пять факторов успеха юридической стратегии в бюрократической игре:	
краткий обзор	103

ГЛАВА 4. Сначала вчините иск, а потом задавайте вопросы: <i>судопроизводство</i>	106
Судебная лотерея	108
<i>Стадия 1.</i> Судиться или не судиться?	111
<i>Стадия 2.</i> Где и кем будет рассматриваться дело?	114
<i>Стадия 3.</i> Подача искового заявления и предварительные постановления суда	118
<i>Стадия 4.</i> Представление документов и доказательств	124
<i>Стадия 5.</i> Судебный процесс	128
<i>Стадия 6.</i> Подача апелляции	131
<i>Стадия 7.</i> Исполнение судебного решения	132
Несколько слов о коллективных исках и арбитраже	133
Пять факторов успеха юридической стратегии при судебном разбирательстве: краткий обзор	136

ЧАСТЬ II. Использование правил	139
---------------------------------------	-----

ГЛАВА 5. Пять рыночных сил: <i>конкурентная юридическая стратегия</i>	141
Стратегическая модель Майкла Портера: пять рыночных сил	146
Пять факторов успеха юридической стратегии в «войне чипов памяти»	149

ГЛАВА 6. Борьба с конкурентами: <i>«войны брэндов» и «ценовые войны»</i>	152
Споры о словах: «войны брэндов»	154
Стратегии низких цен	161
Прибыль от специализированных продуктов и блокбастеров: защита «бриллиантов короны»	164
Стратегии «закрепления» клиентов	167
Борьба за долю на рынке: психоз слияний и поглощений	169
Схватки врукопашную: иски о нечестной конкуренции	173
Пять факторов успеха юридической стратегии в битвах между конкурентами: краткий обзор	177

ГЛАВА 7. Блокирование новых конкурентов: <i>барьеры для входа на рынок</i>	180
Начнем сначала: локальные (географические) рынки	183
Идем дальше: геополитические границы	186
ВТО: правовой форум глобальной торговли	190
Защита продуктовых рынков: определение границ отрасли	195
Пять факторов успеха юридической стратегии в баталиях с новыми конкурентами: краткий обзор	198

Глава 8. Контроль над инновациями:	
<i>патенты и стандарты</i>	202
Признанные продукты и угроза появления новых товаров	204
Альтернативные каналы сбыта	208
Патентные стратегии в отраслях высокой технологии	211
Инновации и отраслевые стандарты	225
Использование прав на интеллектуальную собственность: патентование стандартов	230
Пять факторов успеха юридической стратегии в битвах вокруг нововведений. краткий обзор	231
<hr/>	
Глава 9. Закрепление поставщиков и клиентов:	
<i>контракты и коалиции</i>	234
Установление правил игры между поставщиками и клиентами	236
Лоббирование интересов малого бизнеса: сила коалиций	242
Плач производителей: параллельный импорт	245
Мир контрактов	248
Использование закона в качестве рычага при обсуждении контракта	256
Пять факторов успеха юридической стратегии в сбытовой цепочке и каналах дистрибуции: краткий обзор	260
<hr/>	
Глава 10. Защита от правовых «хищников»:	
<i>как играть в обороне</i>	264
Жизнь в юридической борьбе	265
Защита в рамках конкурентной юридической стратегии	270
Правовая защита от обвинений в подрыве конкуренции	271
Правовая защита от регулятивных мер, ограничивающих конкуренцию	277
Правовая защита от судебного иска, направленного на ограничение конкуренции	282
<hr/>	
ЗАКЛЮЧЕНИЕ. игра по правилам	286
<i>Правило 1. Сделайте юридическую стратегию частью стратегии бизнеса</i>	287
<i>Правило 2. Следите за предупредительными сигналами</i>	287
<i>Правило 3. Будьте готовы урегулировать любое судебное дело</i>	288
<i>Правило 4. Боритесь с правовыми «хулиганами» на рынке</i>	289
<i>Правило 5. Будьте бдительны: действия на рынке могут изменить правовой ландшафт</i>	290
<i>Правило 6. Не спите — лоббисты никогда не спят</i>	291
Заключительное замечание: игра по правилам	292
<hr/>	
БИБЛИОГРАФИЯ	296
Об авторе	302



Предисловие к русскому изданию

В практике издательской работы не всегда попадаются одинаково удачные книги. Сейчас вы, уважаемый читатель, держите в руках «рыбину» действительно большого размера, по-настоящему значительную книгу, меняющую привычные представления о стратегиях бизнеса. В наши дни наблюдается определенный «перебор» идей, излагаемых профессорами западных бизнес-школ и консультантами. Топ-менеджеры и руководители предприятий зачастую дезориентированы разноплановыми советами и моделями.

Но в данном случае профессор Ричард Шелл, преподающий в Уортонской школе бизнеса Пенсильванского университета, на самом деле не разочарует своих читателей. Его книга, предлагаемая теперь и российскому читателю, обладает тремя бесспорными превосходными особенностями. Вот эти три замечательные характеристики данного произведения: нестандартная идея, имеющая практическую ценность; глубина и доказательность изложения; простой и увлекательный текст. В каком-то смысле это идеал бизнес-литературы.

Начнем с сильной практической идеи. Чаще всего планы и практика стратегического развития и конкурентной борьбы связываются с ценовыми методами или с достижением локальной монополии за счет исключительного доступа к ресурсам или исключительного доступа к покупателям. Идея профессора Шелла проста, но от этого не перестает быть сильнодействующей. Ричард Шелл предлагает по-новому взглянуть на самую основу бизнес-отношений, а именно, на правила игры, по которым и происходят ожесточенные конкурентные баталии. Измените правила, основы игры, говорит он, иначе это сделают ваши конкуренты. А для изменений правил нужна продуманная, последовательная, наступатель-

ная, цельная юридическая стратегия. И в этом заключается нестандартность концепции профессора.

Традиционно юридическая активность предприятий находится на периферии внимания руководителей и ключевых топ-менеджеров. Юридическая служба чаще всего является затратным сервисным центром, но никак не центром, активно участвующим в разработке конкурентных стратегий и в их осуществлении. Ричард Шелл предлагает активно подключить юристов к конкурентной борьбе.

Но он не только предлагает кардинально изменить роль и место юридической службы, но и демонстрирует, при помощи какой концепции это можно сделать.

И здесь мы переходим к убедительности и наглядности его доводов. Автор выделяет три арены, на которых в той или иной форме протекают юридические баталии. Это органы законодательной власти, регулирующие органы и судебные учреждения. Далее Ричард Шелл определяет пять факторов успеха юридической стратегии, своего рода проверочный лист, пять пунктов, на которые нужно получить положительные ответы. Иначе не имеет смысла затевать изменения в правилах игры – ваше наступление захлебнется, и вы проиграете. Вот эти пять пунктов: юридическая обоснованность, публичная легитимность планируемых акции, сильная стратегическая позиция, наличие финансовых ресурсов и доступ к лицам, принимающим решения.

И последний штрих в концепции Р. Шелла. Он использует широко известную и ставшую классической модель «пяти сил» конкуренции, предложенную Майклом Портером. Р. Шелл при помощи этой модели определяет направления главного юридического удара. И показывает на многочисленных примерах из судебной практики, как именно можно и нужно побеждать непосредственных конкурентов, ставить барьеры новичкам на входе на зрелые рынки, привязывать к себе потребителей, ограничивать власть поставщиков и препятствовать воплощению неожиданных инноваций.

И, наконец, о стиле и языке этой книги. Принято считать, что западные профессора объясняются заумным и скучным языком. Да, зачастую именно так объясняются посредственные профессора и консультанты. В педагогической и консультационной американской практике необычайно высоко ценится навык изложения нетривиальных мыслей очень простым и доступным для широкой публики способом. Такое изложение справедливо считается вершиной профессионального мастерства, и профессор Р. Шелл находится на такой вершине. Драматические перипетии многочисленных примеров, разнообразные и достаточно сложные юридические инструменты в его изложении звучат настолько захватывающе и интригующе, что я лично в процессе чтения неоднократно пожалел, что в молодости не выбрал карьеру юриста.

Остается саакраментальный вопрос: насколько все изложенное в этой книге может быть адаптировано к российской действительности? Я думаю, что нет необходимости подробно описывать здесь своеобразие российской судебной сис-

темы, регулирующих и правовых институтов. Тем не менее, именно появление таких книг и изменяет бизнес-практику, заставляет вырабатывать приемлемые для бизнес-сообщества правила игры. Да и сам Ричард Шелл не в восторге от «экологичности» тех конкретных дел, которые он представляет на страницах книги. Раз уж американская система общественных и политических институтов то и дело дает сбои, то, может быть, хватит охаивать наши аналогичные институты? Книга Р. Шелла как раз отличается практичностью и трезвостью, когда искусство добиться желаемого в неблагоприятных условиях и создает конкурентное преимущество.

Игорь Гансвинд

главный редактор книжной редакции ИД «Секрет фирмы»

Издательский дом «Секрет фирмы» благодарит компанию «НЭО Центр» за поддержку издания этой книги.

предисловие автора

*Моя мать отцу и матери,
и тогда до самого последнего.
И в котлетке стоит жить*

Я хочу бы выразить свою признательность многим людям за поддержку и вклад в эту книгу. Прежде всего, я благодарен Уортонской школе бизнеса за то, что она всегда учила сотрудников смотреть на деловую практику с точки зрения тех, кто принимает реальные решения. Основная предпосылка создания книги — то, что закон и правовые институты лучше всего воспринимаются деловыми людьми в терминах конкурентной стратегии — сложилась потому, что Уортонская школа попросила меня помочь в разработке нового учебного курса по праву и государственному управлению для студентов, готовящихся к получению степени магистра делового администрирования (МВА). Этот курс и лег в основу книги.

Во время создания книги моя семья оказывала мне всестороннюю помощь и поддержку. Своим общим настроем и стилем книга более всего обязана моей жене и другу Робби Шелл. Робби работает ответственным редактором в издательстве Knowledge @ Wharton и знает, какой должна быть хорошая книга о бизнесе. С самого начала она заставляла меня обращаться к различным источникам и искать самые интересные и убедительные примеры, неизменно напоминая мне, что информация должна быть доступной и поучительной. Вклад в отдельные главы внесли и оба моих сына: Бен (ему 21 год) помог мне освоить основы теории повествовательных рассказов в главе 6, и дал ряд ценных предложений по другим разделам книги. Ник (ему 14 лет) помог разобраться в длинном списке терминов в книге и даже напомнил мне о подлинном характере конкуренции — при этом систематически обыгрывая меня во всем — от покера до

«Повивальной бабкой» книги стал мой литературный агент Майкл Снелл. Он познакомил меня с Джоном Мэхэни, заведующим редакцией издательства Crown Business, и помогал мне в процессе заключения контракта и издания книги. Энтузиазм Майка заразителен, а его советы всегда полезны. Я также очень признателен Джону за то, что он взялся за этот проект и точно сориентировал меня на целевую аудиторию: читателей деловой литературы.

На стадии подготовки рукописи многие люди помогли мне разобраться в важных вопросах, изложенных в настоящей книге. Профессор экономики Деннис Яо из Уортонской школы, бывший член федеральной торговой комиссии США, провел со мной много часов, обсуждая, что именно кандидаты на получение степени MBA должны знать о праве. Эти беседы сформировали мои представления о соотношении права и стратегии. Кроме того, несколько моих коллег по Уортонской школе, в том числе Том Данфи, Дэн Хантер, Витольд Хениш, Джоэль Уолдфогель и Боб Боргезе, взяли на себя труд прочесть и обсудить отдельные части рукописи. Я особенно признателен профессору Хенишу, который обратил мое внимание на такой фактор успеха правовой стратегии, как юридическая обоснованность. Кроме того, блестящие исследования Джоэля Уолдфогеля помогли мне при написании главы о судебном процессе. Наконец, Боб Миттельштадт, заместитель декана Уортонской школы по подготовке специалистов в области управления, оказал серьезную помощь в рассылке рукописи руководителям бизнеса для получения замечаний.

Я глубоко признателен двум практикующим юристам — Ральфу Пейсу, партнеру калифорнийской юридической фирмы Fenwick & West, и Стюарту Уолку, бывшему судье-адвокату ВВС США, а ныне старшему партнеру компании Wolk, Neuman & Maziarz в Нью-Йорке. Они сделали существенные замечания и помогли выработать правильный тон и подход к изложению материала. Оба входят в категорию тех «стратегических» адвокатов, которых должна стремиться заполучить любая компания.

Профессор Джеральд Кейм из Университета штата Аризона, специализирующийся на изучении проблем стратегии, и Майкл Келли, бывший декан школы права Университета Мэриленда и оперативный руководитель Джорджтаунского университета, в настоящее время — старший сотрудник Центра прикладных исследований в Филадельфии, помогли мне лучше понять взаимодействие права и стратегии. Джеральд Кейм сориентировал меня на ключевые идеи, лежащие в основе конкурентных преимуществ, а Майкл Келли настойчиво обращал мое внимание на моральные аспекты проблемы, побуждая меня глубже задуматься о том, каким образом руководители бизнеса могут быть блестящими стратегами в области права, не нарушая этических норм.

Одно из преимуществ преподавания в крупном университете заключается в возможности привлекать к исследованиям исключительно талантливых людей. В работе над книгой мне помогали студенты Пенсильванского университета Росс Фрисби, Кэтрин Вуд и Нерупама Нэг. Я особенно благодарен Россу, ко-

торый помог мне найти в интернете самые интересные и редкие примеры, использованные в книге. Его вклад затрагивает все аспекты написания книги, от редактирования текста и улучшения структуры до поиска цитат и составления библиографии.

Сотрудники департамента правоведения, в том числе администратор Тамара Инглиш и две ее надежные помощницы – Тиффани Фуджиока и Неша Пател, – помогли оформить иллюстрации, набрать текст и решить другие технические вопросы, касающиеся подготовки рукописи. Я благодарен им за активное содействие.

Наконец, ряд исследователей стали первопроходцами в изучении аспектов юридической конкурентной стратегии (или того, что ученые обычно именуют «нерыночной стратегией»). Я много почерпнул из их работ. Среди ведущих исследователей в указанной области можно отметить Джонатана Бэрона (Стэнфордская школа бизнеса), Дэвида Иоффи (Гарвардская школа бизнеса), Пабло Спиллера (Калифорнийский университет, Беркли), Дэвида Фогеля (Калифорнийский университет) и Джона де Фигейредо (Массачусетский технологический институт). Я благодарен им за выдающиеся труды в этой области.



ВВЕДЕНИЕ

Первый закон бизнеса

Законные экстремизмы объясняют, как люди делают деньги. Но то, кому какая доля денег достанется, часто определяется другими законами, написанными законодателями, чиновниками и судьями. Искушенные руководители бизнеса, осознающие это, делают вывод, что я называю Первым законом бизнеса, который гласит: установите свои права и иначе это сделают конкуренты. Первый закон бизнеса предлагает выбор: либо вы можете стать объектом юридической стратегии ваших конкурентов, либо сами станете объектом вашей стратегии. Обычно удобнее (и выгоднее) второе.

Ниже я попытаюсь привести пример.

Недавно я договорился с водителем такси из пригорода, где я живу, чтобы тот встретит меня в аэропорту Филадельфии. Мой самолет должен был совершить посадку и по ночам, а я хорошо знал, что некоторые городские таксисты (особенно в аэропорту Филадельфии расположен в черте города) плохо знают маршрут прибытия. У нас была проблема с языковым барьером и вспомнив недавний случай с таксистом из аэропорта, который, очевидно, готовился к автогонкам «Индия» против «500» я решил не рисковать. У водителя, который доставил меня в аэропорт, была небольшая парковка пригородных такси. Мы договорились, что, когда я выйду из терминала, он будет ждать меня в зоне выдачи багажа.

Когда я вышел из терминала, спускаясь по эскалатору, к своей великой радости заметил водителя такси.

Он подошел ко мне и начал говорить о проблемах.

Он указал на вывеску на терминале и указал на зону у следующего терминала. Он сказал, что мне нужно перейти несколько дорог. Он сказал, что я

— Ждать? — удивился я. — А где же машина?

— Вы не поверите, если я расскажу, что нас заставляют делать, — ответил он. — Сначала я должен встретить вас. Затем вы должны проделать весь путь до зоны б пешком. Потом я должен вернуться на автостоянку за машиной. И только тогда я могу забрать вас.

Он скрылся в противоположном направлении, еще раз извинившись и проворчав:

— Хорошо еще, что дождя нет.

Когда мы наконец покинули аэропорт, я попросил его поподробнее рассказать мне о правилах парковки в аэропорту.

— Это что, новые меры безопасности для защиты от террористов? — предположил я.

— Нет, — ответил он. — Эти правила действуют уже много лет. Городские таксопарки сговорились с администрацией аэропорта, чтобы отравить жизнь владельцам лимузинов и пригородных такси, и ввели эти правила. Мы ничего не можем поделать. Городские таксопарки имеют огромное влияние.

Подобные ограничения часто незаметны для неспециалиста. Но, поскольку я занимаюсь изучением юридической конкурентной стратегии, я вижу их постоянно. Городские таксопарки не могут запретить конкуренцию — это незаконно. Но они могут воспользоваться правилами и нормативными актами, чтобы увеличить затраты конкурентов и отравить им жизнь. Подобно забору, который отделяет ваш участок от участка соседа, экономическое законодательство очерчивает границы рынков, на которых работают компании. Победители могут относительно свободно предлагать свои товары и услуги, а проигравшие должны оставаться в пределах юридических рамок, установленных законодателями, системами государственного регулирования и судами. Профессор Гарвардской школы бизнеса Роберт Леоне как-то назвал это «железным законом» государственного управления. Он говорил, что от любого действия государства, затрагивающего бизнес, всегда кто-то выигрывает, а кто-то проигрывает.

Многие из нас хотели бы, чтобы «железного закона» Леоне не существовало. Мы предпочли бы иметь простой набор нейтральных законов, обеспечивающих всем компаниям равный доступ на рынок. Но разработать и провести в жизнь такие законы непросто. Во-первых, здравомыслящие люди по-разному понимают саму идею справедливости. Во-вторых, свою роль играют политика и власть. На каждый принятый простой, нейтральный закон приходится десять законов, направленных на изменение правил игры. Иными словами, законы и правовые институты могут породить или уничтожить бизнес или целую отрасль.

Учитывая важность юридической стратегии, можно было бы ожидать, что любой предприниматель или менеджер будет рассматривать ее в качестве краеугольного камня генеральной стратегии бизнеса [1]*. Однако сложность законодательства и

* *Примечания на стр 24*

нежелание иметь дело с адвокатами и правительственными чиновниками ведут к тому, что многие пренебрегают использованием закона как инструмента конкуренции.

Пренебрежительное отношение к закону влечет за собой огромные издержки. Законы не только определяют границы рынков — они устанавливают правила конкурентной борьбы. Иными словами, законы — это сталь, из которой сделана наша экономическая надстройка. Стоит изменить самый незначительный закон в этой конструкции, и на рынке существенно изменятся издержки, прибыль и доли отдельных компаний. Предоставляя своим конкурентам возможность юридического маневрирования, вы ставите судьбу своего бизнеса в зависимость от них.

Далее мы увидим, что многие крупнейшие и наиболее уважаемые мировые компании, например General Electric, Coca-Cola, Ford и Microsoft, преодолевали серьезные юридические препятствия, воздвигнутые конкурентами на ранних стадиях их развития, а впоследствии, по мере более глубокого изучения юридической стратегии, уверенно использовали ее в конкуренции. Рождение новых отраслей — от железных дорог до радиовещания, от производства безалкогольных напитков до современной фармацевтической промышленности — сопровождалось юридическими коллизиями вокруг отраслевых стандартов и прав собственности, определявших условия конкуренции в последующие годы.

Как найти свое место за столом, за которым разрабатываются законы

Когда правительство разрабатывает законодательство для какой-либо отрасли, ставки обычно очень высоки. Компании, наиболее заинтересованные в принятии того или иного закона, настаивают на необходимости своего присутствия за столом переговоров. Например, владельцы баров в штате Пенсильвания весьма успешно боролись за закон, защищающий довольно странную, но прибыльную монополию. Законодательство штата Пенсильвания запрещает продажу пива в стандартных упаковках (по шесть банок) во всех розничных предприятиях, кроме баров и магазинов кулинарии. Даже оптовые торговцы пивом, продающие его ящиками, не имеют права продавать пиво в такой упаковке. Это позволяет барам и магазинам кулинарии получать надбавку к цене за упаковку по шесть банок, причем часть этих денег «находит дорожку» к лоббистам и законодателям, которые защищают этот закон и блокируют любую попытку изменить его на протяжении вот уже более 60 лет. В любом американском штате существуют такие же хитрые законы, регулирующие все сферы деятельности: от похоронных услуг и продажи очков до торговли недвижимостью.

При переходе от местного законодательства и законодательства штатов на уровень федерального ставки становятся еще более высокими. Например, компания Walt Disney недавно оказалась в кризисе, потому что истек срок ее авторских прав на персонажей старых мультфильмов — Микки-Мауса и его друзей.

Эти персонажи приносят компании Disney миллионы долларов (Микки и его друзья – это известные торговые марки сумок и кофейных чашек). На протяжении десятков лет, с 1928 года, когда Микки-Маус дебютировал в мультфильме *Steamboat Willie*, эти персонажи были защищены законодательством об авторском праве.

Кто-то может посчитать, что 75 лет монополии на продукт творческого труда – это достаточно долгий срок. Ведь общественность во многом выиграет, если получит свободный доступ к старым, но сохранившим свою популярность персонажам, таким как Санта-Клаус, или литературным произведениям вроде «Моби Дика» Г. Мелвилла, без необходимости платить наследникам. Но в 1998 году компания Disney убедила конгресс продлить на 20 лет период, в течение которого любое произведение творческого труда пользуется монопольной защитой, а впоследствии смогла отстоять реформу перед верховным судом. В результате срок действия авторских прав на Микки-Мауса продлен до 2024 года – если только компания Disney не добьется в конгрессе нового продления.

Компании – владельцы патентованных лекарственных препаратов внимательно следят за патентным правом и действиями Управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, чтобы поддерживать необходимое равновесие между своими продуктами и дженериками (заменителями патентованных лекарств). Сегодня фармацевтические компании ежегодно расходуют на лоббистскую деятельность более \$100 млн и содержат армию из 675 лоббистов, защищающих их интересы. Как мы увидим далее, продление срока действия патента всего на несколько месяцев в результате судебной тяжбы или своевременного принятия соответствующего законодательного акта может принести миллионы долларов. Тем временем компании, выпускающие лекарства-дженерики, ежегодно подают сотни судебных исков против производителей патентованных препаратов, чтобы лишить патенты законной силы. Юридические перипетии сопровождаются изменениями стоимости акций компаний, имеющих многомиллиардные продажи, а также мешают новым перспективным компаниям получать необходимые финансовые ресурсы и про-давать акции.

Такое явление наблюдается не только в США. Крупнейшая в Европе авиастроительная компания Airbus быстро возглавила сопротивление, когда органы антимонопольного регулирования в Брюсселе приступили к рассмотрению предполагаемого слияния американских авиакомпаний Boeing и McDonnell Douglas. Слияние состоялось, но лишь после того как Airbus добилась серьезных уступок, включая возможность снова участвовать в тендерах на продажу самолетов, ранее предоставленную двум ее конкурентам. А китайские фирмы, обеспокоенные ростом импорта после присоединения Китая к Всемирной торговой организации, потребовали от своего правительства изменения таможенного законодательства и других юридических мер с целью затормозить импорт и ослабить конкурентное давление. Тем временем американские и европейские

фирмы добиваются от Китая улучшения судебной системы, чтобы использовать ее для борьбы с пиратством в сфере интеллектуальной собственности. По мере знакомства с материалом книги вы увидите, как оптовые торговцы бананами в Ирландии и фармацевтические фирмы в Индии, а также многие другие компании используют эффективные юридические стратегии для решения своих конкурентных задач.

Мастера использования законодательства: от Джозефа Уортона до Билла Гейтса

Несмотря на важность законодательства, многие бизнесмены обычно не задумываются о нем до тех пор, пока не случается событие, требующее повышенного внимания к закону. Чаще всего таким неприятным событием является судебное разбирательство, имеющее большое значение для компании, или новая система государственного регулирования, чреватая ростом затрат, или лоббистская инициатива конкурента, угрожающая падением прибыли компании. В таких случаях обращение должностных лиц компаний к закону вызывает у них стресс и замешательство и требует серьезных расходов.

Но прозорливые руководители крупных корпораций и небольших семейных предприятий считают овладение юридическими знаниями необходимым условием выживания. Билл Гейтс, один из основателей компании Microsoft, учась в Гарварде, подумывал о юридической карьере юриста, но в конце концов ушел из колледжа, чтобы организовать собственную компанию [2]. Как мы увидим далее, ему с самого начала пришлось убедиться в значимости законодательства для успеха фирмы. Гейтс стал первым в своей отрасли поборником строгого соблюдения авторских прав на программное обеспечение, быстро проявил себя умелым защитником своих интересов в суде и буквально изобрел стандартные условия лицензирования для контрактов в области программного обеспечения. Настойчивость Гейтса в решении юридических вопросов помогла ему стать самым богатым человеком Америки и завоевать репутацию блестящего предпринимателя.

Однако его юридическая стратегия имела одно слабое место: он не обращал внимания на политику. Будучи мультимиллиардером, Гейтс недостаточно серьезно воспринял угрозу, возникшую вследствие правительственного судебного иска в связи с нарушением антимонопольного законодательства, и проиграл длительное и дорогостоящее разбирательство по поводу контроля над операционной системой Windows. Но и здесь Гейтс показал, что способен быстро учиться. Он сумел оттянуть принятие окончательного решения по делу до тех пор, пока антимонопольный департамент министерства юстиции не возглавил более благожелательно настроенный руководитель. Затем он добился принятия решения, которое не столь негативно отразилось на будущем компании Microsoft.

История крупнейших предприятий США убедительно свидетельствует о важности юридических знаний и тактики. Томас Эдисон как-то заметил: «Мои изобретения принесли мне не прибыль, а 40 лет судебных разбирательств». Эдисон, который основал, а впоследствии продал фирму, сегодня известную как General Electric, в конце XIX века потратил более \$2 млн на патентную защиту своей лампы накаливания от притязаний конкурентов.

Аналогичным образом происходило становление телекоммуникационной отрасли. Борьба за контроль над патентом на телефон началась, когда Александр Белл пришел в патентное бюро всего лишь на несколько часов раньше конкурента. Тяжба продолжалась 18 лет. Она включала более 600 самостоятельных судебных дел и завершилась лишь в 1888 году, когда верховный суд США поддержал все притязания Белла.

Одним из наиболее искушенных в законодательстве руководителей бизнеса золотого века Америки был Джозеф Уортон, который в 1881 году основал одну из первых в мире школ бизнеса. Уортон настолько глубоко осознал важность правовых знаний, что сделал правоведение обязательным предметом. Создание департамента правоведения в Уортонской школе, где я преподаю, — это прямое следствие понимания Джозефом Уортоном стратегического значения правовых вопросов для бизнеса.

Вы можете спросить, почему Уортон, руководитель бизнеса XIX века, специализировавшийся на металлах (цинке и никеле) и возглавивший впоследствии Bethlehem Steel Corporation, настаивал на изучении права студентами школы бизнеса. В 1881 году не было классовых выступлений, «взрыва судебных исков», регулирования рынка ценных бумаг и антитрестовских законов. Более того, в США не существовало ни одного федерального органа государственного регулирования. Первый такой орган — торговые комиссии штатов был образован лишь в 1887 году.

Ответ прост. Уортон был квакером. Он считал, что руководители бизнеса не только обязаны играть по правилам, но и заблаговременно договариваться о них. Тогда, как и сейчас, законы и законотворческий процесс давали фирмам возможность добиться конкурентных преимуществ, и Уортон умел особенно хорошо использовать эту возможность.

Созданная им American Nickel Company добилась устойчивого успеха, когда благодаря его лоббистским усилиям в США стали чеканить две новые монеты, для производства которых потребовалось значительное количество никеля — продукции компании Уортона. Одна из монет впоследствии стала известна как «никель», и она до сих пор находится в обращении.

Когда корпорация Уортона столкнулась с усиливающейся конкуренцией со стороны зарубежных производителей стали, он возглавил движение за законодательное введение высоких пошлин на импортную сталь, чтобы защитить свою отрасль. Кроме того, он быстро понял, что шумная защита каких-либо узких интересов — это ошибочная политическая стратегия, и основал одну из первых в

США межотраслевых лоббистских организаций — Союз промышленников (Industrial League).

Политическая стратегия Уортона, разработанная им в конце XIX века для защиты сталелитейной отрасли, оказалась столь же живучей, как и его монета «никель». Как мы увидим далее, стратегия сталелитейной промышленности США в области прибыли по-прежнему опирается на «политику протекционизма» в такой же степени, как и на новые технологии производства. Можно не соглашаться с экономической целесообразностью протекционистских таможенных тарифов, но трудно отрицать эффективность юридической стратегии, которая успешно работает уже больше сотни лет.

Подобно Биллу Гейтсу, Томасу Эдисону, Александру Беллу и Джозефу Уортону предприниматели открыли для себя истинность Первого закона бизнеса: либо закон работает на вас, либо кто-то другой (обычно это конкуренты или, в некоторых случаях, поставщики или покупатели) постарается сделать так, чтобы он работал против вас. Глубокое осознание роли закона не помогло этим предпринимателям избежать правовых проблем, но они сумели превратить многие правовые коллизии в деловые возможности. Они поняли, что большинство решений в области юридической стратегии — это фактически замаскированные решения в области бизнеса.

Использование закона и злоупотребление законом

Во все времена скандалы в сфере бизнеса: от скандальных инсайдерских сделок Айвена Боски и Майкла Милкена до криминальных манипуляций с финансовой отчетностью компаний Enron и WorldCom — напоминают нам, что юридическое запрещение мошенничества, инсайдерских сделок, использования незаконных методов решения конфликтов и злоупотребления монопольным положением является основой нормального функционирования рынков. Правовые нормы служат защитой для всех компаний, обеспечивая стабильные рамки, внутри которых они могут взаимодействовать с максимально широким кругом покупателей и партнеров. Когда руководители бизнеса прибегают к сложным правовым трюкам и искаженному толкованию законов, чтобы обойти базовые правовые ограничения, расплачиваться за это приходится ни в чем не повинным сотрудникам компаний, пенсионерам и акционерам. Поэтому для успеха бизнеса крайне важно уметь защищаться, когда конкуренты нарушают правила. И, что важнее всего, не следует использовать пороки конкурентов для оправдания нарушений этических норм.

Сказанное относится не только к вам, но и к вашим советникам. В законодательстве существует масса двусмысленностей и белых пятен, так что иногда для реализации своих планов вам потребуется помощь эксперта-юриста. Мой совет: найдите самых искушенных в бизнесе юристов и лоббистов. Но сначала убедит-

тесь в их честности и в том, что если стратегия противоречит действующим законам, то у них найдется достаточно смелости, чтобы прямо сказать вам об этом. К сомнительным юридическим уловкам прибегают довольно часто — в залах судебных заседаний, в конгрессе, за столом переговоров. Существует огромное количество советников, готовых за хорошую плату научить вас таким уловкам.

Долгосрочные выгоды от использования законодательства, а не злоупотребления им легко выразить количественно. Бизнес функционирует не в вакууме, и никогда не следует упускать из виду широкий социальный контекст, из которого черпают свой смысл правовые нормы. Когда речь идет об определении границ законности, люди, выступающие арбитрами в системе: присяжные, судьи и органы государственного регулирования, — обычно оценивают ваши действия с позиции основных общественных норм честного и справедливого поведения, а не буквального толкования того или иного закона или подзаконного акта. Если советник предлагает вам шаги, соответствующие букве, а не духу закона, следует искать альтернативные варианты.

Я написал эту книгу для того, чтобы вы поняли и могли использовать правовые знания для принятия лучших стратегических решений, приносящих максимальную прибыль. Суды, кабинеты чиновников, законодательные органы и даже контрактные отношения — это различные и самостоятельные общественные институты, в рамках которых реализуется юридическая стратегия. Но все они имеют стратегическое значение. Именно эти институты устанавливают правила игры. Не имеет значения, лежит ли в основе законодательного акта контракт, решение суда, регулирующего или законодательного органа. Важно то, отвечает ли этот акт стратегическим целям вашего бизнеса, а если нет, то как вы можете его изменить.

Эта книга, одна из первых в своем роде, посвящена стратегии бизнеса. Она показывает, что в важнейших конкурентных ситуациях, в которых может оказаться бизнес, закон может служить как щитом, так и мечом. Правовые проблемы рассматриваются главным образом сквозь призму таких работ, как «Конкурентная стратегия» (Competitive Strategy) и «Конкурентные преимущества» (Competitive Advantage) Майкла Портера и «Зона прибыли» (The Profit Zone) Адриана Сливоцки и Дэвида Моррисона, а не традиционной «юридической» литературы, посвященной соблюдению закона, ответственности и государственной политике. В процессе работы над книгой я изучил огромное количество законов и нормативных актов. Однако я свел к минимуму обсуждение технических аспектов законодательства, чтобы нарисовать четкую картину, как закон влияет на реальную ситуацию в бизнесе.

И последнее. Многие приемы, рассматриваемые в книге, сомнительны и спорны. В школах права и бизнеса не учат тому, как подать исковое заявление для отсрочки выпуска товара конкурентом или сорвать его планы по публичным торгам. К тому же экономисты, политические аналитики и авторы передовиц ко-со смотрят на лоббистов из корпораций, закулисно добивающихся налоговых

льгот для своих клиентов или принятия жизненно важной поправки к действующему законодательству.

Я тоже не одобряю такие действия. Но я абсолютно уверен, что вам следует знать, как на практике протекает конкретная юридическая «игра», до того, а не после того, как вы стали жертвой хитроумного маневра конкурента, который был лучше подкован и имел больше связей. Конкретные примеры и результаты исследований, представленные в книге, взяты из реальной жизни, а не из правовой или личной утопии. Моя теория проста: чем лучше человек умеет защищать свои интересы, тем меньше шансов на успех у тех, кто злоупотребляет законом. Как когда-то заметил покойный Марк Маккормак, основатель и руководитель компании International Management Group (а также обладатель ученой степени Нью-Йоркской школы права), «чтобы мыслить, как юрист, и успешно бороться с юристами, не обязательно быть юристом».

В первых четырех главах представлены основные проблемы, рассматриваемые в книге, и важнейшие правовые институты, в которых разрабатывается юридическая конкурентная стратегия: законодательные органы, правительственные чиновники и суды. Вторая часть книги (главы 5–10) посвящена тому, как компании сочетают все имеющиеся у них правовые возможности для достижения конкретных стратегических целей, например борьбы с конкурентами, блокирования выхода новых фирм на рынок, препятствования появлению замещающих товаров, регулирования стратегических отношений с конкурентами и поставщиками, а также защиты от попыток вытеснения с рынка за счет использования недобросовестных юридических приемов. В заключение я предлагаю некоторые эмпирические правила реализации эффективной юридической стратегии и возвращаюсь к теме «игры по правилам».

Правовые инструменты являются, пожалуй, самым мощным «секретным оружием» конкурентной стратегии. Многие представители бизнеса боятся связываться с адвокатами, лоббистами и бюрократами, и потому стараются держаться подальше от правовых вопросов. Но именно в результате такого внутреннего неприятия правовые знания становятся столь богатым источником конкурентных преимуществ для тех, кто берет на себя труд понять, как на деле функционирует правовая система.

В конечном счете, кто-то должен разработать правила. Весь вопрос в том, кто это делает.

1 | Стратегическое планирование — это важнейший инструмент бизнеса. Ср. Darrell Rigby, *Right Management Tools and Techniques: A Survey* // *California Management Review*, Vol. 43, №2 (Winter 2001), p. 139–160; Darrell Rigby, *Don't Get Flustered by Management Fads* // *Wall Street Journal*, May 21, 2001, p. A1. 76% опрошенных руководителей корпораций используют стратегическое планирование и относят его к числу важнейших инструментов бизнеса. Ср. *Top 10 Skills for Success* — *USA Today*, December 13, 2000, p. A1 (76%

лидеров «новой экономики» считают способность разработать и осуществить стратегию бизнеса важнейшим искусством). Любопытно, однако, что среди ученых нет единого мнения относительно значения понятия «стратегия». Профессор Роберт Грант, автор лучшего учебника по стратегии («Современный анализ стратегии»), понимает стратегию компании как «принятие решений, определяющих сферу деятельности компании, то есть касающихся отраслей и рынков, в которых она конкурирует». Грант считает, что стратегия бизнеса (или конкурентная стратегия) «определяет, как компания конкурирует в определенной отрасли или на конкретном рынке» с целью получения прибыли и преимуществ перед своими соперниками. Robert Grant *Contemporary Strategy Analysis*, 3d ed. (Malden, Mass : Blackwell, 1998), p. 19. Юридическая конкурентная стратегия включает оба эти аспекта.

- [2] Bill Gates *The Road Ahead* (New-York: Penguin, 1996), p. 43. Гейтс рассматривал также возможность изучения психологии, но в конечном счете занялся экономикой и математикой. В то время, когда Билл вместе с Полом Алленом основали компанию Microsoft, отец Гейтса был известным юристом в Сиэтле. В 1979 году сотрудник юридической фирмы Гейтса-старшего Уильям Ньюком стал старшим юрисконсультom Microsoft. См. Rebecca Buckman and John R. Wilke. *Neukom Announces Retirement as Microsoft's General Counsel* //Wall Street Journal, November 23, 2001, p. B5.



Часть I

Разработка правил



Мечта стратега

контроль над конкуренцией

Без норм права, в том числе права собственности и договорного права, чудо роста при капитализме, да и сам капитализм, были бы невозможны

Уильям Баумол <Иновационная машина свободного рынка>
(The Free Market Innovation Machine 2002)

Любая мера, укрепляющая власть закона < .> неизбежно расширяет возможности тех, кто использует закон для личного обогащения

Уильям Баумол <Предпринимательство, управление и структура вознаграждения> (Entrepreneurship Management and the Structure of Payoffs 1993)

Условия, в которых возник новый бизнес, нельзя было назвать благоприятными. Шел 1903 год. Упорный сорокалетний предприниматель, которого звали Генри Форд, уже в третий раз пытался основать автомобильную компанию. У него была смелая идея. использовать конвейер для сборки и сбыта надежного и дешевого автомобиля, предназначенного для массового потребителя. Всего через месяц с небольшим после открытия Ford Motor Company случилась беда: Форда обвинили в нарушении патентного законодательства. Иск был подан более крупными и богатыми автомобильными компаниями.

В 1903 году автомобили собирали вручную по заказу богатых людей, и ведущие автопроизводители были полны решимости сохранить такое положение. Опасаясь разрушительной конкуренции со стороны сотен механиков, пробовавших свои силы в производстве автомобилей, крупнейшие производители созда-

ли ассоциацию и сделали важнейший стратегический шаг, приобрели патент на «дорожные машины», работающие на бензине и имеющие двигатель внутреннего сгорания. Так называемый патент Зелдена на машину, которая так и не была построена, был выдан в 1879 году юристу Джорджу Зелдену.

Зелден в общем-то не был изобретателем, но он умел манипулировать патентной системой. Согласно процедуре патентного бюро того времени, заявка оставалась секретной до дня выдачи патента. Сроки рассмотрения заявки не были установлены. Стратегия Зелдена заключалась в том, чтобы откладывать получение патента до тех пор, пока автомобильный бизнес не превратится в сильную отрасль, способную обеспечить приток платежей за использование патента. Он изобрел не столько автомобиль, сколько юридическое «секретное оружие», которое должно было выстрелить в момент, который Зелден сочтет благоприятным. Он тянул свою заявку в течение 16 лет, обновляя и корректируя ее с учетом новых технологий в автомобилестроении. И затем он «выстрелил».

В 1895 году патентное бюро зарегистрировало патент №549160 на «безопасный, простой и дешевой дорожный локомотив», в котором использовался «двигатель, работающий на жидком углеводороде». Новизна изобретения Зелдена заключалась не в конструкции автомобиля как таковой, а скорее в сочетании базовой конструкции автомобиля с двигателем внутреннего сгорания, работающем на бензине. В патенте Зелдена содержится ссылка на такой двигатель, изобретенный англичанином Джорджем Бейли Брейтоном. Срок действия патента составил 17 лет, то есть до 1912 года, при условии, что суд не признает его недействительным.

Появление патента Зелдена вызывало у автомобилестроителей лишь усмешку: «Пусть он сначала попытается продать его, — говорили они, — а уж потом можно будет говорить о роялти». Но у Зелдена появился шанс. Некоторые крупные автомобильные компании увидели, что патент можно использовать для наведения порядка в неуправляемой отрасли. В 1900 году они купили патент, организовали ассоциацию производителей лицензированных автомобилей и приступили к подготовке нового свода правил ведения бизнеса. Любой, кто намеревался продать автомобиль в США, должен был обратиться к ним.

Стратегия была проста. Прежде всего, в ассоциацию вошли все крупнейшие фирмы, которые могли на равных правах пользоваться патентом Зелдена. Затем была образована совместный фонд для финансирования патентных исков против нелицензированных производителей автомобилей. Сначала ассоциация принудила самых крупных фирм и производителей заключить с ней соглашение. Патентный иск мог обойтись до 10 тысяч долларов, и очень немногие производители могли справиться с такими расходами. Когда ассоциация обращалась к той или иной фирме, производители соглашались выплачивать скромные платежи за использование патента. Спустя весьма короткое время патент Зел-

Но когда руководители ассоциации обратились к Генри Форду, они имели в виду нечто большее, чем просто роялти. Им не нравилась сама идея Форда — массовый выпуск дешевых автомобилей. Им также не нужен был еще один конкурент на насыщенном рынке Детройта, где Форд построил свой завод. Они решили добиться стратегического контроля над отраслью, лишив Форда влияния в ней. Когда он попросил лицензию, ему отказали. Встреча между двумя сторонами была непродолжительной.

— Зелден может взять свой патент и катиться к черту, — прокричал один из работников Форда, когда президент ассоциации отказал Форду в лицензии.

— Вы дураки, — ответил президент ассоциации. — Люди Зелдена могут отобрать у вас бизнес, и они сделают это.

Ответ Форда был краток.

— Пусть только попробуют.

Ассоциация отреагировала быстро. Чтобы остановить нелегализованные продажи Форда, она подала иск о нарушении патентного права в свой любимый суд в Нью-Йорке. В 1903 году прибыль Форда составила всего \$36 тыс., и расходы на адвокатов в далеком Нью-Йорке намного превысили бы названную сумму. Ассоциация была уверена, что Форд сдастся.

Но вместо того чтобы отступить, Форд начал блефовать. Он нанял адвоката за \$40 в день и поместил в газетах объявление о том, что намерен оспаривать законность патента Зелдена. Ассоциация повысила ставки, начав дорогостоящую войну на истощение, чтобы выжить Форда из отрасли до судебного разбирательства. Она потребовала от своих юристов точного следования букве закона. Единственным «светлым пятном» для Форда было то, что он продолжал работать: дело в том, что команда Зелдена не хотела подвергать свой патент предварительной проверке, поэтому не требовала от суда приостановки производства Форда до начала слушаний в суде.

Поначалу Форду с трудом удавалось оплачивать услуги адвокатов. Но на его сторону встали другие производители нелегализованных автомобилей, и, что еще важнее, его модель бизнеса оказалась эффективнее юридической стратегии ассоциации. В 1906 году компания Ford Motor разработала модель N и стала крупнейшим производителем на автомобильном рынке. Выпуск успешной модели T в 1908 году укрепил лидирующие позиции Форда в отрасли. К тому времени тяжба «старой гвардии» с новыми производителями оказалась в центре всеобщего внимания.

А потом случилась беда. В 1909 году, рассмотрев более 10 тысяч страниц показаний и документов, судья первой инстанции удивил всех участников процесса, поддержав патент Зелдена и обязав Генри Форда и его союзников выплачивать задолженность по платежам за право пользования патентом — «задолженность» исчислялась миллионами долларов. Компания General Motors, принадлежавшая Уильяму Дюрану, еще одному новому производителю, отказалась от дальнейшей борьбы, согласившись выплатить ассоциации более мил-

лиона долларов. Ассоциация начала подавать иски против покупателей автомобилей Ford Motor, обвиняя их в покупке «нелицензированных» автомобилей. Все компании автомобильной отрасли гадали, сдастся ли Генри Форд.

Но он продолжал борьбу, предоставив покупателям своих автомобилей бесплатную страховку и подав апелляционную жалобу. Тем временем дело приобрело общенациональное звучание, а пресса встала на сторону Форда, характеризуя его как борца за свободное предпринимательство. К примеру, газета Detroit Free Press в редакционной статье писала, что Форду «рукоплещут все энергичные люди, потому что в этом мире почитают борцов, без которых невозможно продвижение вперед».

В 1911 году, потратив на судебные разбирательства восемь лет и израсходовав около \$500 тыс. на судебные издержки, Форд наконец добился победы, к которой так упорно стремился. Федеральный апелляционный суд отменил решение судьи первой инстанции, посчитав, что патент Зелдена относится лишь к тем работающим на бензине автомобилям, на которых установлен двигатель Брейтона.

Форд и другие истинные новаторы автомобилестроения уже давно решили использовать более эффективный двигатель Августа Отто, карбюраторный двигатель, который был неизвестен Зелдену.

Учитывая, что срок действия патента истекает через год, ассоциация сдалась и самораспустилась. Война была окончена. После победы Генри Форд стал не просто «человеком-автомобилем» — он превратился в настоящего американского народного героя, решительного предпринимателя, который не испугался толстосумов и их высокооплачиваемых адвокатов и победил на их же поле.

Кто-то может подумать, что юридические проблемы Генри Форда — это нечто уникальное, что они возникли в результате устаревшей патентной системы, а также извращенной этики «баронов-грабителей». Но спустя почти столетие, когда технология ушла далеко вперед, еще один молодой предприниматель столкнулся с другой ассоциацией, представляющей интересы «старых» фирм, работающих в сложившейся отрасли. Шел 1999 год. Девятнадцатилетний студент Шон Феннинг, работая в одиночку в комнате общежития Северо-Восточного университета, был готов впервые вкусить все прелести юридической стратегии бизнеса.

Как и Форд, Феннинг придумал нечто новое, что обещало облегчить жизнь потребителям, а именно технологию, позволяющую любителям музыки использовать интернет для скачивания музыкальных файлов в свои персональные компьютеры. Его друзьям по колледжу это понравилось, так как они получили возможность бесплатно скачивать песни. Понравилось это и десяткам миллионов меломанов, знакомых с интернетом. Феннинг придумал для своей программы и веб-сайта броскую торговую марку Napster — и перестал посещать занятия, чтобы выяснить, каковы коммерческие перспективы этого изобретения. В скором времени к Napster проявили интерес несколько венчурных капиталистов, работающих в области высоких технологий.

Программа Napster была основана на использовании передовых технологий, но Феннинг столкнулся с серьезной правовой проблемой. Чтобы организовать законный бизнес по продаже музыки в интернете, в соответствии с законодательством о защите авторских прав требовалась лицензия звукозаписывающей отрасли. А отрасль была в ужасе от Napster, поскольку новинка могла обрушить традиционный розничный рынок компакт-дисков. Представители отрасли отказались вести переговоры о лицензиях.

Каждую неделю к Napster прибавлялись миллионы новых пользователей, и Американская ассоциация студий звукозаписи, объединяющая все крупнейшие фирмы, работающие в области звукозаписи, обвинила Napster в нарушении авторских прав, потребовав через федеральный суд в Калифорнии закрыть веб-сайт и выплатить компенсацию в миллионы долларов. Однако Феннинг и его финансовые покровители умело выстроили защиту, сочинив для СМИ историю из серии «Давид против Голиафа». Они доказывали, что программа Napster сама ничего не копировала — она лишь давала пользователям возможность это делать, и утверждали, что Napster — электронная версия кассетного видеомэгнитофона. Был сделан интересный ход: один из оппонентов Napster, немецкий медиа-гигант Bertelsmann (владелец брэнда BMG), вступил в контакт с Napster и подписал соглашение о выделении дополнительного финансирования на сумму \$18 млн, тем самым фактически превратившись одновременно в ответчика и истца по делу. Музыкальная отрасль была напугана, не зная, в какую сторону повернутся законодательство и рынок.

Дела компании Ford и Napster разделяет столетие, однако сходство между ними поразительно. В обоих случаях речь идет об отраслях, заинтересованных в сохранении высоких цен и сопротивляющихся новым технологиям. Оба касаются предпринимателей, разработавших новые, более экономичные модели бизнеса. И в том, и в другом случае отраслевая ассоциация, не желая договариваться о лицензиях на использование интеллектуальной собственности, подавала губительный для новаторской компании иск, вызвавший широкий отклик в средствах массовой информации.

Но на этом сходство кончается.

Стратегия Генри Форда заключалась в вызове картелю, юридические позиции которого были слабы. Его проблема состояла в мобилизации ресурсов, позволяющих довести дело до окончательного решения. Шон Феннинг, напротив, столкнулся с незыблемым правом собственности. Он и его покровители надеялись, что умелая правовая аргументация в сочетании с негативной рекламой побудит Американскую ассоциацию студий звукозаписи сесть за стол переговоров. Блефовал именно Феннинг. Но отрасль не поддавалась на это.

Студии звукозаписи быстро добились юридической победы, получив предварительное постановление о закрытии сайта Napster до начала судебного разбирательства. Судья постановил, что сравнение Napster с видеомэгнитофоном несостоятельно. Этот сайт не просто позволял пользователям копировать музы-

ку для последующего прослушивания. В сущности, сайт Napster представлял собой «воровскую отмычку», открывавшую доступ к практически любой записи. И, что еще важнее, он служил главным центром обмена музыкальными записями, способствуя незаконному распространению копий. То есть непосредственным образом способствовал массовым нарушениям авторского права. Судья постановил навсегда закрыть сайт и обязал компанию выплатить многомиллионную компенсацию за ущерб. Финал однозначный.

В отличие от Ford Motor, у Napster не было возможности экспериментировать с новыми технологиями и совершенствовать модель бизнеса. И, в отличие от Генри Форда, Шон Феннинг не войдет в историю в качестве одного из великих предпринимателей Америки. Его фирма обанкротилась, когда ему было всего 22 года. Он занялся другими проектами, включая съемки в эпизодических ролях в Голливуде и в заглавной роли — в автобиографическом фильме на канале MTV.

Однако в мире электронной музыки нашлись другие люди, обладавшие деловой хваткой, которой не хватило Феннингу. Слава Napster, как молния, высветила зияющие пробелы в традиционной модели музыкального бизнеса. Вслед за судебным процессом музыкальные сервисы, подобные Napster, распространились по всему миру, в результате чего звукозаписывающая отрасль столкнулась с огромными техническими и юридическими проблемами. Возродился даже сам Napster [1]*. Компания под названием Roxio в ходе дела о банкротстве купила торговую марку Napster и запустила новый, совершенно законный интернет-сервис Napster, предоставляющий музыкальные записи по подписке.

Ассоциация студии звукозаписи вскоре снова стала подавать в суд на учащих (некоторым из них не исполнилось и 12 лет), обменивающихся музыкальными файлами, и потребовала, чтобы телефонные компании раскрыли фамилии абонентов, которые могут использовать модемную связь для скачивания песен. Тем временем суды стали осознавать, что новое поколение программ, предназначенных для обмена музыкальными записями, не противоречит закону об авторском праве. Этим программам не требуются «центральные» сайты для хранения песен и ссылок. Они попросту позволяют одному пользователю контролировать файлы, хранящиеся в компьютере другого пользователя. Подобно фотокопировальной машине, технология p2p (peer-to-peer, равный — равному) может обеспечить легальное использование музыкальных записей, и суды не запрещали их [2]. Представители отрасли обратились в Верховный суд с требованием об отмене решения судов.

Федеральный судья по делу, наблюдая за этой лихорадочной юридической борьбой, сказал: «Вы можете прикрыть компанию, — сказал бы он, — но вы не можете остановить технологию, особенно если она отвечает интересам сразу

многих потребителей» Подобно тому, как массовое производство автомобилей Ford открыло путь современной автомобильной промышленности, программа Napster показала, что в эпоху интернета трудно сохранить старую модель розничной торговли музыкальной продукцией

Гонка за новыми моделями извлечения прибыли и их юридическим обоснованием продолжается

Юридические ходы в стратегии бизнеса

Ассоциация лицензированных производителей автомобилей использовала патент, чтобы установить правила игры в отрасли, а Генри Форд использовал суд, чтобы бросить вызов этим правилам Компания Napster положила на случай в расчете на то, что размах вызванной ею революции в мире музыки побудит музыкальную отрасль договариваться о предоставлении лицензий. Эта авантюра потерпела неудачу, но начинание Napster было подхвачено другими. Эти два случая иллюстрируют основные истины, относящиеся к конкуренции и праву в рыночной экономике.

Во-первых, как отмечает *принстонский экономист Уильям Баумол* (см. эпиграф к этой главе), без правовых норм капитализм был бы невозможен. Законы защищают коммерческие сделки, устанавливая право частной собственности, требуя исполнения контрактов и стимулируя честную конкуренцию, что имеет решающее значение для успешного функционирования рынков. В обществах, подобных американскому, где строгое соблюдение правовых норм считается само собой разумеющимся, эти нормы позволяют компаниям добиваться стратегического контроля над инновациями. Владея ключевыми правовыми активами, они могут диктовать конкурентам условия, гарантирующие получение прибыли. Подобно генералам, стремящимся до начала битвы овладеть командными высотами, стратеги бизнеса изыскивают ключевые правовые позиции, позволяющие на законных основаниях вести конкурентные войны.

Во-вторых, правовые институты, дающие жизнь законам: суды, органы государственного регулирования и законодательные органы — могут также служить объектом злоупотреблений. Как пишет Баумол (см. второй эпиграф), каждая новая правовая норма неизбежно расширяет возможности тех, кто использует закон для личного обогащения. Сильное патентное законодательство помогает экономике. Но, как показывает дело Генри Форда, в условиях, когда судебное разбирательство требует больших расходов, сомнительные юридические права, такие, как патент Зелдена, могут служить мощным стратегическим рычагом.

В-третьих, умение использовать правовые инструменты для получения конкурентных преимуществ в бизнесе — это обязательное требование, а не просто одна из возможностей. Дела компании Ford и Napster ясно показывают, что либо правила работают на вас, либо ваши конкуренты позаботятся о том, чтобы они работали против вас. Судебное разбирательство может служить са-

мостоятельным инструментом конкуренции или быть элементом тщательно скоординированной стратегии, включающей лоббирование в законодательных органах, работу с органами государственного регулирования в области разработки законов, а также судебные процедуры. Как показывает пример Генри Форда, целостная юридическая стратегия, основанная на использовании правовых методов в сочетании с традиционными инструментами конкуренции, такими как ценообразование и реклама, может служить наиболее эффективной стратегией конкурентной борьбы.

Четвертая истина, касающаяся конкуренции и права, такова: право принимать решения всегда остается за вами. Разумеется, вам потребуются юристы-профессионалы, чтобы оформить исковое заявление, договориться о юридических условиях контракта, подать ходатайство в орган государственного регулирования, а также для того, чтобы ускорить или затормозить продвижение законодательной инициативы. Генри Форд обратился к своим юристам с вопросом: можем ли мы бороться с патентом Зеддена? Компания Napster наняла одного из самых известных адвокатов того времени, Дэвида Бойеса, для ведения дела против звукозаписывающей отрасли. Но в обоих случаях стратегические решения о том, обращаться в суд или договариваться, принимали руководители бизнеса, которые рассматривали свои правовые возможности в широком контексте ценообразования, маркетинга, рекламы, распределения ресурсов и производственных проблем. В реализации конкурентной юридической стратегии вы выступаете в качестве главнокомандующего.

Закон и конкурентное преимущество

Знание правил игры в любом деле дает огромное преимущество. В бизнесе правовые знания помогают фирмам добиваться прибыли тремя путями.

1. Законы о собственности

Законы о собственности, регулирующие, например, аренду недвижимости, собственность на акции, патенты на автомобили и авторские права на музыкальные произведения, по определению носят эксклюзивный характер. Они обеспечивают законные основания для контроля над активами и абсолютное преимущество перед конкурентами. Сохраняя актив за собой, вы получаете преимущество первопрходца и возможность исключить из игры конкурентов. Если же вы решаете продать лицензию на свою собственность, как это сделали некоторые члены Ассоциации производителей лицензированных автомобилей (а именно производители автомобилей класса люкс), вы можете не только получать арендную плату и роялти, но и укрепить связи с клиентами, ускорить инновации и установить отраслевые стандарты.

Закон обычно наказывает монополистов, потому что они мешают конкуренции. Но в случае с правом собственности законодательство довольно свободно позволяет компаниям монополизировать стимулировать нововведения и развитие неза-

висимо от того, идет ли речь об изобретениях, песнях, литературных произведениях, компьютерных программах или рекламе, способствующих росту нашей экономики. Какая же проблема сопряжена с этой свободой? Когда правительство допускает ошибки, например, защищая право собственности на сомнительный патент Зелдена, для их исправления могут потребоваться миллионы долларов и годы судебных разбирательств. Такие издержки и проволочки обеспечивают стратегические возможности беспринципным людям, умеющим манипулировать правовой системой.

В наше время право на интеллектуальную собственность — особый вид права собственности, относящийся к продуктам творческой фантазии, — играет особую роль в стратегии бизнеса. Существует четыре формы интеллектуальной собственности: *патенты, авторские права, торговые марки и коммерческая тайна*. В следующих главах мы рассмотрим каждую из этих форм. В 1955 году на долю нематериальных активов, таких как интеллектуальная собственность, приходилось лишь 20% стоимости активов нефинансовых фирм США. К 2002 году эта доля возросла до 47%. По оценкам экономистов, в ближайшие десятилетия увеличится еще больше.

Авторское право — форма интеллектуальной собственности, на защиту которой было направлено дело против Napster, — служит удачным примером эволюции современных правовых норм, касающихся собственности, и их растущего значения для бизнеса. Авторское право касается не только книг и песен, но и любых форм творческого самовыражения, включая, согласно закону об авторском праве США, «оригинальные авторские произведения, воплощенные в любой материальной форме, известной в настоящее время или могущей быть разработанной в будущем, позволяющей воспринимать и передавать их непосредственно или с помощью машины или устройства».

Идея предоставления авторам правовой защиты их произведений сегодня воспринимается нами как нечто очевидное. Однако еще недавно эта форма собственности была совершенно новой. Английская издательская монополия XVIII века, Stationers Company, боролась с потенциальными конкурентами, пытавшимися в полной мере воспользоваться преимуществами новой технологии — печатным станком. Новички добивались права печатать и продавать книги. Закон, принятый Анной Стюарт в 1710 году, подорвал монополию Stationers, поскольку предоставлял авторам эксклюзивное право копировать свои произведения (и продавать указанное право типографиям по собственному выбору) в течение 14 лет. Компания Stationers использовала все виды юридических уловок, чтобы добиться отмены закона и вернуть себе монополию. Она даже вступила в тайный сговор с ответчиками, рассчитывая на то, что благожелательно настроенный судья вопреки новому закону объявит их авторские права бессрочными. Но эта затея провалилась, и авторские права, действующие в течение определенного срока и могущие быть переданными другому лицу, стали неотъемлемой частью современной экономической жизни.

В настоящее время благодаря корпоративному лоббированию и творческому толкованию судами законов об авторских правах различные отрасли, от разработки видеоигр до производства компьютерных чипов, полагаются на защиту своих прав для поддержания используемых моделей бизнеса. Буквально любые продукты творчества, представленные на любом материальном носителе, включая микросхемы на кремниевом чипе, охраняются авторским правом. Год от года соответствующее законодательство ужесточается. К примеру, Закон об авторском праве в цифровом тысячелетии (Digital Millennium Copyright Act), принятый в 1998 году, запрещает не только несанкционированное копирование продуктов творческого труда в электронном виде, но и разблокирование защитных кодов, охраняющих эти творческие продукты.

Разумеется, никакое право собственности не является абсолютным. Права собственности устанавливает правительство, которое может изменить или ограничить их. Как мы уже писали во введении, компании иногда добиваются от конгресса продления своих прав. Так, компании Disney удалось продлить срок действия авторских прав на Микки-Мауса на 20 лет. Иногда, наоборот, правительство принимает меры для установления особых ограничений на использование компанией авторских прав. Это произошло, когда министерство юстиции возбудило иск против компании Microsoft в связи со злоупотреблением монополией на операционную систему Windows.

Сегодня экономика как никогда зависит от прав собственности. Прибыль или убытки в сотни миллионов долларов зависят от успеха юридических стратегий, нацеленных на охрану и использование интеллектуальной собственности — от тайны рецепта кока-колы до брэнда Swoosh компании Nike. Умелое использование прав собственности в рамках конкурентной стратегии — это важнейшее условие успеха бизнеса.

2. Законодательное регулирование рынков

Закон не только охраняет право собственности, но и обеспечивает конкурентные преимущества, определяя границы рынков. Компании обычно действуют через суды, органы государственного регулирования и законодателей, добиваясь создания особых защищаемых законом зон, в которых они могли бы продавать товар по более высоким ценам. Правила парковки, ограничивающие стоянки пригородных такси, и закон штата Пенсильвания, предоставляющий барам и магазинам кулинарии исключительное право на продажу пива в стандартных упаковках по шесть банок — это классические примеры конкурентных преимуществ, в основе которых лежат законы, определяющие границы рынков. Если такие законы уже приняты, изменить их чрезвычайно трудно. Избиратели, которым угрожает потеря какого-либо исключительного права, громко возмущаются, когда кто-либо пытается его отобрать. Сказанное справедливо и в отношении компании, пользующихся особыми правами.

В следующей главе мы подробнее рассмотрим, как политика влияет на юридические стратегии бизнеса.

3. Правовой потенциал

Третий способ, благодаря которому фирмы добиваются конкурентных преимуществ с помощью закона, — создание особого правового потенциала, то есть ресурсов и навыков, позволяющих компании выявлять возможности, проявлять инициативу и отражать угрозы лучше, чем это делают конкуренты. Специалисты в области стратегии бизнеса давно подметили, что фирмы добиваются конкурентных преимуществ, развивая свою «ключевую компетентность». Действительно, устойчивый успех часто приходит в результате внедрения и использования методов и практики (например, результатов новаторских исследований и разработок в фармацевтической фирме), которые переживают их создателей.

Ключевую компетентность обычно не рассматривают с точки зрения права. Ее генераторами могут быть инженеры-исследователи Intel, биохимики Merck, маркетинговые гуру Nike или инженеры-автомобилестроители Honda. Но так же, как инженерная компетентность может обеспечить разработку новых продуктов, юридическая компетентность может породить новые подразделения компании, приносящие прибыль (например квалифицированный отдел лицензирования интеллектуальной собственности). Помимо новых источников дохода юридическая компетентность дает фирмам возможность реагировать на законодательные инициативы быстрее конкурентов, лучше отводить законодательные угрозы, а также быстро и эффективно использовать судебные разбирательства для создания и расширения деловых возможностей. Далее мы увидим, как такие компании, как Viacom Самнера Редстоуна, News Corporation Руперта Мердока и RCA Дэвида Сарноффа развивали и использовали особую юридическую компетентность.

Обеспечение правового потенциала требует от руководителя компании правовых знаний или умения пользоваться услугами юридических консультантов. Как правило, при найме юридических консультантов используют три подхода. Консультантов можно купить на внешнем рынке профессиональных услуг, вырастить внутри корпорации или сделать и то, и другое. Генри Форд и Шон Феннинг, столкнувшись с судебными разбирательствами, использовали услуги наемных юристов. Преимущество такого подхода заключается в возможности получить высокопрофессиональную помощь, наняв лучших специалистов в области совершения сделок или ведения судебного процесса.

Однако такой подход имеет свои недостатки. Один из них состоит в том, что ваши соперники могут воспользоваться услугами таких же специалистов, поэтому, постоянно полагаясь на помощь наемных юристов, трудно добиться подлинного конкурентного преимущества. Кроме того, внешним консультантам потребуется время и солидное вознаграждение, чтобы выявить наиболее

эффективные пути решения ваших проблем. Наконец, специалисты в области права часто не имеют достаточной подготовки для того, чтобы давать рекомендации касающиеся стратегии. Пол Махони, декан Виргинского университета и руководитель программы в области изучения бизнеса и права, хорошо сформулировал эту проблему: «Преподавание права ориентировано на обоснование доводов, использование прецедентов и аналогий, тщательный отбор фактов и дедуктивные рассуждения. Все это очень полезно, но этого совершенно недостаточно для принятия правильных решений в бизнесе».

Исследование выполненное Американской ассоциацией корпоративных юридических консультантов (объединением штатных юристов) наглядно показало, насколько сложно найти юридических консультантов, которые были бы в состоянии внести существенный вклад в разработку корпоративной стратегии. Опрос руководителей компаний и начальников финансовых и производственных отделов 149 фирм США показал, что при найме штатных юристов руководители бизнеса обычно руководствуются двумя соображениями. Они хотят, чтобы юристы, во-первых, «лучше понимали компанию» (93% опрошенных) во-вторых, «могли бы участвовать в стратегическом планировании» (89% опрошенных).

Однако на вопрос о том, какова реальная роль штатных юристов в фирмах, лишь 37% респондентов ответили, что их юридические советники играли весьма важную роль в стратегическом планировании. Роль внешних консультантов была еще менее значимой — лишь 7% респондентов оценили вклад внешних консультантов как «имеющий ключевое значение» для разработки стратегии компании.

Следовательно, чтобы эффективно использовать юристов, вы сами должны обладать достаточными правовыми знаниями. И если вы возьмете на себя труд самостоятельного изучения правовых вопросов, вы получите очевидную выгоду: чем больше вы будете знать о праве, тем легче вам будет найти редко встречающихся квалифицированных юристов, способных внести реальный вклад в разработку стратегии.

На заре истории компании Standard Oil ее основатели Джон Рокфеллер и Генри Феттер включили в свое ближайшее окружение стратегического юридического консультанта. Используя новый закон штата Огайо о статусе корпорации, они создали корпорацию Standard Oil of Ohio. Но этот закон (как и корпоративное законодательство многих других штатов) запрещал компаниям иметь субъектность за пределами штата. Поэтому Рокфеллер был вынужден зарегистрировать в каждом штате, в котором он хотел вести бизнес, самостоятельную корпорацию. Это требовало громоздкого и сложного управления общими делами фирмы, приемом которого он задумал. Как и большинство других предпринимателей в бизнесе, Рокфеллер понимал, что закон обычно не так работает, как хотелось бы. Для решения проблемы он пригласил известного юриста

Рядовой юрист-«начетчик» сразу сдался бы, ссылаясь на то, что намерение Рокфеллера противоречит закону. Но, как пишет биограф Рокфеллера Рон Чернов, Додд был «настоящим чудесником по части изобретения организационно-правовых форм бизнеса». Тщательно проанализировав проблему и еще раз рассмотрев соответствующие законы, Додд увидел, что для централизованного контроля над всеми компаниями Рокфеллера можно создать трастовую компанию (то есть то, что в дальнейшем стало называться холдингом). Рождение этой новой организационно-правовой формы бизнеса не только свидетельствовало об изобретательности ее «родителей», но и оказалось неожиданностью для конкурентов. Чернов отмечает, что холдинговая компания Рокфеллера просуществовала с 1882 по 1888 годы, причем никто так ничего и не понял, а Рокфеллер добился значительных конкурентных преимуществ. Он получил возможность управлять общенациональной корпорацией, не испытывая ограничений, налагаемых на его конкурентов.

Предложенная Доддом организационно-правовая форма бизнеса вскоре стала обычной формой организации крупных общенациональных предприятий. Столкнувшись с этой тенденцией, штаты отказались от устаревшего законодательства и стали приветствовать размещение отделений общенациональных компаний на своей территории. Разумеется, к тому времени новшество Додда перестало служить основой конкурентного преимущества. Однако накопленные ресурсы и решения, принятые в период становления Standard Oil, облегчили последующие стратегические ходы, на долгие годы обеспечившие Рокфеллеру превосходство над конкурентами. В следующих главах мы приведем и другие примеры того, что юридическая компетентность позволяет компаниям получать серьезные стратегические преимущества.

Пять факторов успеха юридической стратегии: введение

При подготовке книги я проанализировал сотни судебных дел, отчетов в прессе и отраслевых исследований, описывающих стратегические юридические ходы в конкурентной борьбе. Я также прочитал множество биографии руководителей бизнеса и юридических консультантов, пытаюсь понять, какие факторы они учитывали, принимая удачные правовые решения. Мне удалось выявить определенную закономерность при принятии решений об использовании правовых институтов в качестве стратегических инструментов: талантливые стратеги обычно учитывали пять факторов.

Далее я познакомлю вас с этими факторами. Мы будем неоднократно возвращаться к ним в последующих главах. Ни один из факторов не является решающим с точки зрения юридической конкурентной стратегии. Удачное решение предполагает, скорее, взвешенный анализ каждого фактора с учетом конкретной рыночной ситуации, позволяющий оценить пользу того или иного юридического хода. Чем

больше вы знаете о том, как работают законы и правовые институты, тем лучше вы сможете учитывать эти факторы при принятии стратегических решений.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Первый и наиболее очевидный фактор, который следует учитывать при оценке перспектив юридической стратегии, — юридическая обоснованность судебного дела или политической позиции. Часто для этого требуется экспертная оценка профессионального юриста. Чем более обоснованна ваша позиция с юридической, экономической и политической точек зрения, тем выше шансы на успех при прочих равных условиях. Юридическая обоснованность особенно важна, если вы добиваетесь судебного запрета на деятельность компании конкурента или предотвращения запрета на деятельность вашей компании, что может существенно изменить ситуацию в бизнесе еще до начала судебного разбирательства.

Юридическая обоснованность аргументации в делах компаний Ford и Napster имели решающее значение. Но это были особые случаи. В обычных условиях оппоненты, имеющие слабые юридические позиции в суде, все равно будут предпринимать судебное преследование, если они могут добиться отсрочки разбирательства, расходов с вашей стороны или отвлекающего маневра. А вы можете предпочесть не предъявлять иск, даже имея обоснованную позицию, если у вас недостаточно ресурсов или вы рискуете, начав процесс, поставить под угрозу стратегическое партнерство.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Судебный процесс стал самой лучшей рекламой автомобиля Ford и компании Ford Motor. Писатель Генри Форд о проблемах с патентом Зелдена в книге *Моя жизнь и работа (My Life and Work)*, изданной в 1923 году. — В глазах людей наша компания выглядела жертвой несправедливости со стороны сильных мира сего, и симпатии общественности были на нашей стороне».

Но как юридическая кампания выглядит в глазах общественности с точки зрения нравственных устоев, интересов общества и просто здравого смысла, не менее важно, чем юридические доводы, звучащие в зале суда. А на отношение к вам обществом и теми, кто принимает правовые решения, серьезное влияние оказывает присутствие массовой информации. Исследования показывают, что органы государственного регулирования дают «зеленую улицу» тем вопросам, которые широко освещаются в прессе. Сказанное относится и к законодательным процессам. Судьи также небезразличны к публичности. Недавно телеведущая Опра Уинфри выиграла серьезную юридическую победу над техасскими властями, когда выиграла дело против нее иск в связи с высказанными ею в передаче сомнениями в безопасности потребления говядины. Судья постановил, что иск должен быть отклонен, что привезла съемочную группу в тот момент, когда она находилась в зале суда, и начала вести свою передачу от-

туда. Она быстро завоевала сердца местных жителей. Благодаря умелому использованию СМИ она полностью свела на нет преимущество скотоводов, обусловленное тем, что судебное разбирательство проходило на их территории.

И наоборот, если общественность считает юридическую стратегию корпорации противоправной, то даже вполне легальные шаги могут обернуться для компании неприятностями. Предположим, конкурент решает снизить свои расходы, зарегистрировав компанию в офшорном «налоговом раю». В этом нет ничего противозаконного. Следует ли вам сделать то же самое, чтобы сохранить конкурентоспособность?

Не обязательно. Регистрация компании в офшорной зоне вполне законна, но сочтет ли общественность этот шаг приемлемым способом снижения затрат? Нет, конечно. Именно это недавно произошло, когда уважаемая американская фирма Stanley Tool Works зарегистрировала свой налоговый адрес на Бермудах. В эпоху корпоративной ответственности и борьбы с терроризмом такой шаг вызвал жаркие споры, что заставило Stanley передумать и «вернуться» в США. Более того, описанный эпизод породил дискуссию вокруг справедливости налоговой политики США в области налога на доход компаний в офшорных зонах. Специальная лоббистская группа (удачно названная «Союз за инвестирование в отечестве» — Homeland Investment Coalition), возглавляемая компаниями Apple Computer, Intel, Eli Lilly, Hewlett-Packard и Sun Microsystems, доказала, что если бы правительство снизило ставку налога на заграничные доходы с 35% до 5%, налоговые поступления в американскую экономику возросли бы на \$300 млрд. Короче говоря, учитывая проблему публичной легитимности при переводе операций в офшоры, правильным юридическим ответом на ход конкурента было бы не копирование его действий, а, скорее, вынесение их на суд общественности с последующим лоббированием налоговой реформы.

Фактор 3: стратегическая позиция

Магнат Корнелиус Вандербильт, прозванный Коммодоре, как-то заметил: «Закон? Какое мне дело до закона, ведь у меня есть власть». Как бы нас ни возмущало это надменное высказывание, оно не лишено некоторых оснований. Вообще говоря, когда фирмы, имеющие более сильные стратегические позиции по сравнению с конкурентами, прибегают к использованию юридических ходов, они имеют существенные преимущества. Их положение позволяет им использовать рыночные методы давления на конкурентов: снижение цен, лишение их выгодных коммерческих связей или ограничение доступа к самым выгодным клиентам.

Сеть отелей Marriott недавно оказалась в кризисе, когда независимые владельцы отелей начали «бастовать» против методов, которые фирма использовала при централизованной закупке материалов и оборудования. Они обвинили Marriott в том, что сеть якобы получала от поставщиков товаров (постельного

белья и продуктов для ресторанов) скидки, а владельцам отелей поставляла эти товары по обычным ценам, присваивая разницу. Компания Marriott, очевидно, полагала, что ее стратегическое положение в качестве компании, предоставляющей отелям франшизу (право использовать ее торговую марку) оградит ее от судебных исков владельцев отелей по поводу такой практики. В конце концов отели ценили марку Marriott и были заинтересованы в продлении договоров франшизы. Кроме того, большинству владельцев отелей было выгоднее, чтобы Marriott сама закупала все необходимое, поскольку это избавляло их от необходимости содержать собственные отделы снабжения.

Расчеты Marriott были обоснованными, но требовали единодушной поддержки владельцев отелей. Когда несколько недовольных владельцев отелей все же затеяли тяжбу, конфликт получил огласку, и газеты обвинили компанию в сокрытии финансовой отчетности и незаконных манипуляциях. Когда ее имидж в глазах общественности был подорван, компания обещала полностью раскрыть свою отчетность и прибыль от закупочной деятельности — то, что ей следовало сделать раньше.

Фактор 4: финансовые ресурсы

В юридических сражениях между корпорациями Давид редко побеждает Голиафа. Говорят, что юрист одной крупной американской компании как-то заметил: «Мы выигрываем дела в суде <...> не потому, что тратим на них все деньги [наших клиентов], а потому, что вынуждаем потратить все деньги этого сукина сына — нашего конкурента». И это не пустые слова. Недавнее исследование Американской ассоциации защиты прав на интеллектуальную собственность (American Intellectual Property Law Association) показало, что в начале 2000-х годов средние затраты на судебные разбирательства (включая апелляции) по поводу нарушения прав интеллектуальной собственности колебались от \$400 тыс. (мелкие иски на сумму менее \$25 млн) до более чем \$3 млн (серьезные иски по поводу нарушения патентного законодательства на сумму свыше \$25 млн). В 2000 году только расходы на вознаграждение адвокатов, ведущих патентные дела, составили более \$3 млрд.

Фирмы, располагающие более значительными финансовыми ресурсами для ведения юридической войны на истощение, имеют решающее преимущество перед теми, кто таких ресурсов не имеет. Исследования показывают, что богатым фирмам легче добиться предварительного судебного запрета, чем бедным, а эти запреты особенно губительны для компаний, испытывающих нехватку финансовых ресурсов (таких, как Napster). Богатые фирмы могут больше тратить на лоббирование, организовывать более эффективные рекламные кампании и нанимать более влиятельных профессиональных лоббистов. Финансовые ресурсы неизбежно трансформируются в юридический успех. В главе 7 мы увидим, как Карл Линднер, руководитель компании Chiquita Brands International, в одиночку выиграл дело против Европейского союза, касающееся нарушения международ-

ного горгового права, выделяя сотни миллионов долларов демократической и республиканской партиям в ходе президентской избирательной кампании. Если ваш оппонент располагает финансовыми ресурсами, позволяющими ему «продержаться» дольше вас, вам следует позаботиться о том, чтобы выиграть дело как можно скорее

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Доступ к тем, кто принимает решения, — это залог политического влияния. В середине 1990-х годов Microsoft имела всего одного лоббиста, который работал в отделе продаж компании, расположенном в пригороде Вашингтона. Расходы фирмы на избирательную кампанию 1993–1994 года составили всего \$109 134. Вскоре министерство юстиции возбудило против Microsoft судебное дело, обвинив ее в нарушении антимонопольного законодательства. Это заставило Microsoft навсегда изменить свое отношение к вопросам лоббирования. За несколько месяцев компания наняла 15 лоббистов, разместив их в своем офисе в Вашингтоне, и пожертвовала кандидатам на федеральные должности около \$5 млн — больше, чем какая-либо другая фирма, работающая в области высоких технологий. Эти шаги оправдались: в 2001 году Microsoft удалось уладить дело на выгодных для себя условиях.

Кроме того, адвокаты зачастую весьма энергично добиваются еще одного преимущества, эквивалентного физическому доступу к тем, кто принимает решения, а именно рассмотрения дела «на своей территории». При заключении контрактов они вставляют в них пункты, согласно которым спорные вопросы должны решаться в суде «на их территории», а если это оказывается невозможным, всеми средствами пытаются перенести процесс «в родные пенаты». На исход дела иногда может повлиять знакомство с судьями и присяжными, а также то, как компанию воспринимает местное «комьюнити». Преимущество, связанное со слушанием дела в «родном» суде, обуславливает также значительную экономию затрат: сотрудники компании всегда «под рукой» и могут в любое время давать показания и помогать в продвижении дела, а представлять фирму в суде будут знакомые адвокаты, что избавит компанию от лишних расходов и проволочек.

Анализ пяти факторов

Пять факторов, влияющих на принятие решения, — это не догма. Речь идет о соображениях, которые следует иметь в виду и учитывать при оценке юридических ходов. В каждом конкретном деле один фактор может перевесить все остальные. Но шансы на успех увеличиваются, если есть возможность одновременно использовать большее количество факторов, и уменьшаются, если такой возможности нет. Постоянный учет всех пяти факторов существенно повысит ваши шансы на выживание в судебных баталиях и позволит вам достичь большего выигрыша, чем от стратегических побед.

Чтобы сделать анализ факторов, обуславливающих успех юридической стратегии, более наглядным, я оценил их значение в двух делах, о которых шла речь в начале главы (борьбу Генри Форда с собственниками патента Зелдена и битву Napster со студиями звукозаписи), и представил их в виде таблицы. Вы можете сделать то же самое применительно ко всем ситуациям связанным с принятым решением в реальной жизни.

В таблице 1 воздействие пяти факторов оценивается с точки зрения компании Ford Motor как «сильное», «нейтральное» или «слабое». Некоторые из приведенных факторов взаимосвязаны. К примеру все представители автомобильной отрасли знали об относительно слабой юридической обоснованности патента Зелдена, но лишь немногие новички в отрасли имели достаточно средств, чтобы просить им вызов. Первый фактор играл на руку Форду, а четвертый — на руку его конкурентам. Владельцы патента Зелдена имели возможность организовать производство в удобном для них месте — в Нью-Йорке, что еще больше снижало влияние первого фактора. «Старая гвардия» изначально имела преимущество, связанное со стратегической позицией в отрасли. В то же время Форд имел явное преимущество симпатии общественности и средств массовой информации.

Таблица 1 Пять факторов успеха юридической стратегии
(Генри Форд против производителей лицензированных автомобилей)

Факторы	Сильное влияние	Нейтральное влияние	Слабое влияние
Юридическая обоснованность	•		
Симпатии в глазах общественности	•		
Стратегическая позиция			•
Доступ к ресурсам			•
Средствами, кем кто принимает решения			•

В этой ситуации складывалась не в пользу Генри Форда (по крайней мере, если бы он был рядовым человеком, лишенным энтузиазма и напористости, ведь именно триумф битвы Ключ к окончательной победе Форда следует искать в способности изменить воздействие некоторых факторов. Во-первых, Форд не имел в бизнесе оправдала себя, Форд нейтрализовал преимущество связанное с наличием финансовых ресурсов, и улучшил свое стратегическое положение в отрасли. Оба эти фактора «переместились» из правого столбца в левый. Во-вторых, он в конце концов добился слушания дела в федеральном апелляционном суде в результате чего слабая юридическая обоснованность патента Зелдена стала очевидной для всех. Это свело на нет фактор «Средствами, кем кто принимает решения», и подчеркнуло сильные стороны Форда.

Сравните эту таблицу с таблицей 2 (Napster против студий звукозаписи) В ней я тоже оценил пять факторов с точки зрения одной из сторон (компании Napster)

Таблица 2 Пять факторов успеха юридической стратегии (Napster против студий звукозаписи)

Факторы	Сильное влияние	Нейтральное влияние	Слабое влияние
Юридическая обоснованность			•
Легитимность в глазах общественности		•	
Стратегическая позиция			•
Финансовые ресурсы			•
Доступ к тем кто принимает решения		•	

Компания Napster не имела практически никаких средств для борьбы Она столкнулась с противником обладавшим законным правом собственности, тогда как ее собственные стратегические позиции были слабыми и она не располагала средствами для масштабного юридического сражения При этом влияние фактора публичной легитимности — законности музыкального пиратства в глазах общественности — было в лучшем случае нейтральным Студенты колледжей воспринимали Napster как «щуплого парнишку», избиваемого «громилами» — студиями звукозаписи Однако другие люди чувствовали себя неуютно при мысли, что благодаря чудесам технологии кто-то может даром пользоваться плодами чужого труда В конечном счете влияние этого фактора во многом определили те, кто принимал судебное решение Наконец, хотя студиям звукозаписи удалось организовать слушание дела в калифорнийском федеральном суде, признающем важность авторского права для отрасли развлечений и компьютерного бизнеса, подлинного преимущества слушания дела «на своей территории» компаниям использовать не удалось Федеральный судья Мерилин Холл Пател считалась справедливой и беспристрастной юристом, отлично знающим законодательство об авторском праве

* * *

Учитывая вышеизложенные соображения о законодательстве и стратегии, можно рассмотреть, как компании используют законодательные органы для установления правил игры в своей отрасли Некоторые считают лоббирование и маневрирование в конгрессе чем-то весьма далеким от юридической стратегии, но я с этим решительно не согласен что может быть важнее для юридической стратегии, чем разработка законов? И, что еще более важно, законодательные органы выступают высшей инстанцией, к которой можно апеллировать, если вы хотите изменить правила игры в случае, когда суды и органы государственного регулирования встают на сто-

рону ваших оппонентов. Следовательно, юридическая стратегия начинается с понимания роли этого самого политизированного из всех правовых институтов

- [1] Associated Press. Roxio Aims to Revive Napster //NYTimes.com, February 25, 2003. В это время звукозаписывающая отрасль испытывала растущие трудности, реализуя юридическую стратегию, направленную на закрытие музыкальных сайтов. Последние становились предприятиями глобального масштаба, не имея постоянных штаб-квартир и юридического адреса. См. также Todd Woody. The Race to Kill Kazaa //Wired, February 2003, p. 105 (подробное описание скользкой тактики электронной музыкального сайта Kazaa направленной на то, чтобы избежать правовой ответственности)
- [2] Другие системы распространения музыкальных записей без использования централизованного веб-сайта оценивались как вполне законные, потому что они оказывали множество легальных услуг, а их создатели не имели технических средств для контроля над пользователями, желающими незаконным образом копировать музыкальные файлы. Matt Richtel. Entertainment Industry Loses in Web Case //New York Times, April 25, 2003, p. C1 (отчет о решении федерального суда об отказе в закрытии Crokster и StreamCast Networks использующих программное обеспечение Morpheus для обмена файлами между пользователями)

20

21

22

23

24

25

26

27

ИГРЫ ВОКРУГ ВЛИЯНИЯ

законодательство

Если оказывается, что правила игры не позволяют выиграть, английские джентльмены меняют такие правила.

Гарольд Лэкин — британский социалист и председатель лейбористской партии

Возможно, вам приходилось видеть пункты взвешивания большегрузных автомобилей — которых так много на скоростных автомагистралях, связывающих штаты. Водители ненавидят их, потому что взвешивание ведет к задержкам в пути и штрафам. Если вы когда-либо задумывались о том, для чего нужны эти пункты, вы, возможно, приходили к выводу, что они служат для безопасности дорожного движения. На самом деле это совершенно не так. Как и правила парковки такси в аэропортах, пункты взвешивания грузовиков — это только верхушка айсберга, то есть системы законов, определяющих картину конкуренции. Эти законы были приняты под давлением крупнейшего конкурента автотранспорта — железных дорог в области перевозки грузов на большие расстояния — железных дорог. После принятия этих законов владельцы грузовиков платят более вы-

Автотранспортные компании и железные дороги стали соперничать в начале 1930-х годов, когда получили развитие оба эти вида транспорта, и автоперевозка грузов на большие расстояния превратилась в реальную альтернативу железнодорожным перевозкам. Однако серьезная борьба за контроль над рынком грузоперевозок развернулась после второй мировой войны, когда производство грузовых автомобилей достигло довоенного уровня, а ветераны стали рассматривать профессию дальнбойщика как прекрасный способ зарабатывать на жизнь. К 1948 году железные дороги начали терять серьезных клиентов. Они отказались от использования традиционных приемов конкурентной борьбы (снижения цен и предоставления более качественного обслуживания) и начали всерьез рассматривать юридические методы конкуренции.

В мае 1949 года руководители основных железных дорог Восточного побережья США собрались, чтобы обсудить возможные способы ограничения автомобильных грузоперевозок на большие расстояния, сохранив это направление за собой. Еще до конца лета они создали отраслевое объединение — комитет по обеспечению конкурентоспособности грузоперевозок (Committee on Competitive Transportation), договорились использовать членские взносы для финансирования юридической войны и наняли одну из ведущих американских лоббистских фирм для разработки весьма хитроумной кампании против автотранспортных фирм с использованием лоббистских методов и влияния на общественное мнение. Комитет преследовал двойную цель: во-первых, обложить автотранспортные фирмы налогами, сделав их убыточными, и, во-вторых, установить строгие законодательные ограничения на вес груза, перевозимого автотранспортом по скоростным автомагистралям (а также серьезные штрафы за нарушение правил). Железные дороги знали, что владельцы грузовиков разобщены и работают в разных концах страны, поэтому план наступления заключался в организации публичной кампании против грузовиков. Железнодорожные компании хотели быстро добиться принятия законов против грузового автотранспорта, а затем воспользоваться ими для лоббирования других законов. Для этого они обратились к законодательным органам штатов, традиционно поддерживающих железные дороги.

Лоббистская фирма, представляющая интересы железных дорог, начала с поиска моральных оснований, на которые могли бы опереться железные дороги, взывая к средствам массовой информации и избирателям. В качестве такого основания лоббисты решили использовать борьбу за безопасность движения на скоростных автомагистралях. Тяжелые грузовики, утверждали они, разрушают дороги и создают угрозу для других водителей. Поступления от налогов на грузовики (особенно на большегрузные, осуществляющие дальние перевозки) могли бы использоваться для ремонта дорог. Чтобы контролировать вес грузовиков, железные дороги настаивали на строительстве на границах штатов пунктов взвешивания.

Затем последовала общенациональная кампания в средствах массовой информации, которая должна была доказать, что грузовики разрушают американ-

ские дороги. Сегодня мы уже привыкли к масштабным кампаниям в поддержку какого-либо мероприятия. Но в 1949 году такие кампании были в новинку. Железные дороги тратили на свой «крестовый поход» сотни тысяч долларов, причем часть этих денег была использована для финансирования действий, сомнительных с точки зрения морали.

«Случайные прохожие», специально нанятые лоббистами, выступали по радио и телевидению и эмоционально утверждали о том, как опасны грузовики для дорожного движения. Лоббисты сняли «документальный» фильм о том, как грузовики разрушают дороги. Какие кадры они вырезали при монтаже фильма? Кадры, показывающие, что благодаря использованию новых дорожных покрытий и методов строительства шоссе вполне справляются с нагрузкой, создаваемой самими тяжелыми грузовиками. Они платили журналистам за статьи с заголовками вроде «Грузовики губят наши дороги» и публиковали их в популярных газетах и журналах (таких, как Parade, воскресное приложение к газете Sunday). Специальные сотрудники проводили однобокие опросы общественного мнения, задавая вопросы о том, следует ли оплачивать ремонт дорог за счет повышения автомобильных налогов, налогов на бензин или налогов на грузовики. Они организовывали звонки гражданам законодателям штатов с требованием введения налогов на грузовики для покрытия расходов на содержание дорог.

Самое интересное то, что железнодорожные «стратеги» использовали новый метод лоббирования — так называемую технологию третьей стороны. Они создавали и финансировали «независимые» организации, которые «по собственной инициативе» поддерживали железные дороги. В течение нескольких месяцев как грибы выросли многочисленные общественные организации, работающие под лозунгом «Спасите наши дороги!».

В общей сложности лоббирование, нацеленное на введение новых законов, велось в 17 штатах на Востоке и Среднем Западе США. Многие штаты ввели новые налоги; некоторые установили ограничения на вес грузовиков. В штате Нью-Йорк были введены новые налоги, которые были использованы для строительства 50 пунктов взвешивания грузовиков на скоростных автомагистралях. Любои, кто ездит по этим дорогам, знает: эта идея получила широкое распространение.

Владельцы грузовиков, разумеется, не сидели сложа руки. В конце концов они создали собственную лоббистскую организацию, представляющую собой союз отраслевых объединений автотранспортных компаний различных штатов, — Американскую ассоциацию владельцев грузовиков (American Trucking Association). Она организовала в СМИ контрнаступление на железные дороги. Кроме того, более 40 самостоятельных автотранспортных фирм подали в суд на 35 железнодорожных компании, обвинив их в нарушении антимонопольного законодательства. Принятый к рассмотрению в 1953 году, этот иск «гулял» в судах до тех пор, пока Верховный суд США в 1961 году наконец не отклонил его на том основании, что право на лоббистскую деятельность компаний в законодатель-

ных органах (даже имеющую столь агрессивный и, возможно, аморальный характер) охраняется правом апеллировать к правительству, закрепленным в конституции США. Рассмотрев дело «Конференция президентов железнодорожных компаний Восточных штатов против компании Noerr Motor Freight», верховный суд постановил, что организация лоббистских кампаний с целью получения преимуществ перед конкурентами — это часть американского образа жизни.

Демократия в действии

Лоббирование новых законов — это козырная карта в юридической стратегической игре. С учетом ограничений, налагаемых только конституциями штатов и конституцией США, законодатели могут принимать законы, аннулирующие как судебные решения, так и постановления органов государственного регулирования. В конце 1940-х годов железные дороги застали владельцев грузовиков врасплох и поэтому смогли существенно повысить их затраты. Эти затраты автотранспортные компании несут и поныне.

Для некоторых фирм лоббирование является важным элементом их бизнес-планов. Взять хотя бы компанию Segway LLC, продвигающую на рынок новый вид двухколесного транспортного средства, управляемого с помощью гироскопа (Segway Human Transporter). Работающее от аккумуляторов устройство без тормозов и педали газа, весом 80 фунтов и по ширине рассчитанное на одного взрослого ездока, движется вперед, когда водитель наклоняется вперед, и останавливается, когда он выпрямляется. Но чтобы организовать сбыт машины, компания Segway должна добиться изменения законов о безопасности на тротуарах в тех странах, где она намерена продавать свое транспортное средство, а также во всех 50 штатах США. На сегодняшний день 30 американских штатов, включая Калифорнию и Нью-Джерси, уже признали возможным использование машины Segway, а федеральное правительство исключило это транспортное средство из категории «автомобильные виды транспорта», на которую распространяется действие соответствующих законов. Однако компания по-прежнему сталкивается со значительным сопротивлением со стороны организаций пешеходов и компаний, производящих скутеры и велосипеды. Англия запретила ездить на Segway по тротуарам. Такой же запрет существует в ряде крупных городов США. Стратегия бизнеса компании Segway — это стратегия лоббирования (причем в глобальном масштабе).

На заре демократии изменение законодательства не было таким обычным элементом деловой практики, как сейчас. Так, в античные времена в греческом городе Локрис любой гражданин, который хотел ввести новый закон или изменить старый, должен был изложить свои доводы перед законодателями, стоя перед ними с петлей на шее. Если ему не удавалось получить поддержку большинства, его вешали на месте. Как утверждает Демосфен, за два века в Локрисе был изменен только один закон. А в древних Афинах государственные законы в бук-

вальном смысле слова высекались на камне — такие камни стояли в общественных местах по всему городу. Чтобы изменить закон, необходимо было, чтобы население сначала проголосовало за реформу, а затем найти соответствующий камень и удалить старый закон.

Однако в современных демократиях игра ведется по другим правилам. Раньше при обсуждении правовых вопросов в британской палате общин могли присутствовать только ее члены. Гражданам разрешалось находиться только в «лобби» рядом с большим залом заседаний. Новая профессия — лоббист — родилась, когда работающие на условиях полной занятости, оплачиваемые влиятельными компаниями адвокаты стали использовать лобби для изложения своей позиции членам парламента. Вскоре как законодатели, так и лоббисты стали профессионалами, сфокусированные только на своей работе, причем ряды лоббистов часто пополнялись за счет отставных или проигравших на выборах законодателей.

В настоящее время более 12 тыс. человек, в основном юристов, зарабатывают на жизнь в одном только Вашингтоне, околачиваясь в кулуарах конгресса, убеждая законодателей проголосовать за принятие или отклонение поправки к тому или иному закону. В конце 1990-х годов на лоббирование в законодательных органах в Вашингтоне фирмы расходовали в общей сложности \$1,5 млрд. В пересчете на одного члена конгресса их расходы составляли около \$2,7 млн (на каждого законодателя в среднем приходилось 22 активных лоббиста). Десятки тысяч человек занимаются лоббированием в собраниях штатов и мэриях городов по всей Америке. Еще больше лоббистов работают в столицах государств, региональных центрах, городских правительствах и международных организациях во всем мире.

Самые влиятельные, настойчивые и изобретательные лоббисты представляют интересы бизнеса. Как писал политолог из Йельского университета Чарльз Линдблум в своей книге «Политика и рынки» (Politics and Markets), «все объединения граждан конкурируют в политике, используя только доходы и энергию своих членов. Исключение составляют только представители бизнеса. Они пользуются тремя преимуществами: во-первых, они имеют мощные источники финансирования; во-вторых, готовые организации; и, наконец, привилегированный доступ к правительству». Демократия создает для юридических стратегий огромные возможности с точки зрения получения или сохранения конкурентных преимуществ. И чем бизнес развит в демократии, тем вероятнее, что отрасли (или компании отрасли) имеющие полные карманы денег и четкие конкурентные задачи, выйдут в том же творческом процессе для достижения своих целей.

Завладев таким образом одним росчерком пера изменить закон. Поэтому вы должны активно защищать свои интересы на законодательной арене, иначе вы рискуете столкнуться с тем, что случилось с владельцами грузовиков в Японии. Если вы не можете проснуться и узнать, что вашим рынком владеют законодатели «украсть» ваш рынок.

Методы влияния: чего хотят политики

Политика — это пестрый «коктейль» различных интересов и борьбы за голоса избирателей. В отличие от судей, которые связаны правовыми прецедентами, и чиновников, ограниченных в своих действиях полномочиями и административными процедурами, законодатели могут прислушиваться практически к любым доводам. Следовательно, эффективное влияние на них требует понимания того, чего они хотят или опасаются в данный конкретный момент.

Чтобы понять их чаяния и надежды, можно использовать социологические методы. Многие ученые — политологи и экономисты — исходят из того, что законодатели подобно погребителям и компаниям, руководствуются преимущественно собственными интересами. В 1986 году Джеймс Бьюкенен получил Нобелевскую премию по экономике за разработку математического метода, позволяющего обществоведам анализировать политические процессы с точки зрения поведения его участников, обусловленного личными интересами последних. Каков же преобладающий, очевидный мотив, определяющий большую часть решения в области законодательства? Желание быть переизбранным. Теория Бьюкенена — так называемая теория общественного выбора (public choice) — это эффективная модель, объясняющая, что же именно заставляет законодателей пошевеливаться и почему бизнес играет столь важную роль в определении их повестки дня.

С желанием быть переизбранным тесно связаны два других серьезных политических мотива. Во-первых, политиков волнует внешнее восприятие их деятельности (иногда больше, чем реальные события и перемены в обществе). Они всегда стараются проявлять внешнюю заинтересованность в решении вопросов, имеющих значение для избирателей. Следовательно, если вы хотите добиться поддержки законодателей для реализации частной, продиктованной конкуренцией цели, вы должны показать, как ваше предложение будет выглядеть в глазах избирателей. Такой подход избавит политиков от последующих обвинений в защите частных интересов, и во время следующих выборов сделает более «правдоподобными» их уверения, что они заботятся исключительно об интересах избирателей. Железные дороги сумели получить поддержку законодателей в борьбе против автотранспортных фирм, прикрываясь лозунгом «За безопасность на дорогах». Владельцы грузовиков могли бы продемонстрировать, что подлинная цель кампании состояла в «спасении железных дорог».

Во-вторых, политики обычно стараются по возможности избегать рискованных политических решений, которые могут оттолкнуть от них определенные группы избирателей. Другой экономист — Макс Корден — объясняет названную особенность поведения законодателей «стремлением к поддержанию общественного благосостояния». Корден считает, что политики больше всего опасаются упреков в том, что их деятельность ведет к «значительному сокращению реальных доходов какой-либо группы населения в абсолютном выражении», то есть

доходов тех избирателей, интересы которых они представляют. Их логика проста: голоса избирателей, доходы которых снижаются в результате экономической реформы, часто звучат громче (в политическом смысле), чем голоса тех, кто выигрывает от перемен. И те, кто «теряет» от реформы, имеют привычку «мстить» своим «обидчикам» на следующих выборах.

Из концепций Бьюкенена и Кордена вытекает несколько важных последствий для конкурентной юридической стратегии. Во-первых, хорошо организованная, шумная группа потенциальных избирателей более влиятельна, чем неорганизованное, политически пассивное (хотя и более многочисленное) большинство. Этим объясняется обилие общественных объединений и ассоциаций, расплодившихся вокруг большинства законодательных органов. Во-вторых, законодатели настойчиво стремятся не только увеличить доходы избирателей, но и избежать упреков в причинении избирателям убытков (в результате повышения налогов и т.п. сокращения количества рабочих мест). В-третьих, политики сталкиваются с серьезной проблемой, если противоборствующие стороны обладают достаточными финансовыми ресурсами и организованы и каждой из них грозят потери в случае выигрыша другой стороны. Как мы увидим далее, в этом случае они будут оттягивать принятие закона в пользу той или иной стороны так долго, как это только возможно.

Как бы ни была тяжела жизнь политиков, цель любой вашей лоббистской кампании ясна: чтобы добиться успеха в своем начинании, вы должны повлиять на достаточное количество законодателей. А чтобы заручиться поддержкой законодателя, вы должны показать, что у вас есть более широкие возможности для его поддержки на выборах, чем у ваших оппонентов. Поддержка на выборах обычно осуществляется в трех формах: *финансирование избирательной кампании, обеспечение прямого доступа к потенциальным избирателям и предоставление надежной информации о последствиях тех или иных политических шагов* (включая содействие в донесении этой информации до политических союзников).

1. Деньги

Избирательные кампании требуют денег, и, в зависимости от продолжительности периода между выборами, потребность в средствах может быть практически постоянной. По тому самый надежный способ получить доступ к политикам — это пожертвовать деньги на избирательную кампанию. Честные политики не нуждаются в них, но они отвечают на телефонные звонки крупнейших спонсоров. Прямой доступ позволяет спонсорам чаще высказывать свою точку зрения и делать это более убедительно.

Хотя уже существуют и постоянно меняющиеся правила финансирования избирательных кампаний выходят далеко за рамки настоящей книги. Но одно остается неизменным: чтобы участвовать в политике, надо платить.

Если же вы не хотите платить, вам придется убеждать вас в том, что деньги влияют на политику. Это можно сделать лишь один пример. Как упоминалось в предшествующей

щей главе, компания Microsoft на протяжении большей части своей истории уделяла лоббированию мало внимания. У нее был единственный лоббист в Вашингтоне, который размещался в отделе продаж компании в пригороде. Взносы Microsoft на избирательную кампанию 1993–1994 года составили в общей сложности \$109 134 и были в основном потрачены на местных кандидатов в штате Вашингтон. Билл Гейтс прекрасно знал, как использовать судебные разбирательства для достижения конкурентных преимуществ, но не любил политику и не интересовался ею.

В 1998 году министерство юстиции начало судебное разбирательство по поводу нарушения компанией антимонопольного законодательства. Руководитель компании Стив Балмер назвал это «холодным душем по-вашингтонски». Очень крупная компания, которая столкнулась с судебным преследованием со стороны правительства, не имела никого, на чью поддержку она могла бы опереться. Как заметил один из вашингтонских юристов, в политике «следует заводить друзей до того, как они вам понадобятся». У компании Microsoft не было «друзей» в законодательных органах.

Первая политическая реакция Microsoft на антимонопольный иск свидетельствовала о ее неопытности. Наивная фирма убедила одного из сенаторов от своего штата — республиканца Слейда Гортон (которого впоследствии стали называть «сенатором от Microsoft») представить на рассмотрение закон о сокращении финансирования антимонопольного департамента министерства юстиции. Однако после того как газета Washington Post сделала историю достоянием гласности, назвав в редакционной статье этот шаг смешной и наивной попыткой политического шантажа, Гейтс быстро отказался от такой стратегии.

Сделав сначала множество ошибок, компания Microsoft энергично взялась за дело. Как было отмечено выше, она создала офис из 15 человек в Вашингтоне и потратила немалые суммы на политические кампании и поддержку кандидатов. К 2000 году Microsoft стала крупнейшим спонсором избирательных кампаний, работающих в отрасли высоких технологий. Журнал Fortune писал, что Microsoft внесла \$36,6 млн в виде денежных пожертвований и \$179 млн в виде поставок программного обеспечения на общественные мероприятия, одобренные влиятельными политиками, такими как спикер палаты представителей Денис Хестерт и сенатор от штата Нью-Йорк Хиллари Клинтон. Когда республиканец Джордж Буш победил на президентских выборах Эла Гора, компания Microsoft спонсировала один из инаугурационных баблов Буша.

Эти инвестиции в политику, похоже, окупились. Юридическая команда Гейтса ловко отсрочила на несколько лет принятие окончательного решения по делу, доказав, что судья был небеспристрастен, и оспорила предложение министерства юстиции о разделении Microsoft на несколько независимых компаний. К тому времени, когда были поданы апелляции, на смену сотрудникам антимонопольного департамента — демократам, инициировавшим дело против компании, — при-

шла новая команда республиканцев. Эта новая команда предложила свой вариант решения по делу, который больше устраивал компанию, и Microsoft приняла его.

2. Голоса избирателей

Если вы можете обеспечить голоса избирателей в день выборов, вы, несомненно, привлечете внимание политика. Это особенно эффективно умеют делать профсоюзы — именно этим и объясняется их политическое влияние. Скажем, относится и к низовым организациям рядовых граждан, особенно заинтересованных в решении каких-либо вопросов, например, объединения сторонников запрещения абортов, женским правозащитным организациям, борцам за охрану окружающей среды и т. д.

Не случайно многие организации, возглавляющие список 25 наиболее влиятельных лоббистских групп в Вашингтоне, публикуемые раз в два года журналом *Fortune* — обеспечивают политикам голоса избирателей на общенациональном уровне [1]*. На протяжении нескольких лет этот список возглавляли три наиболее влиятельных группы — Национальная ружейная ассоциация (National Rifle Association), Американская ассоциация пенсионеров (American Association of Retired Persons) и Национальная федерация независимых предприятий (The National Federation of Independent Businesses). Почему именно последняя организация, представляющая интересы малого бизнеса, а не крупных предприятий, является одной из наиболее влиятельных лоббистских группировок в Вашингтоне. Потому, что ее члены — это политически активные избиратели, проживающие в больших и малых городах по всей Америке, которые хорошо организованы и хорошо финансируют местные политические кампании, а также часто выступают в качестве влиятельных лидеров избирателей в своих общинах.

Как правило, большинству независимых предприятий трудно обеспечить необходимое количество голосов в поддержку того или иного кандидата. Сотрудники компании редко имеют общие политические взгляды, а работодатели по вполне понятным причинам не заинтересованы в политизации сотрудников. Кроме того, законодательство о выборах запрещает компаниям заставлять рядовых сотрудников оповещать за конкретных кандидатов. Тем не менее фирмы нередко все же напрямую поддерживают тех или иных политиков для решения экономических проблем, от которых зависит успех в конкурентной борьбе.

Как пример, компания Household Financial, работающая в сфере потребительского кредитования, потратила сотни тысяч долларов в ходе недавних выборов в Конгресс, чтобы убедить большинство своих сотрудников (общая численность компании — около 26 тыс. человек) проголосовать за кандидатов, поддерживающих ее фирму в законодательстве о банкротстве. Новый закон был направлен на то, чтобы лишить получателей кредитов отказ от уплаты за счет инициации процедуры банкротства. Действия компании Household были за-

конными, потому что они касались исключительно менеджеров, а также рядовых сотрудников компании, которые владели акциями, получая их в рамках соответствующих программ вознаграждения. Будучи акционерами, они не попадали под действие закона, запрещающего агитацию среди наемных сотрудников. Компания Household осуществляла регистрацию избирателей, рассылала по электронной почте политические новости, распространяла программы кандидатов для сравнения их позиции по вопросу изменения законов о банкротстве, а также организовала выступления кандидатов на собраниях в компании.

Ме годы работы Household по привлечению голосов избирателей иногда называют «избирательной кампанией для среднего звена». Вместо того чтобы обращаться непосредственно к рядовым сотрудникам, в ходе такой кампании для лоббирования местных кандидатов мобилизуют менеджеров среднего звена — руководителей заводов, фабрик и крупных отделений. Этих людей обычно хорошо знают в общинах, и они могут оказать влияние на местных политиков.

3. Информация

Хотя у законодателей практически нет времени для того, чтобы серьезно рассмотреть даже один вопрос, от них ожидают глубоких знаний и твердых убеждений в области сотен проблем, волнующих избирателей. Поэтому они всегда стараются получить квалифицированные заключения, построенные на солидной аргументации. Они ожидают, что такие материалы им предоставят бизнес-компании и лоббистские объединения.

Исследователи как-то попытались выяснить, чем занимался конгрессмен Нед Пэттисон, представляющий город Трою (штат Нью-Йорк), на протяжении нескольких недель. Он подтвердил, что контакты с корпоративными лоббистами и группировками, имеющими общие интересы, были «весьма полезными или даже совершенно необходимыми с точки зрения получения справочной информации по вопросам, которые обсуждались в конгрессе». Пэттисон также сказал, что «наиболее полезными были лоббисты, владевшие технической информацией < >, которая помогла разобраться в проблемах и подготовиться к ответам на вопросы избирателей о законопроекте».

То, как формируется позиция политика по экономическим проблемам, можно проследить на конкретном примере моего родного штата. В 1980-х годах несколько крупных корпораций Пенсильвании, опасаясь враждебного поглощения фирмами из других штатов, попросили законодателей штата принять «закон против поглощений». До принятия такого закона руководители компаний штата в случае враждебного поглощения были обязаны защищать только интересы акционеров, то есть добиваться от покупателей приобретения акций компании по максимально высоким ценам. Новый закон должен был позволить им отклонять предложения о покупке акций даже по высоким ценам, если они считали, что поглощение может нанести ущерб интересам сотрудников компании, поставщикам или местным общинам.

В ходе лоббирования этого закона торговая палата обратилась за поддержкой к местному либерально настроенному сенатору-демократу Винсенту Фьюмо. Он не поддержал начинание, сославшись на то, что считает законопроект элементом «законодательства большого бизнеса», которое заведомо не может быть одобрено избирателями-членами профсоюзов. Но, получив уверения в обратном, он в конце концов изменил свою позицию. Выступая на заседаниях сената штата, он так описывал ход своих рассуждений:

«Сначала, когда мне предложили ознакомиться с законопроектом, я, будучи демократом, был весьма удивлен. <...> Я направил его специалистам — профессорам из Уортонской школы Пенсильванского университета. Я испытывал определенные сомнения, потому что закон менял базовые правила игры <...> Один из профессоров Уортонской школы кратко изложил мне суть вопроса <...>.

Этот закон направлен на предотвращение прихода в штат чужих компаний и поглощения ими пенсильванских корпораций, ликвидацию последних, присвоение их активов и денег, и, в конечном счете, роста безработицы, вызванного увольнениями в результате слияний <...>.

Поэтому я, обращаясь к своим коллегам-демократам, говорю: да, этот законопроект внешне кажется элементом законодательства большого бизнеса и, возможно, таковым и является, но наши избиратели работают на заводах, принадлежащих этому большому бизнесу. Способствовать ликвидации этих предприятий и, соответственно, рабочих мест — это безумие».

Суммируя вышеизложенное, можно сказать, что надежная информация по последствиям тех или иных политических вопросов, позволяющая законодателям обсуждать с избирателями различные варианты решений с учетом интересов последних, — это важнейший инструмент лоббирования.

Как преподнести свою проблему

Учитывая базовые представления о том, чего хотят политики и что компании могут им предложить, рассмотрим некоторые общие тактические вопросы. Чтобы понять, как разрабатываются и принимаются законы, необходимо уяснить роль двух ключевых участников этого процесса (помимо законодателей) — лоббистов и средств массовой информации.

Кто должен представлять ваши интересы?

Большинство специалистов согласно с тем, что лучшие лоббисты — это живые люди с реальными проблемами. Вы можете заручиться поддержкой вашей отраслевой ассоциации, группы ad hoc (как Комитет по обеспечению конкурентоспособности железнодорожных грузоперевозок, Committee on the Competitive Transportation) или общенациональной организации (как Торговая палата США, объединяющей 3 млн индивидуальных членов (компаний) и 830 коллективных членов, т. е. объединении компаний). Но лучший представитель ваших интересов — это вы сами.

Когда в конце 1990-х годов конгресс рассматривал вопрос о продлении срока авторских прав Disney на 20 лет, руководитель компании Майкл Эйснер лично посетил Капитолийский холм. То же самое сделали легендарный музыкант Боб Дилан и наследники состояния композитора Джорджа Гершвина. Когда тот или иной вопрос затрагивает интересы нескольких фирм, лоббистские усилия приобретают большой вес, если руководители конкурирующих компаний выступают сообща. К примеру, вечные конкуренты Билл Гейтс (Microsoft) и Скотт Макнилли (Sun Microsystems) вместе лоббировали на Капитолийском холме принятие законов, касающихся защиты конфиденциальности информации в интернете.

Прямое лоббирование — это, видимо, лучший вид лоббирования, но оно не всегда возможно. Даже если вы излагаете свою позицию непосредственно законодателям, вам может потребоваться профессиональный лоббист для закулисной работы по разработке законопроекта, организации общественных мероприятий, подготовки документации и формированию коалиций. В этой связи уместно сказать еще несколько слов о профессиональных лоббистах.

Эффективность лоббиста зависит от двух факторов: надежности и доступа к политикам. Надежный лоббист предоставляет достоверную и точную информацию, столь необходимую для процесса законотворчества. Доступ лоббиста в законодательные органы зависит от его связей с законодателями и правительственными чиновниками. Эти связи постепенно формируются во время его работы в правительстве или в околуправительственных кругах.

Доступ лоббиста к законодателям не всегда бросается в глаза. Не так давно в газетах упоминался один случай, свидетельствующий одновременно о невинном характере и значимости тесных контактов между законодателями и лоббистами. Однажды во время заседания конгрессмен из Техаса заметил в зале лоббиста — своего друга из Southern Company (одна из крупнейших энергетических компаний США), который сидел среди зрителей вместе с дочерью (в этот день проходила акция «Возьми свою дочь на работу»). Во время перерыва в заседании конгрессмен набросал записку и держал ее так, чтобы текст могли видеть отец и дочь (и, как оказалось, еще и репортер). Записка гласила: «У тебя классный отец!» Мило, не правда ли? Да, но только не в том случае, если ваша фирма сражается с Southern Company, цена вопроса — принятие важного закона, а этому конгрессмену принадлежит решающий голос.

Некоторые лоббисты открыто бравируют своими связями в правительстве. В Вашингтоне в качестве лоббистов нередко выступают жены, родственники и даже дети членов конгресса. Например, одним из ведущих лоббистов, выступавших за оказание финансовой помощи авиакомпаниям после событий 11 сентября 2001 года была Линда Дешле, жена тогдашнего лидера сенатского большинства. В ряды лоббистов вливаются также бывшие законодатели и партийные функционеры. Проведенное в 1999 году исследование показало, что 129 официальных вашингтонских лоббистов ранее были членами конгресса. Этот список включал бывшего председателя комитета по ассигнованиям (House Appropriations

Committee) палаты представителей Роберта Л. Ливингстона, который в течение первого года работы в качестве профессионального лоббиста получил за свои услуги более \$1 млн.

Если у лоббиста нет необходимых связей, корпорации находят возможность наладить их. Так, весьма распространенной является практика приглашения жен (или мужей) конгрессменов на работу в совет директоров компании. Сьюзен Бэй, жена сенатора от штата Индиана Эвана Бэя, одно время работала в советах директоров компании E*Trade Bank, фармацевтической фирмы Cogvas International и компании медицинского страхования Anthem. Ричард Блюм, муж сенатора от штата Калифорния Дианы Файнстайн, был членом советов директоров шести корпораций. Жена бывшего тexasского сенатора Фила Грэмма — Венди Ли Грэм (которая ранее возглавляла комиссию США по фьючерсным сделкам (Commodity Futures Trading Commission)) — входила в совет директоров компании Fiton Corporation и оказалась в неловком положении, когда разразился скандал в связи с махинациями компании в области финансовой отчетности.

Вашингтонская фельетонистка из USA Today Донна Шор писала о контактах лоббистов с политиками в Вашингтоне: «Вашингтон — это очень маленький город, и все мы барахтаемся в одной луже. Наши дети ходят в одну и ту же школу, жены работают в одних и тех же благотворительных организациях и попечительских советах, а руководители компаний жертвуют деньги в одни и те же фонды. Когда столько времени проводишь вместе, деловые интересы становятся неотделимыми от личных». Сказанное можно отнести к любому политическому сообществу — от городского совета до ООН.

Следовательно, профессиональный лоббист — это незаменимый участник политического процесса. Если он не всегда выступает в качестве публичного политика, то во всяком случае является теневой, закулисной фигурой, формирующей стратегию, готовящей законопроекты, обеспечивающей доступ к законодателям и контролирующей политический процесс. Опросы общественного мнения покаывают, что профессия лоббиста, как и профессия адвоката, не относится к числу самых уважаемых. Но лишь немногие люди будут затевать важный судебный процесс, не заручившись поддержкой лоббиста, который знает, как «вести» судебное разбирательство. Сказанное относится и к политике.

Использование средств массовой информации: «политическое окно»

Как правило, успешное лоббирование требует использования (или нейтралитет) средств массовой информации. Публисити создает атмосферу общественной заинтересованности в решении той или иной проблемы и помогает подчеркнуть ее важность. Это, в свою очередь, требует от государственных чиновников и законодателей реакции. В случае с железными дорогами общественность не могла быть услышана, если бы большегрузные автомобили снижали безопасность на железных дорогах. Проблема вынесена на обсуждение в законодательном орга-

не, они организовали массированную, дорогостоящую кампанию в СМИ. Это спровоцировало ответную кампанию в СМИ, организованную представителями автотранспортных предприятий.

Но бывают ситуации, когда законодатели-стратеги не заинтересованы во внимании со стороны СМИ. На протяжении многих лет автомобилестроительная отрасль боролась против закона, обязывающего оборудовать автомобили подушками безопасности. В ходе этой борьбы замалчивание прессой проблем безопасности автомобилей играло на руку лоббистам этих компаний.

Разумеется, у средств массовой информации свои задачи, и они часто сами инициируют обсуждение вопросов, к которым компании предпочли бы не привлекать широкого внимания. Скандалы вокруг махинаций с финансовой отчетностью и банкротства компаний Enron и WorldCom в начале 2000-х годов инициировали реформу законодательства о корпоративном управлении. Фактически, средства массовой информации настойчиво напоминали политикам об этих общеизвестных событиях и показывали их последствия для работников компаний, пенсионеров и акционеров. Группировки, заинтересованные в решении проблем отчетности корпораций (некоторые из них давно предлагали ужесточить существующие законы о финансовой отчетности и раскрыть информацию о прибылях компаний), быстро ухватились за возможность выдвинуть свои законопроекты на первое место в повестке дня законодательных органов.

Политологи называют эту модель, то есть активное обсуждение проблемы в СМИ и последующую быструю реакцию законодателей, «политическим окном». Такие «окна» «открываются», когда происходит какое-либо громкое резонансное событие (разоблачение, скандал, кризис государственной системы здравоохранения или стихийное бедствие), и «закрываются», когда законодателям удается решить проблему или когда какое-то новое не менее шумное событие вытесняет проблему с первых полос газет и приковывает к себе внимание общественности.

К примеру, в США государственное регулирование производства пищевых продуктов и лекарственных препаратов в XX веке прошло три этапа, каждый из которых имел свое «политическое окно». Первые законы об обязательной маркировке пищевых продуктов были приняты в 1906 году после опубликования сенсационной книги Эптона Синклера «Джунгли» о мясоперерабатывающей промышленности. В 1938 году был принят первый закон о безопасности лекарственных препаратов — после того, как сто человек умерли от отравления антибиотиком, выпущенным компанией Massengill Company с нарушением технологического процесса. В начале 1960-х годов законодательство о лекарственных препаратах было вновь пересмотрено с целью ужесточения требований, касающихся побочного эффекта лекарств. На этот раз толчком для очередной реформы послужило широкое, изобилующее шокирующими деталями освещение в СМИ случаев врожденных дефектов, вызванных приемом беременными женщинами талидомида (противорвотного препарата).

Иногда фирма, стремясь убедить законодателей в настоятельной необходимости принятия того или иного закона, может сама «открыть» «политическое окно». Это может быть сделано путем организации кампании в СМИ (например, такой как инициированная в 1950-е годы железными дорогами кампания под лозунгом «Спасите наши дороги!») или определенных акций на рынке. Сэнди Уэйл, руководитель компании Citigroup, в 1990-е годы добился отмены закона времен Великой депрессии (закон Гласа—Стиголла 1933 года), инициировав многомиллиардное слияние компаний Travelers Group и Citicorp в нарушение этого закона. Закон Гласа—Стиголла запрещал одной компании владеть одновременно банком, страховой компанией и фирмой, занимающейся операциями с ценными бумагами. Однако в исключительных случаях в течение определенного периода (не более пяти лет) после слияния компания могла не соблюдать этот запрет. Таким образом, Уэйл шел на сознательный риск: если бы конгресс не отменил закон Гласа—Стиголла в течение пяти лет после слияния, компанию Citigroup пришлось бы разделить.

Сделка такого крупного масштаба создавала огромное давление на конгресс и требовала немедленного разрешения соответствующей правовой проблемы. Несмотря на протесты тысяч независимых страховых брокеров, осаждавших Капитолийский холм, чтобы сохранить свои рабочие места, конгресс в 1999 году рассмотрел этот давно назревавший вопрос и отменил закон. Компания Citigroup была спасена.

«Политические окна» — это важные тактические факторы, диктующие, когда и сколь настойчиво следует продвигать законодательную инициативу. Можно быть уверенным, что сторонники реформ воспользуются открытием «политического окна», чтобы настаивать на этих реформах. Самое лучшее, что могут сделать противники реформ, — это добиваться отсрочки и переключать законодательную инициативу и внимание средств массовой информации на другие вопросы.

Использование законодательства в конкурентной борьбе: четыре стратегии

Любой вид деятельности, столь сильно зависящий от человеческого восприятия, личных отношений и неконтролируемых событий, как политика, нельзя свести к простым механическим действиям. Однако, поскольку 90–95% американских конкурентов добиваются переизбрания не следующий срок, можно выявить некоторые закономерности. Политолог Джеймс Уилсон предложил одну из самых эффективных классификаций принципов стратегического лоббирования, выделенных в четыре подхода: *мажоритарный, клиентский, предпринимательский* и *битвой группировок, имеющих различные интересы*. Каждый из них имеет свои отличительные особенности и предполагает исполь-

Мажоритарный подход

Мажоритарный подход используется при решении вопросов, которые меньше всего интересуют стратегов бизнеса, но представляют наибольший интерес для граждан. Он применяется, когда голосование затрагивает серьезные системные вопросы, волнующие большое количество избирателей из разных слоев общества. В эту категорию попадают, например, важнейшие вопросы войны и мира или реформирования системы социального обеспечения. Разумеется, компании так или иначе заинтересованы в решении этих вопросов, но политическая борьба редко принимает форму противостояния между отдельными фирмами или отраслями. Скорее, общую позицию компаний по этим вопросам представляют головные экономические организации, например торговая палата США.

Клиентский подход

Под клиентским подходом Уилсон понимает политику, нацеленную на принятие законов, защищающих чьи-либо частные интересы. Законодатели выступают в качестве посредников, оказывающих законодательные «услуги» своим «клиентам» (обычно это влиятельные избирательные блоки, группы поддержки или спонсоры избирательной компании), внося те или иные пункты или поправки в рассматриваемые законопроекты в интересах отдельной фирмы, сегмента рынка или отрасли в целом. Так, в 1939 году Фред Лазарус-младший, основатель компании Federated Department Stores, выступая от имени ряда своих сторонников — владельцев магазинов, убедил Франклина Рузвельта перенести дату празднования Дня благодарения с 30 ноября на 23 ноября. Это было сделано для того, чтобы на неделю продлить сезон рождественских покупок. Затем Лазарус и другие руководители компаний розничной торговли начали лоббировать в конгрессе закрепление указанного изменения и назначение празднования Дня благодарения в четвертый четверг ноября (вместо последнего четверга месяца, как это было раньше). Это гарантировало открытие сезона праздничных покупок не позднее 29 ноября.

Такого рода политический протекционизм свойственен демократии с незапамятных времен. Его крайним проявлением являются коррупция и взяточничество, но он может быть и вполне безобидным, выражаясь, например, в переносе празднования Дня благодарения. Большинство решений, принятых на основе клиентского подхода, занимают промежуточное положение между этими двумя полюсами.

В 1996 году предприятия фаст-фуда — пиццерии во главе с Томасом Монагеном, который тогда был владельцем компании Dino's Pizza, и Национальная ассоциация ресторанов добились получения особой налоговой скидки для предприятий, доставляющих пиццу на дом. Это им удалось благодаря тому, что благожелательно настроенные влиятельные конгрессмены из комитета палаты представителей, в ведении которого находятся поступления в бюджет и налоговое законодательство, включили предложение о предоставлении налоговой скидки в список других 400 поправок к обсуждаемому законопроекту, то есть

сделали ее «невидимой». Эта льгота, которая обошлась федеральному правительству примерно в \$6 млн, почти автоматически была принята законодателями в рамках нового закона о минимальной заработной плате.

Эта история в корне отличается от двух других, одна из которых произошла в далеком прошлом, а другая — относительно недавно, причем обе они закончились для компаний не так успешно. В 1848 году Сайрус Маккормик, изобретатель важнейшего сельскохозяйственного орудия XIX века — механической жатки — страдая от нехватки средств, попросил своих друзей в конгрессе помочь ему продлить срок действия патента, чтобы получить возможность усовершенствовать свое изобретение и наладить коммерческое производство жаток. В XIX веке с такими просьбами в конгресс обращались многие, в том числе изобретатель телеграфа Морзе и конструктор швейной машинки Хоу, которым, как и ряду других изобретателей, удалось добиться продления срока действия патента. К несчастью, сведения о действиях Маккормика дошли до его конкурентов — производителей сельскохозяйственного оборудования. Многие из них не были заинтересованы в продлении срока действия патента, поскольку сами хотели производить жатку его конструкции. Эти производители быстро объединились с фермерами (которые были заинтересованы в снижении цен на сельскохозяйственные машины) и заблокировали просьбу Маккормика.

Недавняя попытка одной фармацевтической компании продлить срок действия патента на один из своих лекарственных препаратов показывает, насколько личные отношения и фактор СМИ влияют на стратегии лоббирования в рамках клиентского подхода. Фирма Wyeth-Ayerst («дочка» крупной компании American Home Products) попыталась на два года продлить срок действия патента на препарат Lodine (обезболивающее, назначаемое при артрите). На этот период был продлен срок действия патента на препарат Даурго, производимый конкурентом Wyeth-Ayerst — компанией Monsanto Corporation, и Wyeth-Ayerst хотела «уравнять шансы». Она попросила помощи у сенатора от своего родного штата Пенсильвания — республиканца Арлену Спектеру, который, в свою очередь, обратился к лидеру республиканского сенатского большинства (в то время это был Трент Лотт из Миссисипи).

Аппарат сенатора Лотта в тот период был занят разработкой важных законов в области медицинского страхования, и законопроект находился в согласительной комиссии палаты представителей и сената. В такие комиссии входят члены обеих палат, задачей которых является разрешение противоречий между вариантами законов, предложенных двумя палатами. Главный представитель Лотта в согласительной комиссии (супруга которого оказалась главным лоббистом компании American Home Products) включил пункт о продлении срока действия патента на препарат Wyeth-Ayerst в качестве поправки к варианту закона о медицинском страховании, предложенному согласительной комиссией. А так как поправки комиссии заведуют в условиях полной секретности, поправка не обсуждалась публично, и было маловероятно, что кто-то обратит на нее внимание.

Для Wyeth-Ayerst все складывалось удачно до тех пор, пока сенатор-демократ от Миннесоты Пол Уэллстоун не обнаружил этот ход. Уэллстоуну было безразлично, что будет с патентом, но его возмутили методы, которые использовались для продления его срока действия. Он выступил в сенате, обвинив Лотта в «тайных махинациях» с целью помочь своим друзьям, и призвал сенат проголосовать по вопросу об этичности таких методов.

Об этом пронюхали общественные организации, одна из которых, а именно возглавляемое Ральфом Надером объединение «Гражданин общества», выпустила пресс-релиз, обвинив республиканцев в том, что они «превращают принятие серьезного закона в детские забавы». Вскоре после этого газета конгресса Congress Daily написала о том, что лоббистом American Home Products является супруга одного из сотрудников Лотта. Последний немедленно отказался поддерживать поправку, утверждая, что ни сном, ни духом не ведал о случившемся, а Уэллстоун добился отмены пункта о продлении срока действия патента. Когда его спросили, почему он не возражал против продления срока действия патента на аналогичный препарат компании Monsanto, Уэллстоун ответил: «Потому что они провернули это за моей спиной. Так часто бывает».

Клиентский подход «работает» (если он вообще работает), потому что имеет место несоответствие между эффектом от «покровительства», которого добиваются хорошо организованные лоббисты, и незначительными («невидимыми») затратами, которые ложатся на плечи тех, кто оплачивает это «покровительство». Пиццерии выиграли от налоговой скидки 6 млн долларов, а индивидуальные налогоплательщики фактически не потеряли ни пенни.

Кроме того, лучший способ противостоять клиентской политике — это привлечь внимание общественности и средств массовой информации. Особое «покровительство» законодателей всегда слегка пахнет коррупцией, которую так не любят СМИ, и поэтому политики избегают огласки. Закулисные сделки, вытасненные на свет, выглядят неприглядно. Лоббирование Сайруса Маккормика провалилось, потому что о нем узнали конкуренты, имеющие противоположные интересы. Хорошо организованные «шумные» оппоненты могут обречь клиентскую политику на неудачу.

Предпринимательский подход

Предпринимательский подход — это подход для аутсайдеров. В то время как клиентский подход предполагает «тихое» лоббирование инсайдерами и распределение затрат на поддержку законодателей между широкими слоями населения (последние зачастую даже не подозревают об этом), предпринимательский подход — это прямой вызов агрессивного «новичка» деловому истеблишменту. Компании, использующие этот подход к лоббированию, активно добиваются внимания средств массовой информации, чтобы ознакомить общественность с проблемой.

Многие политические акции направлены на защиту интересов плохо организованных избирателей, например потребителей, налогоплательщиков или

представителей беднейших слоев населения. В 1960-е годы небезызвестный Ральф Надер практически в одиночку вел такую политику, объявив «крестовый поход» за безопасность автомобилей. Его модель использования СМИ, ученых, добровольцев и самых успешных законодателей сегодня широко используется в рамках предпринимательского подхода в области охраны окружающей среды, борьбы за безопасность товаров, проведения налоговых реформ и т. д.

Но обратите внимание: бизнес прибегает к предпринимательской политике не только так же, как и группы потребителей. Например, развернувшаяся в 1970-е годы ожесточенная борьба за рынок междугородних телефонных переговоров между компаниями MCI и AT&T — это классический пример предпринимательской политики. Руководитель MCI Уильям Макгоуэн был аутсайдером, боровшимся с монополией государственной телефонной монополией. Он фактически не покидал Капитолийский холм, давая показания на слушаниях и произнося одну речь за другой, ратуя за конкуренцию в телекоммуникационном бизнесе. Как будет показано в следующей главе, MCI в конечном счете выиграла борьбу в судах, убедив министерство юстиции возбудить в отношении AT&T дело о нарушении антимонопольного законодательства. Лоббирование в законодательных органах также оправдало себя, когда в разгар судебной тяжбы AT&T развернула кампанию, целью которой было убедить конгресс принять закон о закрытии антитрестовского закона, что позволило бы AT&T сохранить монополию. Предпринимательская активность Макгоуэна на Капитолийском холме в сочетании с ошибками AT&T (законопроект был внесен без консультаций с председателем важнейшего комитета в котором он должен был рассматриваться) помогли похоронить альтернативное предложение монополиста.

Однако предпринимательская политика не обязательно принимает такие грандиозные масштабы, как в случае борьбы между MCI и AT&T. Недавний пример касается двух секторов индустрии развлечений Нью-Йорка.

Авторы пьес для бродвейских театров Нью-Йорка убедили двух известных политиков — демократа от штата Нью-Йорк Чака Шумера и республиканца от штата Юта Оррина Хэтча — внести в конгресс законопроект, согласно которому антитрестовские законы не распространялись бы на драматургов. Дело о том, что они хотели создать картель для ведения переговоров с бродвейскими театрами в отношении гонорара и более благоприятных условий контрактов. Пьюэсеры в том числе такие мощные фирмы, как Walt Disney хотели разработать новое «рамочное соглашение» — стандартный контракт о правах на новую пьесу. Ни один драматург не был в состоянии в одиночку противостоять извращенным условиям этого контракта, а антитрестовские законы мешали лицам свободной профессии, в том числе драматургам, вступить в борьбу с продюсерами «групповой бойкот».

В ответ на рассмотрение указанного законопроекта, драматурги заручились поддержкой издания New York Times и других СМИ, чтобы обосновать необходимость защиты экономических прав неорганизованных в профсоюзы

«свободных художников» Бродвея. Они также привлекли внимание продюсеров. Шансы на успех законопроекта были минимальны, но, добившись поддержки благожелательно настроенных сенаторов, драматурги сумели навязать продюсерам новые, невыгодные им условия контрактов.

Сторона, использующая предпринимательский подход, часто оказывается в выигрышном положении, если случается неожиданное, яркое, громкое событие, доказывающее их правоту и открывающее «политическое окно». Так, недавно разрозненные группы граждан, выступающие за безопасность автомобилей, попытались привлечь внимание законодателей к вопросу об использовании водителями мобильных телефонов во время движения. Интересы фирм, возражающих против принятия такого закона, вполне очевидны: провайдеры услуг мобильной связи, производители и поставщики мобильных телефонов, риэлтеры и торговые организации заинтересованы в как можно большем количестве звонков.

Фирмы, возражающие против законодательного регулирования мобильной телефонии, организовали эффективную кампанию в СМИ, оплатив исследование, которое показало, что мобильные телефоны отвлекают внимание водителей не сильнее, чем радиоприемники и CD-плееры. Они также громко утверждали, что люди используют мобильные телефоны, чтобы сообщать о дорожных происшествиях и помогать другим в экстренных ситуациях.

Тем не менее законодательство, запрещающее или ограничивающее использование мобильных телефонов в автомобилях во время движения, постепенно получает распространение. Чем это можно объяснить, учитывая неблагоприятные политические условия? Важную роль сыграло освещение в местных средствах массовой информации несчастных случаев, вызванных использованием мобильных телефонов во время движения, в результате которых пострадали пожилые люди и маленькие дети. Например, в Бруклине (штат Огайо) закон о мобильных телефонах был принят после того, как по вине водителя автомобиля, разговаривавшего по мобильному телефону, близ городской ратуши произошла авария, в результате которой погиб пожилой водитель. В городке Хиддтаун (штат Пенсильвания) правила, регулирующие использование мобильных телефонов, были приняты после того, как двухлетняя девочка погибла в автомобильной катастрофе, также вызванной использованием этого вида связи. Хотя суд вскоре отменил правила, признав их противоречащими законам штата о безопасности дорожного движения, инцидент продолжал обсуждаться как подходящий пример для использования в процессе лоббирования.

Постепенно законодательный климат изменился, и существующие группировки, имеющие общие интересы (например страховые компании и автомобильные клубы), начали активно участвовать в лоббировании поправок, разрешающих пользоваться телефоном в автомобиле. В конечном счете предпринимательский подход к решению проблемы может трансформироваться в «битву группировок, имеющих различные интересы» (четвертый и последний подход к лоббированию). Когда писалась эта книга, законы, запрещающие или ограничиваю-

щие использование мобильных телефонов в транспортных средствах во время движения, были приняты в Нью-Йорке, а также в 36 странах, включая Испанию, Великобританию и Австралию.

В борьбе против предпринимательской политики важнейшую роль играют терпение и неторопливость. Чем энергичнее вы реагируете на «автора» такой политики, тем больше рекламы и поддержки вы ему обеспечиваете. Он стремится привлечь в число своих активных сторонников как можно больше людей, а лучше всего это удается сделать в условиях острого противостояния. Задача оппонента заключается в том, чтобы затормозить решение проблемы, передав ее в комитет для дальнейшего изучения или дать ей «умереть естественной смертью».

Битва группировок, имеющих различные интересы

Последний из рассматриваемых подходов к лоббированию — битва группировок, имеющих различные интересы — это масштабная политическая схватка. Речь идет о серьезных, шумных «сражениях», которые делают политику столь интересной и захватывающей. В отличие от двух предшествующих подходов, битвы группировок, имеющих различные интересы, затрагивают сложившиеся, жизненно важные интересы обеих конфликтующих сторон. Принятые в результате такого «сражения» законодательные решения обеспечивают крупный выигрыш одной из сторон и ведут к большим потерям другой стороны.

Учитывая, что ставки очень высоки, можно ожидать, что фирмы и отрасли будут пользоваться всем имеющимся арсеналом уловок. Одна из наиболее жестоких и известных схваток в американской экономической истории связана с противостоянием молочной промышленностью на протяжении 90 лет кампанией за запрет продажи маргарина в качестве дешевого заменителя масла. Маргарин был изобретен во Франции в 1868 г. и запатентован в США в 1873 году. В то время он производился из животных жиров и хлопкового масла (и потому назывался «олеомаргарин»). Олеомаргарин быстро завоевал популярность у потребителей прежде всего у семей рабочих. Фантастические темпы роста продаж маргарина угрожали благополучию фермеров, занимающихся производством молочной продукции. Это спровоцировало схватку не на жизнь, а на смерть между Национальным молочным союзом (опиравшимся на серьезную политическую поддержку «молочных» штатов — Висконсина, Миннесоты, Нью-Йорка, Пенсильвании, Вермонта и Нью-Гэмпшира) и Национальной ассоциацией животноводов (соединившихся с мясоперерабатывающими компаниями, производителями хлопкового масла и различными профсоюзами, многие из которых базировались в Иллинойсе). Первые законы о контроле за продажей маргарина были приняты в штатах Нью-Йорк и Мэриленд в 1877 году, последний из таких законов был принят в 1907 году (в «молочном» Висконсине). Иными словами, битва между имеющими различные интересы, продолжалась почти сто лет.

В результате этого противостояния ограничение продаж маргарина трижды рассматривалось в Конгрессе США (в 1898-м, 1904-м и 1909-м годах). В результате бы-

ло принято важнейшее постановление верховного суда (по делу «McGray против правительства США»), подтвердившее законность введения федерального «маргаринового налога» и разрешившее конгрессу взимать налоги на продажу продукта, несмотря на то, что главной целью этого налога было обеспечение конкурентного преимущества одной отрасли перед другой.

В течение десятилетий, на которые растянулась эта «битва», положение чаще всего складывалось в пользу молочной отрасли. Помимо федерального налога, отрасль добилась принятия в 32 штатах законов, согласно которым маргарин облагался дополнительным налогом или его продажа запрещалась, если он имел желтоватый цвет масла. Ответом производителей маргарина стала продажа маргарина в виде обычных белых брикетов, к которым прилагался желтый пищевой краситель, который домашние хозяйки могли сами добавлять в маргарин. Это позволяло производителям маргарина уходить от налогов. Чтобы противодействовать такой практике, в трех штатах (Нью-Гэмпшире, Западной Виргинии и Южной Дакоте) были введены законы, согласно которым продаваемый в магазинах маргарин должен был иметь розовый цвет. «Молочное» лобби также поддержало первый федеральный закон о маркировке продуктов питания (закон о контроле качества пищевых продуктов 1906 года) и потребовало от органов государственного регулирования обязать производителей маргарина указывать на упаковке продукта, что это «фальсификация» или «имитация» масла.

Позднее, когда во время второй мировой войны возник дефицит сливочного масла, положение стало меняться. К тому времени производители маргарина стали использовать в качестве сырья не животные, а растительные жиры, что улучшило продукт. В 1948 году этот вопрос даже горячо обсуждался в ходе президентской кампании. В конечном счете 90% общенациональных газет, большинство радиостанций, а также профсоюзные и церковные организации по всей стране объединились против «молочного» лобби. В 1950 году конгресс отменил федеральный «маргаринный налог», а президент Гарри Трумэн с гордостью утвердил этот закон. Однако в 16 штатах «антимаргаринные законы» продолжали действовать, и потребовалось еще 17 лет, прежде чем они были отменены.

«Битва между маслом и маргарином» — это крайний случай, но он дает представление о столкновении групповых интересов, когда на карту поставлены конкурентные преимущества. Более поздние примеры такого рода включают борьбу вокруг подписания США Североамериканского соглашения о свободной торговле или вступления в ВТО (когда столкнулись интересы экспортеров и высокотехнологичных компаний, с одной стороны, и профсоюзов и переживающих спад отраслей, например, текстильной и сталелитейной промышленности, с другой), отмены закона Гласа—Стиголла в 1999 году (Сэнди Уэйл и банковская отрасль против независимых страховых брокеров) и закона о телекоммуникациях 1996 года (компании междугородней телефонной связи против локальных операционных систем Bell).

На рисунке 1 представлены четыре подхода к лоббированию (по Уилсону). Видно, что ключевым фактором, определяющим эти подходы, является распределение издержек и выгод от политических акций. Чем более равномерно распределяются издержки, тем легче лоббирование в пользу определенных интересов с целью добиться «покровительства» законодателей, субсидии или налоговой льготы. Чем более равномерно распределяются выгоды, тем труднее создать эффективную коалицию сторонников изменений. Задача любого политического стратега заключается в том, чтобы найти (или создать) по возможности наиболее благоприятные политические условия для лоббирования.

Рисунок 1 Классификация подходов к корпоративному лоббированию

	<i>Неравномерное распределение</i>	<i>Равномерное распределение</i>	
Распределение издержек политических или законодательных шагов	«Битвы» группировок, имеющих различные интересы («масло против маргарина»)	Предпринимательский подход (регулирование использования мобильных телефонов)	<i>Неравномерное распределение</i>
	Клиентский подход (налоговые льготы для пиццерий)	Мажоритарный подход (реформы в области социального обеспечения)	<i>Равномерное распределение</i>
Распределение выгод от политических или законодательных шагов			

Источник J. Wilson. The Politics of Regulation (1980)

Несколько слов о комитетах законодательных органов

На ряде примеров, использованных в настоящей главе, была показана важная роль, которую играют в процессе лоббирования комитеты законодательных органов США. Этот важный тактический вопрос заслуживает особого рассмотрения.

Политологи, изучающие американскую законодательную систему, согласны в том, что наибольшее влияние в конгрессе имеют мужчины и женщины, возглавляющие различные комитеты, регулирующие работу конгресса. На та-

кие должности назначаются наиболее влиятельные члены партий большинства в каждой палате. Главы комитетов назначают слушания, готовят законопроекты и направляют их для обсуждения в палате представителей или сенате, откладывают рассмотрение законопроектов, если считают голосование по ним нежелательным, и обеспечивают распределение федеральных грантов и субсидий между округами.

Доступ к председателям комитетов (прямои или через других членов комитета) может оказаться решающим фактором получения конкурентных преимуществ. Исследование, проведенное учеными — политологами Массачусетского технологического института, показало, что если университет имеет сенатора из родного штата или члена палаты представителей из родного округа во влиятельном комитете по ассигнованиям, который готовит федеральный бюджет (и распределяет федеральные исследовательские гранты), то такой университет получает от \$11 до \$36 на каждый доллар, потраченный на лоббирование. Если же университет не располагает подобным доступом к комитетам конгресса, отдача от лоббирования равна нулю.

Из того факта, что «ключи» от законодательства находятся в руках председателей комитетов, вытекают несколько выводов. Во-первых, фирмы, заинтересованные в работе того или иного комитета, часто щедро финансируют кампании влиятельных лидеров конгресса независимо от их партийной принадлежности.

Во-вторых, можно добиться исключительно благоприятного сочетания политических сил, если заручиться поддержкой трех ключевых участников законодательного процесса: 1) председателей профильных комитетов конгресса; 2) руководителей органов государственного регулирования, в ведении которых находится рассматриваемый вопрос; 3) наиболее влиятельных отраслевых ассоциаций, заинтересованных в данном законодательном акте. Стратеги в области законодательства называют это «железным треугольником» влияния. В случае с «антимаргариновым» законодательством производители молочных продуктов в течение многих лет «контролировали» все три «стороны треугольника» — сельскохозяйственные комитеты палаты представителей и сената, бюро по маркировке пищевых продуктов министерства сельского хозяйства (впоследствии управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов), а также национальный молочный союз.

Пять факторов успеха юридической стратегии при лоббировании в законодательных органах: краткий обзор

Пять факторов успеха юридической стратегии, рассмотренные в главе 1, играют особенно важную роль при разработке законодательства для бизнеса. Мы показали, какую роль играет каждый из этих факторов.

Фактор 1: *юридическая обоснованность*

Юридическая обоснованность законов, рассматриваемых законодательным органом, обычно являются предметом обсуждения. Надежные правовые аргументы — это большой «плюс», но не менее эффективными могут оказаться и аргументы, которые только *выглядят* бесспорными. Как любят говорить политические аналитики, позиция, которой придерживается законодатель по определенному вопросу, часто зависит от его партийной принадлежности, комитета, в котором он заседает, и лагеря, к которому он принадлежит (профсоюзы или большой бизнес). Для принятия «антимаргариновых» законов не было никаких правовых или экономических оснований, однако они действовали на протяжении почти сто лет, исключительно благодаря политической ловкости и влиянию «молочного» лобби. В то же время, в автомобилях были в конечном счете предусмотрены подушки безопасности, а регулирование использования мобильных телефонов в транспортных средствах во время движения получает все большее распространение. Короче говоря, юридическая обоснованность аргументации — это важный фактор стратегии в области законодательных действий, но это лишь один из факторов, ведущих к успеху.

Фактор 2: *легитимность в глазах общественности*

Общественное мнение значит для политики больше, чем для любого другого института. Борьба железных дорог с автотранспортными фирмами не увенчалась бы успехом, если бы не была поднята проблема безопасности дорожного движения. В то же время, попытки продлить срок действия патента на препарат Iodine компании Wyeth-Ayerst окончились неудачей, потому что они получили весьма неблагоприятное освещение в СМИ. Лоббирование частных интересов весьма распространено в конгрессе, однако избиратели по-прежнему считают его противоправным.

Фактор 3: *стратегическая позиция*

Как правило, ведущие фирмы отрасли пользуются доверием законодательных кругов. Серьезные позиции компании Disney в отрасли развлечений обеспечили ей благоприятные условия для того, чтобы возглавить успешное лоббирование, нацеленное на продление срока действия авторских прав на персонажи мультфильмов. А в «битве масла с маргарином» сильные позиции молочной отрасли в сельском хозяйстве обеспечивали ей устойчивое политическое преимущество перед производителями семян хлопка и животноводами в течение большей части XX века.

Фактор 4: *финансовые ресурсы*

Политики добиваются переизбрания, поэтому взносы на политические цели — это важнейший актив в лоббировании. Мы видели, что компания Microsoft усилила свое политическое влияние после обвинения в нарушении антитрестов-

ского законодательства, потому что стала крупнейшим спонсором избирательной кампании, работающим в области высоких технологий. Доступ к законодателям, который в конечном счете был получен благодаря финансовым вливаниям, помог Биллу Гейтсу избежать раздела корпорации. Кампания железных дорог против владельцев грузовиков также иллюстрирует необходимость финансовых средств для получения поддержки стратегии в СМИ при лоббировании. Наконец, большинство примеров клиентского подхода к лоббированию говорит о том, что на каком-то этапе и в той или иной форме приходится оказывать поддержку тем или иным политикам.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Исследования показали, что доступ к тем, кто принимает решения — это актив номер один в эффективном лоббировании. Руководители корпораций, имеющие прямой доступ к политикам (особенно занимающим ключевые посты) имеют намного больше шансов добиться успеха в конкурентной юридической стратегии, чем те, кто лишен такого доступа. Когда авиакомпания попыталась добиться от конгресса финансовой помощи после терактов 11 сентября 2001 года, главным лоббистом отрасли была супруга лидера большинства в сенате. Кампания производителей молочной продукции против производителей маргарина продолжалась так долго в том числе и потому, что лидеры конгресса, представляющие «молочные штаты», возглавляли важные комитеты, контролировавшие сельскохозяйственное законодательство.

* * *

Теперь, когда мы выяснили, как добиваться принятия законов соответствующими органами, мы можем перейти к рассмотрению крупнейшей правовой арены — государственного регулирования. Бюрократы — это самые суровые стражи закона, но они контролируют обширную область законов, нормативных актов и правоприменительных систем, которые компании изо дня в день используют для того, чтобы добиться и сохранить конкурентные преимущества.

[1] Jeffrey H. Birnbaum. Washington Power 25: A Republican Family Feud //Fortune, May 28, 2001 (о соперничестве между Торговой палатой США и Национальной федерацией независимого бизнеса). Лоббистское сообщество Вашингтона считает, что эти организации занимают соответственно седьмое и третье место в представленном списке. Дополнительная информация о Национальной федерации независимого бизнеса — см. Edmund Andrews. The Little Guys Are Ready to Rumble //New York Times, May 6, 2003, p. G1.

бюрократические ловушки

государственное регулирование

Если вы спросите меня, как я отношусь к бюрократии, я отвечаю: «Разумеется, я ее поддерживаю. Иначе как бы я зарабатывал себе на хлеб?»

Эдвард Берлинг, один из основателей вашингтонской юридической фирмы Covington & Burling

В своем бестселлере «Конец здравого смысла» (The Death of Common Sense) Филип Говард упоминает закон об охране окружающей среды 1979 года, согласно которому любая американская угольная электростанция, независимо от типа и мощности, должна устанавливать газоуловитель для предупреждения выброса серы в атмосферу, стоящий миллионы долларов. На первый взгляд это требование казалось дорогостоящим, но нейтральным, справедливым и полезным с точки зрения охраны окружающей среды. Однако, как пишет Говард, на практике оно потребовало \$4 млрд затрат на разработку новой технологии, тогда как проблему можно было решить, просто заменив марку угля, используемого на электростанциях.

Говард использует этот пример, чтобы показать, что государственное регулирование вышло из-под контроля, опутало бизнес паутиной бюрократических

ограничений и не достигает своих целей с точки зрения публичной политики. Но я хочу рассмотреть этот пример несколько глубже. В основе этой истории лежит конкурентная схватка между двумя влиятельными группировками, что подтверждает «железное правило» государственного управления: любой бюрократический шаг, от которого кто-то выигрывает, неизбежно ведет к потерям для другой стороны.

В 1970-е годы горячо обсуждался вопрос об использовании очистных сооружений для предупреждения выброса угольными электростанциями в атмосферу серных отходов. Угольные компании в Западной Виргинии и Пенсильвании, добывающие так называемый битуминозный уголь, столкнулись с серьезной проблемой. Их уголь был дешевле антрацита, добываемого в западных районах США, но при сгорании на электростанциях он выделял намного больше загрязняющих веществ. Управление по охране окружающей среды рассматривало введение закона, требовавшего от электростанций, использующих битуминозный уголь, установки очистных сооружений — закона, который уменьшил бы загрязнение атмосферы, но нивелировал бы ценовое преимущество этого вида угля.

Когда стало ясно, что законодательство об очистных сооружениях для электростанций, работающих на битуминозном угле, будет принято, производители этого угля прибегли к юридической стратегии, чтобы сохранить свою долю на рынке. Во-первых, они предприняли шаг, который сделал бы честь Макиавелли: они одобрили закон об очистных сооружениях и предложили установить это новое замечательное оборудование на всех угольных электростанциях Америки, независимо от используемой марки угля.

Этот шаг сулил производителям битуминозного угля тройную выгоду. Во-первых, это избавляло их от необходимости бороться против закона, а такая борьба выглядела бы в глазах общественности как эгоизм и нежелание охранять природу. Во-вторых, что более интересно, тактика «медвежьих объятий» позволила бы производителям «грязного» угля превратиться в защитников окружающей среды и поставила бы производителей антрацита в неловкое положение, если бы они стали возражать против установки очистных сооружений.

Наконец, в случае успеха политики «очистные сооружения для всех» поставщики битуминозного угля могли бы решить проблему конкуренции. Если все угольные электростанции вынуждены были бы нести одинаковые дополнительные затраты, ценовое преимущество битуминозного угля при этом бы сохранилось.

Заняв столь выигрышные «экологические» позиции, производители битуминозного угля приступили к формированию несокрушимой коалиции, призванной содействовать реализации их плана. Важнейшим союзником в их борьбе стал объединенный профсоюз шахтеров Америки, представляющий интересы рабочих угольных шахт на востоке, но не на западе страны. Защитники окружающей среды также ухватились за возможность обеспечить более чистый воздух

в случае объединения с производителями битуминозного угля и присоединились к акциям профсоюза. А производители очистных сооружений должны были заработать дополнительные миллионы долларов в случае, если их продукция нашла бы применение на всех электростанциях США, а не только работающих на битуминозном угле. Они также поддержали принятие закона. Между тем национальная ассоциация шахтеров, оказавшаяся расколота, не стала на чью-либо сторону.

Закон вступил в силу в 1979 году, сохранив ценовое преимущество битуминозного угля и рабочие места в Западной Виргинии. Парадокс состоит в том, что, как отмечает Филип Говард, если бы все электростанции перешли на антрацит без применения очистных сооружений, воздух был бы почти таким же чистым, а потребители сэкономили бы \$4 млрд, которые потребовались для установки очистных сооружений на каждой электростанции. Расточительство? Несомненно, но никогда не следует недооценивать влияние и настойчивость умелых стратегов, если речь идет о манипулировании юридическими инструментами для защиты рыночных интересов.

Государственное регулирование как шахматная игра

Государственное регулирование включает в себя элементы законодательной и судебной власти. Органы государственного регулирования, подобно законодательным органам, разрабатывают законы, способные изменить картину конкуренции. Они также выполняют функции обвинения, принуждая к исполнению законов с помощью специальных или обычных судов. Когда регулирующий орган инициирует дело об исполнении закона, он может навязать все проволочки и издержки, связанные с судебной тяжбой.

Сказанное означает, что конкуренты могут вести лоббистскую деятельность в таком органе с целью добиться не только принятия благоприятных для себя законов, но и введения законов, невыгодных для соперников. Так что здесь применимы те же приемы лоббирования, которые мы обсудили в предыдущей главе. Борьба в управлении по охране окружающей среды была «битвой группировок, имеющих различные интересы» при использовании всех соответствующих инструментов — публицити, политического маневрирования и других, характерных для этого подхода.

Разумеется, будучи назначаемыми должностными лицами, чиновники не озабочены своим переизбранием. Но они учитывают собственные интересы не в меньшей степени, чем законодатели. Они сознают, что продолжение финансирования их учреждения зависит от поддержки законодательного органа, и поэтому реагируют на телефонные звонки конгрессменов и сенаторов. И они сто раз подумают, стоит ли им становиться на чью-либо сторону и ввязываться в политическую дискуссию, в результате которой обязательно будут победители и

побежденные. В то же время их собственная карьера часто зависит от честного осуществления процедур разработки законов и их проведения в жизнь. Они меньше всего хотят видеть свои фамилии в заголовках новостей с обвинениями в покровительстве или изменении правил игры по политическим мотивам. Следовательно, ваши возможности проводить юридическую стратегию в области государственного регулирования зависят от того, насколько вы учитываете два разнонаправленных бюрократических импульса — необходимость ублажать хозяев-политиков и стремление избегать критики в связи со злоупотреблением полномочиями

Количество законов и правил настолько велико, что один человек не может знать и понимать их все, не говоря уже об их соблюдении. Например, при производстве стали компания обязана учитывать более 5500 различных правил. А ведь сталелитейное производство не считается столь же регулируемой отраслью, как фармацевтическая промышленность или энергетика. Добавьте к этому угрозу служебных санкций со стороны различных органов, призванных обеспечивать соблюдение правил, и станет понятно, почему предприниматели считают регулирование одной из основных причин своей головной боли.

В популярных книгах, таких как «Конец здравого смысла», раскрывается нелепость многих правил — от строительного кодекса Нью-Йорка, препятствующего сооружению приютов для бездомных, до правил, требующих учитывать интересы тех, кто использует инвалидные коляски, и потому мешающих строительству общественных туалетов на городских улицах. «Государство всеобщего регулирования», как его называют некоторые ученые, создает условия, при которых попытки проявить активность во многих сферах общественной жизни оказываются тщетными.

Но сотни регулирующих органов и тысячи правил, затрудняющих жизнь компаниям, выполняют еще одну, более тонкую роль. Они предоставляют конкурентам и соперникам богатый арсенал тактического оружия и возможностей для достижения стратегических целей. В юридических войнах предприятия обычно защищают свои позиции с помощью таких рассчитанных на публику аргументов, как введение лучших в своем роде технических стандартов, охрана окружающей среды и защита национальной безопасности. Однако на деле за этим часто скрывается эгоистический интерес: получение конкурентных преимуществ.

«Захват» регулирующих органов

Многие сферы бизнеса считаются настолько важными для национальной экономики и настолько тесно переплетающимися с интересами общества, что было бы неразумно оставлять их на милость рыночных сил. Эта категория включает радио, телевидение и телекоммуникации, поэтому в США эти три отрасли регулирует федеральная комиссия по связи. Регулирующие органы, осуществляющие надзор за транспортными отраслями — железными дорогами, авиакомпаниями и судоходством, а также за важнейшими потребительскими товарами и

услугами, например, лекарственными препаратами и финансовыми (в том числе банковскими) услугами, также оправдывают свои полномочия подобными соображениями.

Руководители компаний каждой из перечисленных отраслей экономики постоянно жалуются на обременительность регулирования. Тем не менее ученые — политологи и экономисты — пришли к выводу, что многие компании, особенно крупнейшие, доминирующие в отрасли, на самом деле предпочитают регулирование хаосу, который создает свободная конкуренция. Так, два известных ученых недавно написали: «Никакая отрасль, которой „предлагается“ регулирование, не должна отказываться от него. <...> Регулирование защищает отрасль как от конкуренции со стороны фирм, работающих в отрасли, так и от межотраслевой конкуренции». Они исходили из того, что регулирующие органы иногда оказываются «захваченными» теми самими отраслями, которые они якобы контролируют. Например, лучший способ создать картель для согласования цен — это побиться от органа государственного регулирования законодательных ограничений в области ценообразования. А технические правила чаще всего играют на руку компаниям, которые помогли их разрабатывать — то есть «старым», сложившимся фирмам.

Недавние события, особенно успешные шаги в области частичного дерегулирования отраслей энергетики и воздушных перевозок, а также эмпирические исследования действительных мотивов регулирующих органов, заставляют усомниться в обоснованности теории «захвата». Однако на протяжении всей книги мы столкнемся с многочисленными примерами того, как «старые» компании с помощью органов государственного регулирования блокируют выход на рынок новых фирм, тормозят разработку новых продуктов и «обходят» конкурентов на регулируемых рынках. Поэтому теория «захвата», видимо, не объясняет процесс регулирования в целом, но этот «захват», несомненно, является частью такого процесса. Для этого есть одна важная причина: информация, на основе которой регулирующие органы принимают решения, чаще всего поступает от регулируемых ими фирм.

Когда в 1887 году для регулирования железнодорожной отрасли был создан первый в Америке орган государственного регулирования — межштатная торговая комиссия (МТК), консультант железнодорожных компаний (и бывший генеральный прокурор США) Ричард Олней весьма красноречиво высказался о концепции «захвата»: «Чем дальше, тем больше комиссия будет становиться на точку зрения бизнеса и железных дорог». Поэтому Олней советовал железным дорогам «не разбивать комиссию, а использовать ее».

По мере того как американская экономика превращалась из экономики XIX в экономику XX века, железные дороги начали все больше страдать от новой формы конкуренции — конкуренции с автотранспортной отраслью. И можно сказать, что МТК показала себя ценным союзником железных дорог в их борьбе с автофирмами против конкурентов в сфере грузовых перевозок — ав-

тотранспортных компаний. В конечном счете МТК получила полномочия в области регулирования как железных дорог, так и автомобильных перевозок.

Процедуры МТК оставались в фокусе конкурентной юридической стратегии вплоть до нашего времени, что нередко вело к междоусобицам внутри автотранспортной и железнодорожной отрасли, а не между этими отраслями. Типичным примером может служить борьба между транспортно-экспедиционной фирмой Clipper Express и «старыми» владельцами грузовиков, развернувшаяся в 1980-е годы. Чтобы увеличить свою долю на рынке, компания Clipper предложила МТК утвердить более низкие грузовые тарифы. Традиционные автотранспортные компании, недовольные планами Clipper, опротестовали ее тарифы и подали жалобы. Процедуры МТК позволили отсрочить полное осуществление компанией Clipper своего тарифного плана на целых два года, что гарантировало «старым» компаниям конкурентные преимущества в течение всего этого срока. В рамках более позднего встречного иска против автотранспортных компаний по поводу нарушения ими антимонопольного законодательства (подробнее этот «карательный» иск будет рассмотрен в главе 10) компания Clipper потребовала компенсации убытков от этой отсрочки на сумму в \$30 млн, что впоследствии привело к внесудебному улаживанию спора.

Вообще говоря, когда новые рыночные силы становятся причиной краха традиционных рыночных стратегий, «старые» компании для своего спасения часто прибегают к той или иной форме регулирования. Мой излюбленный пример касается недавнего использования такой схемы в табачной промышленности. Табачные компании-владельцы известных брендов, едва оправившись от судебного дела, в результате которого они согласились уплатить штатам сотни миллиардов долларов для покрытия затрат на лечение курильщиков, столкнулись с новой конкурентной угрозой — жесткой ценовой конкуренцией со стороны небольших, торгующих со скидками производителей сигарет, которые не участвовали в урегулировании упомянутого иска. Будучи не в состоянии снизить цены и по-прежнему выполнять свои обязательства перед фондом возмещения, крупные фирмы начали лоббировать передачу полномочий в области регулирования отрасли управлению по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, против чего они решительно возражали в течение многих лет. Причина? Затраты на строгие регулятивные меры, устанавливаемые таким органом, как это управление, скорее всего, заставили бы «новичков» уйти с рынка, «уступив» его компаниям-владельцам брендов.

Неэффективность рыночного механизма и государственное регулирование

Было бы замечательно, если бы можно было обойтись без государственного регулирования, но печальный опыт показывает нам, что свободный рынок не всегда обеспечивает потребителям товары и услуги по самым низким ценам и самого высокого качества. Экономисты выделяют пять проявлений неэффектив-

ности рыночного механизма, устранение которых обычно требует регулирования. Они связаны с распределением общественных благ, естественными монополиями, негативными внешними эффектами (экстерналиями), информационными проблемами и моральными рисками. Это особые экономические понятия, и мне бы хотелось кратко объяснить их.

Классическим примером общественного блага является национальная безопасность. Частный сектор прекрасно справляется с предоставлением услуг в области защиты частной собственности, но ни одна компания или отрасль не имеет власти защиты государства в целом. Как установить цену на такую услугу и кто будет ее оплачивать? Вот почему только правительство содержит регулярную армию и использует налоги для покрытия соответствующих расходов. Содержание армии требует создания бюрократических структур, которые покупают услуги у частного сектора. Компании, работающие на тех рынках, где доминируют государственные структуры — например, на рынке вооружений, — это самые большие мастера в области формирования конкурентной стратегии, что может подтвердить каждый, кто когда-либо был связан с государственными заказами.

Некоторые отрасли экономики требуют таких высоких стартовых затрат, что в них не может быть места только для одной компании — естественной монополии. К таким отраслям относится производство электроэнергии, поскольку строительство электростанции требует огромных затрат, а также кабельное телевидение (из-за высокой стоимости прокладки кабеля).

В обмен на право функционировать в качестве монополии компания, оказывающая соответствующие услуги, предоставляет государству (в лице регулирующих органов, например местной комиссии по контролю над предприятиями коммунального обслуживания) право следить за ценами и качеством предоставляемых монополией услуг. Едва ли нужно говорить, насколько оживленные политические игры ведутся вокруг предоставления монопольного права и насколько яркая конкурентная борьба разворачивается между «старой» монополией и новым претендентом, в свою очередь претендующим на монополию (например между кабельным и пришедшим ему на смену спутниковым телевидением). Неожиданно в конкурентной стратегии для естественных монополий оказывается важным моментом то, что более 30% руководителей предприятий коммунального обслуживания — это бывшие юристы, а заместители руководителей — бывшие экономисты, знакомые с отношениями с государственными органами, как правило, не имеющими отношения к ним в значительных должностными лицами.

Наличие негативными сооружениями для угольных электростанций иллюстрирует необходимость государственного регулирования — наличие негативных внешних эффектов. Когда экономическая деятельность, которая вызывает негативные внешние эффекты, например производство электроэнергии, причиняет ущерб окружающим районам, скажем, загрязняет воздух, требуются

селению в целом, он выступает «внешним эффектом», влияющим на систему ценообразования в данной отрасли, и поэтому экономисты говорят о «негативных внешних эффектах». Как показывает история с очистными сооружениями, борьба между компаниями, которые могут выиграть или проиграть от принятия природоохранного законодательства, столь же остра, как и вокруг предоставления права на монополию.

Иногда государственные органы субсидируют такую экономическую активность, которая приводит к возникновению позитивных экстерналий. Например, городская администрация может финансировать строительство стадиона для создания рабочих мест и стимулирования других видов экономической активности, которые в противном случае были бы невозможны. Бизнес всячески добивается таких вливаний, надеясь тем самым уменьшить свои затраты на рискованные проекты.

Четвертой причиной необходимости государственного регулирования является неравный для различных участников рынка доступ к информации. Экономическое регулирование может решить эту проблему, обязав компании, имеющие более свободный доступ к информации, предоставлять ее тем, кто такого доступа не имеет, — потребителям и малым предприятиям. Это направление государственного регулирования охватывает различные формы защиты прав потребителей, в том числе правила, касающиеся гарантийного обслуживания, маркировки товаров и контроля над рекламой.

Перечень федеральных и местных законов и правил, касающихся защиты прав потребителей, огромен, и компании широко используют эти нормы при реализации своей стратегии, позволяющие обвинить конкурента в недобросовестной рекламе или сокрытии информации, то есть в нечестности, обмане и причинении ущерба населению.

Пятая и последняя причина необходимости государственного регулирования — это то, что я называю «проблемой спортивных автомобилей», а экономисты — моральными рисками [1]*. Эта проблема возникает, когда люди пренебрегают соблюдением правил, навлекая на себя или окружающих риск (моральный или иной). Кажущаяся безопасность мощных спортивных автомобилей делает водителей менее осторожными, чем при вождении обычных автомобилей. И, несомненно, аварийные ситуации с такими автомобилями становятся одной из главных причин дорожно-транспортных происшествий. Эту проблему можно решить с помощью государственного регулирования, повысив ставки налога на спортивные автомобили для возмещения причиняемого ими ущерба или обязав производителей изменить конструкцию автомобилей, сделав ее более безопасной. Любопытно, что, несмотря на явный моральный риск, связанный с использованием спортивных автомобилей, в настоящее время это использование почти не регулируется (более того, с целью стимулирования их продаж бы-

* *Примечания на стр 105*

ло отложено принятие ряда природоохранных законов). Объяснение простое: когда речь идет о государственном регулировании, политические соображения часто берут верх над экономическими. Продажа спортивных автомобилей приносит огромную прибыль автомобильным компаниям, и они прибегают к агрессивному лоббированию, чтобы сорвать все попытки государственного регулирования в этой области.

Государственное регулирование само может стать источником моральных рисков. Это происходит, если системы государственных гарантий или страхования являются слишком мощными. В 1980-е годы в США чрезмерные государственные гарантии по страхованию депозитов кредитно-сберегательных учреждений привели к огромным моральным рискам. Для привлечения вкладчиков эти учреждения постоянно увеличивали процентные ставки, будучи уверенными, что государство покроет убытки, если они зайдут слишком далеко. Они инвестировали во все более рискованные проекты, и в конце концов отрасль рухнула, став жертвой неустрашимого морального риска. Налогоплательщики потеряли более \$500 млрд.

Необходимость государственного регулирования в значительной степени связана с неэффективностью рыночного механизма. Но в еще большей степени она связана с политическими причинами. Если возникают экономические проблемы, открывается «политическое окно», и избиратели требуют от законодателей решения этих проблем. В этом случае законодатели разрабатывают новые системы государственного регулирования или расширяют полномочия существующих органов, даже если в этом нет никакой экономической необходимости. Кроме того, меры государственного регулирования, действующие в тот или иной период, нередко являются результатом юридических конкурентных баталий предшествующего периода. Эра «баронов-грабителей» оставила нам регулирование железных дорог и антитрестовское законодательство, а Великая депрессия — трудовое законодательство, регулирование банковской отрасли и рынка ценных бумаг. Каждая из этих бюрократических систем, в свою очередь, открывает перед стратегами возможность использования законодательства для подавления конкурентов.

Основные стратегические инструменты государственного регулирования

Оказавшись в непроходимых дебрях «государства всеобщего регулирования», нелишне иметь при себе карту. Охватить взглядом все аспекты деятельности сотен управлений, бюро, комиссий и советов, густо произрастающих на ниве законодательства, невозможно. Поэтому я остановлюсь на пяти основных стратегических инструментах государственного регулирования, которые обычно обуславливают юридические конкурентные шаги компаний отрасли независимо от конкретной ситуации. Эти инструменты включают: *принятие стандартов; государственные лицензирование; защиту и контроль над соблюдением прав собствен-*

ности; контроль над соблюдением законов и нормативных актов; предоставление правительственных грантов и субсидий. Когда государство использует эти «рычаги», одни компании выигрывают, а другие проигрывают в этой «игре».

Принятие стандартов

Принятие стандартов для продукта или отрасли — это первой и наиболее важный рычаг государственного регулирования. Технические условия экономической деятельности, включая те, от которых зависят крупные сети, устанавливаются либо рынком, либо регулирующим органом. Так, в XIX веке происходили рыночные баталии вокруг стандартной ширины железнодорожной колеи и стандарта передачи электроэнергии (переменный или постоянный ток). В обоих случаях стандарт, доминирующий на рынке, в конечном счете, был закреплен законодательством.

В XX веке битвы вокруг рыночных стандартов включали борьбу за формат видеозаписи (VHS взял верх над форматом Betacam, продвигаемым компанией Sony) и операционных систем для персональных компьютеров (Microsoft одержала победу над Apple и IBM). В каждом из этих случаев секрет победы в «войне стандартов» заключался в быстром принятии потребителями и широком распространении предпочтительной технологии. Для введения таких стандартов не требовалось каких-либо правовых норм. Однако, когда рынок принял определенный стандарт, темпы роста производства видеомаягнитофонов и персональных компьютеров резко возросли.

Стандарты, не устанавливаемые самим рынком, принимают регулирующие органы. Область применения этих стандартов практически безгранична. Они охватывают безопасность товаров (автопокрышки и электропровода), охрану здоровья (качество мяса и эффективность лекарственных препаратов) и окружающей среды (ограничения на выброс вредных веществ для уменьшения загрязнения воздушной среды) и даже этические нормы поведения (стандарты, относящиеся к конфликту интересов в области финансовой отчетности). Некоторые важнейшие государственные стандарты определяют направление будущих инноваций и совместимость сетей.

Когда органы государственного регулирования приступают к разработке важных стандартов, определяющих генеральное направление развитие отрасли, борьба между компаниями бывает столь же ожесточенной, как и локальные баталии вокруг ограниченных стандартов. От того, какие стандарты будут установлены регулирующим органом, зависит получение миллиардных прибылей. В этом случае правовая искушенность, политическая ловкость и настойчивость становятся не менее важными, чем обладание самой совершенной технологией. Наглядным примером может служить история принятия стандартов федеральной комиссией по связи (ФКС).

В 1950 году ФКС намеревалась организовать открытую проверку с целью определить, какую из соперничающих технологий передачи телевизионных сиг-

налов – компании Radio Corporation of America (RCA) или Columbia Broadcasting System (CBS) – принять в качестве единого стандарта для производства цветных телевизоров. На большинстве рынков победителя определили бы непосредственно потребители, голосуя за него своими кошельками. Но телевидение относится к рынку массовых коммуникаций, затрагивающих общественные интересы, поэтому решение принимал регулирующий орган. Победителем должна была стать компания, которая сумела бы лучше преподнести свой товар регулирующему органу.

К тому времени уже пять миллионов черно-белых телевизоров включались каждый вечер в домах американцев. Но Дэвид Сарнофф, основатель компании RCA, был уверен, что перспективы за цветным телевидением, и фирма, контролирующая в будущем патенты на одобренные ФКС стандарты передачи цветного изображения, станет получать огромные прибыли.

Сарнофф обладал счастливой способностью оказываться в нужное время в нужном месте. В первый раз он получил шанс, когда в составе команды операторов беспроводного радио находился на крыше нью-йоркского универмага в момент обнародования новости о гибели «Титаника». Молва утверждает, что он оставался на своем посту 72 часа, сообщая новости о катастрофе людям, которые слушали его, затаив дыхание. «Благодаря» гибели «Титаника» он стал молодым перспективным руководителем радиокomпании.

25 лет успешного руководства корпорацией RCA и ее техническим подразделением NBC стали хорошей школой, подготовившей его к схватке вокруг цветного телевидения. Умение сочетать тактическое новаторство и ловкие юридические ходы позволяли ему в течение многих десятилетий одерживать победы над конкурентами, а компании RCA – стать лидером в отрасли радиовещания и черно-белого телевидения.

Но цветное телевидение – это совсем другое дело. Первая, примитивная технология передачи цветного изображения была разработана компанией Bell Labs в 1929 году. Постепенно возникли два альтернативных инженерных подхода к цветному телевидению. Компания RCA сделала ставку на «электронный» подход, то есть на использование цветного кинескопа, совместимого с существующими устройствами для передачи черно-белого изображения. Владельцы новых цветных кинескопов RCA могли смотреть цветные передачи и в черно-белом изображении.

Система передачи цветного изображения компании CBS была основана на механической технологии (несколько фильтров, смонтированных на диске внутри каждого телевизора, преобразовывали черно-белые сигналы в цветные). Качество изображения CBS было выше, но система не позволяла передавать черно-белое изображение. Чтобы смотреть и цветные, и черно-белые передачи, потребители должны были иметь два разных телеприемника.

Затрудняясь решить, какой стандарт выбрать, ФКС организовала открытую проверку технологий. Первой должна была выступить команда CBS. Когда теле-

визионный экран ожил, и на нем появилось яркое и четкое цветное изображение, члены комиссии одобрительно закивали головами.

Затем наступила очередь RCA. Техники включили аппарат, но сразу же стало ясно, что электронная система RCA не готова к приему передач, идущих в прайм-тайм. Цвета были смазаны, а изображение — довольно странным. Как впоследствии жаловался Сарнофф, «обезьяны были зелеными, а бананы — синими, и все от души посмеялись». Члены комиссии отдали предпочтение стандарту CBS.

Сарнофф глубоко переживал поражение. Но его богатый опыт в области отношений с органами государственного регулирования подсказывал ему, что почти никакие решения не принимаются раз и навсегда. Он поклялся во что бы то ни стало изменить решение ФКС.

Прежде всего он обжаловал решение ФКС в судах, утверждая, что ее решение — это произвол и «шаг назад» в телевизионной отрасли. Эта мера не дала немедленных результатов, но фактически отсрочила введение нового стандарта почти на год. Затем вмешалась судьба: началась война в Корее. Столкнувшись с серьезной нехваткой электрооборудования для военных нужд, министерство обороны отложило производство цветных телевизоров, помешав реализации рыночной стратегии CBS. Сарнофф быстро взялся за работу по трем направлениям — техническому, деловому и политическому.

Во-первых, он не пожалел средств для устранения технических проблем, которые поставили его в неловкое положение перед ФКС. Затем он организовал маркетинговую кампанию, чтобы увеличить продажи черно-белых телевизоров. Если бы черно-белые передачи стали нормой в отрасли, потребители стали бы требовать принятия такого стандарта передачи цветного изображения, который позволял бы им смотреть черно-белые передачи, и ФКС трудно было бы придерживаться своего решения, принятого в 1950 году. «Каждый выпущенный нами черно-белый телевизор аппарат намного усложняет жизнь CBS», — говорил Сарнофф.

Наконец, Сарнофф сосредоточил свое внимание на отраслевом объединении экспертов — национальном комитете по телевизионным системам, созданном в качестве консультативного органа ФКС по вопросам технических стандартов. Он занимался лоббированием объединения, пытаясь добиться пересмотра технологии цветного телевидения после окончания войны. Он знал, что члены ФКС не отменят своего решения просто потому, что он попросит их об этом. Но он располагал большими средствами и пользовался политическим влиянием. Он надеялся, что эксперты одобряют усовершенствованную систему передачи цветного изображения, разработанную RCA, и предложат ФКС благовидный предлог для отмены ранее принятого решения.

Стратегия Сарноффа оправдала себя. Техническая команда RCA в 1952 году усовершенствовала качество изображения: оно было не хуже, чем у CBS, и к тому же телевизоры RCA принимали как цветные, так и черно-белые передачи. Кроме того, учитывая, что к 1953 году в американских семьях было почти 25 млн теле-

визоров RCA, неудивительно, что даже президент CBS Фрэнк Стэнтон понял, что глупо требовать от покупателей приобретать его цветной телевизор, если новая электронная трубка RCA обеспечивает полную совместимость передач. На слушаниях в конгрессе по этому вопросу Стэнтон сдался. В декабре 1953 года, сославшись на отчет национального комитета по телевизионным системам, ФКС официально отменила свое решение 1950 года и утвердила технологию RCA в качестве единого стандарта для коммерческого цветного телевидения.

Сарнофф одержал решающую юридическую победу в битве за конкурентное преимущество, но потребовалось более десяти лет, прежде чем цветное телевидение стало таким, каким он его видел в своих мечтах. Перелом наступил в 1960 году, когда компания NBC приобрела новое шоу под названием «Чудесный мир красок Уолта Диснея». Дети постоянно стали спрашивать у родителей: почему у нас нет цветного телевизора? — и продажи пошли вверх.

Спустя полвека после открытых соревнований, решивших вопрос о технологии передачи цветного изображения (когда все увидели синие бананы Сарноффа), на слушаниях в ФКС собралась другая группа руководителей телекомпаний, чтобы узнать о решении, от которого вновь зависели многомиллионные прибыли. Со времени схватки вокруг стандартов цветного телевидения прошли десятилетия, однако ФКС по-прежнему является главным объектом внимания представителей телевизионной отрасли. На этот раз речь шла о предложении комиссии обязательно устанавливать во все новые телеприемники дорогостоящее оборудование, позволяющее принимать передачи местных телевизионных станций, ведущих вещание в цифровом формате.

На этот раз руководители телевизионной отрасли проявили единодушие. Они сочли расходы на цифровое телевидение бессмысленной тратой денег, которая снизит их прибыли и принесет пользу лишь немногим потребителям, которые смотрят местные передачи. Но ФКС отстаивала интересы более влиятельных отраслей.

Одна из них, телекоммуникационная, всячески стремилась заполучить новый диапазон рабочих частот для своих быстрорастущих локальных рынков беспроводной связи. Она предприняла весьма эффективную лоббистскую кампанию в конгрессе и в ФКС, и последняя отреагировала, обязав местные телевизионные станции подготовиться к переходу на узкополосные цифровые сигналы. Назревало и другое решение: комиссия намеревалась обязать производителей изменить конструкцию телевизоров таким образом, чтобы те могли принимать цифровой сигнал.

Атмосфера, в которой проходило обсуждение, странным образом напоминала дискуссию о стандартах цветного телевидения. Действительно ли цифровой сигнал обеспечивает лучшее изображение? Руководители отрасли так не считали. Оставалась также проблема совместимости. Готова ли ФКС к потоку жалоб потребителей, недовольных переходом местных телевизионных станций на цифровое вещание, которое сделает бесполезными аналоговые телевизоры?

Но ФКС устала ждать и объявила о своем новом решении: в течение четырех лет все телевизоры должны быть оснащены новым цифровым тюнером. Комиссия заявила, что настоятельная потребность в соответствующем диапазоне частот важнее дополнительных затрат местных телевизионных станций и потребителей.

Для телевизионной отрасли это означало поражение. Но Дэвид Сарнофф и сегодня быстро бы разобрался в происходящем. Телевизионная отрасль, которая утратила решающую роль в экономике, уступила позиции более активному и лучше организованному конкуренту. «Железное правило» государственного управления остается в силе. Наступила очередь телевидения признать свое поражение.

Истории с RCA и переходом к цифровому телевидению касаются технических стандартов. Однако и нетехнические стандарты, например, в области открытости информации или рекламы, создают столь же богатые возможности для получения или сохранения конкурентных преимуществ в бизнесе.

Продавая дом, большинство людей заполняют стандартную форму, в которой указывают его недостатки и скрытые дефекты (например, протекающую крышу, подтопление подвала или зарытую на участке емкость для горючего). Вы, возможно, думаете, что это делается для защиты интересов покупателей домов.

Как бы не так! На самом деле эти стандартные формы придуманы риэлтерами, представляющими интересы продавцов. Риэлтерам надоело участвовать в судебных разбирательствах по поводу скрытых дефектов, обнаруженных после совершения сделки. Чтобы оградить себя от подобных разбирательств, риэлтеры организовали общенациональную лоббистскую кампанию за обязательное заполнение таких форм и раскрытие продавцами информации о дефектах выставленного на продажу дома. Если риэлтер вручил потенциальному покупателю форму, заполненную продавцом, ни одна из сторон не имеет права предъявлять ему претензии.

Государственные стандарты в области рекламы и маркировки продуктов также открывают перед компаниями богатые возможности получения преимущества перед конкурентами. Сражения вокруг таких стандартов обычно ведутся в рамках войны между конкурирующими брендами, которая будет подробно рассматриваться далее.

Типичный пример блестящих приемов конкурентной борьбы, связанных с рекламой и маркировкой продуктов, можно увидеть на таком высококонкурентном рынке, как рынок спортивной обуви. Федеральная торговая комиссия (ФТК) осуществляет широкий контроль над практикой рекламы в соответствии со своими полномочиями в области защиты населения от «нечестных и вводящих в обман действий и методов». Компания New Balance Athletic Shoe пыталась увеличить свою долю на рынке за счет таких гигантов, как Nike и Reebok, используя новый прием маркетинга — патриотическую надпись «Made in USA».

Как и большинство производителей спортивной обуви, компания New Balance ввозила часть своей продукции из Азии. Но, в отличие от большинства конкурентов, New Balance производила обувь в США с использованием преимущественно американских материалов. Фактически обувь New Balance была на 75% «сделанной в США», что и позволило компании использовать эту надпись.

Но существовала одна проблема. Много лет назад ФТК приняла стандарт в области рекламы, разрешающий использовать надпись «Made in USA» лишь в том случае, если товар изготовлен в США не менее чем на 98%. Компания New Balance посчитала, что новая глобальная экономика делает подобный стандарт устаревшим и ходатайствовала об его изменении. Она вступила в контакт с юристами и экономистами комиссии и получила их поддержку. Они согласились, что пришло время распространить надпись «Made in USA» на товары, «в основном» произведенные в США.

Все шло успешно. Уведомление о предполагаемом изменении стандарта было помещено в *Federal Register* – официальном издании, в котором все федеральные ведомства сообщают об изменении правил, приглашая заинтересованные стороны к обсуждению. Объявления никто не заметил.

Затем ФТК подготовила проект окончательной редакции правила и опубликовала его. Что произошло дальше, не совсем ясно. Возможно, компания Nike что-то шепнула кому-то на ухо, а возможно, и нет. Так или иначе, поднялся страшный шум. Ассоциации ветеранов, профсоюзы и консервативные ведущие радиопередач объединились, чтобы похоронить поправку. Им не нравилась глобальная экономика, которая лишала американцев рабочих мест. Они были категорически против того, чтобы на кроссовках, пусть даже и частично изготовленных в Азии, стояла надпись «Made in USA».

Компании Nike и Reebok тихо стояли в стороне и наблюдали за представлением. Они знали, что произойдет дальше. Разумеется, законодатели стали называть членам комиссии. Обсуждался вопрос о возможном сокращении бюджетных ассигнований для ФТК. Поправку тихо похоронили, а компания New Balance занялась поиском нового маркетингового лозунга.

Предоставление лицензий и разрешений

Второй инструмент государственного регулирования, который компании должны учитывать при разработке стратегии – это предоставление лицензий и разрешений. Любая экономическая деятельность – от юридической практики до строительства новой поликлиники – требует того или иного разрешения бюрократического органа. А когда чиновники «охраняют ворота» отрасли, возникают дополнительные стратегические возможности.

Большая часть деятельности государства в области лицензирования служит той или иной полезной для общества цели. Мне нравится, что прежде чем сесть за руль автомобиля, люди должны сдать экзамен по вождению. Однако многие процедуры лицензирования деятельности коммерческих предприятий служат

барьерами для выхода на рынок новых предприятий, что порождает огромные возможности для злоупотреблений.

Во-первых, «старые» участники рынка обычно всячески препятствуют выдаче лицензий «новичкам». Например, если государственные органы рассматривают вопрос о строительстве новой поликлиники в каком-либо районе, действующие медицинские учреждения, скорее всего, попытаются доказать, что существующих учреждений вполне достаточно для обслуживания населения в этом районе.

Во-вторых, даже если регулирующий орган и не откажет в предоставлении лицензии новому участнику рынка, конкуренты могут прибегнуть ко всему арсеналу законных процедур, чтобы навязать потенциальному сопернику значительные расходы и проволочки. Множество примеров такого рода будет рассмотрено в главе 7.

Наконец, процедура выдачи лицензий в регулирующих органах часто создает для группировок, представляющих социальные интересы различных слоев населения, возможности формирования альянсов с конкурентами с целью отсрочить выдачу лицензии. Много лет назад, будучи студентом, я летом стажировался в вашингтонском офисе Sierra Club Legal Defense Fund — государственной организации, специализирующейся на правовых аспектах охраны окружающей среды. То, что я узнал тем летом, глубоко поразило меня. Я понял, что несколько высококвалифицированных талантливых юристов, используя сложные процедуры регулирования, при желании могут приостановить практически любую форму экономической деятельности. В данном случае они воспользовались правилами федеральной комиссии по регулированию энергетики (органа, выдающего разрешения на строительство электростанций), чтобы отсрочить возведение плотины для новой гидроэлектростанции.

Вашингтонский офис Defense Fund (Sierra Club — это самостоятельная организация) был в то время идейным противником всего, что намеревалась делать энергетическая отрасль. От имени группы землевладельцев и компаний, которым грозили потери в случае строительства плотины, организация обратилась в энергетическое ведомство. Я провел лето, пытаясь доказать, что в предварительное технико-экономическое обоснование строительства плотины, выполненное инженерным управлением вооруженных сил США, требовало подготовки подробного и дорогостоящего отчета об экологических последствиях проекта. На самом деле, адвокаты Defense Fund не считали, что отчет об экологических последствиях необходим или даже полезен на данной стадии процесса выдачи разрешения. Но они усмотрели в этом возможность отсрочить, осложнить или затормозить стратегию, которую реализовало предприятие энергетической отрасли.

«Мы боремся за переход на использование солнечной и ветровой энергии, — объяснил мне штатный юрист фонда во время одной вечеринки. — Чем дороже будет обходиться традиционные виды энергии, тем скорее люди начнут использовать новые виды энергии».

Защита прав собственности

Третий инструмент государственного регулирования связан с определением права собственности — наиболее важным стратегическим активом капитализма. Государственные процедуры по установлению, подтверждению и отмене прав собственности, в том числе прав на недвижимость, а также законодательство о зонировании, регулирующее землепользование, строительство и эксплуатацию зданий и сооружений, исключительно важны для успеха в бизнесе. Сказанное относится и к процедурам, связанным с предоставлением прав на интеллектуальную собственность, например патентов и торговых марок.

Кроме того, конгресс иногда изобретает совершенно новые формы «регулирования прав собственности» для решения отдельных проблем государственной политики, что открывает новые стратегические возможности. Так, в сфере охраны окружающей среды те компании, которые ранее лоббировали принятие законов об охране воздушной среды, выгодных для отдельных предприятий, теперь покупают и продают «разрешения на загрязнение», торгуя правами на выброс в атмосферу определенных количеств диоксида серы и других химических веществ. Государственные органы регулирования распространяют разрешения, допускающие вредные выбросы в количествах, безопасных для окружающей среды. Компании, имеющие такие разрешения, могут оправдать ими выбросы вредных веществ в атмосферу, или, обеспечив переход на экологически безопасные производственные процессы, продать их другим компаниям.

Недавно федеральная комиссия по связи изобрела новую форму права собственности — права на использование части диапазона радиочастот для беспроводной связи. Затем она продала их на аукционе, что принесло федеральному правительству миллиарды долларов. Фирмы, выигравшие аукцион, получили право использовать или продавать эти частоты по своему усмотрению.

Контроль над соблюдением законов и нормативных актов

Четвертый инструмент государственного регулирования, который необходимо учитывать при принятии стратегических решений — это контроль над соблюдением законов и нормативных актов. Государственные органы имеют широкие полномочия в области такого контроля. Фирмы, не желающие соблюдать правила, пытаются лоббировать отмену такого контроля. Конкуренты, стремящиеся затруднить жизнь соперникам или закрыть конкурирующие предприятия, требуют неукоснительного соблюдения законодательства. Стратегические последствия такого рода усилий могут быть значительными.

В предыдущей главе я упомянул два самых громких случая, показывающих, как государство следит за соблюдением законов. Оба случая касаются нарушений антимонопольного законодательства: один связан с компанией AT&T (1970-е годы), а другой — с Microsoft (1990-е годы). Я хочу рассмотреть эти два случая подробнее, потому что методы, которые конкурирующие фирмы исполь-

зовали, чтобы заставить чиновников антимонопольных органов действовать в их пользу, могут служить великолепным пособием по стратегии в области использования инструментов государственного регулирования.

AT&T — это классический пример естественной монополии, которая, как выяснилось, была намного менее «естественной», чем казалось на первый взгляд. Компания, которая почти 80 лет была монополистом на американском рынке телефонных услуг и стала крупнейшей корпорацией в мире, в начале 1980-х годов была разделена, что ознаменовало приход эры ускоренных инноваций и снижение цен на телекоммуникационные услуги.

Этот раздел произошел благодаря настойчивости и юридической целеустремленности одного человека — Билла Макгоуена, основателя компании MCI. Как я уже писал, в 1970-е годы он так часто давал показания на Капитолийском холме, когда там проходили слушания по вопросам телекоммуникаций, что сотрудники аппарата конгресса стали обращаться к нему по имени. Он был вхож и в ФКС. Правда, там отношение к нему определялось отношением сотрудников к компании AT&T. Макгоуен придерживался предпринимательского подхода, ведя упорную борьбу со своим могущественным противником.

Но каким образом Макгоуену в конце концов удалось настроить правительство против AT&T? Во-первых, ему немного повезло. Самым верным союзником AT&T был президент Ричард Никсон. Но когда в 1974 году Никсон покинул свой пост в связи с уотергейтским скандалом и в Белом доме поселился Джеральд Форд, администрация пришла в замешательство: она не могла столь явно становиться на защиту большого бизнеса. Во-вторых, чтобы подстегнуть правительство, в марте 1974 года Макгоуен инициировал частный судебный иск против AT&T, обвинив ее в нарушении антимонопольного законодательства, и начал лоббистскую кампанию, чтобы заставить министерство юстиции вмешаться в это дело.

И тогда компания AT&T допустила стратегическую ошибку. Она «отключила» MCI от услуг междугородной телефонной связи, одобренных ФКС, наглядно продемонстрировав, что ей нельзя доверять как честному конкуренту. В ноябре 1974 года, когда президент Форд находился за пределами США, генеральный прокурор объявил руководителям AT&T, что на следующий день он намерен от имени государства возбудить против компании дело о нарушении антимонопольного законодательства. У AT&T не оставалось времени на то, чтобы мобилизовать дружественных политиков и заблокировать этот шаг.

Макгоуен одержал победу над компанией AT&T, поскольку проявил себя блестящим тактиком, умело используя для достижения поставленной цели правовые, регулятивные, лоббистские методы, а также PR. Многолетнюю борьбу MCI за место в отрасли он описывал следующим образом.

«История компания MCI — это история четырех разных „бизнесов“.<...> Во-первых, мы мобилизовали венчурный капитал. Во-вторых, мы лоббировали в правительстве. Затем, после того как AT&T попыталась вытеснить компанию с

рынка, мы сумели защитить свои законные права на предоставление и расширение услуг. <...> И вот мы в телекоммуникационном бизнесе».

Трудности, с которыми столкнулась компания MCI при проникновении на рынок междугородной связи, высвечивают проблему любой новой фирмы, имеющей дело с компанией, существование которой зависит от поддержки правительственных органов. В то время как большинство фирм умело занимаются рекламой и сбытом, компании, финансируемые государством, живут за счет привилегированного доступа к бюрократическим и законодательным органам. Этот доступ трансформируется в устойчивые стратегические преимущества перед «новичками» в отрасли.

Интересно, что раздел AT&T не избавил MCI от необходимости использовать конкурентную юридическую стратегию. К 1990-м годам MCI стала второй по величине телефонной компанией Америки и слилась с глобальной телекоммуникационной компанией WorldCom, которая вскоре стала жертвой громкого скандала, вызванного обвинениями во многомиллиардных махинациях с финансовой отчетностью, который закончился ее банкротством. Пока реорганизованная компания MCI WorldCom боролась за выживание после банкротства, старые враги MCI — AT&T и ее бывшие подразделения, региональные компании Bell, — вели лоббистскую деятельность в органах государственного регулирования, добиваясь ликвидации MCI и исключения ее из конкурентной борьбы. Однако, как и в 1970-е и 1980-е годы, компания AT&T потерпела неудачу, а MCI выжила, чтобы в случае необходимости продолжить борьбу.

Отличие дела Microsoft о нарушении антимонопольного законодательства от дела AT&T заключается в том, что первая компания добилась монополии на операционную систему (ОС) для ПК благодаря использованию рыночных методов, а не за счет поддержки правительственными чиновниками. Тем не менее дело Microsoft сопровождалось столь же упорным лоббированием, организованным человеком, глубоко заинтересованным в решении проблемы.

К началу 1990-х годов корпорация Microsoft благодаря своей системе Windows контролировала более 90% рынка операционных систем для ПК. Однако появление интернета угрожало трансформировать персональный компьютер. Билл Гейтс, который хотел, чтобы Microsoft в эру интернета занимала такое же доминирующее положение, как и в эпоху ПК, задался целью добиться контроля на рынке интернет-браузеров.

Честолюбивая компания под названием Netscape уже занимала ведущие позиции на этом рынке благодаря своему программному продукту Navigator. Чтобы потеснить Netscape, Гейтс решил использовать монополию на Windows. Прежде всего, Microsoft потребовала от всех производителей компьютеров, использующих платформу Windows, установить на рабочих столах всех продаваемых ими персональных компьютеров браузер Microsoft Internet Explorer. Сотрудники антимонопольного ведомства быстро положили конец такой практике, которую в антимонопольном законодательстве называется «навязыванием совме-

стных условий» (использование монополизированного продукта для получения контроля на рынке другого продукта), но ущерб Netscape уже был нанесен: браузер начал терять долю на рынке.

Microsoft продолжала наращивать преимущество. В следующий вариант операционной системы Windows Гейтс встроил программу Internet Explorer, объявив это сочетание «единым продуктом». Наличие бесплатного конкурирующего браузера в каждом компьютере, использующем ОС Windows, лишило Netscape последних шансов.

Когда происходили описанные выше события, лоббирование в министерстве юстиции, нацеленное на принятие официальных юридических санкций против Microsoft, усиливалось. Но героем этой истории был не руководитель конкурирующей компании, как в случае с Биллом Макгоуеном из MCI. Роль «навязчивой мухи» взял на себя юрист из Силиконовой долины Гэри Рибек, который собирал факты, организовывал встречи, проводил расследования и пользовался любой возможностью, чтобы привлечь внимание антимонопольных органов к действиям Microsoft.

Многие клиенты и поставщики Microsoft не хотели ввязываться в это дело, что и понятно — они опасались потерять рынок, но Рибек и его коллега Сьюзен Крейтон подготовили подробный доклад на 222 страницах, в котором в деталях описывалось, как Microsoft использовала ОС Windows, чтобы раздавить конкурентов. Соперники Microsoft по бизнесу в области программного обеспечения, такие как Sun Microsystems, также подключились к делу, возглавив лоббистскую кампанию за принятие юридических санкций. Столкнувшись с неопровержимыми фактами и вызывающими утверждениями Microsoft о том, что она может избежать проблем с антимонопольным законодательством, просто встроив любую нужную ей программу в ОС Windows, генеральный прокурор Жанет Рино наконец решилась на решительный политический шаг и предъявила иск.

Навлекая на свою компанию гнев правительства, Билл Гейтс совершил самую серьезную юридическую ошибку. Дело тянулось несколько лет, в течение которых Гейтс вынужден был давать свидетельские показания, а Microsoft лишилась миллиардов долларов в результате снижения курса акций и ущерба для репутации. И, что еще хуже, правительство выиграло дело, добилось признания виновности Microsoft, а затем, ссылаясь на прецедент с AT&T, потребовало от суда принять решение о разделе фирмы.

Как я упомянул во введении, к этому времени Гейтс был уже более искушен в юридической стратегии. Он подавал многочисленные апелляции (как до, так и после дела о нарушении антимонопольного законодательства) и проявил упорство за столом переговоров, всячески оттягивая исполнения решения до тех пор, пока в результате выборов не сменилась команда сотрудников антимонопольного департамента министерства юстиции. Новая группа руководителей-республиканцев предложила Гейтсу более благоприятные условия разрешения конфликта. И хотя окончательное решение стало чувствительным ударом для Гейтса, он

сохранил компанию и приступил к осуществлению новых инициатив в области видеоигр и электронной торговли.

Субсидии, гранты и налоги

Пятым и самым заметным инструментом государственного регулирования, связанным с принятием стратегических решений, — это действия правительства в области выделения или отказа в выделении финансовых средств, которые как воздух нужны любому предприятию. Когда в качестве покупателя выступает правительство, фирмам не надо подсказывать, что следует делать для получения стратегических преимуществ. Джозеф Уортон добился стабильно высокой прибыли, убедив правительство США ввести в обращение две новые монеты, содержащие никель, добычу которого в США монополизировал Уортон. Монетный двор США стал его первым и крупнейшим покупателем, и Уортон использовал все свое политическое влияние, чтобы не допустить импорта никеля, который повредил бы его рынку сбыта.

Ловкое манипулирование правительственными контрактами началось задолго до XIX века. Главным источником богатства Бенджамина Франклина были его типографский бизнес и газета *Pennsylvania Gazette*. Успех обоих предприятий отчасти основывался на умении Франклина добиваться правительственных контрактов.

В 1730-е годы, начав налаживать типографский бизнес в Филадельфии, он вел активную лоббистскую деятельность (по экономическим соображениям) в ассамблее Пенсильвании, добиваясь выпуска бумажных денег. Когда такое решение было принято, Франклину удалось получить весьма выгодный контракт на печатание денег. Некоторое время спустя ассамблея назначила Франклина заместителем главного почтмейстера колонии. Этот правительственный пост не приносил большого дохода, но обеспечивал первоочередной доступ к новостям, приходящим по почтовым каналам. Благодаря лучшему освещению новостей вырос тираж его *Gazette*, и, соответственно, увеличилось количество рекламодателей. Это обеспечило Франклину, как он выразился, «весьма значительный доход», который он получал в течение большей части взрослой жизни.

Правительство выделяет субсидии и гранты. Обычно эта форма государственной помощи направлена на компании и отрасли, страдающие от серьезных убытков вследствие экономических трудностей. Однако при распределении субсидий между отраслями важную роль играет стратегическое лоббирование.

Уже через несколько месяцев после террористического акта 11 сентября 2001 года отрасль авиации представила конгрессу подробные предложения о предоставлении помощи авиакомпаниям, нацеленной на сохранение их конкурентных преимуществ в других видах транспорта, учитывая значительные финансовые потери, понесенные в результате катастрофы. Лоббисты отрасли трудились над этими предложениями многие месяцы до трагедии, но перспективы получе-

ния субсидии были туманными, так как многие секторы американской экономики тоже страдали от спада. Однако факт использования 11 сентября самолетов в качестве бомб и последующего за этим простоя всего коммерческого авиапарка в течение недели поставил этот вопрос на первое место в повестке дня законодательного органа.

Конгресс хотел как-то отреагировать на теракт, и отрасль быстро воспользовалась такой возможностью, убедив конгресс помочь авиакомпаниям и предотвратить общенациональный кризис в области безопасности.

Это был только первый раунд. После принятия закона конгрессом начался второй раунд. Агентство, отвечающее за исполнение закона, приступило к разработке инструкции по распределению ссуд. Те немногие авиакомпании, финансовое положение которых было сравнительно устойчивым, попытались использовать процедуры государственного регулирования для решительной реструктуризации отрасли в своих интересах. Эти авиаперевозчики настойчиво добивались предоставления ссуд за счет фондов поддержки максимум на семь лет. Их коллеги из авиакомпании, финансовое положение которых было менее стабильным, и которые не могли погасить ссуды за столь короткий срок, были шокированы таким предложением, и в конференц-залах на Капитолийском холме то и дело были слышны возгласы. «Предательство!». Принятие предложения о предоставлении краткосрочных ссуд означало смертный приговор для более слабых авиакомпаний и обрекало их на скорое банкротство. Под видом предложения по сокращению сроков погашения ссуд разворачивалась схватка за долю на рынке.

Когда о предложении узнала общественность, законодатели от округов, в которых располагались штаб-квартиры финансово слабых авиакомпаний, стали названивать в правительственные органы. Последние отреагировали, и уловка не удалась. Но впоследствии, когда более крупные компании, такие, как US Airways и United, стали испытывать трудности и обратились к правительству за гарантиями чрезвычайных ссуд и другими поблажками, их менее крупные конкуренты получили возможность отыграться. Они объединились с другими экономически устойчивыми авиакомпаниями, дабы противодействовать такого рода субсидиям, усиленно лоббируя как в правительстве, так и среди союзников в конгрессе принятие решения о том, чтобы судьбу этих более крупных перевозчиков определяли не государственные гарантии, а рыночные силы.

Противоположностью государственных субсидий, дающих преимущество одному сегменту отрасли перед другим, выступают избирательные налоги и штрафы, налагаемые на один из сегментов рынка, тогда как другие сегменты могут конкурировать на основе реальных затрат. Ярким примером могут служить налоги на автомобильные грузовые перевозки, введенные по инициативе железных дорог, или налоги на маргарин, которых добились производители молочной продукции (о введении этих налогов рассказывалось в предыдущей главе). Одним из наиболее распространенных видов налогообложения, ис-

пользуемых в области конкурентной борьбы, являются таможенные пошлины, которые используются для защиты отечественных производителей за счет повышения стоимости импортных товаров. Как я указывал выше, для американской сталеливной промышленности таможенные пошлины более ста лет оставались важнейшим оружием конкурентной борьбы. Во второй части книги будет рассматриваться несколько стратегий «пусть конкурент платит больше налогов».

Несколько слов об антимонопольном законодательстве

Как показывают дела AT&T и Microsoft, антимонопольное законодательство и контроль над его соблюдением играют важнейшую роль в стратегии корпорации. Прежде чем закончить обсуждение темы государственного регулирования, я хочу кратко остановиться на этом вопросе. В то время как большинство систем государственного регулирования нацелено на исправление «дефектов» рынка, антимонопольное законодательство защищает собственно конкуренцию. Оно задает базовые правила игры, на основе которых фирмы осуществляют свою конкурентную стратегию. Поэтому антимонопольное регулирование служит одним из главных инструментов, с помощью которых более слабые фирмы борются с более сильными соперниками. А последним, чтобы сохранить выгодные позиции, важнее всего избежать обвинений в нарушении антимонопольного законодательства.

В основе капиталистической системы лежит та предпосылка, что свободная конкуренция обеспечивает производство самой высококачественной и дешевой продукции, способной удовлетворять запросы потребителей. «Невидимая рука рынка», о которой писал еще Адам Смит, — это «рука» каждого конкурента, который стремится добиться превосходства над другими в области цены и качества, обеспечивая огромные выгоды потребителям.

Но когда под воздействием конкуренции цены снижаются, прибыль падает. Поэтому корпоративные стратеги постоянно размышляют над тем, как избежать конкуренции для того чтобы их фирмы могли получать доход выше среднего. Некоторые стратеги стараются честно использовать рыночные силы для получения преимуществ. Но некоторые поступают совсем не так. Как писал сам Смит в 1776 году в своей книге «Богатство народов» (The Wealth of Nations), «деловые люди нередко собираются вместе, даже для приятного времяпрепровождения и развлечения, но если что происходит, разговоры всегда заканчиваются обсуждением способов предотвращения конкуренции или хитроумного повышения цен».

Антимонопольные законы — это «часовые» права, защищающие общество от нарушения конкурентных идеалов. Они направлены на предотвращение монополизации и создания искусственных барьеров

Монополия не считается противозаконной, если фирма добилась ее естественным путем. Но противозаконно использовать эту рыночную силу для эксплуатации потребителей, наращивания преимуществ фирмы или причинения ущерба конкурентам

Как AT&T, так и Microsoft добились монопольного положения законным образом. AT&T — в качестве регулируемой телефонной компании, а Microsoft — благодаря исключительным успехам в продвижении операционных систем на рынке персональных компьютеров. Но обе компании нарушили антимонопольное законодательство, злоупотребив своим положением.

Антимонопольные законы не только допускают регулирование существующих монополий, но и позволяют регулирующим органам предотвращать их возникновение. Наиболее распространенная форма антитрестовского регулирования, нацеленного на предотвращение появления монополии, — это рассмотрение регулирующими органами предполагаемых слияний. В США за проведение в жизнь антимонопольного законодательства отвечают два органа: министерство юстиции и федеральная торговая комиссия. Оба эти ведомства располагают полномочиями в области рассмотрения слияний и поглощений, распределяя соответствующие функции между собой так, как они считают нужным.

Если крупные компании, работающие в какой-либо отрасли, хотят объединиться, возникает опасность ослабления конкуренции и роста цен. Поэтому слияния имеют стратегическое значение не только для объединяющихся компаний (которые заинтересованы в повышении цен), но и для их конкурентов, которые опасаются усиления могущества слившихся фирм. Ниже представлен пример, показывающий, как работает механизм рассмотрения правительством предполагаемого слияния

В 1986 году компания PepsiCo (производитель безалкогольного напитка номер два в США) объявила о будущем слиянии с третьим по величине производителем безалкогольных напитков компанией Seven Up (принадлежащей Philip Morris Company). Чтобы не дать конкурентам обойти себя, три недели спустя компания Coca-Cola объявила о приобретении Dr Pepper Company — четвертого по величине производителя безалкогольных напитков.

Рассматривать эти две сделки должна была ФТК. Такое решение было принято с учетом ее опыта в области изучения методов производителей безалкогольных напитков, которые они использовали для сохранения эксклюзивных территорий сбыта для своих заводов десять лет назад. По окончании процедуры рассмотрения слияния, которая заняла четыре месяца, ФТК заявила, что она будет возражать против обеих сделок в соответствии со своими полномочиями в области блокирования объединения компаний, которые могут «значительно ослабить конкуренцию или могут привести к образованию монополии». В то время рыночные доли крупнейших игроков на рынке безалкогольных напитков распределились следующим образом (при этом четыре крупнейшие компании контролировали более 75% рынка газированных напитков):

Coca-Cola	37,4%
PepsiCo	28,9%
Seven Up	5,7%
Dr Pepper	4,6%
Canada Dry	3,0%
Royal Crown	2,9%
Другие	17,5%

Компании доказывали, что ФТК должна рассматривать рынок с учетом всех напитков, а не только газированных, так как потребители делают свой выбор из огромного ассортимента этих продуктов. С таких позиций слияния оказали бы на конкуренцию весьма незначительное влияние.

Но ФТК отвергла этот довод и сосредоточилась исключительно на газированных напитках. Она пришла к заключению, что концентрация 75% рынка в руках двух, а не четырех фирм, пагубно отразится на конкуренции, поскольку обе компании лидерам отрасли координацию своих действий для сохранения высоких прибылей и создания барьеров для выхода на рынок новых производителей. В итоге такое решение обе сделки были похоронены. PepsiCo отказалась от сделки слив без боя, а Coca-Cola инициировала рассмотрение дела в федеральном суде, однако судья занял сторону ФТК.

Получить согласие регулирующих органов США при крупном слиянии довольно трудно, но в условиях глобальной экономики такие сделки должны также рассматриваться в органах тех стран, на рынках которых слившиеся компании осуществляют значительную часть своих операций. Иногда сделку контролируют международные регулирующие органы. В 2001 году европейские антимонопольные органы помешали слиянию компаний General Electric и Honeywell в результате которого возник бы гигант по производству деталей и узлов для самолетов. Хотя слияние было одобрено властями США, производители логистических компонентов самолетов в Европе опасались мощи новой объединенной компании и убедили регулирующие органы ЕС запретить слияние.

Проблема предотвращения возникновения монополий, существует проблема тайнострого соглашения конкурентами или участниками общей сбытовой цепочки с целью установления ценовых ограничений. Как писал Адам Смит, для конкурентов «председателем отрасли нередко возникает соблазн избежать давления конкуренции и соглашаться о сохранении высоких цен, сокращении производства или даже о закрытии. Такого сговор называют «горизонтальным», так как он происходит между компаниями одной отрасли».

Например, в 1950-е и 1960-е годы руководители компаний отрасли по производству турбин для реактивных двигателей — от General Electric и Westinghouse до более мелких фирм — регулярно взламывали цены на свою продукцию. Практика использования картелей для установления ценовых надбавок приобрела популярность в 1970-е годы, когда руководители высшего звена обучали таким

методам новых сотрудников, знакомя их с должностными обязанностями. В конце концов 47 руководителям компаний было предъявлено обвинение в нарушении антимонопольного законодательства. Несколько человек были даже приговорены к тюремному заключению.

В 1990-е годы руководители двух крупнейших в мире аукционных домов — Christie's и Sotheby's — завышали ставки комиссионных, взимаемых с клиентов. Мультимиллионер Альфред Таубмен, руководитель компании Christie's, был приговорен к году тюремного заключения. Главными свидетелями на процессе прогив него выступили один из руководителей высшего звена компании, а также участник сговора в Sotheby's. Следует отметить, что в уголовных делах бывшие коллеги по бизнесу часто дают свидетельские показания друг против друга.

Наиболее вопиющие случаи горизонтального антиконкурентного сговора, например, об искусственном фиксировании цен или разделе рынка, служат предметом самого строгого законодательного регулирования и подпадают под прямое действие закона, что облегчает доказательство виновности в ходе судебного процесса. Другие соглашения между конкурентами регулирующие органы оценивают в зависимости от ситуации на основе «здравого подхода», то есть с учетом того, служат ли явные торговые барьеры достижению каких-либо других конкурентных целей. Например, если конкуренты объединяются для совместных исследований или разработки продукта, регулирующий орган рассмотрит сделку, чтобы убедиться, что «плюсы» сотрудничества перевешивают негативные последствия деятельности совместного предприятия для рынка. К таким полезным начинаниям закон прямого действия не применим.

Многие сделки между конкурентами, казалось бы, имеющие очевидный смысл с точки зрения стратегии, сопряжены с проблемами нарушения антимонопольного законодательства. Потому юридические консультанты компаний вынуждены искать творческие пути минимизации правового риска. Интересным примером могут служить недавние переговоры между компаниями звукозаписывающей отрасли.

Вынужденные под давлением конгресса и рынка отреагировать на вызов, создаваемый возможностью распространять музыкальные записи через интернет, три из пяти крупнейших звукозаписывающих компаний — Warner Music Group, Bertelsmann's BMG Entertainment и EMI Recorded Music — решили создать веб-сайт Music Net для продажи музыкальных записей в интернете.

Совместное предприятие, созданное для любых целей лидерами отрасли, внушает опасения, связанные с возможным нарушением антимонопольного законодательства, регулирующего «горизонтальные» соглашения. Чтобы минимизировать риск нарушения этих законов, юристы придумали новую, безопасную систему ведения переговоров. Они происходили в офисе нью-йоркской юридической фирмы. Каждая звукозаписывающая компания занимала отдельный конференц-зал, и никакая прямая связь между руководителями фирм не разрешалась. Для заключения сделки из комнаты в комнату перемещался «нейтраль-

ным участником — Роб Глейзер, руководитель компании RealNetworks, которая должна была предоставить программное обеспечение для планируемого веб-сайта. Юристы тщательно фиксировали все сказанное в ходе каждой встречи.

Сетла потребовала большего времени, чем обычно, но осторожность юристов оправдала себя. Подробные записи переговоров сыграли положительную роль для защиты, когда Napster инициировал антитрестовский иск против отрасли. Справительство приступило к изучению MusicNet с позиций соблюдения антимонопольного законодательства. Ни одно из обвинений не было признано истинным.

Помимо «горизонтального» сговора между конкурентами, антитрестовские законы регулируют отношения между продавцами и покупателями внутри одной отрасли. Специалисты в области антимонопольного законодательства выделяют такие сделки «вертикальным» сговором. Например, недавно гигантская фирма по производству игрушек Hasbro в соответствии с нормами европейского антимонопольного законодательства была признана виновной в искусственном завышении розничных цен, которые устанавливали продавцы. Такая практика называется «завышением надбавки к исходной цене при перепродаже» и автоматически подпадает под прямое действие антимонопольных законов. Так же, как и «горизонтальное» искусственное фиксирование или завыше-

ние цен. Компания Hasbro, которая, в частности, производит популярную настольную игру «Монополия», следовало бы заранее знать об этом. Ответственности за завышение розничных надбавок легко избежать, добровольно устанавливая рекомендованные розничные цены — такая практика совершенно законна, и ее придерживаются большинство производителей, сбывающих продукцию через розничные сети.

Помимо основных горизонтальных и вертикальных — сговоров, которые считаются нарушением антимонопольного законодательства, следует упомянуть еще о нескольких важных моментах. Во-первых, как показывает история слияния компаний General Electric и Honeywell, в различных странах и регионах мира действуют разные антимонопольные правила. Действия, считающиеся законными в одной стране, могут считаться противоправными в другой. Поэтому фирмы намеревающиеся вести бизнес в различных частях мира, должны учитывать особенности антимонопольного законодательства соответствующих стран. Поскольку не существует единого глобального антимонопольного законодательства ЕС может запретить слияние американских компаний, а США и другие страны могут сделать то же самое в отношении компаний из других стран.

Во-вторых, как показывает пример с компанией MCI, частные фирмы могут добиваться изменений антимонопольного законодательства США, чтобы инициировать слияние компаний. В случае победы они могут добиться возмещения расходов, понесенных ими, а также покрыть судебные издержки. Такое право су-

ществует только в США, и оно позволяет жертвам недобросовестных юридических стратегий конкурентов воздать обидчикам сполна.

Пять факторов успеха юридической стратегии в бюрократической игре: краткий обзор

Прежде чем закончить настоящую главу, представляется целесообразным вернуться к пяти факторам успеха юридической стратегии и посмотреть, насколько они применимы к маневрированию в бюрократических органах.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Государственная политика, интересы которой лежат в основе решения любого вопроса органами государственного регулирования — это важнейший фактор, особенно для бюрократов, которые испытывают профессиональную гордость за миссию своего учреждения. Сарнофф принял правильное решение, когда передал дело о технологии трансляции цветного изображения компании RCA на рассмотрение независимого отраслевого органа, включающего инженеров и специалистов. Во-первых, он продемонстрировал свою заинтересованность в объективной оценке своей технологии, и, во-вторых, дал возможность членам ФКС изменить прежнее решение в пользу технологии CBS, не потеряв лица. А оппоненты Microsoft поступили мудро, предоставив юристам министерства юстиции дать непредвзятую правовую и фактическую оценку действий Microsoft против Netscape. При рассмотрении вопросов, касающихся соблюдения антимонопольного законодательства, юридическая обоснованность имеет для органов государственного регулирования огромное значение.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Компания New Balance Athletic Shoe имела все основания для получения одобрения федеральной торговой комиссии на право использовать надпись «Сделано в США», но эта инициатива провалилась, потому что не была поддержана судом общественного мнения. Кроме того, компании MCI и Netscape сумели убедить министерство юстиции возбудить иски против своих обидчиков — компаний AT&T и Microsoft — в том числе потому, что средства массовой информации симпатизировали «бедным парням», которых терроризировали признанные монополии в этих отраслях.

Фактор 3: стратегическая позиция

В баталиях в ФКС вокруг цифрового телевидения компании, предоставляющие услуги в области беспроводной связи, представляли собой динамичный, растущий бизнес, пользующийся огромной популярностью у потребителей. Это

обеспечивало им сильные стратегические позиции для лоббирования предоставления им рабочих частот за счет старых местных передающих станций. Хотя некоторые потребители, несомненно, были недовольны необходимостью покупки цифровых телеприемников, многие из зрителей уже принимали цифровое ТВ по кабельным сетям и через спутники. А те, кто пользовался беспроводной связью, в результате принятия новых правил получили расширенный доступ ко многим новым услугам интернета, электронной почты и т. п. Производителям битуминозного угля, борющимся за установку на всех электростанциях очистных сооружений, существенно помогла возможность сформировать стратегические альянсы с профсоюзом шахтеров, влиятельными политиками из штатов, в которых добывается этот уголь, а также защитниками окружающей среды, в результате чего сложился широкий политический фронт в защиту преимуществ одного сегмента отрасли перед другим.

Фактор 4: финансовые ресурсы

Большая часть примеров, приведенных в настоящей главе, относится к битвам на арене государственного регулирования между фирмами, уже обладающими значительными финансовыми ресурсами. В таких случаях наличие или отсутствие добавочного количества финансовых ресурсов не является решающим фактором успеха. Тем не менее в ряде случаев речь шла о серьезных финансовых последствиях. Компания MCI не имела бы необходимых финансовых ресурсов для выживания, если бы не выиграла дело в суде у компании AT&T. Новичок в отрасли – компания Clipper Express – потеряла миллионы после того, как существующие автогрузовые перевозчики с помощью бюрократических органов на два года задержали введение более низких тарифов. Менее крупная фирма не продержалась бы достаточно долго, чтобы возместить такие потери.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Независимо от характера проблемы, связанной с государственным регулированием, решающую роль в ее решении играет возможность доступа к «нужному», то есть достаточно влиятельному чиновнику. Производители битуминозного угля успешно использовали своих «друзей» в конгрессе для давления на управление по охране окружающей среды с целью принятия нужных законов об очистных сооружениях. Авиакомпании смогли использовать свои тесные контакты в правительстве, когда обратились в конгресс за финансовой помощью после терактов 11 сентября 2001 года.

Игры вокруг государственного регулирования – это самые продолжительные и сложные игры современного общества. Каждую неделю появляются тысячи новых законов и правил, принимаемых бюрократическими органами всех уровней, в компетенцию которых входит регулирование экономики в интересах общества.

Все участники бизнеса видят в государственном регулировании источник неприятностей, но дальновидные руководители компаний видят в нем и нечто большее: потенциальный источник конкурентных преимуществ.

Анализ институтов, которые создают законы и правила для бизнеса, мы закончим судебными органами. Именно на этой арене происходят наиболее ожесточенные схватки между конкурентами. Судебное разбирательство часто используется для изменения баланса сил в стратегическом конфликте, но некоторые примеры, такие как дела компаний Ford и Napster, описанные в главе 1, показывают, что судебные процессы могут привести к разработке или изменению правил для целых отраслей.

[1] Опасности, связанные со спортивными автомобилями, подтверждаются последними статистическими данными о ДТП с летальным исходом. В период с 2001 по 2002 год самые высокие темпы роста таких случаев наблюдались в связи с наездом спортивных автомобилей (10%, или 2141 и 2353 случаев в 2001 и 2002 год соответственно). В 72% таких случаев водители не использовали ремни безопасности, в то время как водители обычных автомобилей не пристегивали ремни в 59% случаев. Видимо, водители спортивных автомобилей считают себя в большей безопасности. См. Stephen Power, *Traffic Fatalities Rose Last Year* //Wall Street Journal, April 24, p. D2.

СНАЧАЛА ВЧИНИТЕ ИСК, а ПОТОМ ЗАДАВАЙТЕ ВОПРОСЫ *судопроизводство*

*Как дела? Доходы? Неплохо: в семь раз превышают
свои былые издержки.*

Через три года в компании Trans World Airlines

В 1987 году через два года после приобретения компании Viacom, медиамагнат Сэмюэл Редстоун столкнулся с необходимостью принять самое серьезное решение по поводу своей карьеры. Имея в своем распоряжении такие каналы, как MTV, Nickelodeon и VH-1, компания Viacom была ведущим контент-провайдером кабельного ТВ. Крупнейшим клиентом Viacom в то время была компания Time (которая стала называться Time Warner) — один из крупнейших операторов кабельных сетей в США. Проблема Редстоуна была связана с двумя самыми популярными киноканалами — Showtime и Movie Channel. В то время Time владели два собственных киноканала — HBO и Cinemax, и Редстоун хотел вывести передачи Viacom на двух важных региональных каналах (Вашингтон и Нью-Йорке и Денвере). Редстоун должен был решить, покупать ли контент от Time или покупать его продукты.

Кабельные телесети считаются естественными монополиями, поэтому им категорически запрещается предпринимать действия, угрожающие конкуренции. Редстоун был уверен, что отказ Time транслировать киноканалы Viacom является вопиющим нарушением антимонопольного законодательства. Впоследствии он писал: «Было совершенно очевидно, что Time нарушает антитрестовские законы, но она действовала на авось. <...> Мы их предупреждали <...> но они, похоже, не верили, что мы выполним угрозу и подадим в суд».

Прежде чем обвинять кого-либо в чем-то, следует хорошенько все обдумать. Но сам факт открытого обвинения в нарушении антимонопольного законодательства клиента, имеющего многомиллиардные обороты, и подачи иска на него в суд может иметь не менее серьезные последствия для бизнеса, чем судебное решение. «Самнер, — говорил Редстоуну один из руководителей высшего звена, — надеюсь, ты понимаешь, что делаешь, подавая в суд на нашего крупнейшего клиента».

Но Редстоун, видимо, знал, что делал. При принятии решения он полагался на самый надежный источник информации — свой опыт. Он был одним из лучших студентов Гарвардской школы права, работал клерком в федеральном апелляционном суде, преподавал право в университете Сан-Франциско и был одним из ведущих адвокатов министерства юстиции США, где представлял интересы государства в апелляционных судах и однажды даже в верховном суде США. К 1954 году он ушел из юриспруденции и занялся бизнесом. Будучи партнером юридической фирмы в Вашингтоне, он получал солидную зарплату, занимаясь консультациями по вопросам слияний и антимонопольного законодательства. Его клиентами были фирмы, входящие в список 500 крупнейших компаний, публикуемый журналом Fortune. Короче говоря, к тому моменту, когда Редстоун в 31 год оставил юридическую стезю, он был достаточно квалифицированным юристом для того, чтобы заняться прокатом фильмов в компании своего отца.

Опираясь на свой богатый опыт, Редстоун проанализировал затраты и результаты различных вариантов решений проблемы с компанией Time. Он знал, что в худшем случае после подачи иска компания Time может отказаться транслировать все каналы Viacom по своей кабельной сети, что пагубно отразится на прибыли Viacom. Но он не думал, что Time пойдет так далеко.

Во-первых, бойкот всех каналов Viacom сделал бы в глазах общественности и без того сомнительное поведение Time еще более вызывающим с точки зрения соблюдения антитрестовского законодательства, а это могло бы повлечь за собой правительственное расследование. Во-вторых, у Time могли возникнуть проблемы со зрителями. Начался бы большой шум из-за невозможности принимать MTV, VH-1 и Nickelodeon только потому, что Time не может договориться с Viacom относительно других киноканалов. В-третьих, Редстоун знал, что Time ведет непростые переговоры о слиянии с Warner Communications. В случае серьезного антитрестовского расследования эти переговоры были бы поставлены под угрозу, и более того, в случае подачи иска

Viacom мог бы даже потребовать вынесения постановления о приостановке слияния. Сочетание указанных факторов угрожало серьезными потерями для Time в случае отказа транслировать передачи Viacom по своим программам кабельного телевидения.

Редстоун решил, что риск судебного разбирательства оправдан. Он писал: «Деятельность шла довольно хорошо, но мы столкнулись с риском, который угрожал в долгосрочной перспективе. Продолжение бойкота шоу Showtime и кабельного канала Showtime. Я не мог спокойно смотреть на то, как с помощью суда осуществляется защита права компании».

Компания Viacom приступила к делу, потребовав компенсации убытков на сумму \$2,4 млрд. Это привлекло внимание не только Time, но и конгресса, который проявил беспокойство по вопросу регулирования кабельного телевидения. Однако, в ходе переговоров Viacom с операторами кабельных сетей, Редстоун решил не обращаться в суд, вовлекая Viacom в расследование конгресса, и не добиваясь постановления о приостановке слияния Time-Warner. У него была стратегическая цель — добиться значительной доли на рынке для своих киноканалов, и он хотел избежать при этом нанесения ущерба его отношениям с партнерами по кабельным сетям.

Важно отметить также, и в течение следующих двух лет обе стороны собирали доказательства для предварительного рассмотрения судом. Компания Viacom представила убедительные доказательства того, что Time сознательно создает благоприятные условия для своих платных программ, исключая конкурентов из локальных кабельных пакетов, что является вопиющим нарушением антитрестовского законодательства. Когда бы то собрано достаточно доказательств, новый глава компании Time Warner Джеральд Левин (в прошлом тоже юрисконсульт) решил уладить дело мирным путем. Компания Viacom должна была получить лишь небольшую часть запрашиваемой суммы (значительно меньше \$2,4 млрд), а компания Time Warner — транслировать каналы Showtime и Movie Channel. Кроме того, Левин обещал увеличить количество рекламного времени для каналов Viacom. Наконец, новые отношения обе фирмы согласились использовать каналы Showtime и HBO для совместной рекламы. Это было более чем успешным результатом стратегической тяжбы.

Судебная лотерея

Судебная лотерея — это наиболее серьезная правовая арена, на которой разрабатываются правила ведения бизнеса. На протяжении веков компании используют суд в качестве последнего средства защиты. Историк Жан Гимпел приводит рассказ о двух семьях, владевших двумя мельницами на реке в долине в графстве Девоншир, Англия. Они владели двумя мельницами на реке, одна из которых была расположена выше по течению. Примерно в 1200 году мельница, расположенная ниже по течению, подал иск в суд в графстве Девоншир, обвинив его в том, что

тот якобы замедляет течение реки и препятствует нормальной работе другой мельницы. Тяжба продолжалась почти 150 лет, до тех пор пока в начале 1400-х годов судебные издержки не вынудили владельца первой мельницы закрыть ее, обеспечив монопольное положение второй мельницы. Это был первый в истории документально зафиксированный случай юридической войны на истощение.

В наше время умелое ведение судебной тяжбы является важнейшим профессиональным качеством руководителей бизнеса. Более того, исследования показывают, что наличие эффективной судебной системы дает значительное преимущество странам, желающим привлечь иностранные инвестиции и развивать свою экономику. Тем не менее судебные системы (особенно в США) могут служить объектом злоупотреблений. Рост количества коллективных исков и постоянная шумиха в прессе вокруг исков по любому поводу — от температуры кофе в McDonald's до содержания жиров в гамбургерах и чизбургерах — сделали деловое сообщество как никогда ранее чувствительным к судебным преследованиям.

Статистические данные ошеломляют. В 2000 году в судах штатов и федеральных судах было возбуждено более 94 млн новых дел, включая дела о дорожно-транспортных происшествиях, уголовных преступлениях, спорах вокруг недвижимости, разводах и разногласиях между компаниями. Как пишет *The Wall Street Journal*, только один продукт — асбест — одновременно фигурировал в судебных делах, затрагивающих 600 тыс. истцов (большинство из которых не предъявили никаких доказательств реального ущерба: они лишь опасались, что признаки ущерба появятся впоследствии) и 6000 корпоративных ответчиков. С 1980 по 2000 год «асбестовые» дела стали причиной примерно 60 банкротств компаний. Реформа американской «судебной лотереи» стала задачей номер один для лоббистов компаний.

Постоянное сокращение цикла внедрения новых продуктов ведет к тому, что проволочки, присущие судебному процессу, сделали его важнейшим инструментом конкурентной стратегии. Как пишет *принстонский экономист Уильям Баумол*, в XIX веке для распространения технологии производства нового продукта и формирования конкурентного рынка требовались десятилетия. К концу XX века цикл внедрения новых продуктов сократился примерно до трех с половиной лет [1]*. Результат? Судебная тяжба продолжительностью хотя бы в два года может существенно повлиять на результаты борьбы за «преимущество первопроходца» [2]. Сегодня один из самых распространенных видов судебных исков в сфере высоких технологий — это иск работодателей против бывших сотрудников, которые ушли из фирмы, чтобы создать собственное предприятие. Под бременем запретов и судебных издержек эти бывшие работники упускают единственную возможность для продвижения своих новых продуктов. Судебные иски подаются также в надежде затормозить выпуск на рынок продукции конкурентов и акций новых компаний.

* *Примечания на стр. 138*

Судебные тяжбы выполняют много функций в конкурентной стратегии бизнеса. Рассказ Жана Гимпела о владельцах мельниц, живших в средневековой Англии, — это рассказ о войне на истощение между конкурентами. С тех пор мир видел множество таких войн. Судебные дела также могут изменить границы рынка, заблокировать продвижение замещающих товаров и помешать выходу на рынок новых конкурентов (о чем свидетельствуют иски против бывших сотрудников компаний, которые по контракту обязывались не конкурировать с прежним работодателем).

Несмотря на широкое распространение судебных разбирательств между конкурирующими компаниями, такой правовой институт, как суд труднее всего описать в однозначных терминах бизнеса. Разбирательство в суде включает в себя загадочные процедуры, контролируемые важными адвокатами, которые изъясняются на профессиональном жаргоне, говоря о «суммарных решениях» (ходатайств о получении судебных постановлений без обсуждения дела по существу) и употребляя такие понятия, как *res judicata* и *collateral estoppel* (принцип недопустимости повторного рассмотрения дел и пересмотра обстоятельств, которые были установлены ранее по другому делу). Но в наши задачи не входит изучение технических деталей судопроизводства — для этого можно нанять юристов. Мы рассматриваем суды исключительно как арену конкурентной борьбы. Как показывает пример Самнера Редисовна, ключевое решение, касающееся судебного разбирательства, — подавать иск или договариваться — принимают руководители компаний.

В настоящей главе судебное разбирательство рассматривается последовательно, шаг за шагом. Стадии судебного разбирательства включают решение о предъявлении иска, выбор суда для рассмотрения дела, использование предварительных ходатайств и постановлений, длительный процесс досудебного расследования, слушания в суде, процедуру подачи апелляции и, наконец, получение решения суда. Мы также кратко остановимся на рассмотрении коллективных исков и одной из многих их разновидностей судебного разбирательства — коммерческого арбитража.

В последние годы зрения постоянно будет находиться переговорный процесс, лежащий в основе стратегических ходов, связанных с судебным разбирательством. Более 95% исков, поданных в связи с разногласиями между компаниями, улаживаются без привлечения формального судебного разбирательства. Об этом хорошо знает любой корпоративный юрист: «Судебное слушание <...> это фактически «финансовая форма переговоров». Более того, ученые-правоведы придумали новое слово для обозначения нового процесса — «судебные переговоры» (*litgotiation*).

Для нас важно сделать два общих замечания. Во-первых, в настоящей книге мы не рассматриваем такие традиционные дела, как иски по поводу невыплаты налогов, неисполнения обязательств, неуплаты долгов, нарушения гарантийных обязательств и т.д. Однако многое из того, что мы пишем об исках и судебных разбирательствах, относится и к этим делам.

Во-вторых, большинство приведенных примеров касаются компаний, которые не являются юридическими лицами и вступили в «запретную зону» фривольных действий. В этих примерах речь идет о компаниях по производст-

ву медицинского оборудования, вытесняющих с рынка конкурентов с помощью фальсифицированных обвинений и расследований, и компаниях индустрии развлечений, угрожающих подачей исков на основе использования не принадлежащих им брэндов. Как мы увидим далее, в таких случаях судьи без колебаний налагают самые серьезные наказания, например, предписывая истцам покрыть судебные издержки ложно обвиненных ответчиков и применяя к ним меры как к нарушителям антитрестовского законодательства. Тем не менее я включил в книгу эти примеры, чтобы показать, как далеко некоторые фирмы (и их юристы) могут зайти в стремлении добиться успеха в конкуренции.

С точки зрения морали каждый судебный иск должен базироваться на добросовестном убеждении, что иск преследует законную цель и защищает законное право. Фирмы, честно использующие юридическую конкурентную стратегию, находят законные основания для иска, а затем добиваются своих притязаний, чтобы защитить свои права, а также решить другие задачи стратегического характера. Фирмы, престаупающие грань дозволенного, используют судебную систему исключительно в стратегических целях, имея для этого лишь призрачные законные основания. Разумеется, границы между этическим и неэтическим использованием судопроизводства довольно размыты, поэтому «честные» фирмы считают правилом держаться подальше от «серой зоны».

Стадия 1

Судиться или не судиться?

Стратегический вопрос, связанный с возбуждением дела или защитой от судебного преследования, очевиден: можно ли рассматривать судебные издержки, время, потраченное на судебное разбирательство, и упущенные возможности, связанные с тяжбой, в качестве выгодного вложения (учитывая цели, которые преследует компания)? Короче говоря, является ли решение судиться правильным с точки зрения анализа затрат и результатов? Нередко ответ на этот вопрос бывает отрицательным. Мой любимый пример стратегического решения не судиться относится к раннему периоду истории США. В 1840 году транспортный магнат Корнелиус Вандербильт по прозвищу Коммодоре был обманным путем лишен доли в фирме, пытавшейся построить канал через Никарагуа, который должен был соединить Атлантический океан с Тихим. Осознав случившееся, Вандербильт написал своим партнерам знаменитое письмо:

Джентльмены,

Вы решили обмануть меня.

Я не буду подавать в суд, потому что закон слишком медлителен.

Я разорю вас.

Искренне ваш

Коммодоре Вандербильт

История о том, как он выиграл борьбу, читается с большим интересом. Он продал свои акции по бросовой цене, совершенно обесценив акции партнеров. Затем он организовал снижение цен на услуги наземного транспорта, связывающего два океана. Это привело к еще большему падению курса акций его партнеров, которые в панике начали их распродавать. Затем он через посредников за бесценок тихо скупил эти акции. Когда партнеры поняли, что произошло, Вандербильт уже контролировал компанию. Иными словами, он добился своего, манипулируя курсом акций и не прибегая к судебному разбирательству.

Иногда решение судиться дается легко. Это бывает в тех случаях, когда достижение стратегической цели возможно только через судебный процесс. Фирмы-производители лекарств-дженериков инициировали сотни судебных исков с целью прекратить действие патентов фармацевтических фирм на оригинальные препараты, превратив эти иски по существу в средство продвижения своей продукции. Один из богатейших людей Канады Барри Шерман (его состояние оценивается более чем в \$2 млрд) занимает пост председателя компании по производству дженериков, которая ежегодно расходует более \$10 млн на судебные издержки, оспаривая около сотни патентов.

Как показывает случай с Самнером Редстоуном, решение судиться обычно сопряжено с определенным риском. Тщательный анализ затрат и результатов должен учитывать множество факторов, включая судебные издержки, упущенные возможности, потенциальный ущерб для сложившихся отношений и репутации, вероятность положительного решения вопроса о правовой ответственности, надежность аргументации в отношении возмещения ущерба и вероятность успешной апелляции. Однако иногда при решении об участии или неучастии в стратегически важном судебном процессе приходится учитывать еще один важнейший фактор, а именно последствия принятия решения судиться (или не судиться) для базовой модели генерации прибыли фирмы. Но когда на карту поставлено будущее компании, судебная тяжба имеет смысл, даже если перспективы победы в суде туманны.

Именно с таким делом столкнулся Билл Гейтс в начале своей карьеры в Microsoft. В 1975 году, будучи 19-летним студентом второго курса в Гарварде, он подготовил (с помощью отца — уважаемого юриста компании в Сиэтле) один из первых крупных контрактов Microsoft. Речь шла о соглашении сроком на десять лет, согласно которому эксклюзивное право на использование и сбыт первого популярного продукта Microsoft — BASIC — передавалось MITS — известной компании по разработке компьютерных программ. Контракт предусматривал три примечательных положения: предельную величину роялти — \$180 тыс. (в момент подписания контракта обе стороны посчитали эту сумму оптимистической); обязательства MITS прилагать «максимальные усилия» для сбыта BASIC; статью об арбитраже для улаживания споров в связи со сделкой. Последний пункт означал, что ни одна из сторон не вправе передавать дело в суд, а должна обратиться в частному арбитра, выбранному по согласованию сторон.

BASIC произвел фурор. Его успех оказался столь ошеломляющим, что Гейтс и его партнер Пол Аллен получили свои \$180 тыс., которые они надеялись добыть за десять лет, всего за два года. Однако в самом успехе BASIC таились семена кризиса денежной наличности. Контракт с MITS был для Microsoft главным источником получения средств, и этот источник иссяк. Гейтсу необходимо было получить от BASIC больше денег, чтобы продолжать разработку других программ и воспользоваться многочисленными новыми возможностями. Для того чтобы компания Microsoft могла расти дальше, Гейтсу необходимо было изменить лицензионное соглашение по BASIC.

Разумеется, для MITS не имело никакого смысла менять условия контракта, о чем компания и сообщила Гейтсу. Тогда компания Microsoft уведомила MITS о разрыве контракта в одностороннем порядке. Гейтс обвинил MITS в нарушении обязательства прилагать максимум усилий для сбыта BASIC. Это был довольно слабый юридический довод, учитывая, что MITS за два года выполнила обязательства по роялти, рассчитанные на десять лет. Но Гейтс собрал дополнительные заказы на BASIC, в том числе от конкурентов MITS по производству аппаратных средств (например, Texas Instruments). MITS отказалась выполнять такие заказы, так как не хотела предоставлять лицензии на BASIC своим конкурентам. Гейтс воспользовался этим отказом для усиления своей аргументации.

Получив уведомление о прекращении контракта, компания MITS сразу же обратилась в местный суд штата и добилась предварительного постановления, запрещающего Microsoft осуществлять дальнейшие продажи до разрешения спора. Тем временем по совету отца Гейтс нашел местного адвоката и обратился в арбитраж в Альбукерке, штат Нью-Мексико (где в то время располагались компании Microsoft и MITS) с просьбой аннулировать контракт.

Как раз в это время MITS была продана еще более крупной компьютерной компании Pertec. Руководители MITS проинформировали Pertec о существующем споре вокруг контракта, но Pertec это не смутило. Будучи совершенно уверенной в юридической правоте в споре с этими «детюшками», компания Pertec в своем желании поставить Гейтса на место пошла еще дальше, чем MITS: она направила Гейтсу письмо с уведомлением, что категорически отказывается выдавать лицензии на BASIC любой конкурирующей компьютерной компании.

Дело шло своим чередом, а в лишенной средств компании Microsoft время буквально остановилось. Это продолжалось до тех пор, пока Гейтс не мобилизовал всю свою незаурядную энергию для участия в слушаниях, которые заняли три недели. Как это ни удивительно (зная дальнейшую историю компании Microsoft), на этот раз Гейтс выступал в роли Давида против корпоративных Голиафов — компаний MITS и Pertec. Бывший руководитель компании MITS Эдди Карри, который следил за этим делом, считает, что «арбитр, видимо, не понимал, о чем шла речь», когда говорилось о программном обеспечении. Но ему

правилась решимость Гейтса, и он решил, что письмо Pertec ясно доказывает, что она не будет прилагать «максимум усилий для сбыта BASIC». Арбитр аннулировал контракт и передал все права на сбыт BASIC самой компании Microsoft. Все остальное — это уже история. Другой руководитель компании MITS — Дэвид Баннетт — полагает, что «если бы победила компания Pertec, возможно, компании Microsoft сейчас бы не существовало». Историки Microsoft указывают, что 1977 год был последним годом, когда компания страдала от нехватки денежных средств.

Стадия 2

Где и кем будет рассматриваться дело?

Когда принимается решение о возбуждении судебного дела, сразу же возникают два вопроса, а именно о выборе места рассмотрения дела и судьи. В случае Билла Гейтса ответы на оба эти вопроса оговаривались в положении контракта об арбитраже. Статьи об арбитраже обычно определяют место слушания дела, а арбитр назначается по согласованию сторон. Однако в случае судебной тяжбы эти два вопроса являются объектом маневрирования обеими сторонами спора. Маневры в пользу разбирательства в суде родного города (или родной страны) называются «шоппингом суда», а попытку повлиять на назначение судьи — «шоппингом судьи». Обе попытки небезупречны с точки зрения права.

Выбор судьи

Один юрист как-то заметил, что в случае судебного разбирательства стороны фактически апеллируют не к закону, а к конкретному судье. В конце концов, судья — это человек, который толкует закон в рассматриваемом деле, а закон можно трактовать по-разному. Если судья хоть однажды сам выступал адвокатом в судах в условиях оплаты в случае выигрыша дела, то не исключено, что он будет смотреть, например, на дело о возмещении личного ущерба именно с учетом своего личного опыта. Если же ему приходилось защищать интересы страховой компании, он может смотреть на то же самое дело совсем другими глазами. Исследования показывают, что вероятность решения в пользу истца дел о причинении личного ущерба судьями, специализирующимися на таких делах, в четыре раза выше, чем у других судей.

Важные роли могут играть и политические соображения. Судьи верховного суда США, которые в 2000 году приняли решение в пользу республиканца Джорджа Буша, стали известными консерваторами. Более либерально настроенные судьи судейского состава были недовольны с таким решением. Ожесточенные баталии в сенате и в конгрессе привели к тому, что все судебные федеральные органы подтверждают важность сохранения баланса сил между двумя политическими партиями.

В заключение можно сделать вывод, что судьи принимают решения на основе личных предубеждений и предвзятости. Однако на деле речь идет о куда более

тонкой материи. Связь между политикой и отправлением правосудия проявляется на самых глубоких уровнях толкования закона. Конституция и важнейшие законы, такие, например, как антимонопольные, изложены в самых общих выражениях и содержат такие правовые нормы, как «надлежащая правовая процедура» или «необоснованные торговые ограничения». Использование таких понятий в конкретных делах сводится к выработке и истолкованию решений на основе базовых принципов экономики и политической философии.

Поэтому политические партии, пытающиеся улучшить свои возможности при помощи толкования «буквы и духа закона», соответствующих определенной «либеральной» или «консервативной» модели, настоячиво добиваются назначения судей, придерживающихся соответствующих политических или экономических взглядов. Это не всегда срабатывает: судьи верховного суда, назначенные президентами-консерваторами, иногда оказываются либералами, и наоборот, но овчинка стоит выделки.

Примерно в 33 штатах политика стала еще более заметным элементом отправления правосудия: судьи подлежат избранию и периодически переизбираются, что заставляет их добиваться поддержки у различных слоев населения, и эти люди впоследствии могут обращаться к ним как к защитникам закона. Один мой знакомый однажды избирался судьей в моем родном городе Филадельфия. Он открыто выражал беспокойство по поводу того, что профсоюзы, выделившие крупные суммы на его избирательную кампанию, ждали от него «правильных решений» при рассмотрении дел членов профсоюзов. Он проиграл выборы, так как другие кандидаты получили еще больше средств из тех же источников.

В самых крайних случаях «шопинг судьи» связан с худшими проявлениями коррупции. Один из самых нашумевших примеров использования таких методов в истории США связан с «Коммодоре» Вандербильтом — тем самым магнатом, который отказался подавать в суд на своих партнеров в истории о строительстве канала, о которой шла речь выше. Как я уже писал, Вандербильт не слишком почтительно относился к судопроизводству. Но в случае, о котором я хочу рассказать, он столкнулся с достойным противником.

История эта началась, когда Вандербильт попытался заполучить железнодорожную компанию Erie Railroad. Это было частью его плана покупки всех железных дорог, соединяющих Нью-Йорк с Чикаго в 1867–1868 годах. Но с той же скоростью, с какой Вандербильт скупал акции компании Erie, люди, контролирующие компанию — Джей Гульд, Дэниел Дрю и Джим Фикс — выпускали и выбрасывали на рынок новые акции.

Обескураженный Вандербильт обратился за постановлением о судебном запрете к судье штата Нью-Йорк Джорджу Барнарду, с которым он был дружен (впоследствии Вандербильт обязал компанию Erie Railroad уплатить Барнард \$150 тыс. в виде гонорара за «консультации»). Барнард издал постановление, запрещающее Гульду и Ко выпускать новые акции Erie. Тогда Джей Гульд нашел

«своего» судью — Рэнса Бэлкома, который выпустил другое постановление, аннулирующее запрет судьи Барнарда. Но Вандербильта это не смутило: он подыскал третьего судью, который аннулировал постановление Бэлкома. Гульд, в свою очередь, обратился к четвертому судье, который постановил, что Вандербильт должен прекратить добиваться запретов. Один из биографов Гульда пишет: «Один судья запретил [правлению компании Erie] предпринимать какие-либо шаги, а другой запретил бездействовать. Если правление Erie проводило заседания и занималось бизнесом, оно нарушало первый запрет, а если ничего не делало — второй».

Но все в этой чехарде с судьями наступил конец, когда судья Барнард подписал ордер на арест Гульда, Дрю и Фиска за нарушение его первого постановления, и их начала разыскивать полиция. Команда Гульда немедленно перебралась на другой берег реки Гудзон — в штат Нью-Джерси, то есть на территорию вне юрисдикции нью-йоркских судов. При этом она прихватила с собой саквояжи, набитые \$7 млн. Ожидая самого худшего, эти люди наняли вооруженную охрану.

Несколько недель спустя, отразив атаку небольшого отряда головорезов, нанятых Вандербильтом для нападения на отель, в котором остановились его бывшие партнеры, Гульд вернулся в Нью-Йорк с чемоданом, набитым деньгами. Сразу же по прибытии он был арестован за нарушение постановления Барнарда. Однако ему удалось подкупить достаточное количество законодателей штата (представителей всех партий) для того, чтобы был принят новый закон, который позволил восстановить компанию Erie и сохранить контроль над ней в руках команды Гульда. Впоследствии он так писал о своей политической стратегии: «В республиканском округе я был республиканцем, в демократическом — демократом; в округах, не имеющих выраженных политических пристрастий, я не высказывал своих взглядов». Вандербильт получил ценный урок юридического маневрирования, а Гульд добился контроля над своей первой железной дорогой. Затем он приобрел множество других.

В наше время правила судопроизводства требуют случайного назначения судей. Но этому адвокатам редко удается организовать рассмотрение дела конкретными судьями. Однако творчески мыслящие адвокаты неустанно стремятся обойти эти правила. Например, адвокат, специализирующийся на коллективных исках, в поисках нужного судьи для некоторых «асбестовых дел», инициированных недавно в Техасе, подал четыре разных иска в четыре разных техасских суда. Затем он подал иски еще трехсот истцов в суд, в котором дело рассматривалось наиболее благожелательно настроенным судьей. Судья Нанет Хейзет, рассматривавшая первое из четырех открытых дел, была возмущена этой попыткой манипулировать судебной системой и наложила штраф в \$500 тыс. на юридическую фирму, представляющую интересы истцов.

Если избежать рассмотрения дела благожелательно настроенным судьей не удастся, то в возможном, адвокаты стараются сделать так, чтобы дело, по крайней мере, рассматривалось неблагоприятно настроенному судьей. В частности, в последние годы все чаще встречается тактика манипулирования правилами, требую-

щими от судей самоотвода в случае конфликта интересов. Фокус заключается в том, чтобы создать условия, в которых судья вынужден был бы взять самоотвод.

Например, в федеральном окружном суде в Бирмингеме (штат Алабама) работает только один судья-афроамериканец — Ю. В. Клемон. Судья Клемон — в прошлом адвокат и бывший активный участник борьбы за гражданские права. Один из племянников Клемона — Терри Прайс — имеет адвокатскую практику в городе. Поэтому излюбленная тактика адвокатов крупных корпораций состоит в том, чтобы к делам о дискриминации в сфере занятости привлекать юридическую фирму Прайса, вынуждая тем самым Клемона брать самоотвод на основании конфликта интересов. Среди компаний, разыгрывающих такой «гамбит», были BellSouth, Boeing, Wal-Mart, Liberty National Life Insurance и Университет Алабамы. Федеральный апелляционный суд, в юрисдикции которого находится округ Клемона, в конце концов разгадал эту уловку и стал требовать от сторон отказа от услуг фирмы Прайса, а не от судьи, особенно в тех случаях, если Прайс начинал работать над делом спустя несколько месяцев после его возбуждения. Следующий ход адвокатов был очевиден, хотя и требовал больших затрат: они стали нанимать фирму Прайса задолго до начала дела, используя его в качестве гарантии отвода судьи Клемона. А так как соглашение с адвокатом предшествовало назначению Клемона в качестве судьи, для отвода последнего были все основания.

Выбор суда

Если найти благожелательно настроенного судью оказывается слишком сложно, то лучше всего добиваться рассмотрения дела в суде «на своей территории». Опять-таки, судьи косо смотрят на чрезмерно активные попытки такого рода, но большинство известных мне адвокатов считают предпочтительным судиться по возможности ближе к дому.

О таких предпочтениях свидетельствуют факты. Исследования показывают, что выборные судьи обычно бывают более благосклонны к «местным» истцам, чем к «чужим» ответчикам. Ричард Нили, судья Западной Виргинии, как-то сказал: «Пока я имею возможность перераспределять богатство в пользу понесших ущерб истцов моего штата за счет компаний другого штата, я буду это делать, <...> потому что избирать меня будут истцы моего штата, а также их семьи и друзья». В общем, стремление добиться преимущества слушания дела в «родном» суде настолько важно, что юристы компаний, готовя деловые контракты, настойчиво стремятся включить в них статью о рассмотрении дела в суде «на территории» клиента.

В случае, если шансы сторон примерно равны, преимущество слушания дела в «родном» суде может стать решающим фактором успеха стратегии компании. Когда Тед Тернер в 1981 году попытался создать революционную, чисто новостную компанию Cable News Network (CNN), он натолкнулся на препятствие, которое едва не погубило предприятие еще до его рождения. Компания RCA, которой принадлежала телевизионная сеть NBC, заключила с Тернером контракт о предоставлении CNN ключевого актива — возможности использования для транс-

янии передач нового спутника, запускаемого RCA. Согласно условиям контракта в случае ремонта или технического усовершенствования спутника компания RCA обязалась предоставить CNN резервные мощности.

К всеобщему ужасу, новый спутник пропал вскоре после запуска. Компания RCA, вопреки неслухам обязательства перед несколькими новыми кабельными компаниями, аннулировала все свои контракты, утверждая, что в связи с исчезновением спутника их исполнение стало невозможным. Понимая, что существование CNN находится под угрозой, Тернер бросился в штат-квартиру RCA в Рокфеллер-центре в Нью-Йорке. По словам его биографа Портера Бибба, он «мегался в офисе RCA, требуя, уговаривая, настаивая, угрожая и наводя ужас на сотрудников компании». Но никто не соглашался предоставить ему другие спутниковые услуги, и он подал иск, чтобы заставить RCA выполнить обязательства по предоставлению резервных мощностей.

Юридическая команда Тернера возбудила дело в суде штата Джорджия близ штат-квартиры CNN в Атланте. Она доказывала местному судье, что простое, буквальное толкование статьи о предоставлении резервных мощностей означало, что RCA должна обеспечить вещание CNN через другой спутник взамен пропавшего. Адвокаты RCA утверждали, что это положение контракта следует понимать иначе, ссылаясь на то, что обязательство о предоставлении резервных мощностей возникло бы только в том случае, если бы новый спутник был успешно запущен на орбиту.

Учитывая обоснованность доводов обеих сторон, местный судья мог отдать предпочтение той или иной из них — но именно в делах такого рода преимущество слушания дела в «родном» суде иногда оказывается решающим. В Джорджии судьи и юристы, и адвокаты Геды Тернера убедили судью в том, что отсрочка реализации проекта для CNN означает финансовый крах, а для могущественной компании RCA — всего лишь временные неприятности. Судья издал предварительное постановление, обязывающее RCA предоставить CNN связь через один из двух имеющихся у RCA спутников на период рассмотрения дела. Сеть заработала во вторник, а стороны впоследствии уладили дело. Если бы RCA включила в контракт статью о выборе места слушания дела, согласно которой все споры рассматривались бы только в юрисдикции федеральных судов (а она могла это сделать), история кабельного телевидения могла бы сложиться совершенно иначе.

Глава 3

Подача искового заявления

и предварительные постановления суда

В конкретном суде во многих отношениях проще, чем получить решение суда по своему выбору. Возможно, этим и объясняется обилие судебных дел в федеральных судах.

Истец должен уплатить судебную пошлину и подать исковое заявление, в котором он должен указать, что:

1) ответчик находится в юрисдикции данного конкретного суда («юрисдикция в отношении лиц»);

2) предмет иска находится в юрисдикции данного конкретного суда («внутренняя компетентность»);

3) факты по делу (представленные в обобщенном виде) говорят о нарушении по меньшей мере одного из требований закона (например, о нарушении патентного права, договорных обязательств или антимонопольного законодательства). На этом этапе истец не обязан представлять доказательства правомерности его жалобы. Он лишь утверждает, что такие факты существуют. Доказательства можно будет представить впоследствии, на этапе представления необходимых документов и свидетельств.

Если иск подан должным образом, начинается предварительный этап судебного разбирательства, на котором ответчик должен сразу принять ряд важнейших стратегических решений. Во-первых, он должен решить, следует ли добиваться немедленного прекращения дела на основании того, что оно не входит в юрисдикцию данного суда или в силу того, что в иске не указаны веские юридические основания для предъявления иска. Такие шаги требуют затрат времени и денег, поэтому ответчики, как правило, прибегают к ним лишь в том случае, если иск явно не имеет юридических оснований или подан не в тот суд, в юрисдикцию которого входит рассмотрение дела. Если ответчику посчастливится, иск в целом или в какой-то части может быть признан неправомерным. Исследования показывают, что судьи признают необоснованными примерно 10% исков, поданных одной компанией на другую.

Иск, возбужденный защитником окружающей среды Робертом Кеннеди-младшим против крупнейшего в США производителя свинины — компании Smithfield Foods, показывает, как работает этот механизм. Группа защитников природы, возглавляемая Кеннеди, подала иск, протестуя против промышленной технологии откорма свиней, используемой компанией Smithfield. Компания ежегодно продавала мясоперерабатывающим заводам 12 млн голов свиней, а органические отходы наносили экологический ущерб жителям близлежащих районов, особенно если попадали в водоемы. В исковом заявлении утверждалось, что компания Smithfield нарушает как экологическое законодательство, так и федеральные законы о борьбе с мошенничеством, так как ее предприятия загрязняют водные ресурсы.

На первый взгляд, речь шла исключительно о загрязнении водной среды. Но если копнуть глубже, вырисовывалась более сложная, стратегическая картина. В деле были замешаны интересы нескольких компаний.

Во-первых, главным союзником Кеннеди была ассоциация мелких фермеров, которая помогала финансировать как иск, так и соответствующую «обработку» общественности. Эта ассоциация заботилась не столько о чистоте воды,

сколько о конкурентных преимуществах. Крупномасштабное, низкзатратное производство компании Smithfield представляло собой смертельную угрозу для мелких свиноводческих ферм. Если бы судья решил, что технология откорма свиней, используемая компанией Smithfield, нарушает экологическое законодательство и законы о борьбе с мошенничеством, эти мелкие фермы вернули бы себе рынок сбыта.

Еще больший интерес представляют другие сторонники Кеннеди — хорошо оплаченные адвокаты, специализирующиеся на коллективных исках. После недавних исков против табачных, фармацевтических и оружейных фирм в США эти адвокаты решили финансировать тяжбу Кеннеди в надежде, что это позволит им создать ценный прецедент — использовать законодательство о борьбе с мошенничеством в делах о нарушении законодательства в области охраны окружающей среды. Такое законодательство, как и антитрестовские законы, в случае успеха обеспечивает истцам возмещение ущерба в тройном размере (плюс покрытие расходов на адвокатов). Если бы применение раздела законодательства о борьбе с мошенничеством сработало в деле Кеннеди, его можно было бы использовать против компаний-ответчиков в различных «экологических» делах. Это создало бы новое поле для прибыльного бизнеса алчных адвокатов, выступающих в судах.

К сожалению как мелких фермеров, так и искушенных адвокатов, судья, который вел дело Кеннеди, лишь частично удовлетворил ходатайство компании Smithfield о прекращении дела. Он отверг обвинения в мошенничестве, назвав их «необоснованными», и обязал истца выплатить компании Smithfield \$500 тыс. в качестве возмещения судебных издержек. Но более «традиционный» иск по поводу нарушения законодательства о загрязнении водной среды был принят к рассмотрению.

Помимо ходатайств о прекращении дела, на этой стадии процесса суды также рассматривают просьбы о предварительном запрете. Такой запрет — это один из важнейших стратегических инструментов в арсенале бизнеса, особенно когда речь идет о контроле над активами или правах собственности. Как однажды заметил Деннис Салливан, один из руководителей компании Navistar, «получение о запрете — это смертельное оружие; если суд решает, что вы не можете приостановить производство продукта, вы будете иметь серьезные проблемы».

Судебный запрет — это постановление суда, обязывающее ответчика что-то сделать или не делать до начала собственно судебного разбирательства. Многочисленные исследования, проведенные профессорами Жаном Ланжувом из Гарварда и Дэвидом Вайсманом из Йельского университета, и Джошем Лернером из Гарварда, показывают, что при рассмотрении предварительных исков примерно 12% дел были вынесены такие постановления. Судебные запреты обычно играют на руку более сильным фирмам и их конкурентам, испытывающим нехватку финансовых ресурсов. Судебные запреты являются яркими примерами того, какие последствия

эти постановления имеют для фирм, в случаях с компаниями Erie Railroad и CNN, описанных в настоящей главе.

Досудебные запреты имеют стратегическое значение, потому что они жестко фиксируют (или меняют) статус-кво и оставляют его без изменения в течение всего судебного процесса. Они срабатывают, так как за нарушение такого постановления для руководителей компаний-нарушителей предусматривается строгое наказание в виде лишения свободы. За невыполнение постановления судьи Барнарда Джей Гульд провел несколько дней в нью-йоркской тюрьме, а Мартин Лютер Кинг написал свое знаменитое «Письмо из бирмингемской тюрьмы», отбывая срок за организацию марша в защиту гражданских прав в Бирмингеме (штат Алабама) вопреки запрету суда штата.

В деле Napster студии звукозаписи добились предварительного постановления о закрытии сайта Napster, так как их ходатайство отвечало трем условиям принятия такого решения. Как того требует законодательство США, они показали, что:

1) имеются достаточно веские основания для подачи иска (было ясно, что Napster помогает своим пользователям нарушать авторские права, принадлежащие студиям звукозаписи);

2) отрасль несет прямые и «невозместимые» убытки (размеры упущенной прибыли от продаж компакт-дисков невозможно подтвердить документально);

3) в случае закрытия Napster основные трудности ложатся на плечи компаний отрасли (закрытие Napster носит временный характер — до судебного слушания, а объемы продаж компакт-дисков падают на 1000 штук в день).

Разумеется, если юридическая обоснованность притязаний на интеллектуальную собственность одной из сторон слаба, как это имело место в деле о патенте Зелдена, о котором шла речь в главе 1, представляется целесообразным избежать ходатайств о предварительном постановлении. Такое ходатайство оттягивает быструю проверку обоснованности притязаний на собственность, сохраняя (по крайней мере, на время) существующий баланс собственности и защищая его от притязаний любой третьей стороны, не участвующей в тяжбе.

По завершении предварительной стадии процесса ответчик оказывается в ситуации, когда истец сумел избежать требования о прекращении дела и, возможно, добился предварительного постановления о запрете. В этом случае ответчик обязан как-то реагировать на иск. Это означает, что ему предстоит серьезная, длительная и дорогостоящая борьба в суде. На этом этапе он также вправе подать встречный иск. Обычно это удачная идея, при условии, что ответчик располагает достаточными основаниями для предъявления такого иска, позволяющими привлечь к ответственности истца.

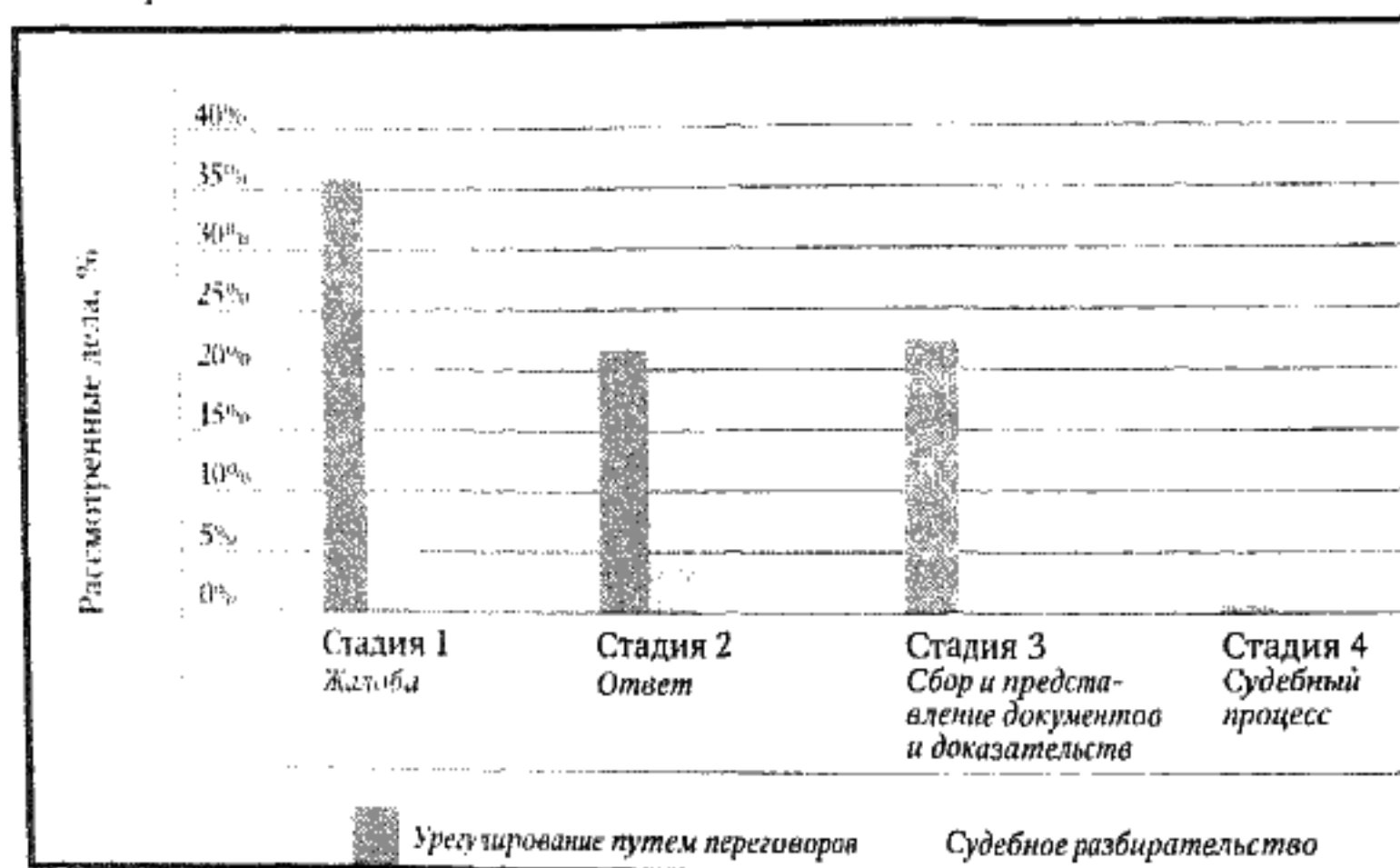
Когда все предварительные вопросы решены, встает стратегический вопрос: пойдет ли ответчик на мировое соглашение? Урегулировав спор на этой стадии, он может избежать колоссальных проблем, неизбежно возникающих на следующей стадии — сбора и предъявления доказательств.

Наука урегулирования спора

Существуют научные подходы к тому, что происходит на каждой стадии коммерческой тяжбы, и, прежде всего, к урегулированию спора путем переговоров. Я хочу представить некоторые из таких подходов, которые можно использовать для выяснения того, в каких случаях стороны склонны соглашаться на мирное решение вопроса.

Мой коллега по департаменту бизнеса и государственной политики Уортонской школы права профессор Джоэл Уолдфогель изучил более 65 тыс. гражданских дел, которые рассматривались в федеральном окружном суде Нью-Йорка с 1979 по 1986 годы. Его данные по двум наиболее распространенным категориям коммерческих дел, касающихся нарушения контрактных обязательств и защиты интеллектуальной собственности, дают некоторое представление о том, как происходит рассмотрение таких дел после подачи иска. Выводы Уолдфогеля представлены на рисунке 2.

Рисунок 2. Урегулирование спора и судебное разбирательство в коммерческих делах*



* Дела, связанные с нарушением контрактных обязательств и защиты интеллектуальной собственности, в федеральном окружном суде Нью-Йорка, 1979-1986 годы (всего 31 006 дел).
Источник: J. Waldfoegel, Journal of Law and Economics, Vol. 4 (October 1998)

Цифры, приведенные Уолдфогелем, поразительны. Из 31006 дел, охваченных выборкой, 36% были урегулированы после подачи жалобы, но до ответа другой стороны в споре. Суды на этой стадии решали еще 10% дел. Очевидно, что примерно в 30% случаев достаточно подать иск о нарушении контрактных обязательств или патентного законодательства, чтобы прийти к устраивающей всех сторон сделке — и это без дополнительных расходов на судебные издержки.

Следующий раунд переговоров начинается сразу же после того, как ответчик отреагировал на иск, но до начала представления суду всех документов и доказательств. Данные Уолдфогеля показывают, что 21,5% всех дел урегулируются по договоренности на этой стадии, тогда как 4,5% дел решает суд на основе ходатайства о предварительном запрете. Короче говоря, к тому времени, когда дело вступает в следующую стадию — представления документально подтвержденных доказательств — 60% всех дел оказываются улаженными путем переговоров.

Помимо юридической обоснованности искового заявления, на вероятность и сроки улаживания спора, видимо, влияют еще два важнейших фактора. Во-первых, важно, общались ли между собой в прошлом адвокаты, представляющие интересы сторон, и, во-вторых, имеет значение, кто выплачивает адвокатам гонорар в случае судебного разбирательства. Если адвокаты знают друг друга, возрастает вероятность улаживания спора на более ранней стадии.

Что же касается адвокатского гонорара, то в США независимо от исхода дела судебные издержки оплачивают обе стороны — за исключением дел, связанных с нарушением антитрестовского законодательства, гражданских прав и защитой интересов потребителей. В этих случаях выигравший дело истец (но не выигравший ответчик) может требовать от другой стороны возмещения судебных расходов. В других странах проигравшая сторона платит адвокатам победившей стороны независимо от характера дела.

Какое влияние законы о выплате гонорара оказывают на коммерческие дела? Принцип «проигравший платит» ведет к сокращению количества исков. Ясно, что перспектива оплаты судебных издержек другой стороны заставляет истца хорошо подумать, прежде чем подать иск, если шансы на выигрыш дела невелики. Но на самом деле американская судебная система фактически способствует урегулированию спора и после подачи иска, потому что в этом случае обе стороны могут сэкономить деньги. Принцип «проигравший платит», напротив, позволяет сторонам надеяться на возмещение расходов в случае победы в суде, а это уменьшает вероятность досудебного урегулирования конфликта путем переговоров.

Как вытекает из случая с Самнером Редстоуном, урегулирование спора дает великолепную возможность добиться стратегических целей, ради которых затевается тяжба. Сказанное может относиться даже к ответчикам. Хотя в настоящей главе уже приводился пример Билла Гейтса, можно рассказать еще одну историю о нем, подтверждающую сказанное. Ведь Гейтс — это отличный стратег, который никогда не упускает возможности добиться своих целей, — даже когда его атакуют судебными исками.

Когда правительство США выиграло дело о нарушении компанией Microsoft антимонопольного законодательства, адвокаты-специалисты по коллективным искам использовали это для подачи иска от имени всех потребителей, купивших компьютеры на базе операционной системы Windows. А так как правительство уже доказало, что Microsoft монополизировала рынок операционных систем, во-

прос стоял лишь в том, сколько покупатели переплатили компании. Как это часто бывает в коллективных делах, несколько адвокатов представляли интересы буквально миллионов потребителей. И хотя убытки каждого отдельного потребителя, возможно, не превышали нескольких долларов, доход адвокатов в случае выигрыша дела мог составить от 25 до 33% многомиллионной суммы компенсации ущерба, которой они рассчитывали добиться.

Стремясь побыстрее «избавиться» от этих дел и памятуя о том, что юристов больше интересует получение солидного гонорара, чем долгий, рискованный и дорогостоящий судебный процесс, компания Microsoft предложила новаторский подход к урегулированию конфликта, взяв на себя обязательство передать государственным школам в районах с низкими доходами обновленные и отремонтированные компьютеры с программным обеспечением компании на сумму \$500 млн. Кроме того, она обещала предоставить школам купоны еще на \$500 млн для приобретения продукции Microsoft по усмотрению школ. И, разумеется, она должна была выплатить адвокатам истцов многомиллионные гонорары.

Адвокаты истцов быстро ухватились за это предложение как за новаторский и социально ответственный вариант решения конфликта, требующего огромных расходов. Казалось, что в этой ситуации выигрывали обе стороны.

Но на самом деле это был типичный прием компании Microsoft — очень грамотный с юридической точки зрения корпоративной стратегии. Стив Джобс из Apple Company, который немало настрадался от юридических маневров Билла Гейтса, узнав об этом решении, забил тревогу.

Юристы компании Apple решили обратиться к судье, который рассматривал вопрос об урегулировании дела компанией Microsoft. Они указали, что Гейтс на самом деле хочет использовать суд для получения доли на рынке компьютеров для начальных и средних школ, на котором компания Apple все еще сохраняла доминирование. По мнению Apple, такой вариант урегулирования только усилил бы монопольное положение Гейтса, в злоупотреблении которым его только что обвинили.

Судья признал правоту Джобса и отклонил вариант урегулирования, предложенный Microsoft. В конечном счете, компания Microsoft согласилась выдать школам купоны, которыми они могли воспользоваться для приобретения компьютерных программ по своему усмотрению.

Стадия 4

Представление документов и доказательств

Во время первого курса школы права, на первой лекции по гражданскому процессу (я, как и вы, по наивности) был поражен тем, насколько сложна подготовка документов адвокатами к слушанию дела. Я

— Профессор Уокер, — спросил я, — почему закон не позволяет упростить правила, с тем, чтобы стороны могли быстрее перейти к существу дела?

— Мистер Шелл, — ответил преподаватель, с характерной для судей из южных штатов подчеркнутой медлительностью, — почему вы решили, что кого-то интересует существо дела? Эта система придумана для того, чтобы мы никогда не добрались до него.

По классу прокатился смешок, а я впервые подумал о том, не отказаться ли мне от профессии юриста.

Представление документов и доказательств по делу — это самый дорогостоящий и утомительный аспект американского судопроизводства. Формально правила допускают представление двух основных видов доказательств: во-первых, самых разных документов — от годовых отчетов до электронной почты и, во-вторых, свидетельских показаний, даваемых под присягой и занесенных в протокол. Если дело принимает плохой оборот, сбор обоих видов доказательств может превратиться в войну на истощение.

На этой стадии задача заключается в том, чтобы заставить каждую из сторон привести все имеющиеся у нее доказательства, что позволит другой стороне изложить свое видение дела. Разумеется, речь идет о доказательствах, которые каждая сторона намерена использовать в судебном процессе. Это правило, принятое еще в 1930-е годы, нацелено на предотвращение неприятных сюрпризов для обеих сторон в случае представления другой стороной в ходе слушания неожиданных доказательств своей правоты.

На практике, однако, эта стадия представляет собой сложную и дорогостоящую игру в «кошки-мышки». Нью-йоркский адвокат Дэвид Гуревич недавно заявил в *The Wall Street Journal*: «Все адвокаты, защищающие интересы ответчика, стремятся ограничить количество требуемых документов, чтобы сделать их сбор менее обременительным и предотвратить распространение информации, которая может быть использована против ответчика».

Существует много способов уклониться от представления требуемых документов. Иногда слишком усердные адвокаты попросту прячут или уничтожают нежелательные документы, но такие действия чреваты лишением адвокатского звания. Если компрометирующие документы лишь создают неблагоприятное впечатление, но могут рассматриваться как не имеющие отношения к делу, адвокаты иногда скрывают их как несущественные. Это также рискованно, потому что другая сторона может, в конечном счете, обнаружить копию документов. Если какие-то нежелательные документы все же приходится предъявить, не существует определенных правил, касающихся того, как именно это следует делать. Распространена практика предъявления таких документов в кипе не относящихся к делу бумаг и «сокрытия» их среди сотен тысяч документов, чтобы замученный и усталый сотрудник, не имеющий юридической подготовки, или молодой неопытный юрист не заметили их.

Существуют две правовые нормы, устанавливающие законные основания для отказа предъявлять нежелательные документы: во-первых, право адвоката

не раплацать информацию, полученную от клиента, который обратился к нему за юридической помощью, и, во-вторых, так называемая «доктрина деятельности адвокатов» (неприкосновенность документов, собранных адвокатами в связи с подготовкой и ведением дела). Споры вокруг этих двух норм, а также другие баталии вокруг документов могут затянуть тяжбу на многие годы и потребовать миллионов долларов в суды для рассмотрения требования о предъявлении тех и иных документов.

Еще одна форма ведет юридическую войну на истощение, ее цель заключается в том, чтобы огромные судебные издержки заставили противника сдаться и пропустить момент разрешения конфликта без суда. Один адвокат из крупной юридической фирмы в Вашингтоне (штат Колумбия) пишет, что «цель требований о предоставлении массы документов заключается в том, чтобы финансово обескровить противника». Другая распространенная тактика состоит в требовании дачи свидетельских показаний представителями руководства фирмы. Это делается для того, чтобы в ходе длительного и унижительного перекрестного допроса и многочасовых телефонных переговоров они потеряли самообладание и допустили бы невольные замечания, которые могли бы быть истолкованы против них и в итоге к ответчице позволили бы поставить под сомнение их показания.

Следующий пример того, как эту стадию можно использовать для вытеснения потенциального конкурента с рынка, касается двух калифорнийских компаний-производителей медицинского оборудования – фирме Alcon Surgical и начинающей компании Surgin Surgical Instrumentation. Каждая из этих компаний выпускала инструменты для операций по удалению катаракты. Компания Alcon давно работала на рынке и имела патент на производимое оборудование. Фактически она была монополистом в соответствующей рыночной нише. Компания Surgin пыталась проникнуть на этот прибыльный рынок, имея патент на более дешевое оборудование.

Через несколько месяцев после появления на рынке в 1990 году продукции компании Surgin фирма Alcon начала терять долю на рынке и, чтобы остановить падение продаж, подала два иска против Surgin. Первое дело было инициировано в суде штата Калифорния. Фирма Alcon обвиняла Surgin в использовании ложной рекламы своей продукции. Второй иск был подан в федеральный суд в связи с нарушением патентных прав. Второе дело оказалось более эффективным с точки зрения конкуренции: в этом случае федеральный судья принял предварительное решение, требующее от Surgin приостановить продажу оборудования до окончания судебного разбирательства. Тем временем компания Surgin не могла заниматься своей фирмой по страхованию ответственности отказалась оплатить страховые взносы в обоих делах, в результате чего Surgin была вынуждена прекратить деятельность из-за нехватки собственных средств.

Спустя несколько месяцев после того, как Surgin потребовала дачи показаний от президента Surgin Alcon подала иск, чтобы продлить этот вопрос на целый месяц. «Во время судебного разбирательства», – заявил судья Майскамп, – обе стороны громко кри-

чали и спорили об уместности задаваемых вопросов. Я никогда в жизни не испытывал такого напряжения. В первый день я давал показания восемь часов, но, по существу, это ни к чему не привело. <...> Я спросил у своего адвоката, во сколько обойдется нам дело, если мы будем бороться до конца. Он сказал, что речь идет о миллионе долларов».

По мере того как дискуссия разгоралась, Мааскамп, который раньше лечился от стресса в больнице, не выдержал напряжения и согласился уладить оба дела и прекратить продажу продукции своей компании. По его словам, «компания была вынуждена уйти с рынка из-за просто непосильной тяжбы».

Но Мааскамп, похоже, извлек урок из дела Alcon. Следующий ход Surgin состоял в предъявлении иска страховой компании за отказ оплатить расходы по делу Alcon. Это дело, которое калифорнийские адвокаты истца вели на условиях выплаты гонорара в случае выигрыша, закончилось вердиктом присяжных в пользу Surgin, согласно которому компания Truck Insurance должна была выплатить \$4,5 млн в виде компенсации за упущенную прибыль от продажи медицинского оборудования. Процесс представления документов по этому делу был особенно поучительным. Компания Surgin сумела доказать, что страховая компания фактически уничтожила опасные для нее документы, чтобы предупредить их использование в судебном процессе. После нескольких постановлений и апелляций дело наконец завершилось – более чем через 12 лет после создания Мааскампом своей небольшой компании в надежде проникнуть на рынок медицинского оборудования.

Многие фирмы решают уладить спор на стадии представления документов. Как показано на рисунке 2, почти 80% дел, не закрытых до этой стадии (22% выборки), улаживаются до начала слушания в суде. Таким образом, дела Самнера Редстоуна против Time и Alcon против Surgin – это типичные случаи стратегической тяжбы, продолжающейся после предварительной стадии подачи иска: оба дела были урегулированы на стадии представления документов.

Большинство традиционных коммерческих дел, целью которых преимущественно является получение компенсации за нарушение контрактных обязательств или иной ущерб, следовало бы урегулировать до указанной стадии, но стороны обычно бывают настолько озлоблены друг на друга и исполнены желания «раздавить» оппонента, что нередко забывают о своих собственных интересах. В юридической фирме, где я работал раньше, мне однажды пришлось стать свидетелем особенно яркого примера такой «судебной западни».

Дело касалось весьма неприятного спора вокруг продажи семейного предприятия. Покупатель не оплатил окончательный взнос в размере \$500 тыс., ссылаясь на то, что продавец дал ложную информацию о стоимости некоторых активов. Члены семьи были глубоко возмущены этим заявлением и называли покупателя чуть ли не уличным грабителем, пытавшимся отобрать у них последние деньги. Тяжба вокруг платежа продолжалась в течение нескольких недель и сопровождалась многочисленными схватками вокруг документов и досудебных показаний.

Кризис наступил, когда юридическая фирма, представляющая интересы истца, обнаружила, что еще задолго до окончания судебного процесса по делу о возмещении ущерба в \$500 тыс. размер оплаты за ее услуги уже превысил \$1 млн. Состоялась встреча с клиентом для обсуждения дальнейших действий. К моему удивлению, члены семьи по окончании встречи заявили: «Продолжайте бороться!» Для них речь уже давно шла не о деньгах, а о торжестве морали.

По завершении рассматриваемой стадии стороны могут выступить с последним досудебным ходатайством — об упрощенном («суммарном») решении. При этом тщательно собирают все доказательства по делу, относящиеся к различным претензиям, и стремятся показать, что судебный процесс не нужен, так как все важные факты неоспоримы. Сторона, выступившая с таким ходатайством, просит судью применить закон на основании этих неоспоримых фактов и вынести постановление о том, что ответчик действовал неправильно или что истец не может выиграть дело. Сторона, возражающая против удовлетворения ходатайства, должна убедить судью, что по меньшей мере один важный факт можно оспорить, и потребовать проведения процесса, на котором каждая сторона могла бы представить доказательства судье или коллегии присяжных.

Стадия 5 Судебный процесс

В США прохождение коммерческого дела через все стадии вплоть до судебного разбирательства — это поистине чрезвычайное явление, но именно такие дела получают наибольшую огласку. Из проанализированных Уолдфогелем дел о нарушении контрактных обязательств и защите интеллектуальной собственности, инициированных в Нью-Йорке с 1979 по 1986 годы, только 2,5% дел дошли до суда, причем 20% из них были улажены до завершения разбирательства.

Какие же дела проходят весь путь от подачи искового заявления до рассмотрения на судебном заседании? Этот вопрос оживленно обсуждается в юридических кругах. В некоторых из такого рода дел шансы представляются равными и каждая сторона искренне надеется выиграть. В других случаях переговоры об урегулировании спора заканчиваются ничем, а стороны бывают настолько уверены в своей правоте и озлоблены, что предпочитают не признавать свою неправоту и продолжать испытывать судьбу, даже если шансы на успех невелики.

Со стратегической точки зрения, значительное количество дел доводится компаниями до суда потому, что для этого имеются веские основания. Во-первых, как в деле Генри Форда, связанного с патентом Зелдена, фирма может быть заинтересована в получении авторитетного судебного заключения об обоснованности или необоснованности прав собственности, чтобы обезопасить свое положение на рынке. Только окончательное решение суда (или апелляция в случае необходимости) обеспечивает достижение указанной цели. В таких случаях дело проходит весь путь.

Во-вторых, существуют дела, которые я называю «делами о репутации компании». Иногда фирмы просто обязаны бороться до конца, чтобы доказать, что они умеют бороться за свои права, а не просто служить легкой добычей для юристов-вымогателей. Если фирма угрожает возбуждением дела в связи с отказом в оплате счета, угроза будет иметь действие только в том случае, если другая сторона верит, что дело действительно будет возбуждено.

Умение инициировать дела ради поддержания репутации — это тонкое искусство. Если фирма всегда удовлетворяет сомнительные иски и никогда не судится с должниками, она рискует стать жертвой юридических ловкачей. Но если возбуждать дела по любому поводу, это лишь обогатит адвокатов компании. Самая лучшая стратегия заключается в том, чтобы найти «золотую середину», то есть доводить до конца важнейшие дела, обеспечивая их максимальную огласку. В этом случае все участники рынка будут знать, что такая фирма — это не «мальчик для битья».

Третья категория дел, которые проходят весь путь вплоть до получения решения суда, — это дела, связанные с судьбоносными для компании ситуациями. Речь идет о борьбе «не на жизнь, а на смерть» с более успешными конкурентами, конфликтах по поводу контрактных отношений (например, в случае, если партнеры не соглашаются освободить компанию от выполнения губительных для нее обязательств) и упорном сопротивлении адвокатам в случае коллективных исков, нацеленных на раздел фирмы и продажу ее активов для возмещения ущерба клиентам. Если в случае отказа от борьбы компании грозит верное разорение или банкротство, есть смысл пойти на рискованное судебное разбирательство. Удачным примером такого судьбоносного для компании дела является попытка Билла Гейтса выйти из условий контракта с MITS. Судебное разбирательство (или арбитраж) давало Гейтсу единственную надежду на сохранение контроля над основным продуктом его компании.

Коллегии присяжных

В США важнейшим фактором, способным повлиять на ход дела, является решение о слушании дела коллегией присяжных. Использование присяжных при рассмотрении коммерческих исков — это явление, характерное исключительно для судебной системы США. Такое решение может иметь особое значение для стороны, которая добилась преимущества слушания дела в «родном суде», так как присяжные — это жители города, в котором функционирует фирма.

В начале своей деловой карьеры, управляя сетью кинотеатров на открытом воздухе, Самнер Редстоун судился с крупнейшими киностудиями в связи с их отказом предоставить ему фильмы для премьерного показа. Знаменательно, что он возбудил дело в суде «родного» города в Северной Виргинии, настоял, чтобы дело слушалось коллегией присяжных, и нанял для защиты своих интересов местного адвоката. Позднее он так описывал ход судебного процесса: «Наш адвокат излагал свое видение дела перед присяжными — своими земляками из графства

Фэрфакс в Виргинии. Он держал руки в карманах, как отец, беседующий с членами семьи. Он не заискивал перед ними и не поучал их; он был одним из них». Оппоненты Редстоуна быстро поняли характер отношений местного адвоката со его земляками и согласились урегулировать спор до решения присяжных о возмещении убытков. Редстоун подвел итог: «Мы получили практически все, чего добились».

Если дело включает иск о штрафных начислениях, присуждаемых в порядке наказания (еще одна уникальная особенность правовой системы США), присутствие присяжных приносит в тяжбу значительный, почти непредсказуемый риск. Защита может столкнуться с опасностью вердикта о выплате многомиллионной компенсации, намного превышающей убытки, причиненные ответчиком. Многие из таких вердиктов аннулируют, подавая апелляцию, но это не делает их менее опасными для бизнеса.

Многие адвокаты истцов и ответчиков в коммерческих делах безгранично доверяют суду присяжных, утверждая, что простые люди — члены коллегии присяжных — приносят в дело полезный элемент здравого смысла и морали, который может быть утрачен в случае принятия решения исключительно судьями, погруженными в юридические процедуры и теорию. В то же время существует достаточно доказательств того, что присяжные могут чрезмерно увлекаться, присуждая гигантские штрафные санкции только из-за своей антипатии к крупным корпорациям.

Известно также, что присяжные могут проспать в течение всего разбирательства и проснуться лишь моменту вынесения приговора. Этот казус недавно произошел при рассмотрении дела, имеющего принципиальное значение, — о препятствовании отправлению правосудия, — которое в 2001 году привело к краху аудиторской фирмы Arthur Andersen в результате скандала с фирмой Enron. Газеты сообщали, что один из присяжных проспал большую часть судебного разбирательства и, по всей видимости, до конца слушаний так и не понял, что судят саму фирму, а не одного из ее партнеров. Тем не менее он проголосовал за виновность фирмы.

Компании, втянутые в серьезную стратегическую тяжбу, часто вкладывают значительные финансовые ресурсы в то, что обычно называют «научным отбором присяжных». Консалтинговые фирмы, используя опросы и демографические данные, оценивают местных кандидатов в присяжные заседатели, чтобы выявить их предпочтения и особенности восприятия, могущие повлиять на принятие решения по делу. Затем они формулируют специальные вопросы, которые адвокаты задают в процессе отбора, чтобы обеспечить отвод кандидатов, которые учитывая их демографические особенности, могут неблагоприятно отразиться на позиции истца или ответчика. Каждой стороне разрешается вычеркнуть из списка кандидатов определенное число присяжных без указания причины отвода. Однако предварительные исследования помогают сторонам правильно

Не существует убедительных доказательств, что эти методы действительно помогают решить исход дела, но тот факт, что фирмы расходуют немалые средства на такого рода исследования, свидетельствует о том, что адвокатов (особенно представляющих интересы ответчиков) волнует позиция присяжных. Если применение таких методов заставляет адвокатов уделять больше внимания личности каждого присяжного и позволяет им увереннее вести дело, это может способствовать его успешному исходу.

Право на рассмотрение дела судом присяжных зависит от характера иска и распространяется на многие традиционные коммерческие иски — от связанных с нарушением контрактных обязательств до касающихся обвинений в нечестной конкуренции. Как правило, суд присяжных рассматривает дела, которые могут произвести впечатление на обывателей — обычно это дела, имеющие некоторый элемент «драматизма», в которых одна из сторон играет роль «жертвы». В рассмотрении дел, требующих профессиональной правовой аргументации и сложного анализа фактов (для чего необходимо, например, знание мировой финансовой системы или компьютерной техники), участие присяжных обычно нежелательно. Такие дела предпочитают передавать на рассмотрение судьям или арбитрам, имеющим специальную подготовку.

Использование коллегий присяжных в судебной системе США привносит в нее ряд уникальных особенностей — от возможности маневрирования при отборе присяжных заседателей до «зажигательных» выкриков «Возражаю!» в ходе слушания. Участие в судебном процессе присяжных заседателей обуславливает также упорядоченную процедуру судебного разбирательства. Слушание дела начинается в определенный день и продолжается непрерывно (кроме выходных) до вынесения решения. В Европе и Японии коммерческие иски рассматриваются совершенно иначе. Тот факт, что целевой аудиторией служат присяжные — обычные люди — заставляет уделять столько же внимания стилю выступления и наглядным материалам, как и доказательствам по существу дела. Следует также помнить о том, что 20% дел, переданных для слушания в суде, улаживаются до окончания судебного процесса. Иногда это объясняется явно неблагоприятным отношением присяжных к той или другой стороне.

Стадия 6

Подача апелляции

Если судья первой инстанции или присяжные вынесли окончательный вердикт, дело еще нельзя считать законченным. После суда возможна подача апелляции. Эта процедура иногда длится годами и часто сопряжена с такими же затратами, как и рассмотрение дела в суде первой инстанции. Весьма эффективный метод борьбы апелляциями использовали древние греки: в случае отклонения апелляции того, кто ее подал, могли продать в рабство. Однако в современном мире подача апелляции не столь опасна.

Генри Форд выиграл дело, связанное с патентом Зелдена, подав апелляцию после того, как большинство конкурентов Форда, включая компанию General Motors, отказались от борьбы и начали платить роялти. Основатель компании Surgin Арманд Мааскамп вел тяжбу со страховой компанией в течение 12 лет, пройдя через два суда первой инстанции и подав ряд апелляций, прежде чем добился решения о выплате ему \$4.5 млн в порядке компенсации за упущенную прибыль.

Когда я работал судебным клерком в федеральном апелляционном суде, мне редко попадались коммерческие дела, которые продолжались бы менее трех-четырёх лет, а многие из них тянулись по восемь-девять лет, неоднократно проделывая путь между судами первой инстанции и апелляционными судами. В отличие от европейской и азиатской судебной системы, американская система предусматривает подачу апелляции исключительно в связи с правовыми вопросами, а не по поводу фактов. В США факты оценивает судья первой инстанции или присяжные, рассматривающие доказательства в ходе судебного процесса. Апелляционный суд не может выйти за рамки протокола заседания суда первой инстанции и решить, кто говорил правду или представил более убедительные документы. В других странах апелляционные суды, не испытывающие осложнений, связанных с судом присяжных, могут более активно интересоваться как имеющимися, так и отсутствующими доказательствами. Они располагают большей свободой и имеют возможность посмотреть свежим взглядом как на правовую, так и на фактическую сторону дела.

На каждой последующей стадии судебного процесса нерешенными остаются все меньше дел. Меньше всего их остается на стадии подачи апелляции. Так, в 2010 году в федеральных судах было возбуждено 2,4 млн дел, но лишь 57 тыс. дошли до апелляционного суда промежуточной инстанции. Между тем, в том же году в верховном суде США слушались доводы, относящиеся лишь к 86 делам. Чем дольше дело слушается в судах, тем, следовательно, больше внимания ему уделяют участвующие в процессе судьи.

Но мирное урегулирование конфликтов может иметь место и на этой, завершающей стадии процесса. Например, апелляционные суды отменяют многие решения о штрафах, присуждаемых в порядке наказания, что стимулирует истцов, выигравших такие дела в суде низшей инстанции, договариваться с ответчиком о меньшей сумме, а не ждать отмены решения апелляционным судом.

Стадия 7

Исполнение судебного решения

В завершении всех юридических баталий остается проблема исполнения решения. Судья, конечно, возможно, в пользу истца. На первый взгляд это выглядит проблемой, которую часто обстоит иначе. Во-первых, возникает вопрос, где находится активы ответчика, которые можно получить для последу-

ющей продажи. Может случиться, например, что активы находятся в другом штате или даже в другой стране. В этом случае приходится затевать отдельный процесс с учетом соответствующей юрисдикции. На этом этапе ответчик может решить инициировать дело о банкротстве (подробнее этот процесс рассматривается в главе 9). В этом случае истец может обнаружить, что он всего лишь один из многих в очереди за получением денег от ответчика, в которой стоят и другие банки и кредиторы. Разумеется, искушенный в судебных делах истец учитывает указанное обстоятельство, принимая решение о том, судиться ли вообще и где именно это делать.

Несколько слов о коллективных исках и арбитраже

Существуют две особые формы разрешения коммерческих споров, которые могут иметь стратегическое значение: подача коллективного иска и арбитраж.

Коллективные иски

Хитроумная попытка Билла Гейтса удовлетворить коллективный иск, связанный с монополизацией операционных систем, указывает на роль, которую коллективные иски могут играть в судебной системе США. Речь идет о многосторонних исках, когда один или несколько человек подают иск от имени многих других лиц, которые понесли общий урон в результате действий ответчика. Коллективные иски могут подаваться от имени компаний, потребителей, акционеров, защитников окружающей среды, меньшинств или любых групп лиц, понесших общий урон. Так, компания Wal-Mart от имени всех розничных продавцов США подала коллективный иск против компаний Visa и Master Card. Это дело более подробно будет рассматриваться в главе 9.

Многие коллективные иски приносят больше денег адвокатам, чем истцам. Если объединить иски тысяч и даже миллионов истцов, небольшой ущерб, понесенный каждым из них, в сумме складывается в огромную величину. В качестве гонорара адвокаты получают процент от этой суммы. Коллективный иск против табачных компаний, поданный от имени «пострадавших» курильщиков, принес адвокатам многомиллионные гонорары.

Подача коллективных исков требует соблюдения определенных правовых стандартов. Во-первых, жалобы истцов должны содержать общие правовые и фактические элементы. Если это требование не соблюдается, судья может решить, что для лучшего отправления правосудия каждому истцу следует инициировать самостоятельное дело. Часто представлять дело стремятся несколько адвокатов, и судья должен решить, кто лучше защитит интересы истцов. При этом он учитывает опыт адвокатов в ведении таких дел, достигнутые ими успехи и их профессиональную репутацию. После того как судья определил круг истцов и отобрал адвокатов, всем истцам направляется уведом-

ление, что они могут отказаться от иска. Истцы, отказавшиеся от иска, не связаны решением суда и могут подать самостоятельный иск. Наконец, как мы видели в случае с коллективным иском против компании Microsoft в связи с монополизацией Windows, урегулирование коллективного иска контролирует судья, чтобы обеспечить справедливое решение для истцов. Адвокаты в этих случаях стремятся уладить дело как можно скорее, чтобы тут же получить гонорар и заняться другими делами, а также избежать расходов и судебного процесса. Если они проигрывают дело, они несут значительные расходы и ничем не могут оправдать свои усилия. В книге Джонатана Харра «Гражданский иск» (A Civil Action), ставшей бестселлером, рассказывается об адвокате, специализирующемся на коллективных исках, который не сумел воспользоваться возможностью уладить миром экологическое дело и всю жизнь сожалеет об этом.

Если суд вынес окончательное решение или дело улажено мирным путем, адвокат истцов распределяет деньги между участниками иска. В типичном деле о нарушении прав потребителей истцам (количество которых иногда составляет несколько тысяч) рассылаются чеки на небольшие суммы (иногда на \$5 или меньше), а адвокаты же кладут себе в карман гонорар в несколько тысяч долларов и начинают готовиться к следующему делу.

Коллективный иск — это весьма противоречивая форма судебного разбирательства. В конгресс постоянно поступают законодательные инициативы о реформировании или запрете этой процедуры. Но адвокаты, специализирующиеся на коллективных исках, очень хорошо организованы. Как мы видели на примере дела компании Smithfield Foods, они постоянно находят новые правовые положения, на которые можно было бы опираться в таких делах. А их лоббистская организация — Американская ассоциация адвокатов — является самой богатой и политически влиятельной организацией в США. Она имеет прочные связи с потребителями, профсоюзами и защитниками окружающей среды, которые использует для того, чтобы блокировать любые попытки изменить процедуру коллективных исков. Вероятность отмены коллективных исков конгрессом крайне мала.

Арбитраж

Арбитраж — это распространенная форма судебного разбирательства при разрешении коммерческих споров как внутри страны, так и на мировой арене. Суть лежы арбитража различных стран имеют много общего. В США арбитраж не имеет многих уникальных особенностей американской судебной системы, что позволяет нам сосредоточиться на процедурах разрешения коммерческих споров в Европе и Японии.

Компании часто передают дело в арбитраж на тех же основаниях, что и в суд. Например, судья компании MITS, то есть на основании соответствующей статьи в контракте. В контракте может быть указано место арбитражного суда, со-

ответствующее законодательство и процедуры. Обычно указывается организация, в которую стороны будут обращаться для разрешения споров, — например, Американская ассоциация специалистов по арбитражу в Нью-Йорке или Международная торговая палата в Париже. Вы можете назначить конкретного арбитра, выбрав кандидатуру из списка, предлагаемого спонсирующей организацией. Арбитры не обязательно должны быть юристами. Они могут быть специалистами в соответствующей области, например, инженерами-компьютерщиками или международными консультантами по бизнесу.

Выбранные вами арбитры контролируют досудебные процедуры и сам процесс слушания дела. Оба этих этапа регулируются несколькими формальными законами. Арбитры вправе ограничить досудебный этап представлением нескольких важнейших документов или свидетельств или же вообще не требовать представления документов. Что касается слушаний, которые проходят в офисах или конференц-залах отелей, то для них не существует формальных правил представления доказательств и сложных процедур. Вам необходимо только представить своих свидетелей и документы, а арбитры принимают решение в пользу той или иной стороны, причем эти решения не обязательно требуют письменного обоснования.

Наконец, выиграть, подав успешные апелляции на решение арбитра, крайне трудно. Для этого вы должны доказать, что имело место вопиющая несправедливость — например, что арбитр получил взятку, полностью проигнорировал соответствующий закон или во время слушания находился в состоянии алкогольного или наркотического опьянения. Рутинные ошибки в применении закона или оценки доказательств, которые могут служить основанием для отмены решения суда, не считаются вескими основаниями для подачи апелляции на решение арбитражного суда. Когда принято окончательное решение, вы можете обратиться в местный суд и получить постановление, имеющее такую же юридическую силу, как и решение суда. Имея на руках такое постановление, вы можете приступить к исполнению решения с учетом существующих процедур.

По сравнению с судебной тяжбой арбитраж имеет три преимущества. Разрешение конфликта в арбитраже занимает меньше времени и протекает в более спокойной обстановке. Стороны относительно быстро добиваются разрешения спора, а решение арбитра обычно является окончательным. Арбитраж обычно не связан с ведением «войны на истощение» на основе представления многочисленных доказательств и использования «неуправляемых» коллегий присяжных, которые выносят многомиллиардные вердикты, а также коллективных исков. В то же время решение арбитража в отношении, например, патентного спора не имеет юридической силы, а также отсутствует прецедент в виде выигрыша в таком деле. Наконец, как было отмечено выше, разрешение спора в арбитражном суде ограничивает возможности для юридического маневрирования в случае проигрыша дела.

Пять факторов успеха юридической стратегии при судебном разбирательстве: краткий обзор

В этой главе мы рассмотрели несколько стратегических судебных дел. Как они выглядят с точки зрения пяти факторов успеха для юридической стратегии?

Фактор 1: юридическая обоснованность

Юридическая обоснованность всегда важна в судебной тяжбе, но она не всегда имеет решающее значение. Антитрестовский иск компании Viacom против компании Time лучше всего иллюстрирует преимущества наличия сильных юридических доводов. То, что Самнер Редстоун, имея опыт работы юридическим консультантом, хорошо разбирался в антитрестовском законодательстве, несомненно, укрепило его в уверенности, что он выиграет рискованную стратегическую тяжбу со своим крупнейшим клиентом. Победа компании Smithfield в тяжбе со сторонниками Роберта Кеннеди (защитниками окружающей среды, мелкими фермерами и адвокатами) также объясняется главным образом юридической обоснованностью того, что законодательство о мошенничестве не имеет отношения к спорам о чистоте воды.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Попытки компании Microsoft урегулировать коллективный иск в деле Windows потерпели неудачу, так как им не хватало общественной поддержки. Когда компания Apple Computer указала на отрицательные рыночные последствия предложенного Гейтсом варианта урегулирования, СМИ заговорили о том, что «социально ответственный» вариант урегулирования на самом деле является попыткой прибрать к рукам значительный сегмент рынка (поставки ПК и ПО для школ). У судьи не оставалось иного выбора, кроме принятия решения о том, что предложенный вариант урегулирования несовместим с постановлением по делу о нарушении антимонопольного законодательства, которого добились правительство.

Фактор 3: стратегическая позиция

Стратегическая позиция компании Alcon Surgical как «старой» компании, имеющей патент на медицинское оборудование на рынке лазерной хирургии глаза давала ей значительное преимущество в патентном споре с компанией Surgin Армандо Мааскампа. Благодаря постановлению, запрещающему компании Surgin продавать конкурирующую продукцию, фирма Alcon смогла удерживать своих покупателей и вести «войну на истощение» с целью уничтожить нового участника рынка.

Фактор 4: финансовые ресурсы

Менее крупные компании, располагающие более скромными финансовыми ресурсами, могут столкнуться с трудностями в случае затяжной, дорогостоящей тяжбы с

более богатыми конкурентами. Как было показано выше, компания Surgin стала жертвой такой ситуации. Но Билл Гейтс избежал этой ловушки, когда они с Полом Алленом основали компанию Microsoft, так как в его контракте с первым клиентом — компанией MITS — содержалась статья об арбитраже. Она позволила Гейтсу быстро закончить судьбоносное для компании дело, вернув себе контроль над BASIC за каких-то три недели в период, когда компания Microsoft страдала от нехватки денежных средств. Точно так же Мааскамп преодолел подобное затруднение в ходе второго дела против страховой компании, несмотря на опустошительные расходы в связи с делом Alcon, потому что сумел договориться о выплате гонорара адвокатам после выигрыша дела.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Рассмотрение дела в суде «родного» города может стать важным преимуществом в стратегической тяжбе. Тед Тернер едва не проиграл дело CNN еще до его начала, когда компания RCA отказалась выполнить соглашение о трансляции передач CNN с резервного спутника. Местный судья в Джорджии исправил положение, приняв решение против «чужака» — компании RCA. Стороны не только всячески стремятся передать дело в «родной» суд, но также пытаются манипулировать судебными нормами, добиваясь слушания дела «нужным» судьей. Попытка компании BellSouth добиться отвода судьи Клемону при рассмотрении трудового конфликта в Бирмингеме за счет привлечения в качестве адвоката племянника Клемона — это далеко не единственный случай.

* * *

Более ста лет назад премьер-министр Франции Жорж Клемансо сказал: «Война слишком серьезное дело, чтобы его можно было доверить генералам». То же самое можно сказать и о законе: это слишком важное дело для того, чтобы его можно было доверить юристам. Опытные руководители бизнеса сами принимают ключевые юридические решения на каждой стадии судебного разбирательства.

Этой главой заканчивается первая часть книги. Зная, как работают правовые институты, можно начать изнурительную работу по реализации корпоративной стратегии. «Войны брендов» и «баталии инноваций», которые будут рассмотрены в следующих главах, показывают, как можно использовать различные юридические инструменты в процессе стратегического планирования. Наглядные примеры и поучительные истории, представленные во второй части книги, подробно описывают тысячи способов, которые мудрые стратеги используют в качестве правовых инструментов достижения конкурентных целей. Если ваша компания столкнется с какой-либо из таких стратегических проблем, приведенные в последующих главах примеры послужат богатым источником сравнений, новых идей и опыта, касающихся того, что могут предпринимать конкуренты, когда вы угрожаете их рынку.

- [1] См. William J. Baumol. *The Free Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2002), pp. 75–77. Как пишет Баумол, в XIX веке период между появлением нового продукта на рынке и выходом на этот рынок достаточного для развития конкуренции количества производителей составлял в среднем 32,7 лет. К концу XX века этот период сократился в 10 раз — до 3,4 лет.
- [2] Согласно правительственным отчетам, в США для разрешения судом присяжных спора, связанного с контрактными отношениями, требуется в среднем 660 дней. National Center for State Courts, *Examining the Work of State Courts*, 2001.

Часть II

Использование правил



ПЯТЬ РЫНОЧНЫХ СИЛ

конкурентная юридическая стратегия

Я понимаю, что так друзей не приобретешь.

Энди Гроув, руководитель компании Intel (о стратегии своей фирмы в области судебных исков по поводу нарушения патентов о законодательства)

В первой части книги были рассмотрены институты, которые разрабатывают и применяют правовые нормы. Но для реализации юридической конкурентной стратегии необходимо нечто большее, чем просто правовые знания. Она требует умения анализировать проблемы, с которыми сталкивается бизнес, и находить различные варианты их решения — от судебной тяжбы до лоббирования.

В настоящей главе описываются основные подходы, использованные во второй части книги, позволяющие «перекинуть мост» от проблемы к ее решению. Мы начнем с рассмотрения реального кризиса в бизнесе, который навсегда изменил отношение руководителей компаний, работающих в области высоких технологий, к юридической и конкурентной стратегии.

В 1985 году рынок кристаллических плат памяти для мейнфреймов (так называемых динамических ОЗУ — DRAM) практически рухнул. В 1960-е и 1970-е

годы эти чипы были последним словом техники. Но в 1980-е годы фирмы стали «втискивать» в каждый чип все больше памяти, а мировые производственные мощности быстро росли. Дешевые японские и корейские чипы наводнили рынок США, что привело к снижению цен, в результате чего американские компании стали терпеть серьезные убытки. То, что некогда было высокоприбыльным, специализированным продуктом, превратилось в почти убыточный товар.

По всей Америке руководители компаний и советы директоров ночи напролет просиживали в залах заседаний, пытаясь решить, продолжать ли борьбу или отказаться от убыточного продукта. Как позднее говорил Энди Гроув из компании Intel, это был критический момент для руководства — «стратегический поворотный пункт» в области производства чипов памяти. Стратегические решения четырех главных участников рынка: компаний Intel, Micron Technology, Texas Instruments и Mostek Corporation — должны были определить будущее производство микрочипов в США.

Гордон Мур и Энди Гроув — исполнительный директор и президент компании Intel — сидели в кабинете Мура в Силиконовой долине в Калифорнии, вновь и вновь перебирая варианты действий Intel. Эта компания была ведущим производителем плат памяти и вложила в заводские мощности и исследования миллиарды долларов. Мур открыл знаменитый закон, названный его именем: закон об удвоении количества транзисторов в чипе в каждые два года. Годом раньше, в 1984-м журнал Fortune назвал Гроува одним из самых «крутых боссов» Америки. Историк Х. В. Брандс рассказывает о том, что происходило дальше.

«Гроув выглянул в окно и посмотрел на „чертово колесо“ в развлекательном комплексе „Грейт Америкэн“, расположенном через дорогу, и, возможно, подумал о том, что его компания крутится столь же бессмысленно. Он повернулся к Муру и спросил:

— Если нас вышвырнут и совет директоров назначит нового исполнительного директора, что, по-вашему, он сделает?»

Он сделал так, чтобы о нас поскорее забыли, — ответил Мур.

Гроув на минуту задумался, потом сказал:

«Почему бы нам обоим не выйти за дверь, а потом не вернуться и не сделать все самим?»

Компания Intel именно так и поступила. Она ушла с рынка чипов памяти и сосредоточилась исключительно на микропроцессорах — новых чипах для пользы которых возник огромный спрос персональных компьютеров, производимых компанией IBM и ее «клонами». Конкуренты — компании Motorola и National Semiconductor быстро последовали примеру Intel.

На западной стороне в Буази (штат Айдахо), руководители компании Micron Technology, анализируя уже самую конкурентную ситуацию, пришли к совершенно другому решению. Фирма Micron, работавшая исключительно с американскими клиентами, решила не сдаваться. Поскольку о дальнейшем снижении цен микрочипов Micron прибегла к старому испытанному методу борьбы с

дешевым импортом: еще в XIX веке Джозеф Уортон для спасения сталелитейной промышленности использовал вариант этого метода — протекционистские таможенные пошлины.

Проконсультировавшись с руководителями торговых ведомств администрации Рейгана, компания Micron наняла вашингтонских адвокатов и подала «антидемпинговую» жалобу в министерство торговли. Компания Micron утверждала, что японские и корейские фирмы продают чипы на рынке США себе в убыток, стремясь вытеснить с рынка компанию Micron и целиком сохранить его за собой. Рассмотрение антидемпинговых жалоб — сложная многоступенчатая правовая процедура, которая может закончиться принятием штрафных санкций, повышающих цены на «демпинговые» товары до уровня, обеспечивающего отечественным производителям долю на рынке. Компания Micron также лоббировала принятие соответствующих решений в администрации Рейгана, и правительство США вскоре подало собственную жалобу на японских и корейских производителей чипов.

Тем временем на юге, в Далласе, руководители компании Texas Instruments (TI) предпочли третий вариант выхода из кризиса. Штатный юрист компании Мелвин Шарп инспирировал атаку компании TI на азиатских «захватчиков» с помощью патентных исков. Имея инженерное образование и четырехлетний опыт работы экспертом по патентным делам в бюро по патентам и торговым знакам США, Шарп ждал чего-то подобного этому кризису, чтобы использовать для решения проблем компании юридическую стратегию.

Компания TI была пионером в области производства чипов и владела некоторыми из первых патентов на базовую интегральную схему и микропроцессор. Впоследствии Шарп так описывал процесс принятия решения компанией: «В течение полугода мы каждую неделю, а иногда и каждый день обсуждали возможные варианты решения этой проблемы. Было ясно одно: мы владели интеллектуальной собственностью в этой области и создали этот рынок, а теперь нас с него вытесняют. <...> Мы решили, что это просто несправедливо. <...> Настало время использовать наши патенты, чтобы защитить созданный нами рынок».

Отношение к патентам компании TI (как и большинства других компаний того времени, работающих в области высоких технологий) кардинально изменилось. «Дело в том, — объясняет Шарп, — что в 1985 году патенты воспринимались как средство достижения компромиссных торговых соглашений о беспрепятственном использовании чужой интеллектуальной собственности, поэтому их использовали только для так называемого бартерного „перекрестного лицензирования“». Иными словами, в эпоху быстрого развития технологии компании использовали патенты не в качестве оружия для борьбы с нарушителями патентного законодательства, а в качестве обменного «козыря» для получения доступа к нововведениям других фирм.

На заседаниях, посвященных стратегическому планированию, руководители компании TI выработали принципиально новый подход. Они решили превратить интеллектуальную собственность в источник конкурентных преимуществ. Это пред-

полагало преобразование базовой модели получения прибыли: компания должна была получать основную прибыль не от продажи чипов (которые в новых конкурентных условиях приносили одни убытки), а от роялти, то есть от предоставления другим компаниям лицензий на производство чипов. Таким образом, компания TI намеревалась установить судебно-лицензионный барьер при входе на американский рынок запоминающих устройств. Стратегическая цель состояла не в том, чтобы закрыть конкурентам доступ на рынок, как это пыталась сделать компания Micron, а, скорее, в том, чтобы взимать с конкурентов высокую плату за вход на рынок.

Стратегическая команда компании TI поставила перед Шарпом задачу превратить патентный портфель в законный источник прибыли. Шарп быстро сформировал команду адвокатов—специалистов по технологическим спорам и инженеров. В течение многих месяцев команда изучала все патенты TI на чипы памяти и тщательно исследовала каждый чип DRAM из Японии и Кореи, пытаясь выявить в их сложной архитектуре элементы, свидетельствующие о нарушении патентных прав компании TI.

В начале 1986 года, после того как была завершена подготовительная работа, компания оказалась перед необходимостью принятия нового решения. Что следует делать в первую очередь: судиться или договариваться? Стратегическая команда рассудила, что азиатские фирмы, скорее всего, используют свои корпоративные бюрократические структуры, чтобы превратить переговоры в бесконечный процесс, который не приведет ни к какому результату. Поэтому компания решила занять активную позицию: решила сначала вчинить иск, а уж затем задавать вопросы. «Нормальный джентльменский подход [к судебной тяжбе] предполагает „вызов на дуэль“, уведомление другой стороне и последующее проведение переговоров о предлагаемых новых условиях компромисса, — пишет Шарп. — Но мы поступили не так. Мы сразу же вчинили иск <...> и, должен сказать, это произвело сильное впечатление».

Компания TI инициировала судебное разбирательство по поводу нарушения японскими и корейскими компаниями патентного законодательства. Кампания приняла беспрецедентные для отрасли масштабы. Шарп пишет, что «от Токио до Далласа все буквально онемело от изумления». Компания TI одновременно подала иски на девять компаний: Hitachi, NEC, Mitsubishi, Matsushita, Oki, Fujitsu, Toshiba, Sharp и Samsung. Дела были возбуждены в двух различных инстанциях: федеральном окружном суде в Далласе (родном городе компании TI) и международной торговой комиссии США (МТК) в Вашингтоне (округ Колумбия). В юрисдикцию федерального окружного суда в Далласе входили вопросы, касающиеся возмещения ущерба от нарушений патентного права, которые имели место в прошлом. В обязанности МТК входило рассмотрение жалоб на импорт ввозящих в страну товары в нарушение патентного законодательства США и запрет и ограничение импорта таких товаров.

По мере того как по обоим делам шел своим чередом, переговорщики TI начали не только вести переговоры с ответчиками, но и с японскими органами госу-

дарственного регулирования и американскими послами в Японии и Корее. Юридическая атака такого масштаба неизбежно должна была иметь политические последствия, и компания TI хотела быть уверенной, что все осведомлены о ее мотивах и целях.

Когда первое потрясение прошло, ответчики начали понимать, что в стратегическом плане все они находятся в одной лодке. Компания TI требовала от всех ответчиков уплаты примерно одинаковых роялти, поэтому и снижение прибыли ожидалось примерно одинаковое для всех. Кроме того, иск в МТК мог привести к их полному вытеснению с рынка США, а для азиатских фирм такая перспектива была неприемлема, учитывая их озабоченность сохранением большого количества рабочих мест на отечественных заводах.

Постепенно они объединились для решения проблемы путем переговоров. Слушания по делам, которые были начаты в марте 1986 года, все еще продолжались, когда в ноябре того же года компания Sharp Electronics уладила дело миром и согласилась на выплату лицензионных платежей. Вскоре еще семь японских ответчиков также урегулировали спор, согласившись платить. Держалась только корейская фирма Samsung. Но и она была вынуждена пойти на компромисс, когда судья МТК подтвердил законность патентов TI на чипы 64К и 256К.

Кампания, развернутая TI, стала вехой в развитии юридической стратегии фирм, работающих в области высоких технологий. Журнал *Forbes* позднее подсчитал, что за время тяжбы, которая продолжалась более трех лет, компания TI использовала услуги 29 различных юридических фирм и почти 350 адвокатов. Однако лицензионные платежи, о получении которых договорилась компания, сторицей окупили ее расходы на юристов. За пять лет, в течение которых действовали соглашения с девятью компаниями, доходы за счет роялти составили около миллиарда долларов.

Кроме того, добившись таких успехов, TI направила свои орудия на новые цели — американские и европейские фирмы, разрабатывавшие свои чипы с использованием запатентованных TI моделей. «Раз уж мы собирались „достать“ японцев и корейцев, — говорил Шарп, — нам следовало сделать то же самое с американцами и европейцами». К 1992 году патентный портфель принес компании больше дохода (\$391 млн), чем все прочие операции вместе взятые.

Через некоторое время и другие компании, владеющие патентами, но страдающие от нехватки финансовых ресурсов, стали смотреть на свои патентные отделы по-новому. Еще одна тexasская фирма по производству чипов — Mostek в 1986 году оказалась на грани банкротства и была продана французской электронной компании всего за \$71 млн. После продажи из 10 тыс. работников в фирме остались только 1700 человек.

Но тут в истории Mostek произошло знаменательное событие: в нее пришел ветеран команды TI по разработке юридической стратегии Дик Робинсон. Он сформировал собственную группу лицензирования, которая вышла на мировой рынок, чтобы приобрести новые патенты на чипы, которые должны были «под-

держат» те патенты, которыми фирма уже владела. Затем она начала переговоры с производителями чипов о сроке действия патентов с целью заключения контрактов, которые были усовершенствованным вариантом пятилетних соглашений TI. Стратегия сработала. Компания Mostek, которая еще совсем недавно была «при смерти», в течение семи следующих лет получила за счет лицензионных платежей более \$450 млн.

К 1993 году даже «сама» компания Intel (исполнительным директором которой был назначен Энди Гроув) усвоила воинственный юридический стиль TI и стала одним из самых агрессивных «сутяг» в отрасли. Но, в отличие от TI и Mostek, эта компания решила возглавить рынок микропроцессоров, а не лицензировать их. Пожиная плоды каждой последующей стадии эволюции персональных компьютеров — от чипа 8086 до Pentium, Гроув смело ориентировал огромную юридическую команду Intel на использование авторских прав, коммерческой тайны и патентного законодательства для того, чтобы максимально увеличить отрыв от конкурентов на кривой обучения. По некоторым оценкам, расходы компании на судебные процессы составили не менее \$100 млн.

Сам Гроув охарактеризовал ситуацию следующим образом: «Мы обратились в суд, чтобы защитить нашу интеллектуальную собственность от конкурентов, которые хотели использовать ее в своих интересах. Я понимаю, что таким способом друзей не приобретешь».

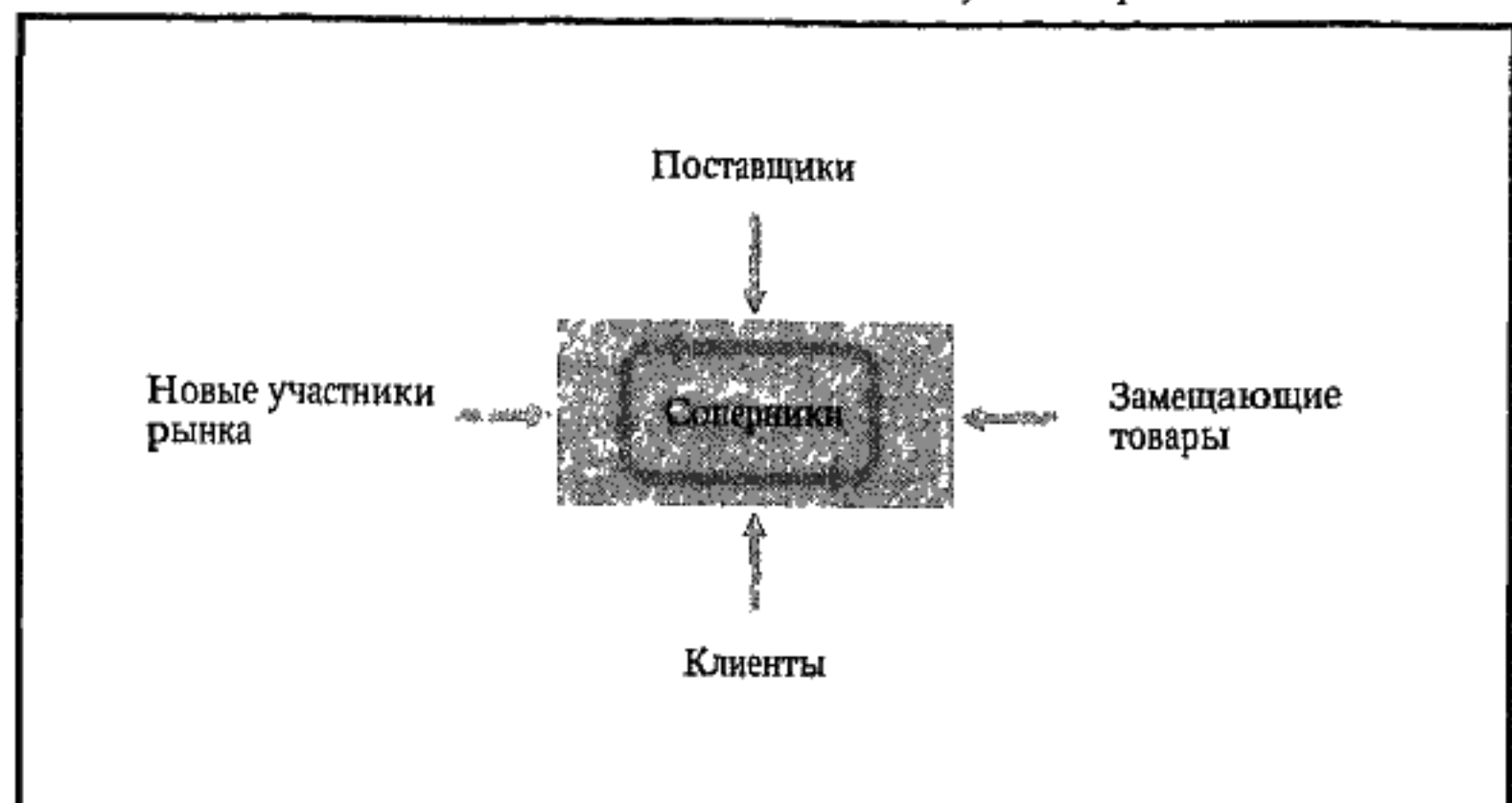
Стратегическая модель Майкла Портера: пять рыночных сил

Рассказ о кризисе 1985 года на рынке чипов памяти показывает, что стратегический деловой подход к юридическим решениям открывает огромные возможности. Не существует единого правового или делового варианта решения проблемы, который подходит для всех компаний отрасли. Поэтому каждая фирма выбрала свое решение, основанное на ее уникальных возможностях и позиции на рынке.

Для того чтобы лучше понять эти различные стратегические подходы, можно использовать концепцию стратегической модели, разработанную одним из наиболее влиятельных современных теоретиков бизнеса — профессором Майклом Портером из Гарвардской школы бизнеса. В своей классической книге «Конкурентная стратегия: Методика анализа отраслей и конкурентов» (Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors) Портер предлагает четкую, легко воспринимаемую модель действия различных сил, с которыми сталкиваются руководители бизнеса в любой отрасли. Мы будем ссылаться на модель пяти рыночных сил Портера и далее. Эта модель определяет структуру изложения материала в главах 6–9.

Модель Портера включает пять конкурентных сил, ограничивающих возможности получения прибыли фирмой. На рисунке 3 представлен один из вариантов этой модели

Рисунок 3. Силы, ограничивающих возможности получения прибыли



Источник: Michael Porter, *Competitive Strategy* (1980)

Во-первых, в центре модели находятся *соперники* — компании отрасли, которые борются за долю на рынке, причем каждая фирма стремится превзойти другие за счет более высокого качества и более низких цен. Чем больше количество конкурирующих фирм, тем труднее каждой из них добиться прибыли выше средней по отрасли. В главе 6 рассматриваются юридические стратегии, используемые в борьбе с конкурентами, причем особый упор делается на «войны брендов» и «ценовые войны», характерные для высококонкурентных рынков.

Вторая конкурентная сила (в левой части рисунка) — это *новые участники рынка*, которые могут проникнуть в отрасль и наводнить рынок «старыми» продуктами. Чем крупнее и мощнее новые потенциальные участники рынка, тем более сильное давление они оказывают на «старые» компании отрасли. Глава 7 посвящена юридическим шагам, которые фирмы используют для того, чтобы заблокировать выход на рынок новых компаний. В битвах между «старыми» и «новыми» участниками рынка важную роль играет законодательство, определяющее границы рынка и защищающее действующие на рынке компании.

Третья сила — это фирмы-поставщики потенциальных *замещающих товаров* (в правой части рисунка), на которые могут «переключиться» клиенты. Это заставляет «старые» фирмы снижать цены для сохранения покупателей. В отличие от потенциальных новых участников рынка, которые предлагают те же товары, что и действующие фирмы, производители замещающих товаров — это инициаторы нововведений, предлагающие новые решения для удовлетворения существующих потребностей потребителей. Молочная промышленность США на протяжении 90 лет вела юридическую войну против производителей семян хлопка и скотоводов, чтобы прекратить поставки маргарина в качестве товара.

замещающего сливочное масло. В главе 8 рассматриваются угрозы, создаваемые инновациями, а также соответствующие стратегии, опирающиеся на использование патентов и стандартов.

Наконец, четвертая и пятая конкурентные силы — это поставщики и клиенты (в верхней и нижней части рисунка), которые также покушаются на прибыль фирмы. В отношениях с ними решающую роль играет рыночная власть и контракты. Если поставки важнейшего для вашего производства компонента контролируют всего несколько фирм, это ставит вас в невыгодное положение и угрожает вашей прибыли. Такая же проблема возникает, если покупатели имеют возможность отказаться от ваших продуктов в пользу продуктов конкурентов. Глава 9 посвящена юридическим шагам, которые вы можете предпринять (прежде всего это касается контрактов и создания коалиций) для того, чтобы получить возможность влияния на поставщиков и покупателей.

Модель пяти рыночных сил Майкла Портера позволяет рассматривать юридические и неюридические стратегические ходы как полностью взаимозаменяемые. Возьмем пример с производством чипов. С точки зрения модели Портера, отрасли по производству чипов угрожали новые участники рынка — японские и корейские фирмы. Компания Intel выбрала неюридический ответ, заставив рынок переориентироваться на микропроцессоры. С точки зрения бизнеса это был нелегкий шаг, потому что он означал отказ от производства продукта, которому компания Intel обязана значительной частью своего успеха. Но кристаллические платы памяти перестали быть новым товаром, и компания Intel решила сосредоточиться на производстве другого перспективного продукта — процессоров для персональных компьютеров. Этот шаг оказался возможным, потому что мудрая компания Intel заранее обеспечила себе технологическое превосходство в этой области: она уже была ведущим производителем микропроцессоров.

Компания Micron была менее диверсифицированной компанией, чем Intel, поэтому ее выбор альтернативных конкурентных шагов был не так широк. Она решила использовать закон, чтобы создать барьеры для выхода на рынок новых компаний, обращаясь в соответствующие государственные органы с просьбой ввести протекционистские таможенные пошлины. Ее частное антидемпинговое дело впоследствии дополненное иском правительства США, было рассчитано на то, чтобы поднять затраты азиатских фирм до такого уровня, который не позволял бы им снижать прибыли Micron. Стратегическая позиция этой компании была особенно благоприятна для такого юридического шага, поскольку она работала исключительно с американскими клиентами. Она не развивала с азиатскими фирмами отношений, которые были бы поставлены под угрозу в случае создания барьеров для их выхода на рынок.

Компания II в качестве ответа также использовала юридические инструменты, но ее целью было не создание барьеров для выхода на рынок новых компаний, а вытеснение этих «вторичных плат». Короче говоря, она использовала свой юридичес-

кий потенциал, чтобы изменить собственную рыночную позицию, отказавшись от роли «соперника» (в центре рисунка) и взяв на себя роль «поставщика» (верхняя часть рисунка) лицензий на использование патентов японскими и корейскими фирмами. Занятая ею твердая юридическая позиция была необходима для убеждения потенциальных покупателей в том, что они нуждаются в продукции TI.

Прелесть владения патентами на базовые элементы широко применяемой технологии состоит в том, что владелец патента не сталкивается с прямой конкуренцией. Он контролирует общие для всех отраслевые стандарты. Впоследствии компания TI начала использовать свою юридическую стратегию против компаний-соотечественников, окончательно отказавшись от роли незадачливого конкурента на рынке кристаллических плат памяти и став единственным поставщиком важнейшего компонента в отрасли.

Пять факторов успеха юридической стратегии в «войне чипов памяти»

Во второй части книги, так же как и в первой, мы будем постоянно возвращаться к пяти факторам успеха юридической стратегии. То, что они сохраняют свою значимость, подтверждает пример с кристаллическими платами памяти.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Стратегия компании TI в конечном счете опиралась на законную силу ее патентов. В то время как большинство азиатских фирм уладили дело миром, не дожидаясь решения суда, компания Samsung продолжала тяжбу, подвергнув проверке патенты TI. Когда MTK подтвердила законность двух патентов TI на чипы, компания Samsung сдалась. Остальные фирмы, работающие на рынке кристаллических плат памяти, также быстро сдались, и компания TI стала получать сотни миллионов долларов.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Американские производители чипов воспользовались тем, что новыми участниками рынка были иностранные компании. Их проникновение на рынки США угрожало сокращением количества рабочих мест внутри страны. Симпатии общественности позволили американским производителям чипов памяти успешно лоббировать в пользу государственной поддержки отрасли.

Фактор 3: стратегическая позиция

У компаний TI и Micron не было действующих контрактов с азиатскими конкурентами о покупке или продаже чипов. Это означало, что они могли использовать против них юридическую стратегию, не опасаясь санкций за нарушение контрактных обязательств.

Фактор 4: финансовые ресурсы

«Судебно-лицензионная» стратегия компании TI требовала значительных финансовых ресурсов. Менее крупная или начинающая компания не могла бы потратить \$10 млн на судебные издержки для подтверждения законной силы своих патентов. Несомненно, именно огромные расходы на юридическую стратегию заставили азиатские фирмы урегулировать спор в пользу TI до принятия окончательного решения суда.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Эффективное лоббирование со стороны отраслевых ассоциаций и доступ к высокопоставленным лицам в Белом доме при Рейгане позволили убедить правительство США инициировать «антидемпинговые» дела против азиатских производителей чипов. Когда происходили описанные события, конкурентоспособность американской промышленности была важнейшим вопросом политики, а надежды на устойчивый рост американской экономики возлагались прежде всего на сектор высоких технологий. Поэтому политики с готовностью откликнулись на призывы о помощи, которые раздавались из отечественных компаний по производству чипов, осаждаемых иностранными конкурентами. Наконец, не удивительно, что TI подала иск о нарушении патентного законодательства именно в «родной» суд — федеральный суд в штате Техас.

* * *

Используя модель пяти рыночных сил Майкла Портера, мы можем приступить к подробному рассмотрению конкурентной борьбы с использованием юридической стратегии — от «войн брендов», «войн патентов» и «ценовых войн» до юридической тактики компаний, нацеленной на блокирование доступа конкурентов на рынок. Мы начнем с того же, что и большинство специалистов в области конкурентной стратегии, — с методов, используя которые, конкуренты в отрасли борются за долю на рынке. Многие юридические «баталии» между утвердившимися на рынке соперниками представляют собой мелкие выпады и ответные «колкости», чем больше напоминают перебранку между соседями. Но иногда доминирующая на рынке компания пытается с помощью юридических ходов полностью вытеснить конкурентов с рынка. В таких случаях судьба компании зависит от умения ее руководства использовать встречную юридическую стратегию.



борьба с конкурентами

«войны брендов» и «ценовые войны»

Окончательных поражений не бывает. <...> Тем не менее, наши войны — это самые настоящие войны. На кон поставлены десятки миллиардов долларов, а также доли на рынке и наша гордость.

Роджер А. Энрико, руководитель компании PepsiCo

Самые жаркие, продолжительные и серьезные баталии в мире бизнеса разгораются между конкурентами, работающими на одном рынке. Часто конкуренция «живет» своей собственной жизнью, вызывая «ценовые войны», рыночные конфликты и использование компаниями самых грубых методов борьбы. Когда это случается, каждая сторона применяет для защиты все имеющиеся в ее распоряжении юридические инструменты.

Интересно отметить, что, как показывают результаты моих исследований, если на рынке доминируют две-три компании, вероятность выработки юридических стратегий столь же высока, сколь и при наличии на рынке сотен фирм. А компании, работающие в нерегулируемых отраслях, таких как производство безалкогольных напитков и детского питания, столь же склонны прибегать к судебным стратегиям, сколь и компании, работающие в регулируемых отраслях, таких как фармацевтическая промышленность.

Рассмотрим случай с компаниями *Coca-Cola* и *PepsiCo*. Эти два гиганта по производству газированных напитков из года в год, изо дня в день борются между собой почти в каждой стране мира. Они используют такие виды «оружия», как цены, рекламу, расположение магазинов, упаковку и, что для нас важнее всего, законодательство. За годы исследований, предшествовавших написанию этой книги, я собрал буквально сотни томов дел, относящихся к юридическим конфликтам между различными корпорациями. Одни тома были тонкими, другие — толстыми, но ни один из них не был толще тома, в котором были собраны материалы по делу «*Coke* против *Pepsi*».

Стычки между двумя гигантами в отрасли безалкогольных напитков включают и предпринятое в 1938 году масштабное наступление компании *Coca-Cola* на *PepsiCo* с целью лишить последнюю права использовать слово «кола» в названиях своих напитков (подробнее об этом будет рассказано далее), и иск о нарушении антимонопольного законодательства, поданный компанией *PepsiCo* на *Coca-Cola* в 1990-е годы в связи с тем, что контракты *Coca-Cola* с предприятиями быстрого обслуживания и другими торговыми точками якобы лишают *PepsiCo* возможности вести честную конкурентную борьбу. Мексиканские и европейские антимонопольные органы недавно расследовали утверждения компании *PepsiCo* о том, что *Coca-Cola* монополизировала соответствующие рынки газированных напитков с помощью эксклюзивных соглашений.

Между тем, в начале 2000-х годов индийская полиция, действуя по наводке *PepsiCo*, совершила рейды на три предприятия компании *Coca-Cola* в Хайдарабаде и обнаружила тысячи многоразовых стеклянных бутылок из-под *Pepsi*. Компания *PepsiCo* утверждала, что *Coca-Cola* собирала пустую тару из-под *Pepsi*, чтобы помешать *PepsiCo* сбывать свою продукцию. *Coca-Cola* отреагировала на это обвинение собственной жалобой в полицию, доказывая, что *PepsiCo* уже уничтожила миллионы пустых бутылок из-под *Coke*.

В «войне» *Coke* против *Pepsi* под перекрестный огонь иногда попадают ни в чем не повинные компании. Однажды компания *PepsiCo* подала иск на нью-йоркское рекламное агентство *Foot Cone & Belding Worldwide*, из-за того что оно заключило стомиллионный контракт на рекламу двух напитков *Coca-Cola*: бутилированную воду *Dasiani* и *Powerade*. Компания *PepsiCo* только что отказалась от услуг этого агентства для рекламы своих конкурирующих брендов *Aquafina* и *Gatorade*, и не хотела, чтобы конфиденциальная информация о ее маркетинговых планах стала известна главному конкуренту. Дело было улажено, лишь когда рекламное агентство согласилось не поручать рекламу продукции *Coca-Cola* менеджерам по работе с VIP-клиентами, которые ранее рекламировали напитки *PepsiCo*. Тогда *Coca-Cola* отказалась от услуг этого агентства, заключив контракт на рекламу названных брендов с другим агентством, так что *Foot Cone & Belding Worldwide* осталось без клиента и с кучей неоплаченных счетов. Такова судьба фирм, пытающихся «служить двум господам» в «войне» *Coke* против *Pepsi*.

Иногда соперничеством между Coke и Pepsi объясняются даже судебные разбирательства, не имеющие к этим компаниям никакого отношения. Крупнейший производитель потребительских товаров — компания Procter & Gamble (P&G) в 2002 году предъявила иск Coca-Cola, утверждая, что обогащенный кальцием апельсиновый сок Minute Maid производится в нарушение запатентованных прав P&G на процесс обогащения кальцием апельсиновых напитков. Представитель P&G доказывал, что дело возбуждено исключительно «по принципиальным соображениям <...> для защиты интеллектуальной собственности компании». Обозреватели долго ломали голову над демаршем P&G. Как заметил один аналитик, «с точки зрения бизнеса этот шаг вызывает удивление: ведущий мировой производитель потребительских товаров судится с крупнейшим мировым производителем безалкогольных напитков из-за кальция».

Но если копнуть глубже, все становится понятным: компания PepsiCo владеет эксклюзивной лицензией на использование запатентованного процесса P&G и продает обогащенный кальцием апельсиновый напиток под торговой маркой Tropicana. Оказывается, этот иск был просто одной из стычек в «войне» вокруг надписи «кола», на этот раз в сегменте апельсиновых соков.

Набор юридических инструментов, используемых в противостоянии компании Coca-Cola и PepsiCo, чрезвычайно широк. Вообще говоря, существует шесть основных юридических стратегий, используемых компаниями в борьбе с конкурентами: «войны брендов», защита цен, защита продукта, «закрепление» клиентов при помощи контрактов, увеличение доли на рынке за счет слияний и стычки на почве нечестной конкуренции. Мы поочередно рассмотрим каждую из них. Если ваша компания работает на высококонкурентном рынке, проанализируйте описанные ниже разумные ответы на наиболее вероятные юридические ходы, которых можно ожидать от конкурентов.

Споры о словах: «войны брендов»

Создание и защита всемирно признанных брендов обеспечивает решающее преимущество в отраслях, производящих недифференцированные продукты, такие как безалкогольные напитки, компьютеры и сникерсы. Я убедился в могуществе брендов несколько лет назад, когда ознакомился с результатами общенационального исследования, согласно которым американцы в возрасте от 50 до 64 лет при покупке товара больше всего полагались на знаменитую Бетти Крокер. Конечно, мисс Крокер — это не человек, а рекламный образ готовой миски для тортов.

В «войне брендов» ставки очень высоки. Журнал Business Week ежегодно проводит исследование сотни самых известных мировых брендов. В 2002 году рыночная стоимость трех крупнейших мировых брендов составила \$69,6 млрд — Microsoft — \$41 млрд, IBM — \$51,2 млрд. Бренд PepsiCo оказался на 45 месте — \$6,4 млрд.

Бренды создаются с помощью рекламы, которая, в свою очередь, базируется на законодательстве о товарных знаках. Поэтому знание того, как работают товарные знаки, имеет большое значение для стратегии борьбы с конкурентами.

Когда я был практикующим юристом в Бостоне, моя фирма представляла интересы Джулии Чайлд — дамы, которая была известным шеф-поваром, автором поваренных книг и телеведущей. Она снабжала работавших с ней юристов не только вкуснейшими блюдами, но и интересными материалами о спорах вокруг товарных знаков.

Например, однажды, придя в офис, я увидел, что столовая уставлена коробками с большими куклами, похожими на нашу жизнерадостную клиентку. Куклы даже держали в руках маленькие половники. Один из сотрудников нашей фирмы купил этих кукол в киоске в аэропорту на западном побережье. Вернувшись на работу, он поинтересовался, имеет ли какая-либо компания лицензию на производство кукол, похожих на Джулию Чайлд. Оказалось, что ни одна фирма не имеет такой лицензии, и юридическая машина заработала, чтобы прекратить производство кукол.

Наша фирма стала угрожать судебным иском. Другая сторона быстро капитулировала. Куклы, заполнившие нашу столовую, были последними.

Дело Джулии Чайлд было вполне обычным, но оно имело стратегический характер. Ваш бренд (или, в данном случае, публичный имидж вашего клиента) — это витрина, которая демонстрирует всему миру уникальные отличительные признаки вашей продукции. Жизнерадостное выражение лица и весь облик Чайлд были ключевыми элементами маркетинга всех ее продуктов. Безнаказанное самостоятельное использование ее образа могло натолкнуть хорошо организованных недобросовестных художников на мысль, что этот образ стал общественным достоянием, подобно образу Санта-Клауса. Как говорят те, кто работает с товарными знаками, «чтобы не потерять товарный знак, его нужно защищать».

Прежде чем перейти к методам защиты бренда, следует кратко остановиться на соответствующем законодательстве. Любые специальные знаки, слова, буквы, цифры и рисунки (или их сочетание), позволяющие идентифицировать продаваемые на рынке товары или услуги, можно считать товарным знаком. Особый дизайн (например, характерные элементы оформления ресторана или узор на ткани) также могут служить объектом защиты (в таких случаях говорят об «оформлении товара»).

Закон предусматривает три способа использования слов в качестве товарных знаков. Наиболее сильное воздействие имеют произвольно созданные, вымышленные слова типа Kodak или Exxon. Далее следуют «красивые» слова, вызывающие определенные ассоциации. Например, название крема для загара Coppertone (буквально «цвета меди») вызывает ассоциации с красивым «золотистым» загаром, а название операционной системы Windows («окна») указывает на особенности интерфейса этой операционной системы, то есть на «иконки» на рабочем столе ПК. Обе эти разновидности товарных знаков (произвольные

слова и слова, указывающие на особенность продукта) относительно легко зарегистрировать (при условии, что они не напоминают уже имеющиеся названия схожих продуктов).

Третью (самую слабую) форму «словесных товарных знаков» называют «описательным» знаком. Такой знак просто говорит об определенной характеристике продукта, например, его внешнем виде или создателе. Скажем, крекеры в виде маленьких зверюшек могут называться Animal Crackers (буквально «зверюшки-печенюшки»). Чтобы добиться правовой охраны описательного товарного знака, необходимо доказать, что он ассоциируется у покупателя именно с вашим товаром или услугой, то есть, как говорят юристы, что используемые вами слова получили «второе значение».

Однажды я улаживал спор между дядей и племянником, каждый из которых использовал фамилию семьи в качестве описательного знака для выпускаемых им продуктов питания. Мой клиент (дядя) выиграл дело, так как сумел доказать, что его товарный знак имеет «второе значение» и используется дольше. В начале 1900-х годов два брата из семьи Келлогов (Kellogg): Джон Харви и Уил Кейт — точно так же спорили, вправе ли Уил использовать фамилию семьи при продаже первого массового готового завтрака (кукурузных хлопьев). Братья уладили спор без суда, когда Уил согласился назвать свою фирму W. K. Kellogg Company. Впоследствии он добился славы и богатства.

Общие понятия, обозначающие целые группы товаров, например «автомобиль» и «мыло», вообще нельзя использовать в качестве товарных знаков. А когда товарный знак получает столь широкое распространение, что он утрачивает отличительную связь с определенным товаром, он превращается в общее понятие. Слово «керосин», бывшее когда-то товарным знаком («Кер и сын»), вошло в широкое обиход и лишилось защиты. Товарный знак портативных музыкальных проигрывателей Walkman компании Sony недавно перестал быть объектом правовой защиты в Австрии, когда суд решил, что этот термин превратился в родовое название «портативных плееров».

Чтобы обеспечить всеобъемлющую защиту товарного знака, вы должны зарегистрировать его в бюро по патентам и товарным знакам США или соответствующем органе любой страны, в которой вы хотите его использовать. А тот, кто первым в стране регистрирует знак, обычно получает исключительное право использовать его на территории этой страны. Компания Nike — производитель спортивной обуви убедилась в этом на собственном опыте, когда обнаружила, что не может использовать собственный бренд в Испании, так как ранее другая фирма зарегистрировала в этой стране тот же товарный знак.

Следующим этапом нашего мы можем приступить к подробному рассмотрению некоторых из наиболее интересных сражений вокруг товарного знака, развернувшихся в последние годы. Попытки компании Coca-Cola отказать фирме PepsiCo в использовании слова «кола» в ее названии. Это сражение настолько глубоко затронуло умы потребителей обеих фирм, что я вынужден вернуться к истокам их

соперничества. Оно также представляет собой одно из первых обнаруженных мной документально подтвержденных дел в новейшей истории глобальных судебных разбирательств по поводу брендов.

Эта история началась в 1931 году, когда Чарльз Гут, владелец сети из двух сотен киосков по продаже газированной воды, прервал отношения с компанией Coca-Cola из-за разногласий по контракту. Гут хотел получить скидку за объем продаж, но Coca-Cola отказалась ее предоставить. Гут решил показать характер. Он использовал свою компанию (кондитерские магазины Loft) для приобретения контрольного пакета акции компании Pepsi, которая была на грани банкротства. Затем он решил закупать газированную воду для своих киосков у Pepsi. Как указано в протоколах суда в Делавэре, где слушалось дело о банкротстве Pepsi, «у компании практически не было активов, за исключением рецепта напитка и товарного знака». Гут заплатил за контрольный пакет Pepsi \$12 тыс., помудрил над формулой напитка, сделав его более похожим на кока-колу, и начал продавать «пепси» в своих магазинах по всей стране.

Этот дерзкий ход привлек внимание компании Coca-Cola. Компания направила шпионов в киоски Гута, чтобы собрать доказательства того, что покупателям, заказывающим кока-колу, продавали «пепси» — а это незаконная практика, именуемая подменой. Затем компания Coca-Cola подала иск на Pepsi, опираясь на документально подтвержденные случаи такой подмены. Она надеялась начать войну на истощение, в ходе которой судебные издержки погубили бы непрошеного конкурента.

Стратегия сработала. Компания Coca-Cola вынудила Гута израсходовать \$28 тыс. на судебные издержки, в то время как ежегодный объем продаж его компании составлял всего лишь \$100 тыс. В 1933 году Гут сдался, предложив мир и согласившись продать Pepsi компании Coca-Cola за \$50 тыс. (что примерно втрое превышало сумму, которую он заплатил за нее). Однако компания Coca-Cola неожиданно отвергла предложение, оставив Pepsi «тяжело раненной», но «живой». В главе 4 мы видели, что мировое соглашение — это одно из самых важных стратегических решений в процессе судебного разбирательства, и компания Coca-Cola упустила эту прекрасную возможность.

Отчаянно пытаясь сделать компанию Pepsi прибыльной и не имея другого выбора, Гут ухватился за идею продавать бутылку «пепси» весом 12 унций за ту же цену (5 центов), за которую продавалась бутылка кока-колы весом 6,5 унций. Сироп из кола-бобов, входящий в состав обоих напитков, был наименее значимой статьей затрат, поэтому Гут мог по-прежнему получать неплохую прибыль. Все это происходило в разгар Великой депрессии, и покупатели искали товары подешевле. Продажи Pepsi взмыли вверх, и к 1937 году Гут владел общенациональной сетью из 313 заводов по розливу безалкогольных напитков, связанных с Pepsi договорами франшизы, и пятью собственными заводами. Он начал выходить на мировой рынок, а его прибыль достигла \$3,2 млн. Вскоре Гут неожиданно лишился контрольного пакета в Pepsi в результате юридического конфликта с

партнерами по сети магазинов Loft, и руководство компании перешло к нанятому фирмой Loft Уолтеру Маку.

Компания Coca-Cola стала рассматривать Pepsi как серьезного соперника на рынке газированной воды и решила предпринять решительные юридические шаги. Изучив вопрос, генеральный юристконсульт Coca-Cola Джон Сибли в 1938 году принял решение направить главный удар в самое сердце бренда Pepsi, утверждая, что товарный знак Coca-Cola дает компании эксклюзивное право использовать для своих напитков слово «кола». Ранее компания Coca-Cola успешно судилась с фирмами, использовавшими для своих напитков различные варианты названия «кока-кола» или «кока». Было признано, что такие названия напитков как Koke, Koke-la и Soke-ola являются нарушением прав на товарный знак Coca-Cola. Хотя этот знак носит описательный характер и указывает на ингредиенты напитка — листья растения кока и кола-бобы, реклама Coca-Cola была настолько успешной, что компании не составило труда доказать, что широкое признание потребителем свидетельствует о наличии у товарного знака «второго значения» — а такие названия, как Soke-ola, явно рассчитаны на подрыв позиций Coca-Cola и «запугивание мозгов» потребителям. Однако торговый знак Pepsi-Cola был узаконен только в связи со вторым словом в его названии. Сибли возбудил иск против компании Pepsi во всех странах, где вели бизнес обе фирмы.

Его стратегия заключалась в том, чтобы атаковать Pepsi за границей, втянув ее в огромные расходы, связанные с юридическими баталиями, а на территории США расправиться с более слабыми соперниками, такими как Royal Crown Cola. Однако Pepsi взяла инициативу в свои руки, подав в Нью-Йорке иск на Coca-Cola в связи с использованием последней недобросовестных методов торговли. Coca-Cola подала встречный иск, указывая, что Pepsi не имела права использовать слово «кола» в названии. Битва за бренд началась.

В первые месяцы кампании стратегия Сибли срабатывала хорошо, и Coca-Cola выиграла первый процесс в Канаде. Однако вскоре успех перестал ей сопутствовать. Верховный суд Канады отменил решение суда низшей инстанции на том основании, что «кола» — это всего лишь название бобовой культуры, и его вообще нельзя использовать в качестве товарного знака. Компания Coca-Cola обратилась в апелляцию в Британский тайный совет (British Privy Council) в Лондоне.

Весной наступил 1940 год, в ходе судебного процесса в Нью-Йорке были обнаружены документы, указывающие на то, что Coca-Cola ранее запугивала мелких компаний, работающих на «ее» рынке, и вознаграждала конкурентов, пришедших к ней от знака Cola и покинувших рынок. Дело получило огласку, и компания была нанесен удар по самому чувствительному месту: по ее имиджу в глазах общественности.

Для отпора Coca-Cola всерьез задумалась об использовании стратегии мирных переговоров — урегулирования конфликта. На следующий день после появления в прессе информации о документах исполнительный директор компании Роберт Вудворд вместе с Уолтером Макем и компанией Pepsi в свои апартаменты в Уолдорф-

тауэр в Нью-Йорке. «Знаете, Уолтер, — сказал Вудрафф, — я все обдумал и решил, что судебное разбирательство никому не принесет пользы. <...> Не кажется ли вам, что нам следует договориться?»

Оба руководителя сразу же договорились о том, что компания Coca-Cola впредь не будет оспаривать товарный знак Pepsi в США. Между тем в 1942 году Британский тайный совет вынес решение против компании Coca-Cola, и обе компании подписали глобальное соглашение, согласно которому Coca-Cola обязалась не оспаривать использование слова «кола» ни в одной стране мира. Компания Pepsi превратила иск Coca-Cola в важную деловую и общественную победу. Тем временем, Coca-Cola перенесла акцент своей стратегии на слово «кока».

Любопытно, что спустя десятилетия после того, как компании Coca-Cola и Pepsi пришли к мировому соглашению об использовании слова «кола», компания Miller Brewing начала войну с конкурентами по пивоваренной отрасли в связи со столь же спорным вопросом об использовании в названии пива слова «легкое» (light). Компания Miller одной из первых начала выпускать легкое пиво под маркой Miller Lite и стремилась предотвратить выход на рынок таких фирм, как Anheuser-Busch и Schlitz с помощью ряда исков, поданных по поводу использования товарных знаков. Однако попытку Miller присвоить этот сегмент рынка постигла та же участь, что и компанию Coca-Cola со словом «кола». Суды решили, что «легкое» (пиво) — это общее понятие. Компания Miller имела на это слово не больше прав, чем на слово «пиво». Между тем противники Miller получили бесплатную рекламу своих конкурирующих товарных знаков стоимостью в миллионы долларов.

Урок, который можно извлечь из двух вышеописанных дел, очевиден: защищайте свой товарный знак, но не пытайтесь присвоить наименование товарной группы. Будьте осмотрительны, но не жадничайте.

В завершение этой части главы мы рассмотрим еще два примера «войны брендов». Они могут помочь вам определить ваш IQ (коэффициент умственного развития) применительно к юридической стратегии в области защиты брендов.

Дело 1: *Windows против Lindows*

Недавно компания Microsoft предъявила иск небольшой начинающей фирме — производителю программного обеспечения Lindows.com в связи с тем, что та продавала конкурирующую операционную систему под названием, очень похожим на товарный знак Windows. В свое оправдание Lindows заявляла, что компания Microsoft не вправе использовать в качестве товарного знака такое распространенное слово, как windows («окна»). Насколько разумна была юридическая стратегия компании Microsoft?

Я думаю, что она была разумна. Затеявая борьбу со скромным «новичком», компания Microsoft имела явное преимущество, связанное с наличием финансовых ресурсов и выгодной стратегической позиции. С точки зрения юридической обоснованности, слово windows («окна») — это, может быть, и общее понятие,

но, в отличие от слов «кола» или «легкое», оно используется в товарном знаке операционной системы, имеющем «указующий» или «суггестивный», а не описательный характер. Небольшие «иконки» и «окна» на дисплее компьютера — это не то же самое, что обычные окна. Это — пиктограммы, обозначающие названия программ. Указующие или суггестивные товарные знаки такого рода обычно являются объектом правовой защиты. Кроме того, компания Microsoft израсходовала на рекламу Windows более \$1,2 млрд. Этого достаточно, чтобы, услышав это слово, рядовой пользователь компьютера представил себе именно операционную систему Microsoft. Наконец, даже если компания Microsoft проигрывает дело на том основании, что потребители не путают Windows с Lindows, она докажет свои права на один из своих важнейших товарных знаков, а это необходимо сделать, чтобы сохранить его жизнеспособность. Дело «Windows против Lindows» — это типичный пример судебного разбирательства по поводу защиты товарного знака и бренда фирмы.

Дело 2: *Victoria против Victor*

Гигант в области производства дамского белья — компания Victoria's Secret обвинила в нарушении законодательства о товарных знаках небольшой магазин в торговом центре в Кентукки — Victor's Secret. Владелец магазина Виктор Мосли продавал видеофильмы для взрослых, товары сексуального характера и дамское белье. После предъявления иска Мосли предложил изменить название магазина на *Victor's Little Secret*. Но компания Victoria's Secret продолжала упорствовать, утверждая, что магазин Мосли в Кентукки может «подмочить» безупречную репутацию знаменитого бренда Victoria's Secret, что является нарушением федерального закона о подрыве товарных знаков 1995 года (Federal Trademark Dilution Act of 1995). Она настаивала на том, что для защиты ее интересов необходимо, чтобы название магазина Мосли было *полностью отличным* от ее названия, поскольку продажа продукции сексуального характера в магазине со сходным названием может бросить тень на имидж Victoria's Secret в результате возникновения у покупателей нежелательных ассоциаций. Компания посчитала это дело настолько важным, что довела его до верховного суда США.

Был ли этот шаг стратегически разумным или бессмысленным? Первый иск был оправдан, но продолжение судебного разбирательства с целью помешать подрыву бренда было неразумным. Бренд Victoria's Secret изначально имеет некоторый сексуальный оттенок. Утверждая, что Victor's Little Secret бросает тень на ее бренд, Victoria's Secret дала пищу для насмешек со стороны общенациональных средств массовой информации. Это все, чего она добилась. И, что еще хуже, верховный суд США нанес Victoria's Secret (и всем другим фирмам-владельцам знаменитых брендов) чувствительный юридический удар [1]*. Суд постановил, что закон 1995 года требует доказательств реального экономического

ущерба от подрыва репутации бренда, а не просто констатации такого ущерба, а также указал, что потребители вовсе не путают название магазина с брендом дамского белья. Подобно компаниям Coca-Cola и Miller, фирма Victoria's Secret в защите товарного знака зашла слишком далеко и потеряла больше, чем она могла бы выиграть, решив дело в свою пользу.

Стратегии низких цен

Самая распространенная стратегия, используемая на конкурентных рынках, — это конкурентная стратегия в области цен. Существует по меньшей мере три варианта ценовой конкуренции, позволяющих сохранить прибыль: *снижение затрат на производство собственной продукции, повышение затрат конкурентов и блокирование попыток конкурентов продавать товары по сниженным ценам.* В использовании всех трех вариантов важную роль играет законодательство.

Снижение затрат на производство собственной продукции

Снижение затрат волнует любую нормальную компанию. Существует немало путей снижения затрат, включая сокращение расходов на судебные издержки. Планирование правовых действий — от правового аудита и планирования налоговых платежей до улаживания конфликтов на ранней стадии и обучения борьбе с сексуальными домогательствами — может снизить судебные издержки за счет либо минимизации затрат, либо снижения рисков ответственности. Компании также обращаются в законодательные органы штатов (обычно это делается в рамках клиентского подхода) с целью снижения затрат за счет получения налоговых и других льгот. В главе 2 рассматривались некоторые примеры такой стратегии, включая получение американскими производителями пиццы налоговых льгот в рамках законодательства о минимальной заработной плате. Как правило, лоббирование частных интересов направлено прежде всего на обеспечение компанией или отраслью более низких затрат по сравнению с конкурентами.

Повышение затрат конкурентов

Другой вариант ценовой стратегии: повышение затрат конкурентов — также может принять форму лоббирования частных интересов, но в этом случае лоббисты стремятся не освободить от бремени затрат своих клиентов, а переложить его на соперников. Такого рода ситуация возникла в связи с одним из нашумевших дел о нарушении антимонопольного законодательства — дела «Объединенный профсоюз горняков против Пеннингтона». Профсоюз горняков и коалиция крупных горнодобывающих компаний вела в министерстве труда США успешную лоббистскую деятельность с целью повышения минимальной заработной платы в отрасли до уровня, превышающего минимальный уровень в других отраслях.

Стремление горнодобывающих компаний *повысить* затраты на рабочую силу может казаться несколько странным, однако юридические конкурентные стратегии иногда порождают противоречивые намерения. В крупных компаниях заработная плата членов профсоюза уже была выше установленного законом минимума, и цель коалиции заключалась в том, чтобы заставить мелкие компании, чьи работники не были членами профсоюза, поднять заработную плату. Это не только привело бы к увеличению их затрат на рабочую силу, но и позволило бы вытеснить из отрасли некоторых менее крупных операторов, которые, в отличие от крупных компаний, не могли использовать для снижения затрат эффект масштаба.

Менее крупные компании доказывали, что такой подход является нарушением антимонопольного законодательства. Однако верховный суд постановил, что обращение в органы государственного регулирования — это законное право компаний, установленное первой поправкой к конституции США, и его нельзя считать нарушением антимонопольного законодательства, даже если одной из его целей является уничтожение конкурентов. Короче говоря, крупные фирмы устроили отличную регулятивную «ловушку» для мелких фирм с целью повысить их издержки.

Крупные фирмы могут добиться тех же результатов, лоббируя в пользу усложнения и удорожания системы государственного регулирования и контроля в отрасли. Имея преобладающую долю на рынке, крупные фирмы могут «разложить» новые затраты на больший объем продаж и выжить за счет этого. Мелкие фирмы лишены этого преимущества и могут не выдержать бремени возросших затрат. Как я уже писал в главе 3, по той же самой причине табачные компании, имеющие известные бренды, лоббировали введение государственного регулирования, обращаясь в управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов [2]. Такое регулирование было весьма обременительным для отрасли, но крупные фирмы могли бы его вынести, а для небольших производителей сигарет оно было бы непосильным.

Борьба с занижением цен

Сектор розничной торговли дает некоторые интересные примеры третьей ценовой юридической стратегии, используемой конкурентами для борьбы с соперниками — блокирование попыток продавать товары по сниженным ценам. Крупнейший в Миннесоте Marquette National Bank, выпускающий кредитные карты, сумел добиться принятия закона штата, запрещающего конкурентам предлагать кредитные карточки «без ежегодной комиссии». Банк Marquette взимал разовую комиссию — 1,2% с каждого чека на счетах плюс 10% ежегодных комиссионных. Его конкурент не взимал ежегодную комиссию, но установил 18-процентную ставку с первых чеков с последующим снижением комиссии до 12% при сумме свыше \$1000. Этот закон инициированный банком Marquette, запретил взимать комиссию, фактически сведя на нет финансовую модель конкурента.

Более распространенный метод борьбы с занижением цен предполагает возбуждение розничными продавцами иска против конкурентов в соответствии с законами штатов, запрещающими продажу товаров по цене ниже себестоимости. И это не удивительно. Такие иски часто подавали на компанию Wal-Mart. В основе законодательства, запрещающего продажу товаров по ценам ниже себестоимости, лежит стремление предотвратить использование искусственно заниженных цен для вытеснения с рынка конкурентов (эту практику называют «хищнической ценовой политикой») и последующего повышения цен до монопольного уровня за счет устранения конкуренции. Многие экономисты полагают, что такого ценообразования вряд ли можно опасаться на конкурентных рынках, однако соответствующие законы все еще действуют.

Типичное дело такого рода было возбуждено несколько лет назад ассоциацией розничных продавцов бакалейных товаров против компании Wal-Mart, которую обвиняли в нарушении закона штата Оклахома о нечестной торговле. Бакалейщики утверждали, что компания Wal-Mart нарушила упомянутый закон, рекламируя и продавая товары по цене ниже себестоимости, чтобы переманить покупателей из других магазинов. Суд, однако, отклонил иск, так как компания Wal-Mart сумела доказать, что члены ассоциации сами обычно рекламировали «цены ниже себестоимости» в своих магазинах, переманивая покупателей друг у друга. В соответствии с так называемой доктриной чистых рук, судьи не одобряют стратегические иски, предъявляемые фирмами, которые сами не соблюдают законы, в нарушении которых обвиняют других.

Помимо запрета на продажу товаров по ценам ниже себестоимости, законы некоторых штатов устанавливают минимальный размер розничной надбавки к цене на некоторые товары. Компания Wal-Mart подпала под действие таких законов, когда попыталась организовать на своих парковках бензозаправочные станции, торгующие со скидками. Компания хотела продавать бензин по заниженным ценам, чтобы заманить покупателей в свои супермаркеты, но иски, возбужденные владельцами местных бензозаправочных станций, помешали реализовать этот план. Владельцы бензоколонок доказывали, что цены Wal-Mart нарушают закон о минимальной розничной надбавке к цене на бензин. Так, в штате Алабама судья постановил, что для того, чтобы выполнить требование закона Алабамы о минимальной розничной наценке, компания Wal-Mart должна повысить цены на бензин как минимум на 7 центов за галлон.

В ответ компания Wal-Mart лоббировала отмену этих законов. Она развернула кампанию во всех штатах, доказывая, что высокие цены на бензин не отвечают подлинным интересам населения, а также сколотила в штатах коалиции с участием известных граждан, автолюбителей и других лиц, заинтересованных в более дешевом топливе.

Но компании Wal-Mart не хватило того, что, как оказалось, является самым существенным фактором: доступа к благожелательно настроенным законодателям штатов. Как мы увидим далее, независимые владельцы бензоколонок — это

очень хорошо организованная группа людей, объединенных общими интересами. Розничные продавцы бензина добились принятия законов о минимальной надбавке к розничной цене прежде всего для того, чтобы обеспечить получение прибыли, и они не могли мириться с действиями компании Wal-Mart.

Владельцы бензоколонок образовали коалиции с различными ассоциациями розничных продавцов и развернули кампанию под лозунгом «Держитесь подальше от супермаркетов». Они не только одержали победу в борьбе с компанией Wal-Mart, но и убедили законодателей ряда штатов установить *новые, более высокие* минимальные розничные наценки.

Компания Wal-Mart получила наглядный урок законодательной стратегии. The Wall Street Journal впоследствии так писал об этой ситуации: «Компания Wal-Mart не смогла бороться на равных с хорошо организованной коалицией независимых владельцев бензоколонок и их союзников, которые работали на рынке дольше, и расходовали больше средств на рекламную кампанию и имели более тесные связи с законодателями». Вице-президент компании Wal-Mart по корпоративным вопросам Джей Аллен выразился так: «Наша ошибка состояла в том, что мы не начали налаживать отношения намного раньше. Кризис — это неудачное время для приобретения друзей».

Прибыль от специализированных продуктов и блокбастеров: защита «бриллиантов короны»

Помимо брендов и цен, инструментом конкурентной борьбы является также акцентирование отличительных особенностей продукта. Юридическая стратегия помогает защищать особенности продукта (товара или услуги), придающие ему выделенные отличия от аналогов конкурента. Подобные дела я называю «делами о бриллиантах короны». В конце концов, компании Coca-Cola и Pepsi боролись не просто за название и логотипы — они использовали в своих напитках разные формулы вкуса. Если бы Pepsi украла у компании Coca-Cola формулу («бриллиант короны») для производства своего напитка, тяжба 1930-х годов носила бы гораздо более опасный характер.

Еще одним примером стратегии, нацеленной на защиту «бриллиантов короны», можно рассмотреть в одной из самых динамичных отраслей конца XX века: в производстве видеоигр. Речь идет о продаваемой компанией Nintendo первой «аркадной» (как гивной) игре-блокбастере — Donkey Kong.

Американская дочерняя компания Nintendo — Nintendo of America (NOA) была основана в 1979 году и выпустила свой первый хит — игру Donkey Kong в 1981 году. В этой игре герой видеоигры осел Конг, образ которого был навеян гориллой, охотился за плотником в красной шляпе по имени Марио. Марио — это прозвище владельца первого склада компании NOA в Си-

эгле), которым управлял игрок. Как и Кинг-Конг, осел Конг был страшным зверем, который взял в плен несчастную женщину. Марио (в последних версиях игры он был уже водопроводчиком) должен был преодолеть ряд препятствий и спасти женщину на крыше высокого здания. Игра оказалась очень увлекательной, и игроки вновь и вновь проходили все уровни игры, продолжая ее до победного конца.

В 1981 году рынок видеоигр только зарождался, причем наибольший интерес вызывали несколько ставших классическими игр, такие как *Invaders* («Пришельцы из космоса») и *Rac-Man*. Игра *Donkey Kong* ознаменовала появление новой концепции аркадных игр, и в 1982 году компания NOA получила \$22 млн прибыли (в предшествующем году прибыль компании составила всего \$64 тыс.).

Поначалу юридические проблемы NOA были типичными для инновационной компании, поднявшейся на волне успеха нового популярного продукта. Она предоставила компании *Colesco* лицензию на продажу игры *Donkey Kong* на видеорынке, а фирмы, выпускающие комиксы, настольные игры и одежду, добивались права на использование персонажей игры осла Конга и плотника Марио для своих продуктов. Компания NOA также была вынуждена защищать свой товарный знак, вчинив в 1981–1982 годах около 36 исков о нарушении авторских прав и законодательства о товарных знаках фирмам, выпустившим пиратские версии игры и консоли.

Когда же гигант индустрии развлечений компания MCA решила основать новое отделение – MCA Video Games, юридические неприятности компании Nintendo переросли в настоящую стратегическую проблему. Речь шла о выживании компании. Отделение MCA – Universal в то время было (как, впрочем, и сейчас) крупнейшей компанией в области киноиндустрии и индустрии развлечений. Тогда ее возглавлял один из самых юридически агрессивных американских руководителей бизнеса – бывший адвокат Сидни Шайнберг. Он прославился, помимо прочего, тем, что в 1976 году судился с Sony Corporation, доказывая, что запись кинофильмов, показываемых по телевидению, с помощью видеомэгнитофона Sony Betamax является нарушением авторских прав компании Universal на эти фильмы. Один из коллег назвал Шайнберга «питоном, который прежде чем проглотить добычу, душит ее судебной удавкой». В какой-то момент последовавшей затем тяжбы Шайнберг сказал, что считает свой юридический отдел одним из «центров прибыли» компании Universal.

В апреле 1982 года Шайнберг уведомил компании Nintendo и NOA, что игра *Donkey Kong* нарушает авторские права компании Universal на персонажей классического фильма «Кинг-Конг». Незадолго до этого Universal выпустила римейк фильма, договорившись с владельцем прав на фильм «Кинг-Конг» (RKO Studios). Шайнберг предъявил Nintendo простое требование: прекратить продажу игры *Donkey Kong* в США и вернуть Universal всю прибыль NOA, полученную от продажи игры. Он также угрожал исками против всех компаний, имеющих лицензии NOA, вбивая клин между NOA и ее новой лицензионной сетью.

Это была классическая борьба за «бриллианты короны», причем на первый взгляд компания Universal имела все преимущества: финансовые ресурсы, вы-

годную стратегическую позицию и юридическую обоснованность своих притязаний. Более того, Universal усилила свои позиции, тайно договорившись с компанией Coleco, имеющей лицензию NOA на продажу видеоигры на рынке. Последняя опасалась, что правовая коллизия приведет к отсрочке запуска ее новой системы игр для домашних компьютеров Coleco Vision, и купила себе мир, согласившись платить Шайнбергу проценты со всех продаж игры Donkey Kong независимо от того, кто выиграет дело. Она также пообещала припугнуть NOA и подтолкнуть ее к мирному решению. На первом совещании по урегулированию дела внешнего адвоката компании NOA Говарда Линкольна «прессовали» как представители Universal, так и главный лицензиат.

Но Линкольн сопротивлялся. В ответах адвокатов Universal на его вопросы было нечто, что внушало ему надежду.

— Если «Кинг-Конг» действительно принадлежит вам и Donkey Kong нарушает ваши права, — сказал он команде Universal, — тогда мы договоримся. Но я не намерен покупать kota в мешке. Сначала вы должны доказать мне, что «Кинг-Конг» — ваша собственность.

Юристы уверяли Линкольна, что сделка Universal с RKO Studios означала, что с правами собственности нет никаких проблем, но Линкольн упрямо твердил свое. Затем Шайнберг предъявил иск. Подозрения Линкольна оказались вполне обоснованными. Тяжба показала, что Шайнберг блефовал — Universal не имела авторских прав ни на фильм 1933 года, ни на зарегистрированный товарный знак — гориллу Кинг-Конга. Более того, компания утверждала в ходе предшествующей тяжбы, что рассказ о Кинг-Конге и сам персонаж — это *общественное достояние*.

К тому моменту, когда дело прошло весь путь до верховного суда, компания Nintendo получила от Шайнберга, затеявшего недобросовестную тяжбу, компенсацию за оплату услуг адвокатов в сумме \$1,8 млн, а также компенсацию за нарушение авторских прав в связи с продажами видеоигры «Кинг-Конг», которыми занималась компания Universal, пока слушалось дело Nintendo. Позднее Шайнберг говорил, что «на его могильном камне будут написаны два слова: „Кинг-Конг“ и Sony». А по завершении дела президент NAO Минору Аракава пригласил адвоката Говарда Линкольна в свою стратегическую команду и сделал его вторым человеком в NAO.

Дела о «бриллиантах короны», в которых оспаривается или защищается преимущественное право на отличительные особенности дифференцированных продуктов, могут принимать самые разные формы, перечислить которые здесь не представляется возможным. Достаточно привести несколько примеров. Компании Procter & Gamble и Kimberly-Clark десятилетиями вели ожесточенную борьбу за право интеллектуальной собственности в области производства одноразовых подгузников. Фармацевтические фирмы регулярно затевают схожие баталии с соперниками, покушающимися на патентованные лекарства. Производители игрушек воюют друг с другом из-за заимствования идей игрушек.

Многие из таких дел — это юридические методы защиты «бриллиантов короны». Однако многие руководители компаний путают имитацию с воровством

и часто необдуманно «стреляют из пушки по воробьям». Например, недавно компания CBS подала иск на конкурента — компанию ABC в связи с копированием концепции телевизионного реалити-шоу *Survivor* («Последний герой»). «Копия» ABC называлась *I'm a Celebrity... Get Me Out of Here!* («Я знаменитость... Вытащите меня отсюда!»). В этом шоу участвовали несколько когда-то известных артистов, которые перед телекамерами боролись за выживание в отдаленных уголках света. Несомненно, иск CBS обеспечил ABC лучшую рекламу, чем это сделали бы любые СМИ и специалисты по рекламе. Дело было быстро прекращено на том основании, что концепции или идеи не подпадают под правовую защиту.

Стратегии «закрепления» клиентов

Четвертая распространенная стратегия в области увеличения рыночной доли и получения прибыли на конкурентных рынках основана на «закреплении» клиентов. Цель такой стратегии заключается в том, чтобы сделать «переключение» с продукции фирмы на продукцию конкурента сравнительно невыгодным и обременительным, побуждая покупателей сохранять долгосрочную верность фирме. Случилось так, что один из самых удачных юридических шагов в рамках такой стратегии также связан с компанией Nintendo. Он относится к более позднему периоду ее истории, когда Nintendo уже доминировала на рынке домашних видеоигр благодаря системе Nintendo Entertainment и кассетным видеоприставкам Super NES.

Модель бизнеса в отрасли домашних видеоигр проста: разрабатывайте и продавайте по умеренным ценам хорошие фирменные видеоприставки, а затем устанавливайте надбавки к цене игр. Эта модель действует и сейчас, причем фирмы Nintendo, Sony и Microsoft выпускают собственные несовместимые игровые системы.

Проблема с такой моделью заключается в том, что как только фирма устанавливает в среде потребителей собственную базу игровых консолей, производством и сбытом игр начинают заниматься и другие компании. В результате конкуренции цены падают, и в некоторых случаях игровая система приобретает дурную репутацию из-за того, что рынок оказывается наводненным низкокачественной и ненадежной продукцией. От этой проблемы в 1970-е и 1980-е годы пострадало первое поколение видеоприставок, в результате чего рынок едва не рухнул.

Компания Nintendo решила «закрепить» клиентов и устранить конкурентов с помощью компьютеризированного защитного устройства, вмонтированного в видеоприставку, которое не позволяло бы использовать нелицензированные игры. Защитное устройство защищалось патентным законодательством и законами об авторском праве и позволяло Nintendo получать прибыль от собственных игр и игр, разработанных другими «избранными» компаниями, которым она предоставила право на воспроизведение на приставках производства Nintendo.

Эта стратегия также давала возможность контролировать качество игр, воспроизводимых на приставках компании. Чтобы еще больше сузить предложение и поддержать высокие цены, компания Nintendo ограничила количество лицензий каждого лицензиата пятью играми в год, сохраняя за собой право утверждать все названия игр, а также запретила лицензиатам выпускать игры для конкурирующих систем в течение двух лет после объявления очередного релиза от Nintendo.

К концу 1980-х годов компания Nintendo уже была бесспорным лидером на рынке домашних видеоигр, намного опережая своих конкурентов. Одним из них была компания Atari — первая фирма, которая в 1970-е годы выпустила специальную игровую компьютер. Фирма Atari доминировала в секторе еще тогда, когда рынок домашних видеоигр был совсем небольшим (так, в 1982 году она принимала на работу больше выпускников Гарвардской школы бизнеса, чем любая другая фирма). Однако к 1987 году Atari начала отставать и решила использовать юридическую стратегию для нейтрализации коммерческих преимуществ Nintendo.

Компания Atari разработала обоюдоострую стратегию. Во-первых, получив в январе 1988 года от Nintendo разрешение на выпуск игр, она нацелила бригаду инженеров на «взлом» защитного устройства игровой системы — этого «бриллианта короны» в стратегии Nintendo. Во-вторых, в 1989 году она подала на Nintendo 100-миллионный иск, обвинив ее в нарушении антимонопольного законодательства на том основании, что совместимые с системой Nintendo игры образуют самостоятельный рынок, который последняя монополизировала с помощью защитного устройства. В своей жалобе компания Atari указала, что ей удалось «взломать» чип Nintendo, и она немедленно приступит к продаже нелицензированных игр для приставок Nintendo. Последняя подала встречный иск, доказывая, что Atari незаконно воспользовалась лицензионным контрактом, чтобы получить особый доступ к коммерческим секретам Nintendo, вступила в мошеннический сговор с целью уничтожить бизнес Nintendo, а также нарушила ее авторские права и патентные права на защитный чип.

Генеральные войны такого рода часто начинаются с того, что доминирующая на рынке компания видит, что доля переходит к конкуренту. Единственными победителями в таких сражениях обычно бывают адвокаты. Компания Nintendo развернула активную кампанию на коммерческом фронте, чтобы предупредить продавцов (особенно крупных, таких как Toys R Us и Wal-Mart) о том, что они не должны продавать игры без лицензии Nintendo. Компания Atari, в свою очередь, получила предварительное постановление суда, обязывающее Nintendo прекратить использовать свою тактику продаж. Компания Nintendo подала апелляцию и добилась отмены этого постановления. Затем Nintendo стала внушать розничным продавцам, что в случае продажи игр Atari против них может быть возбуждено дело. Компания Atari тщательно документировала все эти ходы, чтобы подкрепить антitrustовский иск, и собрала письменные показания продавцов, подтверждающие ее сильную монопольную позицию Nintendo.

В разгар битвы разорвалась «юридическая бомба». Судья, который рассматривал иск компании Atari, обнаружил, что компания не сумела взломать защитный чип Nintendo, а получила необходимую ей информацию для копирования кода еще в 1988 году, обманув бюро по авторским правам США. Взбешенный судья немедленно постановил прекратить продажи игр Atari и разрешить Nintendo продолжать использование защитного чипа по собственному усмотрению. Потом судья решил, что игры Atari фактически нарушают авторские права и права на патенты компании Nintendo, и закрыл дело Atari. Он указал, что рынок видеоигр является конкурентным, и компания Nintendo может использовать свою тактику для контроля над сегментом рынка, в котором она работает.

Как и в случае с игрой Donkey Kong, компания Nintendo выиграла благодаря сомнительным действиям своих противников. Но ее правовые злоключения на этом не закончились. Эффективное лоббирование со стороны Atari и других конкурентов побудили министерство юстиции, федеральную торговую комиссию, генеральных прокуроров различных штатов и конгресс приступить к расследованию ситуации с Nintendo. Враги последней даже разыграли патриотическую карту, убедив конгресс «выступить» против Nintendo в годовщину трагедии в Перл-Харборе, тонко намекнув общественности на японское происхождение компании. Расследование продолжалось несколько лет, что в конечном счете вынудило Nintendo внести ряд изменений в лицензионные соглашения. Компания также смягчила обвинения в поддержании высоких розничных цен, выдав потребителям купоны на \$5 в счет будущих покупок ее продукции. Впрочем, эти две меры едва ли навредили конкурентной стратегии Nintendo. Более того, купоны, очевидно, только стимулировали продажи.

Как показывает история с компанией Nintendo, дела, в которых оспариваются или защищаются методы «закрепления» покупателей, способны быстро разрастаться, так как ставки в игре весьма высоки. В последние годы такого рода дела включали судебные разбирательства по поводу технологии защиты в системах кабельного и спутникового телевидения (они возбуждались против фирм, которые якобы взломали коды этих систем) и патентов на картриджи для струйных принтеров (возбужденные производителями картриджей-дженериков, которые стремились оспорить эти патенты, чтобы продавать свои картриджи для фирменных принтеров).

Борьба за долю на рынке: ПСИХОЗ СЛИЯНИЙ И ПОГЛОЩЕНИЙ

Пятый способ получения прибыли на конкурентом рынке заключается в том, чтобы выиграть гонку за лидерство на рынке за счет объема продаж, достаточно-го для получения прибыли даже при небольшой марже. Как было сказано выше, весьма распространенным методом увеличения доли на рынке в высококонкурентных сегментах являются слияния и поглощения, связанные с приобрете-

ем производственных мощностей, обеспечением эффекта масштаба и синергией различных сегментов рынка. В этом случае возникает вопрос: какие фирмы выживут в процессе слияний и поглощений, оказавшись в выигрыше, а какие проиграют и будут куплены?

В «игре слияний и поглощений» решающую роль играют юридические стратегии. Неудивительно, что антимонопольное и корпоративное законодательство, а также законы о ценных бумагах и соответствующие системы государственного регулирования часто занимают в этом вопросе центральное место, а в условиях усиления глобализации экономики юридические шаги предпринимаются не только в различных судах, но и в разных странах. Например, по настоянию некоторых железных дорог США, которые не хотели оказаться перед угрозой слияния американской и канадской железнодорожных систем, межштатная торговая комиссия в 2000 году наложила мораторий на *все слияния* на железнодорожном рынке. Когда компания General Electric пыталась объединиться с компанией Honeywell с целью обеспечения синергии между своим отделением по производству авиационных двигателей и авиаэлектронными мощностями Honeywell, антимонопольные органы США быстро одобрили сделку. Однако соответствующие органы Европейского союза запретили ее: европейские конкурирующие фирмы заявили, что будут поставлены в неравные конкурентные условия по сравнению с американским «китом».

Судебные разбирательства вокруг слияний и поглощений чаще всего возникают тогда, когда компании—объекты приобретения противятся слиянию. Приобретающая фирма возбуждает дело, утверждая, что совет директоров приобретаемой компании игнорирует подлинные интересы акционеров, отказываясь от предлагаемых условий покупки акций. Сегодня хорошо известны методы защиты, используемые директорами приобретаемых компаний в такого рода делах, а соответствующие ситуации рассматриваются в толстых учебниках и научных трудах по праву.

Наиболее известное дело о слиянии в современной истории США связано, пожалуй, с иском компании Pennzoil против Техасо, вызванное вмешательством последней в действия Pennzoil по покупке компании Getty Oil. Компания Pennzoil имела устную («скрепленную рукопожатием») договоренность о приобретении Getty, но до того, как стороны завершили сделку, вмешалась компания Техасо, которая предложила Getty более высокую цену. Когда фирма Getty приняла предложение Техасо, компания Pennzoil возбудила дело о вмешательстве в контрактные отношения. Присяжные решили, что компания Техасо нарушила законодательство штата Техас (Pennzoil имела огромное преимущество, связанное с рассмотрением дела в родном штате), и обязали ее выплатить Pennzoil компенсацию за ущерб в размере \$10,5 млрд. После апелляции сумма компенсации была уменьшена, но Техасо обанкротилась и была вынуждена выплатить Pennzoil \$3 млрд.

Другой, более типичный пример «психоза слияний и поглощений» связан с борьбой за сердца и умы одного из самых быстрорастущих сегментов радиове-

щения в США — передач на испанском языке. Стратегические последствия этой битвы, как оказалось, выходили далеко за рамки рынка испаноязычного радиовещания, а ее причины, внешне связанные с нарушением законодательства о слияниях и поглощениях, на самом деле обуславливались маневрированием на рынке.

Эта история началась в 1900-е годы, когда два соперника: компании Hispanic Broadcasting Corporation (крупнейшая радиоккомпания в США, имеющая 55 станций; ее доход достигает \$241 млн) и Spanish Broadcasting System (игрок номер два, в два раза менее крупный) — начали борьбу за долю на рынке. Эти фирмы воевали по любому поводу, но наиболее острая борьба развернулась в двух городах с самой большой испаноязычной аудиторией: Майами и Лос-Анджелесе. «Обмен исками» между этими компаниями стал обычным делом, так как они переманивали друг у друга талантливых сотрудников и слушателей, а также всячески порочили друг друга в эфире.

Несмотря на эти взаимные «мелкие укусы» и судебные тяжбы, обе компании в 2002 году начали переговоры о слиянии с целью объединения всех станций в единую структуру и создания мощной системы радиовещания на испанском языке. При поддержке телевизионного отделения компании General Electric — NBS (владельца второй по величине испанской телевизионной сети Telemundo Communications Group) руководитель Spanish Broadcasting предложил совету директоров Hispanic обсудить идею слияния. Казалось бы, все шло к сделке.

Однако несколько дней спустя компания Hispanic повергла в шок Spanish Broadcasting, заявив, что она объединяется с испаноязычной телевизионной сетью номер один (и пятой по величине телевизионной сетью США) — Univision Communications. Компания Clear Channel Communications, которой принадлежал контрольный пакет акций Hispanic, задумала создать «испанскую медиаимперию».

Почувствовав угрозу для своей стратегии, компания Spanish Broadcasting немедленно возбудила дело против Hispanic и Clear Channel, обвинив их в нарушении антимонопольного законодательства. Она утверждала, что компании Hispanic, Clear Channel и Univision затеяли сложный шантаж, рассчитанный на подрыв конкуренции в испаноязычном сегменте СМИ.

Стратегические последствия антимонопольного иска проявились немедленно. Стоимость акций компании Univision, которые должна была приобрести компания Hispanic, до возбуждения иска составляла \$3,5 млрд. После возбуждения дела она в течение нескольких недель упала до \$2,1 млрд, что, впрочем, было связано также с общим спадом на рынке. Кроме того, иск побудил федеральные органы государственного регулирования — ФКС и министерство юстиции предпринять тщательное расследование. Утверждения об активной вовлеченности Clear Channel в дела Hispanic особенно заинтересовали ФКС, которую компания Clear Channel ранее заверила в том, что ее инвестиции в эту компанию будут «бесприбыльными».

Наконец, дело привлекло внимание СМИ и политиков. Газеты на важнейших рынках Лос-Анджелеса и Майами стали пристально следить за ходом борь-

бы. Один из сенаторов штата Калифорния, сочувствовавший трудностям Spanish Broadcasting, заявил газете Los Angeles Times: «Контроль Univision над испаноязычным рынком США не отвечает нашим подлинным интересам. На этом рынке не будет других конкурентов. <...> Вы создаете акулу, и что же? Она съест всю мелкую рыбешку». Союзники Spanish Broadcasting также предприняли активную рекламную кампанию по дискредитации слияния, представляя его как поглощение испаноязычных СМИ англоязычными, надеясь «нажать» на министерство юстиции и ФКС и вынудить их отменить сделку.

Все эти юридические маневры ни к чему не привели. Дело было прекращено, и ФКС одобрила слияние Hispanic и Univision тремя голосами против двух. Тем не менее я считаю, что это был разумный ход со стороны Spanish Broadcasting. Он повлиял на цену акций соперников, привел к антирестовскому расследованию в органах государственного регулирования и привлек внимание средств массовой информации, когда это было более всего необходимо. Когда речь идет о захвате лидерства на вашем рынке, вы должны быть готовы использовать юридические стратегии в качестве одного из инструментов борьбы за изменение соотношения сил.

Поскольку слияния контролируются органами государственного регулирования (о чем говорилось в главе 3), от доступа к правительственным чиновникам часто зависит, кто выиграет и кто проиграет такие сражения. Медиамагнат Руперт Мердок недавно помешал слиянию американской спутниковой телекомпании EchoStar Communications и компании DirecTV, искусно используя при этом политическое давление на регулирующие органы. В течение 1990-х годов Мердок (владелец компаний News Corporation и Fox Broadcasting Network, а также ряда европейских и азиатских спутниковых телекомпаний) не делал секрета из того, что он хотел использовать DirecTV для создания системы спутникового телевидения (satellite subscriber system) в США. Казалось, ему это удалось. Компания DirecTV была выставлена на продажу, и Мердок предложил за нее самую высокую цену. Но в последнюю минуту компания отказалась от сделки и предпочла слияние с EchoStar, лидером американского рынка спутникового телевидения.

Ничуть не обескураженный, Мердок начал плести заговор с целью помешать сделке двух компаний. Он лоббировал в органах государственного регулирования, рассматривающих сделку, и мобилизовал широкую коалицию групп покупателей и производителей, церковных телекомпаний и сельских организаций, обеспокоенных тем, что в результате слияния EchoStar и DirecTV большая часть сельской Америки окажется лишь с одним провайдером спутникового ТВ. Мердок также присутствовал на важной встрече представителей церковных телекомпаний и владельцев в том, что в отличие от EchoStar, он будет прислушиваться к их требованиям к расширению вещания на религиозные и семейные темы. По окончании совещания представители церковных телекомпаний договорились совместно выступить против Мердока, а через три месяца подали официальный протест в FCC против слияния EchoStar и DirecTV. Осенью 2002 года

ФКС отказала в слиянии, сочтя его наносящим ущерб конкуренции. Мердок снова мог бороться за приобретение DirecTV, и в следующем году добился успеха.

Схватки врукопашную: иски о нечестной конкуренции

В ходе конкуренции фирмы неизбежно вступают в конфликт по поводу множества повседневных юридических вопросов. Некоторые фирмы истошно вопят, когда конкуренты нечестно лишают их доли или преимуществ на рынке; другие используют законодательство, чтобы усложнить жизнь своим конкурентам. В рукопашных схватках с конкурентами могут использоваться самые разные правовые приемы. То, в какой мере вы используете эти приемы, зависит от склонности ваших конкурентов практиковать неэтичные методы ведения бизнеса, требующие юридической реакции.

Ложная реклама

Существует огромное количество законов штатов, а также местных и федеральных законов, запрещающих нечестную, вводящую в заблуждение и ложную рекламу, а также множество трактатов, которые любят цитировать адвокаты, нанятые для ведения судебных дел, связанных с такой рекламой. Федеральные законы запрещают компаниям распространять ложные сведения о своих продуктах. Законы штатов о дискредитации товаров запрещают ложные утверждения о продукции конкурентов.

Вообще говоря, в такого рода делах вопрос заключается в том, является ли то или иное рекламное утверждение действительно ложным (что преследуется законом), вводящим в заблуждение или неполным (что также преследуется законом) или просто преувеличенным, субъективным или преувеличивающим достоинства товара (что не преследуется законом). Сравнение двух товаров и утверждение, что один из них лучше другого, допустимо, если это рекламное утверждение подается как субъективная оценка. Заведомо ложные утверждения (например, «товар X лучше, так как потребляющие его живут дольше») могут стать основанием для предъявления иска.

Помимо возбуждения частных исков, жертвы ложной рекламы могут также вести лоббистскую деятельность в органах государственного регулирования, обязанных следить за соблюдением законов, убеждая эти органы в необходимости принятия соответствующих мер. Большинство исков о нарушении федерального законодательства рассматривает федеральная торговая комиссия. Генеральные прокуроры штатов возбуждают дела о нарушении законов штатов о рекламе.

Фирмы регулярно прибегают к использованию законодательства, если реклама конкурентов содержит ложные, вводящие в заблуждение или нелестные утверждения. Как и большинство судебных разбирательств между конкурентами,

такие дела часто помогают решить конкурентные задачи как за счет подрыва рекламной кампании или отсрочки выхода на рынок продукта конкурента, так и создания правовых проблем. Они неизменно бывают улажены.

По данным профессора Росса Е. Чайта из Университета Брауна, компания Kellogg's однажды предъявила компании General Foods иск на \$100 млн, обвинив ее в том, что в рекламе готового завтрака Post Raisin Bran содержалось ложное утверждение: будто бы этот завтрак является «натуральным» продуктом, тогда как на самом деле хлопья были покрыты тонким слоем кокосового масла. Компания Uncle Ben's предъявила иск компании General Foods в связи с утверждениями, что ее продукт Minute Rice (рис быстрого приготовления) якобы более рассыпчатый, чем аналогичный продукт Uncle Ben's. А вечные соперники McDonald's и Burger King не раз скрещивали шпаги в юридических поединках по поводу сравнения в рекламе их продуктов — Big Mac и Whopper.

Наконец, анальгетики Tylenol и Advil не менее шести раз были предметом слушаний в федеральном суде. Производители этих лекарств обвиняли друг друга в преувеличении достоинств своих лекарств в ходе различных рекламных кампаний. Федеральный судья Уильям Коннер, который имел несчастье председательствовать на нескольких из этих слушаний, назвал их «головной болью» и «бесконечной войной». Он не сказал, какое из этих лекарств он принимал, выслушивая доводы сторон.

Фирмам, которые хотят поскорее добиться решений по делам, связанным с недобросовестной рекламой, некоммерческая организация Национальное бюро анализа рекламы, основанная Бюро по улучшению практики бизнеса (Better Business Bureau) предлагает альтернативный вариант формальной юридической процедуры — «самостоятельное урегулирование». Недавно фармацевтической компании Pfizer удалось доказать, что в рекламе продукта конкурента — теста на беременность First Response — содержалось ложное утверждение, что он работает «с точностью до 99%». Национальное бюро анализа рекламы признало заявление обоснованным, и указанное утверждение было исключено из рекламы. Если фирма, обвиненная в ложной рекламе, решительно не согласна с мнением бюро (что случается примерно в 5% случаев), спор переносится в соответствующий правительственный орган, как правило, в ФТК.

Вмешательство в деловые отношения

Если конкурент уводит у вас из-под носа покупателя, основанием для судебного разбирательства могут быть жалобы на вмешательство в перспективные деловые отношения или в контрактные отношения. В первом случае речь идет о ситуациях, когда контракт еще не заключен, а во втором — когда он уже подписан.

Типичное дело такого рода связано с начинающей фирмой, выпускающей искусственные покрытия для спортивных сооружений, и контрактом на материал для футбольного поля одного из университетов на Среднем Западе. Компания Monsanto, которая стала лидером этого рынка благодаря своему покрытию

AstroTurf, работала с архитектором, нанятым университетом для подготовки спецификаций для тендера. Разработанные им спецификации говорили о предпочтительности покрытия AstroTurf. Когда начался тендер, менее крупную фирму перестали приглашать на совещания в университете и, в конечном счете, она лишилась контракта, несмотря на то что ее предложение было дешевле. Она подала иск на компанию Monsanto в связи с вмешательством в перспективные деловые отношения и получила компенсацию.

Незаконное присвоение секретов производства

Иногда фирмы стремятся изменить условия конкуренции путем присвоения секретов производства соперника. Для этого они могут использовать множество способов, одни из которых вполне законны, а другие — нет.

Коммерческие секреты — это особая охраняемая законом форма интеллектуальной собственности, включающая любую конфиденциальную информацию, полученную фирмой за свой счет (которую владельцы держат «под замком», потому что она дает им конкурентные преимущества). Коммерческие секреты могут включать химические формулы, рецепты блюд, списки покупателей, планы маркетинга и стратегические документы. В отличие от защиты патентов, рассматриваемой в главе 8, защита коммерческих секретов не требует официальной заявки или регистрации «секретов фирмы» в государственном органе.

Коммерческие секреты дают ряд особых конкурентных преимуществ. Во-первых, «срок хранения» коммерческого секрета не ограничен. Самый известный коммерческий секрет в мире — это формула напитка кока-кола. «Изобретатель» кока-колы Джон С. Пембертон, который в 1886 году предложил новую формулу тонизирующего напитка, мог запатентовать ее как новый рецепт. Но тогда формула пользовалась бы защитой только в течение 17 лет, после чего ее могла бы использовать для производства напитка любая фирма в мире. Будучи же «секретом фирмы», формула Coke, единственная запись которой хранится в сейфе банка Sun Trust Bank в Атланте, охраняется законом и в наши дни.

Во-вторых, в отличие от патента, для защиты коммерческих секретов не требуется их опубликование, поэтому конкуренты лишены возможности свободно знакомиться с изобретением. Более того, если фирма сама раскрывает суть изобретения или свои конфиденциальные планы, она навсегда утрачивает право на их правовую защиту.

Последнее обстоятельство обуславливает главный недостаток коммерческих секретов: их крайнюю уязвимость. Если нерадивый сотрудник случайно забудет в самолете секретный маркетинговый план фирмы и его найдет конкурент, этот план перестает быть объектом правовой защиты. Коммерческие секреты могут также быть утрачены в ходе переговоров о слиянии или создании совместного предприятия, если сотрудник раскрывает засекреченную информацию, не оговорив предварительно в контракте обязательства о неразглашении конфиденциальной информации.

Кроме того, закон не запрещает конкурентам самостоятельно раскрывать чужие коммерческие секреты. Именно это утверждала компания Atari в деле о защитном чипе компании Nintendo. Если вы приобрели продукцию конкурента честным путем, поняли, как она работает, а затем создали свой аналог, значит, вам удалось самим раскрыть чужой коммерческий секрет. Проблема компании Atari заключалась в том, что она не смогла разблокировать защитное устройство Nintendo честным путем, а фактически украла «секрет».

Наиболее распространенная форма споров вокруг коммерческих секретов возникает, пожалуй, в случаях, когда фирма принимает на работу бывшего сотрудника конкурирующей компании и пытается «выкачать» из него конфиденциальную информацию. В таких делах, чтобы иметь право на юридическую защиту, вам необходимо доказать, что вы достаточно серьезно охраняли соответствующую информацию. Если вы тщательно хранили ее, то сотрудник, передавая информацию конкуренту, фактически крадет ее. Это может привести к уголовному преследованию или к денежному штрафу.

Одно из самых известных недавних дел такого рода было возбуждено против руководителя отдела закупок компании General Motors Хосе Игнасио Лопеса. Последний ушел из GM в немецкую компанию Volkswagen, прихватив с собой 20 папок с конфиденциальными планами GM в области стратегий ценообразования и маркетинга. Компания GM подала на него в суд и добилась компенсации в \$100 млн, а также согласия Volkswagen на закупку у GM комплектующих на сумму в \$1 млрд.

Статья об отказе от конкуренции

Вы вправе подать в суд на бывшего сотрудника вашей компании, который перешел на работу в конкурирующую фирму даже в том случае, если речь не идет о разглашении коммерческих секретов. Это возможно, если в его трудовом соглашении с вашей фирмой содержалась статья, в соответствии с которой он брал на себя «обязательство об отказе от конкуренции». Такие статьи контракта лишают сотрудника права устраиваться на работу в конкурирующую компанию в течение определенного срока после ухода из вашей фирмы.

Суды неохотно прибегают к широкой трактовке этих статей, потому что они ограничивают как свободу действий работника, так и рыночную конкуренцию. Поэтому чтобы добиться судебного разбирательства по поводу нарушения контрактного обязательства об отказе от конкуренции, следует как можно точнее формулировать территориальные и рыночно-продуктовые аспекты таких обязательств и также убедить суд в том, что фирма имеет конкретные и законные интересы, связанные с соблюдением бывшим сотрудником этих обязательств.

Недавно Гэри Форси вице-президент компании Bell South (одного из региональных подразделений компании Bell), был принят на работу в конкурирующую фирму в качестве исполнительного директора. Статья трудового соглашения Форси об отказе от конкуренции запрещала Форси работать в

любой фирме на рынке телекоммуникаций в течение 18 месяцев после ухода из компании. Когда Bell South попыталась использовать эту статью, судья отклонил иск, сочтя формулировку статьи слишком широкой и не дающей оснований для судебного разбирательства. Затем судья направил дело в арбитраж, чтобы определить, могло ли обязательство о неразглашении конфиденциальной информации, принадлежащей Bell South, служить препятствием для приема Форси на работу в компанию Sprint.

Арбитр принял соломоново решение. Он постановил, что Форси может работать в компании, если он обязуется в течение года после перехода в Sprint не участвовать ни в каких совещаниях, на которых может идти речь о слияниях и поглощениях и приеме на работу новых сотрудников, а также в обсуждении стратегии компании, касающейся рынков междугородных телефонных услуг. К удивлению многих наблюдателей, компания Sprint согласилась с этими ограничениями, и Форси сменил место работы. Некоторые аналитики с Уолл-стрит нелестно отозвались о решении компании Sprint. Как заметил впоследствии один из них, «исполнительный директор, не имеющий права непосредственно участвовать в решении вопросов о слияниях и приобретениях, — это то же самое, что главный тренер футбольной команды, который не может „завести“ команду».

Пять факторов успеха юридической стратегии в битвах между конкурентами: краткий обзор

Мы видели, что все три правовых института (законодатели, регулирующие органы, суды) могут играть важную роль в битвах между конкурентами: от попыток Wal-Mart отменить законы о минимальной надбавке к розничной цене до судебных разбирательств и стычек вокруг оспариваемых слияний. Как рассмотренные в этой главе дела соотносятся с пятью факторами успеха юридической стратегии, которые мы анализируем на протяжении всей книги? Можно отметить некоторые интересные закономерности.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Обоснованность аргументации с точки зрения законодательства и системы государственного регулирования всегда имеет огромное значение, особенно когда речь идет о «рукопашных схватках», которые характерны для судебных разбирательств по поводу интеллектуальной собственности. Это прежде всего относится к «войнам брендов». Мы видели, что защита торгового знака требует немалых усилий и бдительности. Типичными примерами могут служить куклы, похожие на Джулию Чайлд, которые однажды утром появились в моей юридической фирме, и иск компании Microsoft против операционной системы Windows. В то же время, надуманное дело об авторском праве и товарном знаке, возбужденное компанией Universal против Nintendo, может нанести тяжелый удар по начинающей компании. Если иметь достаточно смелости (и финансо-

вых ресурсов), чтобы доказать, что другая сторона блефует, как это сделала Nintendo, это может решить исход дела.

Фактор 2: *легитимность в глазах общественности*

Суд общественного мнения играет важную роль в сражениях за сердца и умы потребителей. Плохо рассчитанный «выстрел» компании Coca-Cola в сторону Pepsi из-за использования слова «кола» в названии фирмы привел лишь к тому, что в глазах общественности Pepsi стала невинной жертвой «агрессивного верзилы». Дело также высветило некоторые неблагоприятные приемы, которые Coca-Cola использовала для вытеснения из своего сегмента крупных конкурентов, и газетные заголовки вынудили компанию согласиться на мирное урегулирование спора. Другой пример – дело «Victoria's Secret против Victor's Little Secret». Компания Victoria's Secret довела дело до верховного суда США и проиграла его (после того как цель бизнеса уже была достигнута и название небольшого магазина Виктора Мосли было изменено). Тем самым вместо юридической победы она получила поражение в области общественной поддержки. Проблемы компании Nintendo с конгрессом и органами государственного регулирования, возникшие уже после победы в юридическом сражении с Atari, во многом объясняются убеждением общественности в том, что японская фирма способствует «компьютерной гипнотизации» американских детей. Если бы пиар-кампания Nintendo была более эффективной, фирме бы удалось быстрее решить свои юридические проблемы.

Фактор 3: *стратегическая позиция*

Сильная рыночная позиция, безусловно, способствует успеху в юридических сражениях с конкурентами. В схватке компании Nintendo с Atari по поводу защитного чипа первая компания могла оказать мощное давление на фирмы, входящие в ее сбытовую сеть, ограничить доступ игр Atari на полки магазинов и тем самым минимизировать угрозу потери рыночной доли. Между тем, в споре Spanish Broadcasting с Hispanic доминирующие позиции последней на рынке испаноязычного вещания (а также сила владельца контрольного пакета компании – Clear Channel) помогли отразить попытку Spanish Broadcasting и на законном основании сорвать сделку с Univision.

Фактор 4: *финансовые ресурсы*

В битве между конкурентами, занимающими прочное положение на рынке, обе стороны, как правило, имеют достаточно средств для нападения и защиты. Однако в 1930-е годы, когда происходило судебное разбирательство между компаниями Coca-Cola и Pepsi, годовой объем продаж последней составлял всего \$100 тыс. Дела о «подмене», возбужденные Coca-Cola, обескровили Pepsi, заставили Чарльза Гута сесть за стол переговоров и предложить продать Pepsi за \$50 тыс. Как ни странно, компания Coca-Cola отвергла это предложение. Вскоре ей пришлось потратить намного больше денег на борьбу с Pepsi во всем мире.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Местные владельцы бензозаправочных станций сорвали попытки компании Wal-Mart продавать бензин по заниженным ценам на стоянках своих магазинов, так как хозяева местных бензоколонок имели лучший доступ к законодателям штата по сравнению с могущественной Wal-Mart. Успех компании News Corporation, которая сумела добиться от органов государственного регулирования отмены предполагаемой сделки конкурента — EchoStar — с DirecTV, также свидетельствует о важности доступа к представителям власти. В отличие от христианских телекомпаний, австралиец Руперт Мердок, похоже, не имел доступа к американским органам государственного регулирования. Мердок убедил представителей этих компаний вместе с ним бороться с EchoStar. Более того, они даже молились за него.

* * *

Теперь мы готовы подробно рассмотреть следующую конкурентную силу — новых участников рынка, стремящихся отобрать рыночную долю у «старых» компаний отрасли. Существующие фирмы борются с такой угрозой, создавая барьеры для выхода на рынок новых конкурентов. Важную роль при этом играют правовые институты, потому что законодательство в буквальном смысле определяет географические границы и границы рынков. Юридические инструменты, используемые в «пограничных войнах», — это самое эффективное «оружие бизнеса».

[1] Linda Greenhouse, Ruling on Victor vs. Victoria Offers Split Victory of Sorts, New York Times, March 5, 2003, p. A19; Moseley v. Victoria's Secret Catalogue, Inc., 123 S. Ct. 1115 (2003) (в соответствии с федеральным антимонопольным законодательством, владельцы известных торговых знаков должны при предъявлении иска убедительно доказать наличие ущерба с точки зрения экономической ценности знака, а не просто указать на возможность такого ущерба).

[2] Gordon Fairclough, Four Biggest Cigarette Makers Can't Raise Prices as They Did, Wall Street Journal, October 25, 2002, p. A1 («Компания Philip Morris вносит предложение о контроле над производством сигарет Управлением по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов. Если такое требование будет принято, оно нанесет ущерб новым компаниям, которые не располагают достаточными средствами для того, чтобы обеспечить выполнение новых стандартов безопасности сигарет»).

блокирование НОВЫХ КОНКУРЕНТОВ

барьеры для входа на рынок

Эффективные барьеры для входа на рынок может создать только правительство.

Роберт М. Ситант Contemporary Strategy Analysis
(«Анализ современных стратегий»)

Острая конкурентная борьба – это замечательная идея, но только до тех пор, пока вы не попытаетесь получить прибыль. Вот почему «старые» фирмы, давно работающие в отрасли, заблаговременно препятствуют выходу на рынок новых конкурентов. Это происходит изо дня в день, и делают это все компании – от малых предприятий, работающих на локальных рынках, до крупных фирм работующих на мировом уровне. Некоторые «хитрые» барьеры для входа на рынок почти незаметны для сторонних наблюдателей. Во введении к нашей книге профессор Фицджеральд в качестве примера показал, как правила парковки в международном аэропорту Филадельфии обеспечивают конкурентные преимущества таксистам и владельцам пригородных такси и лимузин. Это прямые, видимые и узаконенные ограничения, называемые «законными барьерами», о которых шла речь в главе 5. Такие барье-

ры американские производители чипов памяти использовали против японских и корейских конкурентов.

Какую угрозу должен создавать новый конкурент для того, чтобы утвердившиеся в отрасли фирмы дали ему решительный отпор? Как показывает представленный ниже пример, очень незначительную. Наша первая история в этой главе — это рассказ о том, как несколько ребяташек установили в неподобающем месте лоток со сладостями.

Профессиональная футбольная команда Washington Redskins обычно проводила летние тренировочные сборы на территории студенческого городка Дикинсон-колледжа в Карлейле (штат Пенсильвания). В 2002 году трое ребяташек из семьи Колеров (одиннадцатилетний Сэм, девятилетний Генри и семилетняя Ханна) и несколько их друзей решили поставить лоток с напитками и домашней выпечкой у входа на небольшой футбольный стадион Дикинсона. Они продавали воду, газированные напитки и домашнее печенье болельщикам, пришедшим посмотреть на тренировку футболистов. За первые два дня работы детишки Колеров выручили \$112.

Затем начались неприятности. Колеры продавали напитки по ценам вдвое ниже имеющих лицензию ларьков, расположенных на территории стадиона. Продавцы пожаловались соответствующему «регулятивному органу» — вице-президенту Дикинсон-колледжа по общим вопросам Нику Стамосу, и тот вызвал охрану колледжа. Когда дети пришли к стадиону на следующий день, лоток был ликвидирован, и они не смогли «открыть торговлю».

Как мы уже видели, если крупный бизнес начинает бороться с мелким предприятием, он делает это под «благовидным предлогом», маскируя свои истинные намерения. Описанный случай не стал исключением. Когда Стамоса «прижали» журналисты, он сказал, что боялся быть привлеченным к ответственности в случае, если бы кто-нибудь отравился непроверенными продуктами ребяташек.

«Я не понимаю, что произошло, — жаловался девятилетний Генри Колер. — Мы просто сидели и никого не беспокоили». Однако кое-что все-таки произошло: Генри получил свой первый урок предпринимательства: «старые» фирмы стараются не допустить на рынок тех, кто угрожает их прибыли, как бы ничтожны ни были конкуренты.

Разумеется, правовые и политические шаги, которые предпринимаются для того, чтобы не допустить на рынок крупных конкурентов, намного сложнее и дороже тех, которые были использованы против детишек Колеров. Но суть этих приемов такая же.

Тем же летом, когда маленьким Колерам не разрешили торговать на стадионе колледжа, президент Джордж Буш ввел специальные таможенные тарифы на сталь, ввозимую в США из ряда стран. Этот шаг стал реакцией на постоянное лоббирование и кампанию в средствах массовой информации, проводимые объединенным профсоюзом сталеваров США и коалицией американских произво-

дителей стали, выступавших под лозунгом «Все на защиту нашей стали». Дешевый импорт стали угрожал закрытием тысяч рабочих мест в штатах Западная Виргиния, Огайо и Пенсильвания.

В качестве обоснования своих действий Буш назвал желание предотвратить крах сталелитейной промышленности США, столкнувшейся с угрозой импорта дешевой стали. Однако в годы, предшествовавшие акции Буша, импорт стали фактически сокращался (наряду со снижением спроса на сталь), так что приведенный довод звучал неубедительно. Кроме того, поскольку США потребляют больше стали, чем могут произвести, таможенные пошлины неизбежно наносят ущерб отраслям, зависящим от импорта стали, например автомобильной промышленности и производителям тяжелых конструкций. Поэтому многие наблюдатели усмотрели подлинную причину введения протекционистских пошлин в стремлении республиканцев заручиться поддержкой избирателей в «стальных» штатах для контроля над конгрессом. Введение пошлин позволило по меньшей мере на несколько лет (и еще один цикл выборов) отсрочить тот черный день, когда из-за неэффективности и высоких расходов на рабочую силу сталелитейные заводы в этих штатах будут закрыты, а Буш добился республиканского большинства на окружных выборах в конгресс.

Примеры с домашней выпечкой и сталью – это разные формы проявления одного и того же закона бизнеса. Правовые барьеры для входа на рынок встречаются на каждом шагу. Их воздвигают хитроумные стратеги: используя законодательство, они определяют зоны, в которых можно ограничить конкуренцию. Более того, как следует из высказывания Роберта М. Гранта, которое стало эпиграфом к этой главе, многие экономисты полагают, что самые эффективные барьеры создаются при помощи законодательства – идет ли речь о патентном законодательстве, таможенных пошлинах, системе лицензирования, сложном процессе получения разрешений или просто о «сутяжничестве».

Как мы неоднократно убедимся на примерах, представленных в данной главе, «пограничные» стычки, то есть сражения на географических, регулятивных или продуктовых границах рынков обычно принимают одну из трех форм. Во-первых, органы государственного регулирования могут блокировать доступ на рынок новых конкурентов, используя для этого существующие инструменты, такие как лицензионные соглашения, таможенные пошлины и законодательство об использовании нечестных методов торговли. Мы будем называть такие инструменты «регулятивными крепостями».

Во-вторых, «старые» фирмы могут воздвигнуть «башню» из судебных исков отпугивая «новичков» выстрелами из правовых «орудий». Чем крупнее действующие в отрасли фирмы, тем оглушительнее «залпы», тем внушительнее звучат их юридические угрозы.

Наконец, компании могут обращаться непосредственно к законодателям и добиваться создания новых законодательных барьеров с целью не допустить фирм-«варваров» на их рынки. Благоприятное отношение со стороны именно

местных законодательных органов — это важное стратегическое преимущество «старичков», рассчитывающих на поддержку законодателей.

Существуют четыре разновидности границ, на которых предприятия воздвигают эти три формы юридических барьеров для выхода на рынок конкурентов. Все они будут рассмотрены ниже. Как мы убедимся, эффективный «пограничный контроль» на каждом уровне зависит от степени знакомства с местными правовыми институтами, обычаями и общепринятой практикой.

Начнем сначала: локальные (географические) рынки

Мы начнем с локальных (географических) рынков. Во всех случаях, когда для физического выхода новой компании на рынок требуется что-то построить, переместить, вырыть или отрезать, у «старых» фирм появляется возможность использовать судебную тяжбу или систему государственного регулирования, чтобы помешать приходу на рынок нового конкурента или по меньшей мере отсрочить его. Так, владельцу зоомагазина, расположенного на центральной улице города, достаточно использовать любую норму строительного кодекса или законодательства о зонировании, чтобы помешать открытию на этой улице конкурирующего магазина. Если же речь идет о крупных проектах, например, если компания, работающая в области недвижимости, намеревается построить новый торговый центр или здание под офисные помещения, — требуются более сложные юридические ходы.

Несколько лет назад в Ричмонде (штат Виргиния) общенациональная строительная фирма Forest City Enterprises решила построить региональный торговый центр — мегамолл прямо за чертой города, в соседнем графстве Энрико. Это был грандиозный проект: на площади в 147 акров должны были разместиться магазины общей площадью 1,2 млн кв. футов.

Компания Forest City — владелец ряда крупных торговых объектов, включая Times Square в Нью-Йорке, блестяще выполнила подготовительную работу. Она договорилась с надежными арендаторами — магазинами для покупателей, имеющих разные доходы (от роскошного Nordstrom до скромного Dillard's), и убедила чиновников графства выпустить облигации на сумму в \$22 млн для финансирования проекта.

Вскоре о планах Forest City узнал владелец расположенного неподалеку «старого», менее крупного торгового центра Regency Square. Владелец этого торгового центра — компания Taubman Centers — одна из крупнейших в Америке проектно-строительных организаций. Компания Taubman хотела не только защитить от «нашествия» Regency Square, но и построить новый крупный торговый центр в нескольких милях от стройплощадки Forest City, но уже в черте города. Вопрос состоял в том, как это сделать.

В поисках решения компания Taubman обратилась к адвокатам. Те, в свою очередь, решили использовать «залпы из законодательных орудий». Они предъ-

явили компании Forest City все обвинения, какие только могли родиться в их изобретательных умах, что вполне согласуется с адвокатской этикой. С точки зрения стратегии, они надеялись, что позиции компании Taubman на рынке Ричмонда, а также ее финансовые ресурсы и преимущество слушания дела в «родном» суде с лихвой компенсируют сомнительную юридическую обоснованность их претензий.

Прежде всего, для того чтобы «перекрыть» государственное финансирование проекта Forest City, компания Taubman подала в суд штата Виргиния на графство Энрико, опротестовав выпуск облигаций Forest City. Основанием для иска послужили обвинения муниципалитета в превышении полномочий. Действуя инкогнито через местную строительную фирму, компания Taubman также профинансировала три частных иска местных жителей против тех же облигаций.

Благодатной почвой для судебных исков, нацеленных на блокирование выхода на рынок новых конкурентов, является экологическое законодательство. Поэтому компания Taubman подала в федеральный окружной суд иск на федеральное дорожное управление, утверждая, что федеральные органы не провели необходимую экологическую экспертизу проекта Forest City.

Наконец, компания Taubman развернула непосредственное наступление на планы Forest City, обвинив департамент транспорта Виргинии в том, что он якобы незаконно одобрил схему подъездных путей к торговому центру Forest City. Если бы Taubman удалось доказать необходимость изменения проекта, это обошлось бы Forest City слишком дорого, и она не смогла бы продолжать реализацию проекта.

Компания Forest City мобилизовала все свои ресурсы на защиту от этих исков, но реализация проекта замедлилась. Воспользовавшись затишьем, компания Taubman стала форсировать строительство собственного торгового центра Stony Point Fashion Park стоимостью \$120 млн. В качестве арендатора торговой площади она пригласила компанию Saks Fifth Avenue и получила кредит в размере \$13 млн от города Ричмонд. Затем она начала распространять слухи о том, что федеральный суд приостановил реализацию проекта Forest City.

В результате более чем годичной задержки в реализации проекта в связи с юридическими маневрами соперника компания Forest City терпела убытки, но не сдавалась. Ее «карманы» были набиты деньгами достаточно туго для того, чтобы защищаться, а компания Taubman не была достаточно «местной», чтобы рассчитывать на безусловную благосклонность «родного» суда. Юридический ветер вскоре стал дуть на «паруса» Forest City. Сначала компания Taubman проиграла в суде штата дело об облигационном займе и была вынуждена подать аппеляцию в верховный суд Виргинии. Затем компания Forest City выиграла дело об экологической экспертизе и экспертизе подъездных путей, что привело к предварительному запрету на строительство. По мнению судей, у компании Taubman не было юридических оснований для возбуждения обоих исков.

Тем временем и Taubman, и Forest City преисполнились решимости завершить реализацию своих проектов, несмотря на юридические баталии. Обе компании приступили к делу. Строительство началось одновременно на двух площадках. Наконец, через четыре года после начала реализации проекта компании Forest City (после того как все судебные дела были решены в ее пользу), оба торговых центра открылись с интервалом в две недели на расстоянии пяти миль друг от друга. Торговые площади Ричмонда мгновенно увеличились на 2 млн кв. футов. Компания Dillard's, видимо, наверняка не зная, какой из двух торговых центров будет в конечном счете построен, подстраховалась, открыв универмаги в обоих торговых центрах.

Такая жестокая судебная борьба, которую вела компания Taubman, чтобы помешать строительству торгового центра Forest City, вряд ли под силу небольшой компании, но большинство крупных фирм, особенно работающих в сфере недвижимости, знает, как вести такую борьбу. Более того, любая модель бизнеса нового участника рынка, для реализации которой необходимо вначале «окопаться»: проложить трубопровод (в энергетическом секторе) или кабель (в отрасли телекоммуникаций) или построить железную дорогу, скорее всего, будет провоцировать иски и другие блокирующие маневры со стороны «старых» фирм.

Насколько удачной была тактика компании Taubman — «судиться со всеми и по любому поводу»? Если иметь в виду самый очевидный результат, то есть то, насколько ей удалось помешать реализации проекта Forest City, эта тактика оказалась неудачной. Это неудивительно, учитывая, что против юридической стратегии Taubman сработало множество факторов. Юридическая обоснованность исков была слабой, компания была лишена важнейших преимуществ, связанных с наличием финансовых ресурсов, стратегической позиции и слушания дела в «родном» суде (компания Taubman работала по одну сторону границы между городом и графством, а компания Forest City — по другую). Кроме того, это была битва равных. Компания Forest City была крупным и богатым концерном, и могла нанять лучших юристов. Можно было ожидать, что такая фирма будет активно бороться за право выйти на новый для нее рынок.

Однако с точки зрения стратегии, направленной на отсрочку реализации проекта Forest City, тактику компании Taubman можно считать удачной. Спутав планы соперника, компания Taubman нарушила сроки строительства и контракты с арендаторами. Она выиграла год, которого ей хватило, чтобы догнать конкурента. Эти отсрочки позволили компании Taubman уговорить ключевых арендаторов, мобилизовать финансовые ресурсы и приступить к реализации собственного проекта. Можно сомневаться в том, разумно ли с точки зрения бизнеса строить столько торговых площадей на такой небольшой территории, но если предположить, что такая стратегия развития была обоснованна, следует признать, что юридические ходы компании Taubman позволили ей выиграть время для ее реализации.

Количество торговых центров определяет рынок. Но существует много отраслей (например, здравоохранение и энергетика), в которых доступ на рынок конкретного региона непосредственно контролируют органы государственного регулирования. Если новые компании должны получать разрешения на доступ, процедура выдачи таких разрешений превращается в «пограничную войну» между «старыми» и «новыми» участниками рынка. Так, во многих штатах для строительства больницы или другого медицинского учреждения требуется подтверждение потребности в новых услугах, которое должно быть получено до начала строительства объекта. Такое подтверждение регулирующий орган выдает лишь после того, как убедится в существовании достаточного рыночного спроса на новые услуги.

В рамках таких регулятивных процедур «старые» фирмы используют самые разные ходы, блокируя «новичкам» выход на рынок. Во-первых, они могут попытаться превратить слушания о выдаче разрешения в настоящее «поле битвы», пригласив экспертов, которые могут оспорить доводы и результаты соответствующих исследований, представленные кандидатами, и потребовать скрупулезного соблюдения всех правил и инструкций. Во-вторых, крупные фирмы, противостоящие более мелким конкурентам, нередко публично заявляют, что они сами планируют расширение производственных мощностей, а значит, мощности новых фирм не нужны. Но после отказа новым фирмам планы «старых» фирм растворяются в воздухе. В редких случаях, если новым фирмам удастся доказать, что действующие компании поступают недобросовестно, используя такую тактику, против «старых» фирм может быть возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства.

Идем дальше: геополитические границы

Для выхода на рынок иногда необходимо пересечь геополитические и географические границы. Территориально-политические образования: города, штаты и государства – используют местное законодательство для установления правил торговли в пределах своих границ. Большая часть таких правил разрабатывается на основе публичных политических дебатов, например, по проблемам занятости, экономического роста и стабильности.

Но тот факт, что правительство может предоставить преимущества одним фирмам и отказать в них другим, неизбежно означает, что в политические и правовые акции, направленные на получение этих привилегий, непременно оказываются замешаны частные интересы. Мощные «старые» фирмы часто имеют преимущества перед новыми конкурентами как в смысле доступа к тем, кто принимает решения, так и с точки зрения стратегической рыночной позиции. Поэтому можно ожидать, что для защиты своих интересов они воспользуются указанными в этом разделе тактиками.

«Старые» и «новые» фирмы часто ведут между собой юридические баталии с целью получения контрактов, предоставляемых городскими властями. Изу-

чая дела в этой сфере, я обнаружил множество примеров того, как «старые» фирмы используют юридическую стратегию, чтобы воспрепятствовать приходу на рынок новых конкурентов в таких отраслях, как сбор мусора, дискотеки, строительство остановок для общественного транспорта, услуги такси и, чаще всего, кабельное телевидение. Типичным примером может служить отрасль кабельного телевидения в моем родном городе Филадельфии.

В конце 1990-х годов, в разгар бума интернета начинающая компания RCN Corporation из близлежащего города Принстона (штат Нью-Джерси) попыталась получить разрешение городского совета Филадельфии на прокладку собственной кабельной сети для организации телевидения, телекоммуникаций и высокоскоростного доступа в интернет в северной части города. Это событие широко освещалось в местной печати, так как RCN поддерживал один из основателей компании Microsoft — Пол Аллен. У фирмы была смелая новаторская идея: развивать конкуренцию в сфере услуг кабельной связи. Существует распространенное убеждение, что кабельное телевидение — это естественная монополия, и экономически оправданно существование на рынке только одной фирмы, предоставляющей такие услуги.

Несколько депутатов городского совета сочли предложение RCN заслуживающим поддержки, но с самого начала было ясно, что у компании мало шансов получить разрешение. «Старая» кабельная компания Comcast Corporation была не просто обычной филадельфийской фирмой. Она была одним из крупнейших работодателей в городе и владельцем городской профессиональной хоккейной и баскетбольной команд, а также двух закрытых спортивных сооружений. Эта фирма имела достаточные финансовые ресурсы и занимала выгодную стратегическую позицию. Она также делала крупные взносы в избирательные кампании многих депутатов городского совета и платила городу большие налоги. Компания Comcast быстро начала блокировать «новичку» доступ на рынок, воздвигая на его пути законодательный барьер при помощи городского совета.

Предложение RCN было заманчивым, и оно получило широкую поддержку в средствах массовой информации, но при этом отсутствовали три других фактора, определяющих успех юридической стратегии: наличие финансовых ресурсов, стратегической позиции и благосклонности тех, кто принимает решения. Более того, компании RCN пришлось пригрозить городскому совету иском только для того, чтобы добиться рассмотрения своей заявки. А городские чиновники, дружелюбно настроенные к компании Comcast, стали открыто выражать свою «озабоченность» в связи с возможным ухудшением ее экономического положения еще до рассмотрения заявки RCN. Совет так и не рассмотрел эту заявку. Компания RCN забрала ее, как только лопнул «мыльный пузырь» интернета.

Похожие юридические баталии часто сопровождают заключение контрактов на различные муниципальные услуги. При этом «старые» фирмы нажимают на все имеющиеся у них политические рычаги, чтобы не допустить на рынок новых конкурентов и сохранить свой бизнес. Процедуры заключения кон-

трактов обычно оговорены в нормативных документах, однако исход борьбы часто зависит от доступа к тем, кто принимает решения. Именно поэтому дальновидные компании, работающие на локальных рынках, считают целесообразным укрепление отношений с местными политиками задолго до того, как это может пригодиться.

На уровне правительства штата правовые барьеры для входа на рынок включают ограничения на продукты, профессии и род занятий. Как мы видели на примере продажи компанией Wal-Mart бензина по сниженным ценам, законодательные органы штатов становятся особенно отзывчивыми и доступными, когда аутсайдеры угрожают интересам местных компаний.

Например, нью-йоркские винные заводы и оптовые виноторговцы успешно лоббировали запрет на прямые продажи продукции винных заводов других штатов в Нью-Йорке. Нью-йоркские производители и оптовики оправдывали такой запрет необходимостью помешать несовершеннолетним гражданам заказывать дешевые вина через интернет. Однако подлинная причина (желание обеспечить конкурентные преимущества винодельческой промышленности штата) была столь очевидна, что федеральный окружной суд отменил закон, постановив, что такие ограничения в торговле между штатами противоречат конституции. (Несовершеннолетним гражданам все равно, каким вином напиваться: нью-йоркским или калифорнийским). В ряде штатов такие же «винные» законы также оспариваются как антиконституционные.

Один из моих любимых примеров в этой области связан с продажей гробов. Директора похоронных контор лоббировали принятие законов (и добились своего), запрещающих продажу гробов в штате без их разрешения на том основании, что гробы должны отвечать определенным санитарным нормам, соблюдение которых могут обеспечить только они.

Имея монополию на продажу гробов, директора похоронных контор вполне могут устанавливать высокие розничные наценки на ритуальные принадлежности, что они обычно и делают. В штатах, где действуют такие законы, даже производители ритуальных принадлежностей не имеют права продать гроб гражданину родного штата без разрешения похоронной конторы, имеющей лицензию. А производителям ритуальных принадлежностей из других штатов категорически запрещены прямые продажи в «чужих» штатах.

Как и в случае с «винными» законами, различные заинтересованные группировки оспаривали такого рода нормы, но с переменным успехом. Один из судов признал закон штата Теннесси о похоронных принадлежностях антиконституционным, характеризуя его как «откровенную попытку воздвигнуть крепость под названием монополюющей ренты, которую похоронные конторы взимают с потребителей» и высмеяв предложенное оправдание закона (необходимость соблюдения санитарных норм), как «дурно пахнущее». Но в других штатах аналогичные законы были поддержаны судами. Очевидно, только верховный суд США может решить, позволим ли мы самим выбирать, какой гроб и где именно покупать.

Третья важная геополитическая граница, которая служит правовым барьером на пути новых участников рынка, — это государственная граница. Протекционистские законы, обеспечивающие благоприятные условия для отечественных производителей и защищающие их от иностранных конкурентов, столь же стары, как сама торговля. Такие законы существовали еще в Древней Греции и Риме. Они могут быть важным элементом юридической конкурентной стратегии целых отраслей.

Политологи считают, что национальное государство — это независимый участник международных отношений, который принимает решения на основе тщательного анализа своих интересов. Но даже беглый взгляд на то, как работает торговый протекционизм, показывает, что торговая политика на самом деле зависит от интересов частного бизнеса и различных объединений трудящихся.

Один из первых признанных мультимиллионеров в истории американского бизнеса Джон Джейкоб Астор во многом обеспечил «первоначальное накопление капитала» благодаря лоббированию в 1816 году закона, запрещающего иностранным компаниям (прежде всего французским, расположенным в Канаде) торговать с американскими индейцами на территории США. Этот закон фактически обеспечил Астору монополию на прибыльную торговлю американскими мехами, что впоследствии позволило ему финансировать свою империю недвижимости в Нью-Йорке.

На протяжении всего XIX века протекционизм оставался важным направлением экономической политики США. Как я писал во введении, Джозеф Уортон в XIX веке возглавил коалицию промышленников для лоббирования защиты новой технологии того времени — производства стали. Президент Буш продолжил эту традицию в XXI веке, введя пошлины на импорт стали в период, когда она начала постепенно утрачивать свое значение для экономики.

Вообще говоря, крупнейшие фирмы отрасли обычно активнее всего лоббируют принятие протекционистских мер, направленных на ограничение импорта, когда ситуация в отрасли ухудшается. В случае прихода на рынок конкурентов этим фирмам грозят наибольшие потери, и они обладают достаточными ресурсами для осуществления самой агрессивной и настойчивой юридической конкурентной стратегии. Как показывают результаты исследований, введение протекционистских мер в таких отраслях, как сталелитейная промышленность, наиболее вероятно тогда, когда спрос на внутреннем рынке минимален. Крупные фирмы страдают от высоких «бросовых» затрат на уход из отрасли (закрытие заводов и потеря инвестиций в оборудование). В случае сужения рынка им некуда «податься». Чтобы отсрочить разорение, они активно используют протекционизм.

Возведение «регулятивных крепостей» — это наиболее распространенная юридическая стратегия на общенациональном рынке. Из 133 жалоб на нарушение антидемпингового законодательства, поданных в 1980-е годы акционерными компаниями, 115 (85% от общего количества) были удовлетворены на на-

чальной стадии за счет введения антидемпинговых пошлин. При этом из 72 жалоб, доведенных до стадии подачи апелляции и принятия окончательного решения, были удовлетворены 52 жалобы (72% от их общего количества). Рыночная стоимость компаний, жалобы которых были удовлетворены, возросла в среднем на \$46 млн, что позволило с лихвой компенсировать высокие расходы на ведение этих дел.

Кроме того, своим успехом эти компании обязаны облегченному доступу к политическим органам, а также квалификации юристов. Результаты исследования свидетельствуют о наличии прямой связи между успешным лоббированием в Международной торговой комиссии и взносами в пользу избирательных кампаний членов комитетов конгресса, контролирующих бюджет МТК. Следовательно, решающий фактор успеха лоббирования в МТК — это, разумеется, возможность оказывать на нее давление через союзников в конгрессе.

Существует множество форм торгового протекционизма, и в каждой стране работает своя сложная система государственного регулирования торговли (а также огромное количество юристов, которые зарабатывают на ней), нацеленная на защиту отечественных отраслей экономики от того, что законодатели называют «недобросовестной» иностранной конкуренцией. Однако в современных условиях роста глобальных рынков, силы, действующие в пользу свободной торговли: импортеры, экспортеры, отрасли высоких технологий и влиятельные мультинациональные компании, — стараются сломать барьеры, создавая для нейтрализации эффекта протекционизма глобальные правовые институты. С точки зрения юридической стратегии эти международные институты обеспечивают новые возможности для взятия «регулятивных крепостей» и обеспечения доступа на зарубежные рынки.

ВТО: правовой форум глобальной торговли

Крупнейшей международной организацией, стремящейся устранить правовые барьеры для доступа на рынки и стимулировать свободную торговлю между странами, является Всемирная торговая организация (ВТО). В ВТО существует сложная система урегулирования споров, позволяющая странам — членам организации подавать жалобы от имени своих экспортеров, если последние сталкиваются с барьерами для входа на рынки других стран — членов ВТО. Эта система, естественно, занимает центральное место в конкретных юридических стратегиях фирм, пытающихся проникнуть на рынки, закрытые вследствие действия национального протекционистского законодательства.

Механизм взаимодействия интересов стран, национальных правовых систем и такого международного «органа правосудия», как ВТО, сложен, но мультинациональные фирмы научились неплохо использовать его для получения (или защиты) своих конкурентных преимуществ. Современные руководители бизнеса обязаны разбираться в этом механизме, если их прибыли хоть в какой-то степени за-

висят от зарубежных рынков. Рассмотрим типичный пример того, как работает эта система. Наш пример касается одного из моих любимых фруктов — бананов.

Эта история началась в конце 1980-х годов, когда американские мультинациональные компании Chiquita, Dole и Del Monte имели крупнейшую долю на мировом рынке бананов. Модель бизнеса работала довольно просто. «Большая тройка» закупала 75% своих бананов в латиноамериканских странах: Эквадоре, Коста-Рике и Колумбии — и продавала их по всему миру. Крупнейшими покупателями бананов были европейские страны (особенно Германия, где компания Chiquita контролировала 90% рынка). Компания Del Monte не была крупным игроком на европейском рынке (как выяснилось позднее, это была самая разумная стратегия), поэтому нас интересуют только компании Chiquita и Dole.

Так уж вышло, что основная доля поставок на европейский рынок (около 30%) осуществлялась в рамках системы квот, стимулирующей импорт относительно дорогих бананов из бывших колоний Англии и Франции. Гарантированные закупочные цены, которые были частью этой системы, позволяли поддерживать экономику островов Карибского бассейна (Мартиники и Гваделупы), а также таких африканских стран, как Берег Слоновой Кости и Камерун. Английские и французские потребители платили за бананы больше, а покупатели в других странах (например, в Германии) — меньше.

От этой системы выигрывали прежде всего две европейские фирмы: английская Geest Bananas и ирландская Fuffes Bananas. Эти две компании выступали посредниками в сделках с бывшими европейскими колониями, и более высокие цены, которые платили потребители, обеспечивали получение прибыли посредниками и субсидирование производителей.

В 1992 году в рамках общей программы гармонизации сельского хозяйства Европейский союз приступил к разработке общей, «стандартной» политики на рынке бананов, обязательной для всех стран-членов ЕС. Компании Chiquita и Dole настойчиво добивались свободы торговли на всем европейском рынке, чтобы иметь возможность продавать свои более дешевые бананы в любой стране. Компании Geest, Fuffes и защитники бывших колоний не соглашались, доказывая, что политика свободной торговли разрушит экономику этих колоний. Они настаивали на распространении системы квот на всю Европу.

Европейские торговые фирмы имели доступ к органам власти и выгодную стратегическую позицию. Они могли сослаться на защиту «общественных интересов» — необходимость помогать бывшим колониям. Кроме того, банановый вопрос был лишь одной из многих важных проблем сельского хозяйства стран-членов ЕС — вопрос, в котором несколько стран были готовы уступить, чтобы добиться уступок в более важных вопросах.

Система квот устояла. Более того, компания Geest стала главным «разработчиком» законодательства ЕС, которое утвердило систему квот и распространило ее на все страны-члены союза. Рыночная доля компаний Chiquita и Dole тотчас же снизилась.

Компания Dole сумела адаптироваться к изменениям, развивая диверсификацию за счет проникновения на рынки других фруктов и скупки нескольких мелких европейских фирм, имевших квоты на поставку бананов. Однако компания Chiquita была заинтересована в торговле бананами в значительно большей степени, чем Dole. Опасаясь крупных потерь, она решила бороться с помощью юридического оружия.

Chiquita развернула борьбу по двум стратегическим направлениям, причем особенно активно и шумно повел себя ее исполнительный директор — колоритный бизнесмен из штата Огайо Карл Линднер, возглавивший фирму в 1984 году (тогда она называлась United Brands). На европейском фронте Линднер лоббировал в странах, ранее не участвовавших в системе квотирования, например в Германии и Бельгии, настаивая на рассмотрении этой системы законодательными органами ЕС. Германия уступила, но потерпела неудачу, так как Европейский суд постановил, что ЕС может игнорировать торговое законодательство Германии.

Тогда Линднер сконцентрировался на второй юридической стратегии. Он стал настаивать на том, что США должны нанести Европе ответный удар от имени Chiquita. Прежде всего он начал убеждать торговое представительство США «наказать» европейские страны в соответствии с американским торговым законодательством. Такие законы, и прежде всего раздел 301, разрешают частным фирмам обращаться в торговое представительство США с просьбой о принятии односторонних торговых санкций против государств, использующих торговые барьеры (такие, с которыми столкнулась компания Chiquita).

Однако когда США помогли создать ВТО и в 1994 году присоединились к этой организации, так называемый раздел 301 был почти забыт. Как я уже писал, ВТО предусматривает новый сложный механизм рассмотрения жалоб. Этот механизм включает подачу апелляции в постоянно действующий орган — апелляционный суд (Appellate Body). Страны-члены ВТО обязаны использовать эту процедуру в случае возникновения споров вокруг таможенных пошлин и других торговых барьеров. Поэтому Линднер переключился на то, чтобы убедить власти США возбудить в ВТО дело против европейских стран в связи с нарушением ЕС договорных обязательств. В 1996 году в результате усилий США такое дело было возбуждено.

Как бы то ни было, в главе 2, попытки частных фирм повлиять на политиков почти всецело требуют вносов на политические цели. Не стало исключением и дело Линднера. 12 апреля 1996 года, когда Микки Кантор, торговый представитель США, от имени компании Chiquita подал в ВТО жалобу на ЕС (эту жалобу поддержали также производители американских стран — производителей бананов), Линднер и другие представители высшего руководства компании Chiquita внесли более \$500 тыс. в фонд 24 комитетов демократической партии в разных штатах. Чтобы обеспечить успех Линднер также сделал крупные взносы на избирательную кампанию сенатора от республиканской партии Роберта Доула на выборах

1996 года. В 1998–1999 годах, когда рассматривался вопрос об ответственности ЕС и принятии соответствующих санкций, Линднер и его союзники ежегодно вносили еще по миллиону долларов на избирательные кампании представителей обеих партий, чтобы добиться поддержки интересов фирмы.

Если компании Geest и Fufies помогали разрабатывать законодательство ЕС о квотах по эту сторону Атлантики, то компания Chiquita принимала участие в подаче наступательного иска США против ЕС. Исковое заявление было составлено в сильных выражениях. В нем убедительно доказывалось, что «банановые» законы ЕС явно противоречат подписанным европейскими странами нормам ГАТТ, запрещающим квотирование. Арбитры ВТО, в число которых входили специалисты по международному праву и торговле, согласились с этими доводами. В 1997 году, после завершения процесса рассмотрения апелляции, ВТО предложила Европе отменить квоты.

В обычном суде дело на этом закончилось бы. Постановление суда, подкрепленное полномочиями правоохранительных органов, заставило бы ответчика подчиниться. Но не существует «мировой полиции», которая могла бы заставить ответчика выполнить решение ВТО, и ЕС, опасаясь утраты контроля над своей сельскохозяйственной политикой, решил не подчиняться «решению о бананах». Возник деликатный политический вопрос о санкциях.

Юридическая система ВТО предусматривает отдельную процедуру принятия решения о ведении санкций в случае отказа страны—члена союза выполнить ее постановление. Потому была собрана другая группа экспертов, которая оценила убытки Chiquita, и в апреле 1999 года (через три года после подачи первой жалобы) ВТО разрешила США ввести торговые санкции на импорт европейских товаров объемом в \$191 млн, чтобы наказать ЕС за отказ выполнить «банановое» решение ВТО.

В результате дальнейшего лоббирования и финансовых вливаний конгресс США одобрил поочередное введение карательных пошлин на различные европейские товары, от немецкого кофе до итальянских сыров. К тому времени Линднер стал «постоянным посетителем» Белого дома. Он был желанным гостем президента Билла Клинтона, часто «забегая» к нему на чашечку кофе. Его приглашали на официальные обеды, а как-то раз он даже ночевал в спальне Линкольна.

ЕС снова занял выжидательную позицию, чтобы увидеть, какие политические последствия будут иметь карательные пошлины США. Таможенные пошлины – это обоюдоострое оружие. Разумеется, они навредят европейским экспортерам. Но они также причинят ущерб американским импортерам и потребителям, так как объем торговли сократится, а цены на соответствующие европейские товары возрастут. Можно было ожидать, что американские компании, интересы которых будут затронуты введением пошлин, начнут лоббировать принятие решения о мирном урегулировании спора.

В конечном счете, политические соображения, а также финансовый кризис, в котором оказалась компания Chiquita, привели к окончанию дела в 2001 году.

После восьми лет глобальной тяжбы вокруг рыночной позиции на европейском рынке финансовые показатели компании ухудшились настолько, что она оказалась под угрозой банкротства. Кроме того, в Белом доме поселился новый президент Джордж Буш, который положил конец прошлым контактам Линднера с администрацией Клинтона. Предложение европейской стороны о прекращении дела и сохранении квот было выдвинуто еще несколько месяцев назад. Компания Chiquita возобновила обсуждение вопроса, добилась некоторых незначительных уступок и наконец в апреле 2001 года (через девять лет после принятия ЕС законов о расширении квотирования, потратив почти \$6 млн на взносы в пользу политических партий) договорилась с ЕС.

Соглашение позволило компании вернуть себе некоторую часть утраченной рыночной доли за счет участия в обновленной системе квотирования на более благоприятных условиях. И, что не менее важно, сделка обеспечила ей постоянное преимущество перед одним из самых серьезных конкурентов на европейском рынке — американской компанией Dole.

За девять лет тяжбы компания Dole израсходовала на политические вливания в десять раз меньше средств, чем Chiquita, поэтому ее позиция не позволяла ей диктовать условия на заключительной стадии переговоров. Потому исполнительный директор Dole сразу же оспорил соглашение. Он заявил, что «сделка несовместима с американской системой свободного предпринимательства, поскольку обеспечивает одной компании — Chiquita Brands International доминирующую долю рынка в рамках закрытой системы квот Европейского союза».

Это заявление прозвучало очень вовремя. Компания Chiquita обанкротилась, затем она возродилась, но уже без Линднера. После урегулирования конфликта Карл Линднер ушел в отставку, прихватив в качестве «премии» \$18 млн. Он посвятил себя управлению новым «предприятием», купленным им в 1999 году, — профессиональной бейсбольной командой Cincinnati Reds.

Уроки «бананового» дела вписываются в нашу теорию пяти факторов успеха юридической стратегии. Начав правовую и политическую атаку на укоренившиеся, одинаково мощные «старые» фирмы Geest и Fuffes на их территории, Линднер сильно рисковал. Сложная юридическая конкурентная стратегия (а более сложных стратегий, чем глобальный торговый спор, просто не существует) требует огромных затрат времени и денег. Компания Chiquita имела необходимые финансовые ресурсы, но они были исчерпаны до окончания дела.

Кроме того, как это обычно бывает в «пограничных войнах», компании Geest и Fuffes имели стратегические преимущества, связанные с длительным пребыванием в отрасли. Сохранению статус-кво в Европе благоприятствовали квоты, и компании Geest и Fuffes предпочли защищаться, вынудив Линднера влить на себя расходы, связанные с возбуждением дела. К тому же обе европейские фирмы пользовались благосклонностью тех, кто принимал юридические решения в ЕС. Политиков, озабоченных рядом взаимосвязанных проблем сельского хозяйства, для решения которых требовалась скорее «управляемая», а не

«свободная» торговля. Поддержка бывших колоний также придавала системе квот видимость легитимности.

Юридическая обоснованность позиции Линднера была солидной, но, как обычно, это был только один из факторов успеха конкурентной стратегии. Линднер легко выиграл дело в ВТО, однако у него возникла проблема с проведением принятого решения в жизнь. Несмотря на помощь Белого дома и конгресса, он не сумел заставить Европу отменить квотирование. Когда его модель бизнеса потерпела неудачу, он мог утешить самого себя, что сделал все что мог. В конечном счете он «спас» свои политические инвестиции и добился урегулирования спора, обеспечив себе стратегическое преимущество над ближайшим конкурентом — Dole.

«Банановая война» — это великолепный пример «торговой войны». Но была ли она разумна с точки зрения расходования ресурсов? Я полагаю, что нет. Во-первых, если учитывать все факторы стратегического анализа, Линднер действовал опрометчиво. Во-вторых, чем дольше тянулся конфликт, тем глубже Линднер «увязал» в деле, стремясь на каждой следующей его стадии оправдать расходы, сделанные на предыдущем этапе. Возможно, компании Chiquita следовало бы прекратить расходовать средства еще в начале 1990-х годов и переориентировать свою рыночную стратегию на неевропейские рынки.

Защита продуктовых рынков: определение границ отрасли

Границы продуктовых рынков должны быть защищены столь же надежно, как и географические границы. Поэтому, чтобы помешать доступу к отдельным продуктовым сегментам, фирмы используют самые разные юридические и регулятивные инструменты. В следующей главе мы увидим, как компании используют судебные дела о защите интеллектуальной собственности для предотвращения пиратского копирования и некачественных подделок оригинальных продуктов. В этой главе мы рассмотрим, как регулируемые отрасли защищают сегментированные рынки с помощью правовых стратегических инструментов.

Как было показано в главе 3, системы государственного регулирования во всем мире ставят под контроль те предприятия, которые производят товары или услуги «в интересах всего общества». Под контролем государства находятся такие отрасли и рынки, как транспорт, рынок ценных бумаг, энергетика и телекоммуникации. В таких отраслях в зависимости от экономических условий, развития технологии, геополитических факторов и настроений избирателей, выказывающих недовольство существующим положением в течение того или иного избирательного цикла, государственное регулирование то вводится, то отменяется, то меняется. Когда дуют ветры перемен, барьеры для входа на рынок то воздвигаются, то разрушаются, и делают это юристы и экономисты (а не потребители), которые определяют границы рынка. В таких случаях наличие или отсутствие доступа на рынок зависит от умения компании использовать юридическую конкурентную стратегию.

Каждый регулируемый рынок имеет собственную сложную историю, поэтому я приведу в качестве примера только американскую отрасль телекоммуникации. Этот пример показывает, как отрасли используют юридические инструменты для определения своих границ. Эта правовая история еще не закончилась, но уже сейчас можно сделать однозначный вывод: чтобы навязать свои правила в регулируемой отрасли, требуется настойчивость, бдительность и гибкость. Фирмы, которые хотят устанавливать свои правила, должны мастерски владеть конкурентной юридической стратегией.

После того как в начале 1980-х правительство США разрушило монополию AT&T, несколько региональных телефонных компаний сохранили монопольное положение на рынках локальной связи, а единственная компания, предоставляющая услуги междугородной связи, сохранила название AT&T. Рынок был четко поделен. Региональные фирмы, предоставляющие услуги междугородной связи, не вторгались на рынки локальной связи, а «локальные» монополии не занимались междугородной связью.

За несколько лет локальные операторы объединились, превратившись в четыре отделения компании Bell: Verizon, BellSouth, SBC и Qwest, причем каждая компания была монополистом в своем регионе. Компании группы Bell кооперировались с компаниями междугородной связи, обеспечив последним доступ к коммутаторам местной связи. Между тем, компании междугородной связи имели собственные коммутаторы, позволяющие местным абонентам делать междугородные звонки. Между этими двумя рынками существовали четкие границы, однако фирмы, работающие на них, горели желанием сломать законодательные перегородки и проникнуть на «соседний» рынок — на условиях, которые позволяли бы по возможности сохранить существующие конкурентные преимущества. И те, и другие компании начали лоббировать реформу.

Так как обе стороны представляли собой хорошо организованные, мощные группы, лоббирование в пользу реформы телекоммуникаций в 1990-х годах служит ярким примером битвы группировок, имеющих разные интересы. Результатом этой битвы стал закон о телекоммуникациях 1996 года, который определял условия конкуренции всех телекоммуникационных компаний на рынках как локальных, так и междугородных переговоров.

Рынок междугородной связи вот-вот должен был стать конкурентным, поэтому главным экономическим вопросом, стоящим на повестке дня, был вопрос о «важной плате», которую такие компании, как AT&T и MCI, должны были заплатить за пользование локальными сетями компаний группы Bell, чтобы иметь возможность предоставлять услуги локальной связи. Слишком высокая плата означала бы для региональных отделений компаний Bell сохранение конкурентного преимущества, а слишком низкая привела бы к их быстрому вытеснению с рынка новыми конкурентами, получившими возможность свободной конкуренции на этих сетях. Конгресс не решил эту технико-экономическую про-

блему и предоставил сделать это федеральной комиссии по связи и органам регулирования рынков коммунальных услуг в штатах.

Практически с момента принятия закона в 1996 году региональные компании Bell начали использовать судебные инструменты, надеясь с их помощью вернуть себе то, что они потеряли в ходе законодательных «торгов». Особенно настойчиво они боролись против любой попытки установления регулируемыми органами «входной платы» за доступ на локальный рынок. В конце концов, чем больше они затягивали принятие решения, тем дольше они сохраняли свою монополию. А так как рынок междугородных переговоров уже был открытым, они имели возможность добиваться проникновения и в этот сегмент. Один адвокат как-то выразился о процедуре регулирования в отрасли телекоммуникаций следующим образом: «Чем больше куча бумаг, тем больше времени вы выигрываете при рассмотрении дела в таком органе, как ФКС. <...> Цель тяжбы заключается в том, чтобы создать помехи конкурентам, в то время как ваш клиент продолжал бы получать прибыль». Это высказывание справедливо и в отношении комиссий по коммунальным услугам штатов, где региональные отделения компании Bell вели упорную юридическую войну вокруг вопроса о «входной плате» на рынок локальных услуг телефонной связи.

К 2003 году региональные отделения Bell оказывали услуги междугородной телефонной связи в 35 штатах, причем в некоторых штатах рыночная доля этих компаний достигала 25%. Напротив, конкуренция на рынках локальной связи только зарождалась, поскольку органы регулирования штатов начали устанавливать достаточно низкие ставки «входной платы», обеспечивающие доступ на рынок как крупным, так и мелким компаниям — от «бабочек-однодневок» до таких гигантов, как AT&T, MCI и Sprint. В конечном счете, как компании, представляющие локальные услуги, так и фирмы, предоставляющие услуги междугородной связи, начали предлагать абонентам «пакетные» услуги, включающие как местные, так и междугородные звонки.

Тогда лоббисты компании Bell «достали из шляпы» последнего «кролика». ФКС, которую к тому времени возглавили консерваторы из лагеря президента Буша, распространила слух об отказе от регулирования «входной платы» за доступ на рынок и о том, что теперь вопрос о доступе на тот или иной локальный рынок будет решаться только путем переговоров. Региональные отделения компании Bell доказывали, что нет никакой необходимости стимулировать конкуренцию на рынке локальных услуг телефонной связи за счет низких ставок «входной платы» за доступ на этот рынок, поскольку беспроводная телефония, кабельная телефонная связь и интернет уже обеспечивают достаточную конкуренцию на этом рынке. Кроме того, они указывали, что регулируемая система низких ставок «входной платы» лишает провайдеров услуг экономических стимулов для совершенствования локальных сетей. Разрешение устанавливать «входную плату» по соглашению сторон может побудить некоторые новые фирмы к созданию собственных, более совершенных сетей.

Региональные отделения компании Bell, которые на протяжении многих лет препятствовали доступу конкурентов на свои рынки, теперь доказывали, что именно эта тактика сделала регулирование излишним. Однако фирмы, предоставляющие междугородные услуги телефонной связи, закричали «караул!». Они указывали, что терпеливо ждали окончания законодательного процесса 1996 года, но теперь поняли, что им придется создавать собственные сети для вхождения на рынок локальных услуг. Политические страсти снова начали накаляться, так как общенациональные фирмы объединились с органами регулирования в штатах против предлагаемых ФКС новых правил. Решающее значение сыграла поддержка регулятивных органов штатов. Один из членов ФКС (республиканец) в последний момент изменил соотношение голосов и поддержал изменение закона, согласно которому право устанавливать «входную плату» вернули штатам. Однако в рамках соглашения регулирующие органы установили окончательный срок для отмены «входной платы».

Усилия лоббистов региональных компаний Bell, которые пользовались экономическим влиянием во всех уголках страны (а следовательно, и поддержкой значительного количества конгрессменов от обеих партий) не вполне достигли своей цели. Местные регулирующие органы, опасаясь лишиться значительной доли своих регулятивных функций и имея возможность «рядиться в тогу» защитников потребителей, показали себя мощной лоббистской силой. Однако «игра» с регулированием телекоммуникаций на этом не закончилась — она лишь перешла в следующую стадию.

Более того, те же соперники, что боролись между собой за право доступа на американские рынки услуг локальной телефонной связи, уже единым фронтом лоббировали получение поддержки правительства США для проникновения на мексиканский рынок телекоммуникаций, на котором бывшая государственная монополия — компания Telmex успешно использовала сочетание регулятивных проволочек, хитроумных юридических уловок и благосклонности местных политиков для того, чтобы не допустить в Мексику конкурентов из США. Как оказалось, даже самым искушенным специалистам в области судебных разбирательств и юридической стратегии было чему поучиться у коллег, которые работали к югу от американской границы. «Следующая остановка» обеих сторон в этой новой «пограничной войне» — это Всемирная торговая организация.

Пять факторов успеха юридической стратегии в баталиях с новыми конкурентами: краткий обзор

В примерах, представленных в этой главе, каждый из пяти факторов успеха юридической стратегии сыграл важную роль. Но, как мы неоднократно видели, «старые» фирмы, использующие закон для блокирования выхода на рынок новых

конкурентов, имеют особые системные преимущества, связанные как с их стратегической позицией, так и с благосклонным отношением местных политиков.

Фактор 1: юридическая обоснованность

В «пограничных войнах» юридическая обоснованность аргументации часто играет второстепенную роль. Если бы в телекоммуникационной отрасли все решали бы чисто экономические соображения, регулирование этой отрасли было бы полностью отменено еще много лет назад. Но, поскольку в этой отрасли важную роль играли интересы политиков и различных группировок, процесс дерегулирования был замедлен или нарушен. В тяжбе компании Taubman с компанией, строящей торговый центр, — Forest City, и в многолетней эпопее борьбы Карла Линднера с европейскими банановыми квотами юридическая обоснованность аргументации также не имела решающего значения. И компания Taubman, и европейские импортеры бананов добились важных стратегических целей, хотя и терпели неудачи на каждой стадии юридического спора.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

В борьбе за географические рынки между «старыми» фирмами и новыми конкурентами общественное мнение, как правило, оказывается на стороне первых. Хорошая пиар-кампания помогает направить юридический диспут в русло, которое не оставляет общественность равнодушной. «Столетняя война» сталелитейной промышленности США с иностранными импортерами обычно маскировалась под борьбу за спасение американских рабочих мест, а информационная кампания под лозунгом «Все на защиту нашей стали» в поддержку введения президентом Бушем в 2002 году специальных таможенных пошлин на импортную сталь доказала свою эффективность. Европейские импортеры бананов также успешно использовали такой аргумент, как забота об интересах бывших колоний, которые хотят избавиться от бедности.

Фактор 3: стратегическая позиция

Как было сказано выше, с точки зрения стратегической позиции «старые» фирмы отрасли имеют естественное преимущество перед новыми «претендентами» на рынок. Это преимущество, если его используют, не оскорбляя чувств общественности, может иметь решающее значение. Иллюстрацией может служить история о семье Колеров. Владельцам лицензированных киосков, расположенных на территории футбольного стадиона Дикинсон-колледжа, достаточно было поднять телефонную трубку, чтобы нежелательных конкурентов немедленно убрали. Европейские импортеры бананов имели такое же стратегическое преимущество, когда Карл Линднер попытался сломать устоявшуюся систему банановых квот. Будучи аутсайдером для ЕС, Линднер был лишен рыночных рычагов, которые он мог бы использовать против своих оппонентов. Это заставило его прибегнуть к обходным, более сложным политическим маневрам.

Фактор 4: *финансовые ресурсы*

Фирмы, не имеющие финансовых ресурсов для ведения юридической борьбы и пытающиеся проникнуть на рынок, занятый мощными, прочно укоренившимися на нем компаниями, находятся в явно невыгодном положении. Примером может служить компания Comcast, которой удалось отсрочить приход фирмы RCN на рынок кабельного телевидения настолько, что финансовые ресурсы RCN оказались исчерпанными. Будучи не в состоянии продолжить реализацию своей модели бизнеса, компания RCN отозвала свою заявку. Но если обе стороны располагают достаточными средствами, как это имело место в деле «Taubman против Forest City» и в схватке вокруг доступа на рынок локальных услуг телефонной связи, можно ожидать продолжительной борьбы «не на жизнь, а на смерть» на всех трех юридических фронтах: судебном, регулятивном и лоббистском.

Фактор 5: *доступ к тем, кто принимает решения*

Важнейшее преимущество, которое «старая» фирма может использовать в борьбе с новыми конкурентами, — это, пожалуй, благосклонность местных политиков (при условии, что эта фирма заблаговременно позаботилась о налаживании отношений с ними). Мы наблюдали это на многих примерах. Связи компании Comcast с городским советом Филадельфии помогли ей отсрочить рассмотрение заявки RCN на получение лицензии, необходимой для оказания услуг кабельного ТВ в городе. А многие заинтересованные группировки, от похоронных бюро до оптовых виноторговцев, использовали законы штатов, принятие которых они лоббировали для того, чтобы ограничить доступ на географические рынки штатов. Наконец, в «банановой войне» обе стороны пользовались благосклонностью соответствующих правительств, что привело к глобальному разбирательству в ВТО.

* * *

Барьеры для входа на рынок, будь то законодательные преграды, «регулятивные крепости» или «башни» из судебных исков, позволяют фирмам получать прибыли в течение длительного времени. Правовые барьеры могут «одним махом» покончить с конкуренцией — с помощью судебного постановления, системы государственного регулирования или принятия нового закона. Фирмы знают это и выделяют значительные ресурсы для возведения таких барьеров и защиты своих рынков.

В следующей главе будет рассмотрена третья конкурентная сила — замещающие товары и новые изобретения, угрожающие полной отменой товарной категории. Эта сила будет рассматриваться одновременно с двумя формами юридических конкурентных преимуществ: умелым использованием патентных стратегий и мер, позволяющих фирме контролировать признанный отраслевой стандарт. Компании иногда сочетают эти две меры, получая патент на отраслевой стандарт. Это обеспечивает им отличную возможность стратегического контроля над темпами инновационного процесса и изменений в отрасли.



КОНТРОЛЬ НАД ИННОВАЦИЯМИ

патенты и стандарты

Единственная настоящая монополия — это американский патент.
 Марья Ханна, политический деятель XIX века

Античные авторы рассказывают интересную историю о римском императоре Тиберии. Как-то к нему пришел один человек и сказал, что изобрел замечательную вещь — небьющееся стекло. На Тиберия это произвело впечатление, и он спросил изобретателя, показывал ли он свое стекло кому-нибудь еще. Когда тот заверил императора, что об этом чуде никто не знает, Тиберий приказал зарыть стекло глубоко в землю, а изобретателя убить.

Когда Тиберия спросили, зачем он казнил изобретателя, он ответил: беспокоясь о процветании империи. Такое чудо, как небьющееся стекло, вскоре стало бы самым ценным товаром в Риме, а золото было бы не дороже грязи. На такой риск к император пойти не мог.

Фильм 1951 года с участием Алека Гиннеса «Человек в белом костюме» переносит этот сюжет в современную деловую жизнь. В фильме изобретатель на-

шел способ получения «вечной» ткани. Он шьет из нее костюм, который с гордостью демонстрирует своему работодателю — текстильной фирме. На протяжении фильма изобретатель безуспешно пытается спасти свое изобретение, а менеджеры и профсоюзы преследуют его, чтобы уничтожить костюм до того, как он сделает ненужными все текстильные фабрики.

Если инновации внешних конкурентов позволяют потребителям по-новому решать свои проблемы, это угрожает благополучию действующих в отрасли фирм. История об императоре Тиберии и фильм «Человек в белом костюме» показывают, что угроза особенно велика, если нововведение может разрушить базовую модель бизнеса в отрасли.

Эта угроза связана с появлением замещающих товаров. В 1960-е годы добраться из Нью-Йорка в Вашингтон, стало возможным не только по железной дороге, но и на самолете. В 1970-е годы для операций по хранению денег и быстрому снятию их со счета при помощи чеков стали использовать не только банки, но и открытые инвестиционные фонды. В начале 2000 года интернет стал угрожать прибыльному рынку музыкальных компакт-дисков.

Замещающие товары, «осаждающие рынок», оказывают на «старые» фирмы отрасли такое же давление, как и новые потенциальные конкуренты. Если лидерам рынка не удастся полностью удовлетворять запросы потребителей, последние стремятся найти другие товары. Если вашей отрасли угрожают быстрые, радикальные технологические изменения, проблема заключается в том, как «удержать» их до того момента, когда вы сможете сами «оседлать» технологию, а не быть ее жертвой. Если же вы — инноватор, то перед вами стоит совсем другая задача: вы должны преодолеть препятствия, воздвигнутые «старыми» фирмами. В любом случае, правовые битвы вокруг контроля над инновациями требуют использования самых сложных и ответственных стратегий бизнеса.

Противодействие инновациям ставит «старые» фирмы отрасли в весьма неудобное положение противников технического прогресса — ретроградов и «анти-инноваторов». Как однажды заметил обозреватель Майкл Кинсли, если компания препятствует новой технологии, она нередко выступает в роли «загадочного генерала Лудда», последователи которого, луддиты, в XIX веке «рыскали по всей стране, уничтожая современное текстильное оборудование, опасаясь, что оно вызовет безработицу». Единственное отличие современных „анти-инноваторов” от луддитов заключается в том, что вместо дубинки они используют правовые инструменты».

Иногда лучшее, на что только могут надеяться «старые» фирмы, — это задержки и отсрочки. В деле о маргарине, о котором шла речь в главе 2, производители молочной продукции XIX века сначала хотели полностью запретить ненавистный заменитель сливочного масла. Однако на защиту маргарина стали мощные заинтересованные группировки — от производителей семян хлопка до скотоводов. Лоббисты молочной промышленности вынуждены были согласиться на введение налога на продажу маргарина, правил о красителях и законов о маркировке продукции. То же самое произошло с американскими железными дорогами, когда они

столкнулись с конкуренцией со стороны автотранспортных компаний. Система скоростных магистралей, соединяющих штаты, стала реальностью, и железным дорогам пришлось ограничиться лоббированием в пользу дорожных налогов, пунктов взвешивания грузовиков и других дорогостоящих правил, которые вели к повышению затрат владельцев грузовиков и ухудшали их конкурентные позиции.

Однако в тех случаях, когда трансформация технологии угрожает полным разрушением базовой модели бизнеса, борьба ведется не на жизнь, а на смерть. В деле Napster компромисс был невозможен: слишком много было поставлено на карту.

Динамизм рынков создает особые трудности для стратегов, анализирующих последствия появления заменителей для конкуренции. Концептуальные трудности связаны прежде всего с базовым рынком, на котором происходит конкуренция. Если мыслить широко и творчески, у любого товара или услуги имеется множество заменителей. Вопрос в том, насколько потребители готовы переключиться на заменитель для удовлетворения определенной потребности. Если потребители не склонны переключаться на замещающий товар, каким бы привлекательным он ни был, экономисты говорят, что спрос на основной продукт сравнительно неэластичен, а действующие в отрасли фирмы контролируют рынок. Если потребители легко переключаются на замещающий товар, спрос считается эластичным, и конкурентное давление замещающих товаров на рынок будет значительно более сильным.

Вопрос об определении границ рынка часто возникает в антитрестовских делах и при анализе государственной политики, а это, в свою очередь влияет на юридические стратегии, связанные с инновациями и заменителями. Например, правительство как-то обвинило компанию DuPont в монополизации рынка целлофановой упаковки. Ей принадлежало 75% рынка, что явно указывало на монопольное положение. Однако юристы DuPont выиграли дело в верховном суде США, продемонстрировав судьям разнообразные упаковочные материалы — от алюминиевой фольги до вощеной бумаги. Юристы показали, что для упаковки одних и тех же товаров используются наряду с целлофаном и другие материалы, а доля последнего в этой категории товаров составляет всего 20%. Судей это убедило, и они постановили, что компания DuPont не является монополистом на рынке эластичных упаковочных материалов.

Юридические стратегии играют особенно важную роль в областях, связанных с инновациями. Это касается внедрения новых товаров, новых методов сбыта, патентов и новых отраслевых технических стандартов. Мы рассмотрим каждую из этих областей.

Признанные продукты и угроза появления новых товаров

Новые продукты угрожают устоявшимся рынкам, действующие на них фирмы сталкиваются с ситуацией, схожей с той, в которой оказались император

Тиберий, и о персонаже Алека Гиннеса. Блокировать появление на рынке новых продуктов часто помогает система государственного регулирования. Так, компания Canada Dry в 1967 году первой разработала «колу» без кофеина (напиток назывался Sport). Но она не могла продавать его, так как могущественная компания Coca-Cola убедила управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов запретить продажу напитка на том основании, что он «неправильно маркирован». Компания утверждала, что любой напиток на основе «колы» должен по определению содержать кофеин, так как делается из кола-бобов, и такого напитка без кофеина в принципе быть не может. Управление заставило компанию Canada Dry отказаться от своей идеи. Несколько лет спустя, в 1980 году, когда более крупные фирмы — Pepsi и Coca-Cola — были готовы выпустить на рынок собственные напитки без кофеина, они убедили управление изменить свою позицию, и этот новый сегмент рынка стал процветать.

В различных исследованиях подробно описываются способы, с помощью которых «старые» фирмы в регулируемых отраслях используют бюрократические процедуры, чтобы затормозить важные нововведения, угрожающие их моделям бизнеса. Несколько лет назад Майкл Кинсли собрал документы, показывающие, как компания AT&T тормозила внедрение спутниковой технологии, призванной заменить подводные кабели в отрасли международной телефонной связи.

В то время (в 1960–1970-е годы) компания AT&T была регулируемой монополией в отрасли телефонной связи США, и тарифы на ее услуги устанавливала ФКС. Компания «любила» дорогие подводные кабели (один из них, проложенный в 1975 году, стоил \$145 млн), потому что затраты на кабель учитывались при установлении тарифов и определении максимального уровня ее прибыли. Чем выше была тарифная ставка, тем больше компания могла взимать за телефонные услуги. Новая спутниковая технология была более экономичной.

Компания AT&T и ее союзники неоднократно ходатайствовали перед ФКС и убедили принять решение, согласно которому половина международных переговоров должна была осуществляться с помощью кабеля, несмотря на его более высокую стоимость по сравнению со спутниковой связью. Комиссия также обязала государственное предприятие, разрабатывавшее оборудование для спутниковой связи — COMSAT — продавать свои спутниковые каналы только «старым» фирмам — таким, как AT&T. Таким образом, действующие операторы могли решать, сколько каналов перепродать и сколько оставить в резерве с тем, чтобы на подводные кабели приходилась большая часть телефонных переговоров.

В конечном счете, ФКС разрешила использовать спутники как для международной, так и для внутренней связи. Но делала она это неохотно, опасаясь сопротивления AT&T. Суммируя свои выводы, Кинсли пишет: «То, что регулирующие органы становятся „прислужниками“ отрасли, которую они призваны регулировать, — это не новость. Мораль этого маленького поучительного рассказа такова: оказываемые ими „услуги“ не только не стимулируют свободное развитие технологии, а напротив, тормозят его».

Если фирма является бесспорным лидером на рынке, она может тормозить нововведения не только в регулируемой отрасли. Для этого обычно достаточно сделать предварительное встречное заявление о выпуске нового товара или услуги. Если нововведение неминуемо, доминирующее фирмы иногда публично заявляют, что и они вот-вот выпустят на рынок свой вариант нового привлекательного продукта. Предпочитая дождаться продукции признанной фирмы, покупатели не торопятся покупать заменитель, который тем самым утрачивает преимущество «первопроходца». Упреждающие заявления о выпуске нового продукта — это прекрасный пример преимуществ компаний, занимающих выгодные стратегические позиции в конкурентных битвах.

В сфере разработки программного обеспечения такая тактика известна под характерным названием «продажа пара» (от англ. *varogware*; *varog* — «пар», а также «химера, фантазия» и *ware* — от *software* — программное обеспечение). В ходе рассмотрения антитрестовского дела компании Microsoft один из судей первой инстанции Стенли Споркин обратил внимание на использование компанией такой тактики для сохранения своей монополии в производстве операционных систем. В 1982 году компания Microsoft объявила, что в течение нескольких недель она выпустит новую операционную систему Windows, включающую последнее достижение в области программного обеспечения — интерфейс *point-and-click* («укажи и щелкни»). В то время до продаж этого программного продукта компанией Microsoft было еще далеко, зато небольшая фирма VisiCorp уже могла выпустить свой аналогичный продукт на рынок. Она продемонстрировала свою новую операционную систему на отраслевой выставке и готова была поставлять ее версию для персонального компьютера IBM. Компания VisiCorp выпустила свой продукт в 1983 году, однако кампания по «продаже пара» Microsoft отпугнула потенциальных покупателей. Первый вариант ОС Windows дебютировал лишь в 1985 году, а VisiCorp была продана конкуренту, почти не оставив следа в истории компьютерной отрасли.

Но инноваторам нелегко бороться с «продажей пара» и «химерами». Когда правительству предложили включить историю с компанией VisiCorp в антитрестовское дело против Microsoft, оно отказалось сделать это. Большинство компаний в разное время выступают с оптимистическими заявлениями о выпуске новых товаров, но лишь немногие верят таким заявлениям. Кроме того, прокуроры понимали: им будет трудно доказать, что клиенты Microsoft купили бы продукт VisiCorp, если бы Microsoft не выступила со своим заявлением. Опытный стратег Гейтс в очередной раз пошел на тщательно продуманный риск и выиграл.

Если инноваторы уже заключили контракты на свою продукцию и терпят убытки в связи с упреждающими заявлениями о выпуске новых товаров, их шансы на выигрыш возрастают. В юридических баталиях такого рода действующим фирмам можно предъявить иск в связи с недобросовестной конкуренцией и «вмешательством в контрактные отношения». Чтобы доказать обоснованность иска, истец должен показать, что: 1) у него есть действующие контракты с клиен-

такого продукта заведомо не существует, и намереваясь повлиять на клиентов истца с тем, чтобы они аннулировали контракт; 3) в результате действий ответчика истец потерпел убытки.

Наиболее известное дело такого рода, которое слушалось на федеральном уровне, — это дело «Manufacturing Research Corp. против Greenlee Tool Co».. Истец — начинающая компания MRC, выпустившая новаторский электроинструмент — потерпел убытки в результате заявления лидера рынка — компании Greenlee — о том, что она скоро выпустит на рынок конкурирующий продукт, по своим характеристикам близкий к инструменту MRC. Несколько клиентов и инвесторов MRC отвернулись от нее. На деле же компания Greenlee не располагала конкурирующим инструментом, и ей понадобилось четыре года, чтобы выпустить его на рынок. К тому времени MRC потерпела крах. Суд постановил, что ответчик должен выплатить истцу компенсацию за упущенную прибыль, а также за вынужденное прекращение деятельности.

Еще один способ, который используют лидеры рынка, связан со стратегией копирования. Опираясь на эффект масштаба и возможности сбыта, они могут заимствовать вашу идею и переманить ваших клиентов. Когда это происходит, часто само существование вашего бизнеса зависит от обоснованности ваших прав на интеллектуальную собственность.

Например, небольшая компания Blue Mountain Arts, выпускающая поздравительные открытки, была вынуждена вести трехлетнюю тяжбу с гигантской компанией Hallmark Cards вокруг созданной Blue Mountain рыночной ниши — «непоздравительных» открыток. Расположенная в Боулдере (штат Колорадо) компания первой стала выпускать такие открытки, отличавшиеся высоким качеством исполнения, содержащие отрывки из стихотворений и предназначенные для рассылки без видимых причин — просто для выражения симпатии к адресату.

Компания Hallmark решила вторгнуться в эту нишу, но ее продукция не подходила для указанной цели. Не имея возможности конкурировать с помощью собственных идей, она решила «заимствовать» их у Blue Mountain. Сначала Hallmark решила купить конкурента, но владельцы Blue Mountain супруги Сьюзен и Стивен Шульц отвергли «домогательства». Спустя месяц, реализуя план, который явно был разработан заранее, компания Hallmark выпустила серию открыток Personal Touch («Индивидуальный подход»), практически неотличимых от продукции конкурента.

Компания Blue Mountain в ответ подала в Денвере федеральный иск в связи с нарушением законодательства о торговых знаках и авторском праве. Ей удалось доказать свои авторские права на особый дизайн открыток, и месяц спустя она была вознаграждена, когда судья в предварительном порядке принял постановление против Hallmark. Компания Blue Mountain также апеллировала к СМИ, доказывая свою правоту. The Wall Street Journal и другие средства массовой информации подхватили историю о том, как злобный корпоративный гигант попытался нагло проникнуть на рынок более слабого конкурента.

Постановление суда и кампания в СМИ имели решающее значение для окончательного исхода дела. Компания Hallmark занимала прочные позиции в каналах сбыта по здравительных открыток, предлагая скидки продавцам, которые соглашались продавать только ее продукцию. Если бы открытки Personal Touch захватили рынок, то Blue Mountain было бы крайне трудно сбывать свои открытки. Но постановление суда изменило ситуацию. Тем временем PR-кампания оказала воздействие на руководителей Hallmark, и они пошли на урегулирование дела.

И вот результат: компания Blue Mountain добилась полной победы. В соответствии с достигнутым соглашением, компания Hallmark приостановила выпуск спорных открыток и выплатила Blue Mountain компенсацию, размеры которой остались неизвестными.

Аналогичная ситуация сложилась, когда гигантская пивоваренная компания Anheuser-Busch начала выпускать высококачественные натуральные газированные напитки, концепцию и особенности которых она заимствовала у небольшой фирмы Soho Natural Soda. В этом случае мелкий конкурент также сумел использовать сочетание блестящего PR и удачной правовой аргументации для победы над новым участником рынка. Компания Soho для защиты своих интересов наняла обвинителя в суде Ричарда Бен-Венисте, который когда-то выступал обвинителем в Уотергейтском деле, и развернула в средствах массовой информации кампанию против Anheuser-Busch, обвинив ее в ограблении «двух беззащитных женщин» — основательниц компании Soho.

Пивной гигант в качестве ответного удара предъявил иск о диффамации, но судья подтвердил право собственности Soho на характерный дизайн и приказал Anheuser-Busch изменить этикетки. Более крупная фирма уступила, продав свою линию газированных напитков и покинув соответствующий сегмент рынка. Несколько лет спустя «две беззащитные женщины» продали Soho компании Joseph E. Seagram за \$15 млн.

Альтернативные каналы сбыта

Инновации могут иметь место не только в области собственно продуктов, но и в области их сбыта. Звукозаписывающая отрасль прикрыла сайт Napster Джона Феннинга потому, что модель прибыли отрасли зависела от постоянного контроля над каналами сбыта компакт-дисков. Эти же соображения побудили компанию Universal Studios сдаться с Sony в 1976 году, утверждая, что видеомagnetofоны копируют и на тот же миг системы Betamax нарушают законодательство об авторском праве. (Важно уже писал в главе 6, Сидни Шейнберг проиграл дело об игре Dick Tracy & Co.) Калифорнийские кинотеатры в свое время лоббировали на уровне правительства инициативы о запрете платного показа фильмов по телевидению (тогда это было). Владельцы кинотеатров выиграли дело, но затем Верховный суд США признал эту инициативу антиконституционной, так как она

Если новая система сбыта позволяет реально экономить деньги потребителя, «старым» фирмам нелегко добиться ее отмены, однако они могут затормозить ее создание. Как заметил Самнер Редстоун о своей битве за право показа на лучших каналах кабельного телевидения (см. главу 4), «в конечном счете, всегда побеждает потребитель». Следовательно, если вам не повезло и новая технология сбыта обесценила прежнюю систему, лучше всего изменить старую модель бизнеса — и как можно скорее. Это подтверждается рядом примеров.

Фармацевты США, во главе которых стояла Американская фармацевтическая ассоциация, долго и настойчиво боролись против того, чтобы блокировать новый альтернативный канал сбыта лекарственных препаратов — их рассылку по почте. Они подавали судебные иски, указывая на нарушение законов штатов о лицензировании аптек, а также жаловались в аптечные управления штатов. Фармацевтов даже уличили в подделке рецептов и их отправке в компании, торгующие лекарствами по почте. Они делали это, чтобы доказать регулирующим органам, что продажа лекарств по почте — это плохая идея. Но в конце концов новая система сбыта проложила себе дорогу, и теперь она является признанным альтернативным каналом сбыта лекарств.

Еще более сложная и острая борьба разгорелась вокруг спутникового телевидения. По мере того, как по всей Америке росло количество спутниковых «тарелок» на крышах и во дворах домов, локальные и кабельные телекомпании для защиты своих рынков все чаще стали использовать судебные разбирательства и лоббирование. Последовавшие затем правовые маневры стали классическим примером комплексной юридической конкурентной стратегии.

На начальном этапе в конгрессе происходила типичная битва группировок, имеющих разные интересы. Она закончилась принятием в 1988 году закона о спутниковом телевидении, в соответствии с которым местные станции обязаны были на определенных условиях и за фиксированную плату предоставлять компаниям спутникового телевидения лицензии на свои сигналы и защищенные авторскими правами программы. Закон, однако, предусматривал, что такие обязательные лицензии требуются лишь в том случае, если абоненты находятся вне сферы приема обычного сигнала местной станции. «Старые» телекомпании решили, что они тем самым ограничат привлекательность спутникового телевидения аудиторией сельских пользователей, удаленных от большинства основных рынков. Для рассмотрения жалоб телезрителей, проживающих в пригородах, на качество сигналов местных станций была предусмотрена особая процедура.

Последствия принятия закона не заставили себя ждать. Таких последствий было два. Одно из них касалось бизнеса, другое имело правовой характер. В сфере бизнеса спутниковые фирмы предприняли смелый шаг. Действуя в соответствии с буквой (но не духом) закона, они начали предлагать миллионам абонентов доступ к сотням лучших местных станций по всей стране — кроме тех, которые работали в родном городе абонента. А так как абонент в Айове не мог принимать

сигнал телевизионной станции в Виргинии, компании спутникового телевидения утверждали, что они соблюдают закон.

Абоненты, особенно любители спортивных передач, охотно подписывались на такие услуги. Фанаты Pittsburgh Steelers, живущие во Флориде, могли наблюдать за игрой своей любимой команды каждую неделю, даже когда местные сети не транслировали матчей Steelers во Флориде. Им следовало лишь набрать номер местной питтсбургской станции при помощи своей спутниковой «тарелки». Однако местные телевизионные станции Флориды, аудитория которых ограничивалась передачами о местных новостях и погоде, забили тревогу.

Телевизионные компании, возмущенные снижением доходов от рекламы и собственных программ, встали на защиту местных станций. Прежде всего, чтобы помешать спутниковым компаниям, в число которых теперь входили DirecTV, Echostar и контент-провайдер PrimeTime 24, они ухватились за предусмотренную законом 1988 году процедуру рассмотрения жалоб. Указанная процедура, которую поначалу сочли вполне невинной, позволила сетевым телекомпаниям и местным станциям начать дорогостоящую судебную тяжбу со спутниковыми компаниями. Вместо того чтобы использовать при подаче исков реальные списки абонентов спутниковых компаний, местные станции использовали списки всех жителей округа. Очень скоро спутниковые компании оказались втянутыми в дорогостоящие процедуры рассмотрения жалоб на рынках по всей стране.

Спутниковые компании отреагировали, подав иск в рамках антитрестовского законодательства, обвинив традиционные телевизионные станции в злоупотреблениях процедурой, предусмотренной законом 1988 года, и заговоре против конкуренции с целью повышения затрат. Этот иск прошел через предварительные стадии рассмотрения, и началась сложная процедура представления документов и доказательств.

На третьем, правовом фронте телевизионные станции возбудили дела о нарушении авторских прав против компаний DirecTV, Echostar и PrimeTime 24, обвиняя их в том, что они обеспечивают трансляцию телевизионных шоу удаленным абонентам без получения лицензий в соответствии с законом 1988 года. Эти иски были приняты, и различные суды вынесли предварительные и окончательные решения против спутниковых компаний. Однако связанная с тяжбой отсрочка исполнения в сочетании с техническими трудностями «отключения» абонентов спутникового телевидения от сигналов отдаленных станций обошлись дорого. К моменту вступления в силу постановления суда миллионы абонентов повсюду в США уже имели доступ к сотням каналов благодаря услугам спутниковых компаний.

Теперь стал ясен подлинный смысл стратегии компаний спутникового телевидения: их клиенты превратились в мощную политическую силу. Когда запрет вступил в силу и сигналы отдаленных станций перестали поступать по спутниковым каналам, клиенты пришли в ярость. И их жалобы были услышаны важнейшим органом государственной власти — конгрессом. Исполнительный директор национальной ассоциации телевизионных станций Эдвард О. Фиттс впоследст-

вии пояснил: «Приучив такое количество пользователей к незаконному получению услуг, спутниковые компании поставили суды и конгресс в невероятно сложное положение. <...> Любой, кто был конгрессменом в 1999 году, никогда не забудет эту бурю протестов абонентов».

Фиттс был прав, но никакая правота не может изменить политические реалии. Телевизионные станции потерпели неудачу. Конгресс отреагировал изменением законодательства, разрешившим передачу через спутники любых сигналов — как отдаленных, так и местных станций — всем пользователям независимо от места жительства. Но при одном условии: если спутниковая компания намеревалась передавать сигналы из данного города, она должна была передавать сигналы всех городских станций.

Оставались две юридические тонкости. Во-первых, спутниковые компании сразу же начали оспаривать это условие, считая его антиконституционным и надеясь транслировать только лучшие передачи местных станций. Они проиграли. Во-вторых, следовало уладить антитрестовский иск против спутниковых компаний в связи с процедурой рассмотрения жалоб, предусмотренной законом 1988 года. В конечном счете, дело было урегулировано на условиях, которые остались неизвестными. Наконец-то на телевизионном рынке воцарился мир, а «старые» телекомпании и телесети свыклись с близким соседством новой крупной системы предоставления услуг. Как мы видели в главе 6, на завершающем этапе стратегии в отрасли произошла консолидация участников рынка: News Corporation Руперта Мердока (владельца Fox Broadcasting Network) тонко «обработала» органы государственного регулирования, чтобы купить компанию DirecTV, добившись тем самым усиления позиций на новом телевизионном рынке США.

Патентные стратегии в отраслях высокой технологии

В борьбе с инновациями фирмы используют множество юридических инструментов. Но в быстро развивающихся отраслях высоких технологий, фармацевтической промышленности и биотехнологических отраслях особенно часто они прибегают к использованию патентов. Причина очевидна: как только вы получили патент, он дает вам законные права и делает прямое соперничество в течение срока действия патента юридически рискованным. Те, кто хочет конкурировать с владельцем патента, должны получить от него лицензию или запатентовать аналогичную технологию (в связи с чем, как правило, возбуждается еще большее количество исков). Все это требует времени, которое вы можете использовать для защиты преимущества первопроходца.

Поскольку патенты обеспечивают компании сильную стратегическую позицию, они связаны с наиболее интересными и сложными юридическими стратегиями бизнеса. Работая помощником судьи в федеральном суде, я не раз сталкивался с патентными делами, и быстро понял, что с ними связаны наиболее слож-

ные формы судебного разбирательства. Самый известный из всех современных патентов — патент Томаса Эдисона на электрическую лампочку — одновременно оспаривали два других изобретателя, (по ту и другую сторону Атлантики). В США Эдисон потратил \$2 млн, чтобы защитить этот патент от притязаний Джорджа Вестингауза. А борьба Эдисона с англичанином Джозефом Уилсоном Своном, который на самом деле был первым изобретателем электрической лампочки, закончилась вничью. Судебное разбирательство между Эдисоном и Своном было прекращено, когда Эдисон откупился от Свона, согласившись создать электрическую компанию Ediswan. Конструктивное решение Свона и поныне используется в электрических фонарях и автомобилях.

Патенты защищают изобретения, включая машины (например автомобили); производителей (бритвенные лезвия); технологические или производственные процессы (компьютерные системы контроля товарных запасов или методы производства роботов), а также химические составы или соединения (лекарственные средства). Запатентовать можно также явное усовершенствование названных устройств и процессов, а также конструкцию, дизайн и даже некоторые организмы (растения или бактерии, полученные методами биоинженерии).

В последние годы бюро по патентам и товарным знакам США стало выдавать патенты в новой спорной области: методов ведения бизнеса. Электронная компания Amazon.com получила патент на свой удобный метод продаж через интернет при помощи «одного щелчка» компьютерной мышью и кредитной карты клиента. Когда электронный конкурент — компания Barnesandnoble.com скопировала систему расчетов с покупателями с Amazon.com, последняя подала в суд за нарушение патентного законодательства. После ряда правовых стычек компании уладили спор. Компания Amazon.com отозвала свой иск, а Barnesandnoble.com стала использовать собственную систему расчетов с покупателями (которая требовала не одного, а двух щелчков мышью).

Чтобы получить патент США, изобретатель обязан доказать эксперту-патентоведу, что его изобретение отвечает трем критериям. Оно должно обладать новизной, полезностью и представлять собой нечто большее, нежели простое усовершенствование технологии. Эксперты проверяют новизну и актуальность изобретения с учетом «прототипов», представленных заявителем или изученных самим экспертом. «Прототип» изобретения включает ранее запатентованные или незапатентованные изобретения, опубликованные статьи и даже описания, помещенные в интернете.

В США патенты выдают тому, кто первым сделал изобретение (в других странах патенты получает тот, кто первым подал заявку на получение патента). Патенты действительны в течение 17 лет с момента получения или 20 лет с момента подачи заявки (в зависимости от того, какой срок в результате оказывается более продолжительным). В отличие от процедуры, действовавшей в 1879 году, когда Джордж Зелден регистрировал свой патент на автомобиль, сегодняшняя процедура предусматривает опубликование заявки на патент через 18 месяцев. Это делается для того,

чтобы все знали о регистрируемых патентах, прежде чем вкладывать деньги в технологию, которую кто-либо другой может впоследствии выдать за свое изобретение. Все патентные апелляции рассматривает специальный суд в Вашингтоне (округ Колумбия), укомплектованный экспертами в области патентного права.

Прежде чем перейти к рассмотрению наиболее распространенных патентных стратегий, следует сделать два предварительных замечания. Во-первых, патентное бюро буквально завалено заявками, что ведет к задержкам рассмотрения заявок и ошибкам экспертов. Кроме того, фирмы-пионеры в отрасли редко подают заявку только на один патент на изобретение. Как правило, они стараются зарегистрировать как можно больше патентов, чтобы соорудить патентную «стену». В идеале патентная «стена» простирается в разных направлениях вокруг базового продукта, и конкурентам нелегко ее обойти, создав легальный заменитель. Получило распространение «защитное» патентование (получение патентов исключительно в качестве средства защиты при патентной тяжбе), что привело к дальнейшему увеличению числа патентных заявок. Наконец, компании запускают непрерывный «поток» «дополнительных» патентов, основанных на базовом изобретении. Такие «непрерывные» патенты позволяют компаниям претендовать на собственность на усовершенствования или новые свойства базового изобретения. Когда истекает срок патента, оказывается, что предприятие имеет целую серию новых патентов.

В результате столь активного патентования патентное бюро буквально завалено заявками. К началу 2000-х годов бюро ежегодно получало свыше 350 тыс. заявок и выдавало более 160 тыс. патентов. Только компания IBM в 2001 году получила 3411 патентов, девятый год подряд занимая первое место в списке получателей патентов. Компания Shell Oil в 2002 году подала заявку на патент на технологию переработки углеводорода, включавшую 5000 самостоятельных патентных заявок. Прежде чем будет выдан патент, эксперт бюро должен дать заключение по этим 5000 заявок. Неудивительно, что эксперты не в состоянии уделять каждой заявке того внимания, которого она заслуживает.

Сказанное подводит нас ко второму замечанию. Патенты, которые еще не прошли через горнило судебного разбирательства, стоят немногим больше бумаги, на которой они напечатаны. Дело не только в том, что у экспертов нет времени для тщательного рассмотрения каждой заявки. Часто они не располагают достаточной информацией для оценки новизны и актуальности изобретения. Иначе говоря, чтобы патент имел реальную силу, его владелец должен располагать достаточными финансовыми средствами для подтверждения двух вещей: а именно, что патент, во-первых, юридически обоснован, и, во-вторых, технология конкурента «посягает» на конкретную составляющую изобретения, указанную в патенте.

Как показывают результаты исследования, выполненного гарвардским экономистом Джошем Лернером, на каждые выданные компаниям сто патентов приходится шесть патентных исков. В главе 1 мы видели, что каждый иск о нарушении патентного законодательства может обойтись в миллионы долларов. Сюда входят не только судебные издержки, но и мониторинг рынка для выявления

возможных нарушителей патента фирмы. Следовательно, для успеха в патентной игре особенно важны финансовые ресурсы, стратегическая позиция и юридическая обоснованность.

Рассмотрим четыре основные патентные стратегии, которые можно использовать для пополнения арсенала методов конкурентной борьбы. Каждая из этих стратегий по-своему важна. Умение использовать все четыре стратегии одновременно делает их надежным источником конкурентных преимуществ.

Монополизация потребительского рынка

Если патент имеет законную силу, он обеспечивает владельцу законную монополию. Поэтому их чаще всего используют для пресечения всех без исключения попыток возможных конкурентов проникнуть на рынок, на котором работает владелец патента.

Классическим примером использования патентного права для монополизации потребительского продуктового рынка может служить попытка компании Eastman Kodak в 1976 году выйти на рынок «моментальной» фотографии, бросив прямой вызов компании Polaroid – новатору и лидеру в этом рыночном сегменте. Через шесть дней после того, как компания Kodak запустила свою линию фотоаппаратов для моментальной фотосъемки, Эдвин Лэнд из компании Polaroid недвусмысленно заявил о своем намерении защищать «грядку», на которой работает его компания. Он сказал буквально следующее: «Этот сегмент рынка для нас важнее всего. В нем вся наша жизнь. <...> Мы будем работать в нем и далее и защищать его». Затем компания Polaroid предъявила иск в связи с нарушением десяти принадлежавших ей ключевых патентов в области моментальной фотосъемки.

Компании Polaroid не удалось добиться предварительного постановления по делу, потому что судья предположил, что будет нетрудно определить размер роялти, которые компания Kodak должна будет выплатить Polaroid, если проиграет дело. Это позволило Kodak увеличить свою долю на рынке, пока слушалось дело. А тянулось оно долго – более десяти лет, и каждая сторона потратила на судебные издержки десятки миллионов долларов.

Однако, пока слушалось дело, оказалось, что объем продаж фотоаппаратов для «моментальной» фотосъемки сократился, и Kodak так и не удалось опередить Polaroid на этом сегменте рынка. В конечном счете компания Polaroid доказала законность своих патентов и добилась постоянного запрета на продажи соответствующих изделий фирмы Kodak. В 1991 году (почти 15 лет спустя после начала слушания дела) судья обязал Kodak уплатить Polaroid в порядке компенсации почти \$1 млрд. Это была крупнейшая компенсация, когда-либо присуждавшаяся в результате рассмотрения патентного дела. Парадоксально, но факт: для Kodak было бы, очевидно, лучше, если бы суд сразу вынес предварительное постановление, которое избавило бы ее от колоссальных затрат времени и денег на этот сегмент рынка.

Еще более упорная борьба вокруг границ рынка с использованием патентов характерна для фармацевтической промышленности. Фирмы, выпускающие па-

патентованные лекарственные препараты, пытаются помешать конкурентам, производящим дженерики — заменители патентованных лекарств, опираясь на патентное законодательство и процедуры управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, тогда как производители дженериков расходуют миллионы долларов на тяжбы и лоббирование, чтобы лишить патенты законной силы. Более того, фирмы-производители дженериков тратят на тяжбы столько же, сколько большинство фирм расходует на рекламу.

На глобальном уровне некоторые развивающиеся страны отказались от патентной защиты любых лекарств, освободив на рынке место для дешевых заменителей. В других странах, например в Испании, патентное законодательство настолько слабое, что производители дженериков могут продавать их, не опасаясь серьезного наказания. В Бразилии государство само приступило к выпуску заменителей патентованных лекарственных препаратов против СПИДа, а производители других дженериков обязаны получать лицензии только в течение нескольких лет после регистрации патента. Все это побуждает фирмы, выпускающие патентованные лекарственные препараты, использовать стратегии, сходные со стратегией Карла Линднера в деле компании Chiquita: лоббировать в США принятие прямых торговых санкций и ходатайствовать перед ВТО об усилении законодательства об охране интеллектуальной собственности во всем мире.

В самих США принятие в 1984 году закона о ценовой конкуренции на рынке лекарственных препаратов и восстановлении срока действия патентов (*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*, часто именуемого законом Хэтча-Ваксмана) привело как к обострению конкурентной борьбы производителей дженериков, так и к возобновлению агрессивной тактики производителей патентованных лекарственных препаратов, направленной на продление срока действия патентов. Процедуры, предусмотренные законом Хэтча-Ваксмана, побуждали производителей патентованных средств после истечения срока действия базового патента подавать заявки, регистрировать и судиться по поводу весьма сомнительных «вторичных» патентов. Они делали это с единственной целью — затормозить выход на рынок компаний-производителей дженериков.

Один из бывших руководителей компании по производству дженериков недавно заявил *New York Times*: «Для производителей патентованных лекарств ничего не значит потратить \$10 млн или \$20 млн на судебную тяжбу по поводу одного продукта, если это позволяет им воспрепятствовать выходу на рынок конкурентов-производителей дженериков». Он также заметил, что для того, чтобы выпустить на рынок дженерик, в последние десять лет требовалось израсходовать от \$500 тыс. до \$5 млн, главным образом на судебные издержки в связи с тяжбами с производителями патентованных лекарств.

В ходе одного из шумевших дел, связанных с противодействием (на основе сомнительных патентных притязаний) выходу на рынок дженерика, в ноябре 2000 году компания Bristol-Myers Squibb получила вторичный патент на транквилизатор BuSpar всего за 12 часов до истечения срока действия первоначально-

го патента на это лекарство. Патент касался химического вещества, вырабатываемого человеческим организмом при приеме препарата BuSpar. В то время, когда юристы Bristol-Myers Squibb торопились в управление по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, чтобы заявить о новом патенте, грузовики компании Mylan Laboratories с дженериком готовились развезти его по оптовым складам и аптекам. Но они так и не покинули пункта погрузки.

Компания Mylan пыталась оспорить новый патент и в течение года доказала, что патент не имеет отношения к ее дженерику. И, что еще важнее, она также показала, что компания Bristol-Myers неправильно представила сферу применения своего патента управлению по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов за несколько часов до истечения срока действия патента. Возмущенные потребители, генеральные прокуроры штатов и медицинские учреждения подали иски, требуя наказать Bristol-Myers за отсрочку появления на рынке нового лекарства обманным путем. В январе 2003 году фирма уладила эти дела, что обошлось ей в \$670 млн. Несколько месяцев спустя она урегулировала смежные дела, согласившись впредь не злоупотреблять патентными заявками и процедурами управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, и компании был назначен десятилетний испытательный срок для проверки искренности ее намерений.

Наиболее изощренные юридические стратегии, связанные с блокированием выхода на рынок дженериков, связаны со сговором между производителями брендов и дешевых заменителей. В таких случаях выигрывают все, кроме потребителей. Так, в 1998 году компания Abbott Laboratories согласилась уплатить двум производителям дженериков, оспаривавшим ее патент на препарат Nytrin, назначаемый при гипертонии, почти \$143 млн за то, что они обязались не продавать конкурирующий вариант лекарства в течение примерно двух лет. Компания Abbott зарабатывала на препарате Nytrin \$500 млн в год, так что она могла позволить себе платить конкурентам за отказ от выхода на рынок. Однако этой сделкой заинтересовались антимонопольные органы, и компания Abbott вскоре отказалась от нее.

Поскольку большинство подобных сделок происходят в рамках частных патентных исков, невозможно определить, насколько широко распространена такая стратегия. Но, учитывая быстрый рост количества фирм-производителей дженериков во всем мире, такая практика определенно будет продолжаться до тех пор, пока регулирующие органы не займутся такими сделками более тщательно. Кришна Сарма, поверенный по патентным делам из Индии, недавно заявил Hindu Business Line, что индийские производители дженериков иногда оспаривают патенты американских фирм, «стремясь к внесудебному урегулированию», а не к приобретению прав на производство и продажу соответствующего лекарства. Расследование продолжается.

Как показывает пример с препаратом BuSpar, монополизация рынка с помощью патентов часто ведет к антиitrustовским делам. Закон запрещает подавать иски по любому поводу, основываясь исключительно на подозрениях или патен-

тах, полученных обманным путем для того, чтобы контролировать сегмент рынка. Но если патент получен легальным путем и юридически обоснован, он предназначен именно для монополизации продукта, что вполне законно. Федеральный апелляционный суд США, который рассматривает патентные дела, подтвердил принцип верховенства патентного права над антимонопольным регулированием. В деле «CSU против Хегох» суд посчитал, что компания Хегох вправе отказать в продаже запасных частей к патентованным копировальным аппаратам сервисной фирме, желающей обслуживать эти аппараты, даже если такой отказ явно препятствует свободной конкуренции на рынке обслуживания копировальных аппаратов. Суды также подтвердили право компании Хегох на основании патентного законодательства отказывать в выдаче лицензий и даже использовании ее патентов для производства копировальных аппаратов, предназначенных для изготовления копий на обычной бумаге, что фактически означало блокирование инноваций на рынке копировальных устройств.

«Судебно-лицензионная» стратегия

Другой (более распространенный) способ использования патентов предполагает получение дохода за счет лицензирования технологии, как это делала компания Texas Instruments (TI) на рынке микросхем памяти в 1980-е годы. «Судебно-лицензионную» стратегию получения доходов от патентов используют по меньшей мере пять разновидностей фирм. Некоторые из них делают это на законных основаниях, а другие — для достижения менее благовидных целей. Последние занимаются вымогательством при помощи апелляции к закону.

Первая группа компаний — это компании *bona fide* (такие, как Texas Instruments), имеющие репутацию инноваторов и страдающие от снижения выручки от продаж товаров в рамках определенной продуктовой линии. Как было отмечено в главе 5, компания TI получила от лицензий на использование своих патентов почти \$1 млрд, осознав, что лишилась конкурентного преимущества, которое давало ей производство дешевых микросхем памяти. Успех стратегии TI открыл глаза многим руководителям бизнеса на потенциальную прибыльность использования патентного лицензирования в качестве модели бизнеса. Такие компании, как Хегох, Digital Equipment, IBM и Unisys ухватились за возможность получать роялти, что привело к появлению многих консалтинговых фирм и книг (например, книги «Как найти на чердаке полотно Рембрандта, или использование скрытой стоимости патентов» (Rembrandts in the Attic: Unlocking the Hidden Value of Patents)).

Этот бизнес не для слабонервных. Выше я упомянул, что реализация права компании Texas Instruments на лицензирование патентов на чип памяти потребовала более трех лет тяжбы и \$10 млн, а также участия 29 различных юридических фирм и почти 350 адвокатов. Крупные фирмы, такие как IBM и Хегох, располагают средствами для реализации этой стратегии, чего нельзя сказать о большинстве мелких компаний (если только они не планируют превратить лицензирование патентов в свою базовую компетентность).

Это подводит нас ко второй группе компаний, использующих «судебно-лицензионную» стратегию: к «магазинам патентов». Фирмы, имеющие «высокотехнологические» названия, например IPValue Management и General Patent Corporation, были созданы в последние годы с единственной целью — приобрести надежные патенты у компаний, страдающих от нехватки финансовых ресурсов, чтобы навязать их другим компаниям, а затем финансировать судебные тяжбы с целью обеспечить приток роялти.

Александр Полторак, председатель и исполнительный директор компании General Patent, описал свой подход к патентному менеджменту следующим образом. После приобретения своих первых патентов, часть которых он зарегистрировал, еще работая у прежнего хозяина, Полторак изучил высокотехнологичные продукты на предмет нарушений патентного законодательства. Затем он, по его словам, «разослал 65 уведомлений о таких нарушениях с предложениями получить лицензию на использование технологии, но не получил ни одного ответа». Затем он нанял юридическую фирму на условиях выплаты гонорара в случае выигрыша дела и в течение шести лет подал десять исков. Результатом были лицензионные соглашения на миллионы долларов с такими фирмами, как IBM и Motorola.

«К сожалению, реальность такова, что бизнес не уважает права на интеллектуальную собственность, — рассказывает Полторак. — Он уважает только силу. Если все видят, что изобретатель имеет патент, но не имеет денег, патент обычно используют незаконно».

Различие между двумя описанными выше стратегиями лицензирования bona fide и сомнительными методами двух следующих групп компаний связано с законностью соответствующих патентов. Эти две группы включают, во-первых, компании «одного патента», и, во-вторых, компании, мастерски владеющие приемами «патентного грабежа».

Фирмы «одного патента» напоминают «шайку» Зелдена, о которой мы писали в главе 1. Они владеют патентом на одно изобретение, и их целью является получение роялти со всех компаний отрасли. В отличие от компаний TI или General Patent, задача этих фирм заключается не в том, чтобы затевать тяжбу, а в том, чтобы ее избежать [1]*. Фирма Forgent Networks недавно заставила понервничать руководителей высокотехнологичных компаний, когда заявила о своих притязаниях на патентные права в отношении стандарта JPEG (алгоритм сжатия цифровых фотоизображений). Этот стандарт был принят отраслью в 1990 году благодаря усилиям объединенной группы экспертов по машинной обработке фотоизображений (Joint Photographic Experts Group), которая устанавливает стандарты обмена цифровой информацией. В течение 1990-х годов этот стандарт использовался в большинстве цифровых фотокамер, а также в программном обеспечении для персональных компьютеров.

* Примечание на стр. 233

Компания *Forgent* не имела ничего общего с разработкой этих инноваций и установлением соответствующих стандартов, но при слиянии с другой фирмой Силиконовой долины она приобрела смежный с JPEG патент. Став жертвой спада в высокотехнологичных отраслях в начале 2000-х годов, *Forgent* остро нуждалась в новом источнике дохода, чтобы как-то выжить, и решила использовать для этого свой патент на JPEG. Председатель и исполнительный директор компании Ричард Снайдер вложил \$1 млн в подготовку патента к лицензированию и добился успеха, когда *Sony* и еще одна японская электронная компания, опасаясь проблем с законодательством США, согласились на выплату скромных лицензионных платежей. Но Снайдер действовал осторожно, не желая спровоцировать серьезную тяжбу, пока компания *Forgent* была стеснена в средствах. Он тщательно избегал переговоров с крупнейшими электронными фирмами США, которые могли бы проверить его патент в суде, а с остальных компаний взимал скромные роялти, которые не могли серьезно отразиться на цене их продукции. Иными словами, успех фирм «одного патента» возможен, если они не проявляют чрезмерную жадность.

Наглядным примером неудачной реализации стратегии «одного патента» может служить компания *Морех*. Пара предпринимателей основала эту компанию с единственной целью — выдавать лицензии на свой патент на «процесс «секьюритизации открытых инвестиционных фондов», то есть повышения роли популярных ценных бумаг, продаваемых на Американской фондовой бирже. Первую лицензию компания *Морех* намеревалась выдать самой бирже. Начались переговоры. Однако Американская фондовая биржа не была заинтересована в том, чтобы создать поток лицензионных платежей за использование довольно слабых патентов в финансовой области. Кроме того, она торговала ценными бумагами открытых инвестиционных фондов уже на протяжении многих лет. Биржа сразу же оспорила в суде новизну этого патента. Она быстро выиграла дело, получив «суммарное решение» суда, и компания *Морех* оказалась не у дел, едва успев начать бизнес.

Если взять подход компании *Морех* и добавить к нему портфель слабых патентов для разных отраслей, получится стратегия, которую использует четвертая группа компаний — «патентные грабители». Такие «грабители-артисты», владея слабыми патентами, делают свой бизнес, постоянно угрожая судебными тяжбами и предлагая уладить дело за сумму меньшую, чем судебные издержки. Если они не слишком жадны и не чересчур самонадеянны, их «игра» может продолжаться достаточно долго. Но она кончается, когда «грабитель-артист» начинает угрожать компании, располагающей достаточными ресурсами и имеющей достаточные стимулы для того, чтобы назвать его угрозы блефом. Если вам не повезло, и вы столкнулись с таким «патентным вымогательством», вам лучше всего сразу же обратиться в суд или объединиться с другими фирмами отрасли и занять твердую позицию.

Классическим примером стратегии «патентного грабежа» может служить стратегия компании *Refac International* (по крайней мере, на начальном этапе ее существования). В 1980-е годы эта компания зарабатывала тем, что приобретала права на сомнительные патенты, предъявляла судебные иски слабым оппонен-

там, а затем улаживала дела за сравнительно небольшие суммы. По словам ее президента — поверенного по патентным делам Филиппа Зербера, стратегия компании заключалась в том, чтобы найти «небольшой банк или любую другую мелкую компанию, использующую патент, чтобы затем уладить дело, договорившись о получении скромных лицензионных платежей». Когда компании это удавалось, она использовала свой успех, чтобы показать следующей жертве, что ее конкурент признал патент.

Зербер даже публично описал свои методы. В работе, озаглавленной «Упущенные инструменты переговоров» (*Overlooked Negotiation Tools*), он писал: «Судебные издержки имеет смысл использовать в качестве рычага в процессе переговоров, позволяющего заставить другую сторону согласиться на урегулирование на условиях, благоприятных для стороны, которая может бороться до конца, не беспокоясь о финансовых возможностях». Однако когда Зербер предъявил иск в связи со своими сомнительными патентами компании IBM, он наконец получил достойный отпор. Он не только проиграл дело, но должен был заплатить IBM миллионы долларов штрафов и судебных издержек в связи с подачей необоснованного иска. В начале 2000-х годов компания Refac прекратила свое существование.

Пятая и последняя группа компаний, использующих патентные дела, фактически совершает нечто прямо противоположное действиям других четырех групп фирм. Вместо того чтобы судиться с нарушителями патентного законодательства, такие компании ищут на рынке владельцев слабых патентов, чтобы нарушить их права. Владелец патента платит им за то, чтобы они «оставили в покое» патент и убрались восвояси.

Мы описали пример такой стратегии в начале этой главы, когда рассказывали о сговоре между производителями патентованных лекарственных препаратов и компаниями, выпускающими дженерики. Можно также сослаться на пример компании Bayer, которая согласилась ежегодно (с 1997 по 2003 годы) платить компании Abbot Laboratories по \$30 млн за отказ от оспаривания патента на антибиотик против сибирской язвы Cipro. Возможно, это мелочь по сравнению с сотнями миллионов долларов, которые добывают фирмы-производители дженериков, успешно оспаривая патенты и получая право продавать популярное лекарство (когда компании Barr удалось оспорить патент фирмы Lilly на препарат Prozac, ее рыночная капитализация за один день возросла на \$1 млрд). Однако подача исков с целью последующего урегулирования дела по-прежнему используется в качестве особой стратегии получения дохода (которая слегка отпадает нарушением антимонопольного законодательства), и потому ее нельзя сбрасывать со счетов.

Открытое лицензирование, перекрестное лицензирование и патентные пулы

Судебные разбирательства с целью монополизации нововведения или получения рента от конкурентов — это агрессивные патентные стратегии («Я выиг-

рываю, ты проигрываешь»). Но существуют также стратегии, основанные на сотрудничестве, от которых выигрывают все. Ваш выбор стратегии зависит от результатов общего стратегического анализа возможных тенденций в развитии рынка.

Одна из наиболее интересных стратегий, основанных на сотрудничестве, связана с открытым лицензированием. Когда в начале 1980-х годов компании Philips Electronics и Sony совместно разработали компакт-диск, который пришел на смену аудиокассетам и долгоиграющим пластинкам, они столкнулись с серьезным барьером для входа на рынок. Миллионы потребителей уже имели коллекции записей на виниловых дисках и дорогостоящие проигрыватели, которые в случае распространения компакт-дисков стали бы ненужными. Как Philips и Sony могли бы побудить потребителей переключиться на новый формат музыкальных записей?

Во-первых, они могли превозносить преимущества компакт-дисков. Но это в лучшем случае привело бы к созданию рыночной ниши. Им же требовалось быстрое, повсеместное распространение компакт-дисков в звукозаписывающей отрасли и производстве музыкальной аппаратуры, чтобы снизить цены. Они добились этого, предложив предоставлять лицензии на свои патенты любой компании на условиях, которые должны были способствовать не получению дохода в виде роялти, а максимально быстрому распространению новинки..

Они выполнили свой план, и через 20 лет граммофоны и кассетные магнитофоны ушли в прошлое. К началу 2000-х годов фирмы зарабатывали на каждом проданном компакт-диске по 3 цента, а на каждом CD-плейере — по 3% от его стоимости, что в сумме составляло около \$1 млрд в год. Создав рынок на выгодных для лицензиатов условиях, они впоследствии стали пожинать плоды, по мере созревания отрасли оставаясь на гребне технологии. В области производства программного обеспечения открытое лицензирование системных программ и программ для интернета базируется на той же стратегии: от свободного доступа к базовым продуктам выигрывают все фирмы в отрасли. Доходы от лицензирования придут позже, по мере развития рынка.

Другая разновидность патентной стратегии, основанной на взаимовыгодном сотрудничестве, связана с перекрестным лицензированием прямых конкурентов. Перекрестное лицензирование может осуществляться в рамках традиционного совместного предприятия или быть результатом судебной тяжбы. В любом случае, стороны договариваются совместно использовать свои запатентованные технологии и продолжают использовать новшества без уплаты роялти и не опасаясь судебного преследования. Как мы увидим в следующем разделе главы, посвященном приемам защиты, многие фирмы приобретают патенты преимущественно для перекрестного лицензирования, то есть для того, чтобы по мере необходимости использовать их в процессе переговоров о создании коалиций или для улаживания патентных тяжб. На зрелом рынке технологий боль-

шинство крупных игроков заключают между собой соглашения о перекрестном лицензировании, часто без взаимной уплаты роялти.

Крайней формой перекрестного лицензирования является создание «патентных пулов». Такая практика чревата опасностью преследования со стороны антимонопольных ведомств, но она сыграла важную роль в истории американского бизнеса и продолжает использоваться в качестве патентной стратегии и в наши дни. Первый патентный пул в США был создан производителями швейных машин. Создать его предложил в 1856 году юрист Орландо Б. Поттер, президент компании по производству швейных машин Grover and Baker.

Первая швейная машина была запатентована фермером из штата Массачусетс Элиасом Хоу в 1845 году. Он был хорошим изобретателем, но плохим дельцом. Не имея почти ни гроша за душой, он в начале 1850-х годов решил, что сможет заработать больше денег не за счет продажи швейных машин, а за счет судебных разбирательств с другими производителями по поводу своего патента. Одной из первых его мишеней стал человек, который в сознании большинства людей ассоциируется со швейными машинами — Айзек М. Зингер. Впоследствии, как выразился один из биографов Зингера, Хоу «добился славы и богатства в суде».

Но вскоре швейная машина превратилась в сложное устройство, и к 1854 году несколько компаний получили патенты на различные усовершенствования и развитие базовой конструкции машины Хоу. Успех Хоу в суде побудил всех инноваторов (включая Зингера) заняться подачей исков, забыв о производстве продукции, и отрасль практически перестала работать.

И тут появился Орландо Поттер. В октябре 1856 года Поттер, Зингер и большинство других крупных производителей собрались в Олбани (штат Нью-Йорк), чтобы положить начало тому, что обещало превратиться в трехмесячный патентный судебный процесс. Обескураженный перспективой потратить столько времени на игру, от которой выиграли бы только адвокаты, Поттер предложил всем участникам уладить разногласия путем объединения патентов и создания патентного пула. Каждый член союза производителей швейных машин должен был платить союзу лицензионные платежи в размере \$15 за каждую проданную машину, а союз должен был использовать эти деньги на борьбу с аутсайдерами, нарушившими права на коллективные патенты. Остальные суммы должны были распределяться между участниками пула пропорционально количеству патентов, принадлежащих каждому из них.

Все, за исключением Хоу (которому все производители задолжали деньги), сразу же оценили достоинства этой идеи. Впоследствии Хоу также вошел в пул, когда остальные члены согласились выплачивать ему особую премию со всех продаж. В 1856 году Зингер выпустил всего 2564 машины. К 1860 году, когда патентный пул уже контролировал как отрасль, так и судебные издержки, его фирма произвела 1,3 тыс. швейных машин, а Хоу ежегодно получал роялти в размере \$200 тыс.

Защитники прав потребителей, например Горацио Гриппин и Гарри Тривупе, ополчились на союз, указывая на то, что себестоимость пулов выросла в итоге не возросла (она по-прежнему составляла от 80 до 90% от цены), а цена резко повысилась (самая дешевая машина стоила \$400). Но эти законы были приняты лишь 40 лет спустя, и никакие меры по защите участникам пула применены не были. Более того, в отличие Хеллера, было столь велико, что в 1860 году конгресс продлил срок действия на семь лет, благодаря чему он мог получать роялти до 1867 года.

С принятием антирестовских законов в 1890-е годы со стороны пулов стало намного более рискованно стратегией. Патент Зелдена также был формой патентного пула, так как патентообладатели использовали доминирующую в отрасли технологию для вытеснения с рынка конкурентов. Против компании в интересах патент Зелдена, были возбуждены несколько исков со стороны полного законодательства, но все они были проиграны. Братья Ральф и Кертис, который на заре авиастроения был их главным соперником, в 1910 году выполнил первый в США перелет на большое расстояние, что послужило поводом к тяжбе вокруг конкурирующих патентов на двигатель. Впоследствии создали патентный пул с целью контроля над авиастроительной отраслью.

Позже, в 1920-е годы, Дэвид Сарнофф из RCA организовал в рамках которого все крупные фирмы в радиобизнесе — RCA, Westinghouse, General Electric и AT&T — создали пул из более 8 тыс. своих патентов. Стоимость пула достигала сотен миллионов долларов. В конечном счете, правительственное будило дело, чтобы ликвидировать эту монополию, и отрасль была дерегулирована. Но Сарнофф сумел сохранить за собой контроль над RCA и ее «фирменным том короны» — радиостанцией NBC. Впоследствии он писал: «Министерство юстиции подсунуло мне лимон, но я приготовил из него лимонад».

А в 1950–1960-е годы Singer Manufacturing Company повторила этот процесс с созданием патентного пула, объединив свои новейшие патенты с патентами нескольких европейских компаний по производству швейных машин, чтобы заблокировать поставки японских машин в США. Однако правительство при помощи антимонопольного законодательства поменяло этому плану.

Такая же судьба постигла еще более жесткий «гнусный» договор производителей лекарств в 1950-е годы. Несколько фармацевтических фирм монополизировали рынок тетрациклина, объединив заведомо недееспособные патенты (они располагали информацией о прежней технологии, которую скрыли от патентного бюро). Система эффективно работала в течение большей части 1950-х годов, пока регулирующие органы не разоблачили и не ликвидировали ее к началу 1960-х годов.

Патентные пулы в правовом отношении рискованны, но не обязательно незаконны. Министерство юстиции США проводит так называемую «пробу

лиза бизнеса», в рамках которой рассматриваются предлагаемые патентные пулы (или любые иные стратегии бизнеса, направленные на ослабление конкуренции) и выносятся решения о том, будет ли министерство возбуждать дело против них. Например, в 1997 году министерство разрешило создать патентный пул, когда к нему обратились за разрешением восемь фирм и Колумбийский университет, которые хотели объединить 27 патентов на новейшую технологию сжатия цифровой видео- и аудиоинформации (стандарт MPEG-2) для централизованной выдачи лицензий. Объединившись, эти организации хотели ускорить распространение технологии, а патентный пул был наиболее эффективным средством для этого. Министерство юстиции дало согласие на создание лицензионного органа MPEG LA, который проводил бы соответствующую работу. Вообще говоря, регулирующие органы обычно разрешают создание патентных пулов, если условия лицензирования разумны, а участникам пула принадлежат права только на базовую технологию, потому что это делает патентную монополию достаточно ограниченной.

Обеспечение надежной обороны

Патент дает только право на судебный иск, но у вас может не быть ни денег, ни желания затевать судебный процесс. Что вы можете сделать, чтобы оградить себя от «патентных хищников» на своем рынке?

Наиболее распространенная оборонительная стратегия — это защитное патентование. Если ваша компания работает в «патентоемкой» технологической области, вам следует аккумулировать (либо за счет собственных исследований, либо за счет приобретения на рынке) собственные патенты, чтобы иметь возможность принимать контрмеры в случае, если вас обвинят в нарушении патентного права. Надежный портфель «защитных» патентов позволит не только предотвратить иски патентных «грабителей-артистов», но и быстро и с незначительными расходами договориться о перекрестном лицензировании (в случае исков со стороны добросовестных владельцев патентов).

Вы можете даже создать специальное подразделение для работы в этом направлении. Некоторые наиболее известные коммерческие исследовательские учреждения были организованы, в частности, для того, чтобы обеспечить возможность защиты в патентных спорах. К примеру, исследовательское подразделение компании GE — General Electric Research Laboratory, одно из первых коммерческих исследовательских центров такого рода, была создана в 1900 году как для ускорения получения патентов на изобретения, так и для обеспечения компании GE эффективных рычагов для ведения переговоров по патентам. Если конкурирующий владелец патента требовал слишком высокую цену или роялти за использование своей технологии, компания GE могла убедительно угрожать ему тем, что ее передовая лаборатория в состоянии «обойти» патент конкурента. Такая неприятная перспектива часто делала другую сторону более сговорчивой.

Помимо защитного патентования, фирмы иногда прибегают к практике так называемых «защитных публикаций». Если фирма разрабатывает новую техно-

логию, которую она не намерена использовать в коммерческих целях, она иногда широко публикует ее подробное описание, тем самым лишая любую другую фирму права на получение патента. Трибуной для таких публикаций об изобретениях служат специализированные издания и веб-сайты типа IP.com.

Почему кто-то «отдает на сторону» то или иное изобретение своей компании? Это делается в рамках защитной стратегии. Публикация об изобретении не позволяет конкурентам запатентовать изобретение, которое вы не можете использовать сегодня из-за нехватки средств, но, возможно, захотите внедрить завтра. Публикации также отражают существующий уровень развития технологии, что затрудняет патентование будущих усовершенствований. Если же вы впоследствии захотите работать на данном рынке или использовать изобретение в качестве элемента более сложной технологии, вы сможете меньше платить за лицензии и реже судиться с конкурентами. Как недавно заметил Осман Айвен из компании Plantronics, «мы используем публикации вместо получения патента, чтобы другие не могли помешать нам впоследствии использовать идею в коммерческих целях».

Инновации и отраслевые стандарты

Еще один важный инструмент, позволяющий контролировать и направлять инновации на рынке (и тем самым ослаблять конкуренцию), — это стандарты, создающие основу для эволюции рынка. Владение отраслевым стандартом обеспечивает фирме уникальную возможность контролировать все пять рыночных сил Майкла Портера. Если фирма контролирует стандарт, то по определению у нее мало конкурентов; по этой же причине потребители отдадут предпочтение ее продукции; поставщикам придется иметь дело с клиентом, положение которого близко к монопольному; поскольку фирма является законным владельцем стандарта, новым участникам рынка трудно проникнуть в отрасль; чтобы заставить покупателей переключиться на замещающие продукты, требуются огромные усилия.

Стандарты настолько важны для бизнеса, что на начальных этапах развития отрасли они часто становились причинами войн между фирмами. Сражения по поводу стандартов велись буквально вокруг всего — от ширины железнодорожной колеи в XIX веке до различных технических систем мобильной телефонной связи в XXI веке. Тот, кто владеет стандартами, имеет самую большую долю на рынке и получает самую большую прибыль.

В своей превосходной книге о стратегиях в области высоких технологий «Законы информации» (Information Rules) профессора университета Беркли Карл Шапиро и Хал Варриан отмечают, что основанные на стандартах стратегии особенно эффективны при использовании того, что экономисты называют «эффектом сети». Современный классический пример такого рода стратегии относится к монополии на операционную систему для компьютеров, сложившуюся,

когда компания Microsoft заняла доминирующее положение на рынке IBM-совместимых ПК. В следующей главе об этом будет рассказано более подробно.

Если фирма успешно монополизировала рыночный стандарт, как это сделала компания Microsoft со своей операционной системой Windows, это привлекает внимание органов антимонопольного регулирования. Однако до тех пор пока фирма не начнет злоупотреблять своей рыночной властью, ее контроль над отраслевым стандартом вполне законен. Если же отраслевые стандарты на различные продукты и технологии устанавливает государство (а оно делает это ежегодно), фирмы всячески стараются воспользоваться соответствующими процедурами, чтобы добиться преимуществ.

Далее мы проанализируем три сценария, в рамках которых ваши конкуренты могут воспользоваться установлением стандартов, чтобы получить контроль над инновациями: установление стандартов в частном порядке отраслевыми организациями; установление стандартов государством; действия отдельных компаний для получения контроля над стандартами при помощи прав на интеллектуальную собственность.

Установление стандартов отраслевыми организациями

Во многих отраслях существуют постоянно действующие организации, в которых работают специалисты, ученые и чиновники. Они устанавливают стандарты в области производительности, безопасности и других важных аспектах функционирования отрасли. Эти стандарты используются при разработке спецификаций продукции, требований сертификации и других показателей качества. Такие правила часто являются основой государственного регулирования на уровне штатов и на федеральном уровне. Обычно процедуры установления отраслевых стандартов вполне справедливы и разумны, но, чтобы защитить свои интересы, вы должны внимательно следить за ними. Их можно использовать для того, чтобы помешать внедрению новых технологий или услуг либо отсрочить его (особенно это касается тех из них, которые угрожают лидерам отрасли).

Несколько примеров позволят вам понять, как ваши конкуренты могут использовать установление отраслевых стандартов для достижения своих целей в гонке на опережение. Когда в организациях, устанавливающих отраслевые стандарты, важную роль играют «старые», прочно утвердившиеся в отрасли фирмы, это почти неизбежно ведет к затуханию связанных с установлением стандартов реальных проблем здоровья и безопасности, которые могут послужить причиной блокирования предлагаемого нововведения.

Один из моих любимых примеров в этой области связан со случаем, который произошел в 1980-е годы. Несколько психиатров из Виргинии боролись со своими традиционными соперниками — психологами-клиницистами. По заказу компании Blue Cross of Virginia объединение психиатров этого штата разработало стандарты лечения психиатрических болезней с указанием, какие методы ле-

чения следует возмещать в соответствии с системой страхования Blue Cross. Разработанный психиатрами стандарт, впоследствии принятый Blue Cross, предусматривал, что страховщики должны возмещать стоимость лечения психологами-клиницистами лишь в том случае, если счет выставлен сертифицированным врачом. В результате психиатры, имеющие степень докторов медицины, могли выписывать счета, а психологи — нет.

Однако чаще всего ареной конкурентных баталий становится отраслевой стандарт не на услуги, а на товары. Иллюстрацией могут служить три примера из строительной отрасли.

Пример 1: вентиляторы для ванных комнат

Несколько лет назад компания Bush-Hampton Industries разработала вентилятор для ванных комнат, который не требовал воздуховода и был предназначен для использования при реконструкции и строительстве зданий. В то время, в соответствии со строительными кодексами большинства штатов, установка вентиляторов требовала выводных каналов (окон или воздуховодов). В основе строительных кодексов обычно лежали стандарты, рекомендованные региональными организациями отрасли — например, Southern Building Code Conference. Компания Bush-Hampton обратилась к этой и другим аналогичным организациям, чтобы получить одобрение своей продукции.

Но существовала одна проблема: Southern Building Code Conference и родственные организации имели давние отношения с лидерами строительной отрасли, включая (применительно к вентиляторам для ванных комнат) Home Ventilation Institute (HVI). Эта организация и ее члены не были заинтересованы в новом подходе к вентиляции ванных комнат. Компания Bush-Hampton безуспешно пыталась бороться с HVI в разных регионах, но в конце концов сдалась и в 1986 году была ликвидирована.

Пример 2: бойлеры

Как показывает пример компании Bush-Hampton, доступ «старых» фирм к «нужным» организациям часто обеспечивает им успех в борьбе вокруг установления стандартов. Этот доступ иногда принимает форму неприкрытой коррупции.

В 1980-е годы начинающая компания Hydrolevel предложила новое, основанное на использовании таймера, устройство для отключения питания бойлера, нацеленное на предотвращение несчастных случаев. Доминирующая на рынке фирма McDonnell & Miller (M&M) решила использовать организацию, устанавливающую стандарты для бойлеров — Американское общество инженеров-механиков, — чтобы помешать выходу на рынок нежелательного нового конкурента. Вот что случилось дальше.

Руководитель компании M&M, который был в этом обществе заместителем председателя комитета по стандартам, вступил в сговор с председателем комитета с целью поставить под сомнение безопасность устройства Hydrolevel. Для это-

го он направил запрос обществу за подписью коллеги, который не был его членом. В письме спрашивалось, надежна ли технология Hydrolevel.

Запрос был зарегистрирован в обычном порядке и передан в комитет по стандартам в области строительства бойлеров, то есть в комитет, во главе которого стояли люди, сочинившие запрос. А так как запрос выдавался за «неформальный», председатель комитета и его заместитель, в соответствии с правилами общества, могли сами ответить на письмо, не созывая весь комитет. Они так и сделали, поставив под сомнение безопасность продукции Hydrolevel.

Имея на руках официальный ответ на письмо, сотрудники отдела продаж компании M&M стали распространять среди покупателей слухи о ненадежности нового устройства, которое якобы подтвердило общество инженеров-механиков. Продажи Hydrolevel резко сократились, и компания обанкротилась.

Несколько лет спустя приведенные факты стали достоянием общественности в ходе слушаний в конгрессе по поводу частных организаций, занимающихся установлением стандартов, и внешний управляющий компании Hydrolevel подал антитрестовский иск против компании M&M, двух должностных лиц, осуществивших замысел, и Американского общества инженеров-механиков. В конечном счете, суд постановил выплатить компании Hydrolevel \$4,75 млн. Фирма избежала банкротства и стала легальным конкурентом в области контрольно-измерительной аппаратуры — редкий случай счастливого исхода стратегической войны между конкурентами.

Пример 3: пластиковые трубы

Третий случай злоупотребления стандартами произошел в 1980-е годы. Фирма Indian Head хотела предложить новый метод изоляции электропроводки — использование пластика вместо традиционных стальных труб. В то время соответствующими стандартами занималась национальная противопожарная ассоциация, которая публикует стандартные правила противопожарной безопасности. Почти все штаты включают стандарты ассоциации в свои строительные кодексы.

Ведущий американский производитель стальных труб для электропроводки — компания Allied Tube and Conduit Corporation — противилась выходу на рынок компании Indian Head и намеревалась отказать в одобрении пластиковых труб на ближайшем заседании ассоциации. Согласно правилам последней, если предложение было одобрено соответствующим техническим комитетом (а продукция Indian Head получила одобрение этой инстанции), вопрос ставился на голосование на ежегодном собрании ассоциации. В этом случае для официального одобрения нового стандарта требовалось получить простое большинство голосов.

Компания Allied и коалиция производителей стальных труб воспользовались процедурой голосования. До ближайшего ежегодного собрания Allied вовлекла в ассоциацию 230 новых членов, что обошлось коалиции более чем в \$100 тыс. (членские взносы, регистрация и транспортные расходы). Среди новых членов ассоциации была, в частности, супруга руководителя отдела продаж

компании Allied Tube, у которой неожиданно проснулся профессиональный интерес к пластиковым трубам. Коалиция провалила предложение Indian Head большинством в четыре голоса — 394 против 390. Компания Indian Head подала апелляцию в совет директоров ассоциации, но он отклонил ее на том основании, что компания Allied и ее коалиция не нарушили никаких правил.

И опять-таки инноватору пришлось прибегнуть к тяжбе. Компания Indian Head честно подала в суд на нарушение антимонопольного законодательства, и стороны впоследствии уладили дело на выгодных для Indian Head условиях. В конечном счете, использование пластиковых труб для изоляции электропроводки в зданиях было одобрено.

Установление стандартов государством

Государственная стандартизация несколько менее уязвима с точки зрения возможности «подкупа», чем система установления стандартов отраслевыми организациями. Но это не значит, что ваши конкуренты не будут пытаться подключить органы государственного регулирования и законодателей к своим кампаниям, нацеленным на принятие выгодных для них стандартов.

В главе 3 показана роль, которую федеральная комиссия по связи сыграла в развитии рынков радиовещания и телевидения, и описана битва Дэвида Сарноффа за получение одобрения своего стандарта цветного телевидения. Многие другие, менее революционные государственные стандарты должны учитываться при разработке стратегии компании, особенно с точки зрения маркетинга.

Например, в 1980-е годы национальное управление дорожного движения и безопасности на дорогах решило принять меры для пересмотра стандартов и процедуры проверки безопасности автопокрышек, против чего отрасль, как правило, возражала. Но когда процесс пересмотра стандартов был в разгаре, одна фирма — производитель автопокрышек Uniroyal — «откололась» от остальных производителей и начала сотрудничать с регулирующими органами. Она предоставляла им различную информацию, результаты тестов автопокрышек и данные о технических характеристиках своей продукции. В конечном счете, регулирующий орган обнародовал новые стандарты безопасности, которые во многом опирались на информацию, предоставленную компанией Uniroyal, и учитывали рекомендации этой компании. Компания Uniroyal, не теряя времени даром, запустила маркетинговую кампанию, объявив, что ее шины «задают стандарт» безопасности в отрасли.

В 2000 году второй по величине производитель кондиционеров в США — компания Goodman Manufacturing — сделала аналогичный ход, «отколовшись» от «коллег» по отрасли и поддержав требования экологов в области ужесточения стандартов для главных кондиционеров. Пресс-секретарь компании Goodman заявил, что она поступила так, потому что это «правильная позиция». Но аналитики считают, что многие изделия компании, включая брэнд Amana, были оперативно сконструированы с учетом нового стандарта, и поэтому компания Goodman получила маркетинговое преимущество перед своими конкурентами.

Использование прав на интеллектуальную собственность: патентование стандартов

Наличие права собственности, которое одновременно является правом на отраслевой стандарт, фактически гарантирует устойчивое конкурентное преимущество. Вы можете быть уверены, что при наличии такого права ваши конкуренты не упустят возможность воспользоваться им.

В высокотехнологичных областях, где важную роль играют патенты, две самые распространенные стратегии установления отраслевого стандарта и контроля над ним — это открытое лицензирование и создание патентного пула. Эти стратегии были рассмотрены выше. Фирмы также могут, как компания Forgent Networks, «покопаться» в своих документах и обнаружить патенты, вошедшие в отраслевые стандарты (примером может служить система JPEG для сжатия аудиоинформации).

Самым агрессивным шагом, связанным с использованием интеллектуальной собственности можно, пожалуй, считать действия члена комитета по стандартам, который знакомится с частным или государственным стандартом в процессе его разработки и использует конфиденциальную информацию для получения патента на стандарт. Недавно компания Rambus подверглась обвинениям в том, что она занимается такой практикой на рынке микросхем памяти. Однако суд постановил, что компания смогла доказать, что начала процесс регистрации патента на ранней стадии рассмотрения частных стандартов, и поэтому освобождается от ответственности. Более того, компания Rambus вышла из комитета еще до того, как он проголосовал за принятие стандарта. В решении суда было указано, что «хотя действия компании Rambus противоречат нормам деловой этики, в протоколах отсутствуют убедительные доказательства того, что она нарушила свои обязательства в рамках содействию политике комитета по стандартам».

Еще более агрессивный пример патентования отраслевого стандарта связан с нефтяной промышленностью. В начале 1990-х годов регулирующие органы Калифорнии пригласили руководителей одной ведущей энергетической компании принять участие в разработке более жестких стандартов на выбросы в атмосферу продуктов сгорания продаваемого в штате бензина. Когда происходили переговоры, одна из менее крупных компаний отрасли — Unocal Corporation — подала заявку на получение патентов на несколько присадок к бензину, снижающих вредные выбросы в атмосферу. Эти присадки обсуждались в процессе переговоров. По мере продвижения процедуры компания Unocal обновляла свои заявки и в конце концов точно воспроизвела формулу бензина, которая была принята в качестве стандарта. Естественно, компания не стала информировать об этом всех тех, кто был вовлечен в процесс регулирования.

Правила, касающиеся присадок к топливу, были приняты в 1991 году и должны были вступить в силу в 1996 году. Тем временем патент на соответствующий стандарт компании Unocal был зарегистрирован и опубликован патентным

бюро в 1994 году После этого компания Upocal объявила, что она приступает к реализации лицензионной программы и намерена добиваться получения роялти от всех конкурентов, планирующих продавать бензин в Калифорнии, в размере 5 центов за галлон. Возмущенные фирмы, в том числе Atlantic Richfield, Chevron и Exxon, сразу же попытались оспорить патент Upocal как по техническим, так и по этическим соображениям (обман регулирующих органов).

Как это ни удивительно, компания Upocal одержала оглушительную юридическую победу. В ходе судебного разбирательства, которое продолжалось 49 дней, суд подтвердил законность патента и постановил выплатить Upocal задолженность по роялти в размере \$69 млн. Федеральный апелляционный суд подтвердил это решение, а верховный суд США отказался слушать дело, хотя отрасль мобилизовала широкую коалицию регулирующих органов штатов и потребителей, настаивавших на слушании дела.

Потерпев поражение в судах, компании отрасли перенесли битву в регулирующие органы и средства массовой информации. Утверждая, что компания Upocal пытается «запатентовать закон о чистом воздухе», коалиция подала ходатайство в федеральную торговую комиссию о возбуждении антитрестовского дела против Upocal и патентного бюро с целью пересмотра патентов компании.

Следующий раунд правовой борьбы обернулся неудачей для Upocal. Патентное бюро пересмотрело патенты компании и отменило некоторые из них по причине отсутствия в них новизны, а в начале 2003 году ФТК решила начать антитрестовское дело. Конфликт продолжается до сих пор.

Пять факторов успеха юридической стратегии в битвах вокруг нововведений: краткий обзор

В этой главе был рассмотрен широкий круг вопросов — от защиты новых продуктов при помощи судебного разбирательства до использования органов государственного регулирования с целью помешать конкурентам «украсть» отраслевой стандарт. Чтобы защитить свою фирму от попыток присвоить ваши идеи или помешать их реализации, вам надо быть особенно искушенным юридическим стратегом. Пять факторов успеха юридической стратегии и в этой области оказали решающее влияние на исход дела в примерах, рассмотренных в настоящей главе.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Сильные юридические позиции всегда важны, когда речь идет об интеллектуальной собственности. Фирма Blue Mountain победила компанию Hallmark именно благодаря сильным юридическим аргументам. То, что звукозаписывающей отрасли удалось добиться предварительного запрета Napster в соответствии с законодательством об авторском праве, стало решающим фак-

тором ее успеха. Кроме того, многие из рассмотренных нами злоупотреблений патентными стратегиями, включая дела компаний Морех и Refac, были основаны на использовании слабых юридических доводов с целью добиться урегулирования под угрозой чрезмерных судебных издержек. Единственная защита от таких стратегий – это разоблачение блефа противника и оспаривание обоснованности его патентов.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Как отметил много лет назад Майкл Кинсли, кража или отсрочка нововведений сопряжена с явными рисками с точки зрения легитимности такой стратегии. Пресса, которая в интересах общества следит за поведением корпораций, охотно хватается за истории подобного рода. Реакция общественности на некоторые стратегии, описанные в настоящей главе, затруднила их реализацию. Создание патентных пулов, которое эффективно работало во времена союза производителей швейных машин в XIX веке (до принятия антитрестовских законов), утратило эффективность в XX веке, когда Дэвид Сарнофф организовал свой пул в сфере радиовещания. Попытка компании Upocal запатентовать экологический стандарт на присадки к бензину, хотя и одобренная судами, взволновала общественность, что заставило фирму защищаться от нападок регулирующих органов.

Фактор 3: стратегическая позиция

Сильные позиции на рынке обеспечивают компаниям такие инструменты для контроля инноваций, которых не имеют их более слабые конкуренты. Наглядным примером может служить использование лидером рынка «продажи пара» на рынке программного обеспечения с целью отсрочить внедрение новой технологии конкурентом. Менее крупные фирмы почти беззащитны перед такими ходами, хотя в одном рассмотренном нами случае одна из фирм сумела доказать, что заявление о выпуске несуществующей программы навредило ее контрактным отношениям, и получить компенсацию. Компании спутникового телевидения использовали быстрое проникновение на рынок для того, чтобы занять выгодные стратегические позиции в борьбе против «старых» телекомпаний. Затем они сформировали из своих клиентов эффективные лоббистские группы, которые выступали за реформирование законодательства о телекоммуникациях в их пользу. А рассмотренные нами патентные пулы явно свидетельствуют об использовании фирмами правовых инструментов для укрепления стратегических позиций в своих отраслях.

Фактор 4: финансовые ресурсы

В ходе инновационных сражений небольшие фирмы должны показать, что обладают достаточными ресурсами для ведения судебных дел, иначе их более крупные конкуренты не будут воспринимать их всерьез. Как выразился Александр Полторак из General Patent Corporation, «крупные фирмы уважают силу». В борьбе компании Microsoft с VisiCorp последней не хватило финансовых ре-

сурсов, чтобы противостоять заявлениям о «химерическом» программном обеспечении компании Microsoft, и она вскоре оказалась на «обочине» рынка.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Преимущества доступа к регулирующим органам наглядно проявлялись во всех примерах, рассмотренных в этой главе. Доступ компании AT&T к Федеральной комиссии по связи позволил ей включать затраты на прокладку подводных кабелей в базовую ставку оплаты услуг, хотя спутники обеспечивали более дешевый и эффективный способ передачи сигналов на большие расстояния. Членство и работа в частных организациях, устанавливающих стандарты, для «старых» фирм отрасли чревато соблазном использовать ее для блокирования выхода на рынок продукции конкурентов. Яркой иллюстрацией этого могут служить примеры с вентиляторами для ванных комнат, устройствами для отключения питания бойлеров и пластиковыми трубами. «Старые» фармацевтические компании также использовали аптечные управления своих штатов для борьбы с системой рассылки лекарств по почте.

* * *

Лишь немногие юридические стратегии являются столь противоречивыми и вызывают такие далеко идущие последствия, как стратегии, связанные с использованием новых идей. Если ваши конкуренты препятствуют инновациям или блокируют их, они ограничивают выбор для потребителей, а иногда тормозят прогресс. Разоблачать такие злоупотребления перед общественностью, добиваясь ее поддержки — это, пожалуй, наилучшая линия вашей защиты.

В следующей главе мы рассмотрим две последние рыночные силы — поставщиков и клиентов. Мы будем рассматривать их одновременно, потому что они находятся в постоянном взаимодействии: каждая фирма является и поставщиком, и покупателем. Мы рассмотрим использование права, в том числе договорного, для укрепления позиций вашей фирмы в системе взаимоотношений покупателей и поставщиков.

[1] Экономисты, изучающие патентные тяжбы, отмечают, что во многих случаях урегулирование было обусловлено стремлением владельцев патентов избежать риска признания патента недействительным. См. Jay Pil Choi. Patent Litigation as an Information Transmission Mechanism. // American Economic Review, Vol. 88, №5 (December 1988), pp. 1249–1263; United States v. Singer Manufacturing Co., 374 U.S. 174 (1963), Duplan Corp. v. Deering Miliken, 540 F.2d 1215 (4th Cir. 1976); Jack Winter v. Koratou Co., 375 F. Suppl. 1, 50 (N.D. Cal 1974).

«закрепление» поставщиков и клиентов

контракты и коалиции

Мы судились с нашими поставщиками — людьми, благодаря которым мы зарабатывали на жизнь. Мы, разумеется, не хотели сердить их. Но мы столкнулись с перспективой постоянной «нечестной игры», и у нас не было другого выхода. Не оставалось ничего другого, кроме судебного разбирательства.

Самнер Редстоун, руководитель компании Viacom

21 июля 1899 года два адвоката — Джозеф Уайтхед и Бенджамин Томас — пришли в офис в Атланте к человеку по имени Аза Чэндлер и показали ему простой двухстраничный контракт. Чэндлер был президентом компании Coca-Cola, а в контракте предлагалось передать Уайтхеду и Томасу «полное и исключительное право на использование названия „кока-кола“ на бутылках и других емкостях, содержащих напитки на основе сиропа „кока-кола“ и право продавать напиток <...> по всей территории Соединенных Штатов Америки, за исключением шести штатов Новой Англии, а также штатов Миссисипи и Техаса». Иными словами, Уайтхед и Томас предлагали компании Coca-Cola передать им исключительное право на розлив в бутылки и сбыт ее собственного напитка.

Цена? \$1 за галлон. Восемь штатов были исключены из сделки, так как компания уже имела контракты с другими предприятиями по розливу напитков на этих территориях.

Чэндлер, ни секунды не задумываясь, подписал контракт. Сообщают, что он сказал Уайтхеду и Томасу следующее: «Ребята, если вы провалите это дело, не приходите плакать мне в жилетку, потому что я не очень-то верю в этот бизнес».

Примечательно, что Чэндлер не потребовал указать фиксированный срок действия соглашения. В результате оно остается в силе по сей день – более ста лет спустя. Истории о том, как Чэндлер «навечно» отдал право на розлив своего напитка и как его преемник Роберт Вудраф пытался вернуть себе это право, весьма поучительны, если вы занимаетесь установлением правил игры для вашей снабженческо-сбытовой сети.

Первая ошибка Чэндлера заключалась в том, что он не проявил интереса к одной из новых технологий того времени – розливу напитков. В конце XIX века такие предприятия множились, а крышка для бутылок, впервые предложенная компанией *Grown Cork & Seal*, еще не стала стандартом. Напитки в бутылках имели ограниченный срок хранения, поэтому Чэндлер решил сосредоточиться на более надежных автоматах по продаже газированной воды. Как мы уже неоднократно убеждались в настоящей книге, никогда не следует игнорировать новую технологию сбыта продукции. Интернет, доставка товаров по почте и спутниковое телевидение произвели революционные изменения в американском бизнесе.

Вторая ошибка Чэндлера носила юридический характер. В соответствии с контрактом 1899 году *Coca-Cola Bottling Company* согласилась строить предприятия по розливу напитка для поставок на ее территории и закупать для этого весь сироп *Coca* по фиксированной цене: \$1 за галлон. Но в контракте не была предусмотрена статья о возможности изменения указанной в контракте цены, и к тому же компания могла расторгнуть его действие лишь в случае невыполнения другой стороной своих обязательств. Как только сделка была заключена, Уайтхед и Томас официально зарегистрировали компанию *Coca-Cola Bottling* и стали заключать договоры франшизы с предприятиями по розливу напитка по всей стране. Покупая напиток у компании *Coca-Cola* по \$1 за галлон, они продавали его заводам по \$1,25. Очень скоро они уже не знали, куда девать полученные ими деньги. А в связи с отсутствием в контракте статьи о возможности его пересмотра и срока действия компания *Coca-Cola* навечно «увязла» в сделке.

Некоторые историки бизнеса считают, что благодаря этому контракту компания *Coca-Cola* стала ведущей американской компанией по производству безалкогольных напитков, потому что он был весьма выгоден для предприятий по розливу. Получая огромные прибыли, эти предприятия едва успевали доставлять напиток во все уголки Америки. Однако следующим владельцам компании сделка нравилась гораздо меньше.

К 1919 году, когда консорциум предприятий во главе с Робертом Вудрафом купил *Coca-Cola* у Азы Чэндлера, компания продавала 40% своей продукции через *Coca-Cola Bottling*. При этом 588 субподрядчиков имели примерно 1100 заводов по всей стране, а компании *Coca-Cola* – ни одного.

Недовольный тем, что он оказался отрезанным от рынка бутилированных напитков, Вудраф решил сыграть в юридическую игру. В разгар обсуждения с заводами вопроса о корректировке цены на сироп с учетом резкого скачка цены на сахар после Первой мировой войны он нанес неожиданный удар. Он заявил, что в контракте Чэндлера речь идет лишь о продаже сиропа, а не бутылок с напитком. Он считал, что любая сторона может в любой момент выйти из соглашения.

Компания *Coca-Cola Bottling* тут же прервала переговоры и подала в иск, требуя, чтобы суд Делавэра запретил *Coca-Cola* заниматься бутылочным бизнесом, так как это противоречит контракту с Чэндлером. Истец доказывал, что в сделке между Уайтхедом, Томасом и Чэндлером речь шла о передаче права на товарный знак для всего рыночного сегмента бутилированного напитка Соке, а не только о продаже сиропа. На основании дела 1879 года о лицензировании товарного знака, верховный суд постановил: «Если владелец товарного знака не налагает никаких временных ограничений на право его использования, право считается вечным». Знали ли Уайтхед и Томас (оба они были юристами) об этом случае, когда готовили проект контракта? Видимо, да.

Спор с заводами решил судьбу Вудрафа и компании *Coca-Cola*. Суд постановил, что «в основе бизнеса по розливу напитков лежат две вещи: сохранение секрета производства сиропа и наличие постоянного спроса на бутилированный напиток. Пока действуют оба этих условия, контракт сохраняет силу». И, что еще хуже, суд посчитал, что компания *Coca-Cola* не может изменить цену на сироп (\$1 за галлон). Хотя отношения между компанией и ее заводами изменились после решения 1920 года (по взаимному согласию сторон цена на сироп много раз корректировалась, и компания теперь продает много напитков без использования знаменитой формулы), постановление, подтвердившее условия первоначального контракта 1899 года, все еще определяет систему сбыта кока-колы в США. Оно повлияло буквально на все — от приобретения компанией одного из крупнейших разливочных предприятий (*Thomas Company*) в 1970 году до использования кукурузного сиропа вместо сахарного, оговоренного в рамках первоначального соглашения.

Некоторые даже считают, что неудачная попытка компании выпустить в 1985 году «новую кока-колу» была еще одной уловкой с целью расторгнуть положения контракта, заключенного Чэндлером. Ведь этот контракт распространился только на напитки, основанные на первоначальной формуле *Coca-Cola*. Теперь же речь шла о новом напитке, для которого требовался новый контракт. Но случилось так, что общественность согласилась с разливочными предприятиями в том, что по сравнению с первоначальными условиями ничего не изменилось.

Установление правил игры между поставщиками и клиентами

Четвертая и пятая рыночные силы в модели Портера, которые «давят» на фирму — поставщики и клиенты — находятся в постоянном взаимодействии. Эти от-

ношения, чреватые контрактными проблемами наподобие тех, вокруг которых многие годы боролись компания Coca-Cola и заводы по розливу напитка, а также связанные со сложными законами о защите интересов малого бизнеса, периодически выливаются в острейшие правовые баталии. Разумеется, отношения между клиентами и поставщиками складываются лучше всего в том случае, если они строятся на основе сотрудничества и доброй воли. Действительно, сама идея о том, что покупателя или поставщика можно рассматривать в качестве конкурента, слегка отдаёт паранойей. Разве клиенты не являются самым ценным активом фирмы? И разве разумные руководители бизнеса не считают своих поставщиков стратегическими партнерами?

Все это, конечно, так. Однако за радужным фасадом даже самого лучшего делового партнерства скрывается проблема конкурентного характера: кто получит большую часть прибыли от сотрудничества? Когда по этому вопросу возникают разногласия, вскоре появляются и проблемы, и юридические стратегии приобретают исключительное значение. Подобно скорпионам, кружащимся в ритуальном брачном танце, коммерческие партнеры делают выпады и отражают их, надеясь изменить соотношение сил и претендовать на получение прибыли, не разрушая выгодные для обеих сторон отношения.

Рассматривая конкурентные аспекты отношений между поставщиками и покупателями, Портер приходит к заключению, что поставщики (под которыми он понимает любого участника рынка, который предоставляет необходимые фирме компоненты, от простых рабочих до производителей различных комплектующих и составляющих) «могут оказывать давление на компанию, угрожая повышением цен или снижением качества товаров и услуг». Покупатели же «конкурируют с отраслью, вынуждая производителей снижать цены, требуя более высокого качества и более разнообразных услуг, а также сравнивая одного конкурента в данной отрасли с другим». Возможность каждой из сторон предпринимать такие действия зависит, следовательно, от ее рыночной власти, то есть способности пойти на потери, возможные в случае отказа принять последнее предложение другой стороны.

Стратегический вопрос, относящийся к коммерческим отношениям такого рода, очевиден: каким образом фирмы могут поддерживать взаимовыгодные деловые отношения, одновременно максимально увеличивая выручку с помощью искусных переговорных, правовых и политических рычагов? В отношениях между покупателями и продавцами юридические шаги, как правило, используются в последнюю очередь, но часто они оказываются решающими. Как показывает пример компании Coca-Cola, судебное решение может надолго определить доли прибыли, получаемые сторонами, или вообще положить конец отношениям.

Фармацевтическая отрасль: конкретный пример установления правил в области дистрибуции

Хотя большая часть отношений между покупателем и продавцом связана с договорными аспектами — такими, которые вызвали разногласия между компа-

нией Coca-Cola и предприятиями по розливу напитков, чрезвычайно важную роль в этих отношениях играют лоббирование и система государственного регулирования. Более того, почти любой аспект этих отношений «регулируется» в том смысле, что в контракте учитываются государственные стандарты безопасности, гарантийного обслуживания и честного ведения бизнеса.

Эти основополагающие правила не падают с неба. На каком-то этапе развития рынка его участники скрещивают шпаги вокруг разработки таких правил, с тем чтобы они отвечали определенным интересам. Тогда правила становятся невидимыми каналами, по которым текут прибыли, иногда для целых поколений дельцов. Правила менялись, когда в результате сдвигов в расстановке сил новые игроки добивались их изменения от судов, регулирующих и законодательных органов. Чтобы преуспеть в качестве юридического стратега в рамках сбытовой цепочки, вы должны хорошо понимать весь этот процесс.

Самый удачный пример того, как законодательство влияет на каналы сбыта и распределение прибыли внутри них, дает фармацевтическая отрасль — бизнес, которому нет равных в деле манипулирования законодательством для получения конкурентных преимуществ. Людей часто шокируют цены на патентованные лекарства, которые им назначают врачи, даже когда страховка покрывает часть соответствующих расходов.

Например, компания Pfizer ежегодно получает от продажи только одного из своих продуктов — препарата для снижения уровня холестерина Lipitor доход в \$7 млрд. Между тем, исследования и разработки, связанные с созданием этого лекарства, обошлись компании в сравнительно скромную сумму — \$200 млн. Разумеется, расходы на исследования и разработки многих лекарств Pfizer, которые так и не поступают на рынок, поглощают значительную долю прибыли от продажи Lipitor, но можно почти не сомневаться, что Pfizer и вся отрасль используют отличную модель получения прибыли.

С точки зрения права история о том, как сложились столь высокие цены и прибыли от лекарств, уходит своими корнями в 1930-е годы, когда этот бизнес был совершенно иным, чем сегодня. Государственное регулирование производства лекарственных препаратов было слабым и осуществилось в основном в рамках законодательства о маркировке товаров, принятого раньше. Правила, непосредственно регулирующие безопасность и эффективность лекарств, отсутствовали. Хотя многие препараты в то время называли «патентованными лекарствами», этот термин только вводил в заблуждение. Лишь немногие фирмы добивались патентной защиты своих лекарств, а те, кто это делал, хотели получить роялти, а не превратиться в монопольных производителей знаменитых дорогих лекарств, известных и в наши дни. Самые эффективные антибиотики того времени — пенициллин и сульфамидные препараты — получали хорошо известным способом, и ни процесс их изготовления, ни сами лекарства не были настолько новыми, чтобы претендовать на патентную защиту.

Поэтому фармацевтические фирмы действовали в рамках простейшей производственной модели бизнеса, во многом так, как это делают производители даже сегодня. Существовало множество фирм-производителей различных соединений, которые они продавали торговцам, унаследовавшим предприятия и аптекам. Конкуренция между производителями происходила в области патентов, а брендам, маркетингу и рекламе уделялось меньше внимания.

Главным звеном сбытовой цепочки был местный аптекарь. Он смешивал порошки и микстуры, которые входили в состав лекарств, и отпускал их покупателям. По рецепту продавались только наркотические средства, поэтому большинство людей обращались за медицинскими советами к аптекарям. Влиятельное положение аптекарей на местах позволило им создать мощные ассоциации для защиты своих позиций на рынке.

Так, национальная ассоциация розничных аптек (совместно с другими местными предприятиями, борющимися с первыми общенациональными сетями магазинов) в 1930-е годы убедила конгресс принять закон Миллера-Тайдингса. Этот закон разрешал штатам делать исключения из антitrustовского законодательства для некоторых контрактов, касающихся поддержания розничных цен. Цель аптекарей была проста: они хотели убрать с рынка магазины, торгующие по сниженным ценам. При наличии законов штатов, легализующих фиксированные розничные цены, аптекари могли оказывать давление на производителей лекарств таким образом, чтобы они устанавливали в своих типовых контрактах высокие розничные цены. Когда врачи начали конкурировать на рынке лекарств, продавая препараты своим пациентам, аптекари стали лоббировать принятие дополнительных законов, чтобы заставить врачей получать аптечные лицензии для приобретения лекарств.

Семена изменений в этой базовой модели бизнеса были посеяны, когда с разрывом в десять лет (в 1938 году и 1948-м) произошли два юридических события. Как было отмечено в главе 2, в 1938 году конгресс ввел требования к безопасности лекарств (и принял закон о пищевых, лекарственных и косметических препаратах) после того, как более ста человек умерли от употребления токсичного эликсира, произведенного компанией Massengill Company.

Закон 1938 года требовал, чтобы все новые лекарства обязательно проверялись и получали одобрение управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов. Без этого их нельзя было продавать населению. Требование безопасности означало, что производители лекарств должны были вкладывать значительные средства в клинические испытания лекарств до их запуска в производство и продажу. Это был большой шаг вперед для отрасли, которая постепенно становилась мировым лидером в производстве высококачественной фармацевтической продукции.

На систему сбыта повлияло еще одно, более точное новшество. Новые правила управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов требовали получения рецепта у лицензированного врача для покупки большинства новых лекарств.

Требование о рецептах разделило систему. Образовалось два канала сбыта: свободная продажа лекарств без рецепта врача или участия аптекаря и отпуск лекарств по рецептам врача или аптекаря. Указанное требование было благом для врачей, так как возросло количество посещений пациентов, нуждавшихся в рецептах, а также для производителей лекарств, которые стали сбывать продукцию непосредственно специалистам (врачам), менее чувствительным к цене. Но это было поражением для аптекарей, так как для покупки многих лекарств покупатели теперь должны были обращаться к врачам.

Следующий важный юридический момент в фармацевтической отрасли наступил в 1948 году, когда компания Merck & Company получила первый патент на современное «чудо-лекарство». Это был стрептомицин — антибиотик, производимый из бактерицидных веществ, обнаруженных (кто бы мог подумать!) в обычной грязи.

На примере этого патента фармацевтические фирмы увидели, что они могут (за счет солидных вложений в исследования, маркетинг и вертикальную интеграцию) разрабатывать патентованные лекарства и продавать их по квазимонопольным ценам в течение всего срока действия патента. И, что еще важнее, в результате введения рецептов, врачи, которых не слишком волнует цена, будут заказывать эти лекарства. Как недавно пояснил *New York Times* представитель одной фармацевтической компании, цены на дорогостоящие лекарства «устанавливаются с учетом пользы для пациента, а не себестоимости их производства».

Последним штрихом стали еще два юридических момента. Во-первых, фармацевтические фирмы стали вкладывать значительные средства в присвоение своим патентованным соединениям особых, нехимических названий (брендов и торговых знаков) — например, *Lipitor* — это торговое наименование химического соединения *atorvastatin calcium*. В качестве брендов лекарства легче распознавались как врачами, так и населением. Прорыв в этой области произошел в середине 1950-х годов, когда Американская медицинская ассоциация отменила запрет на рекламу брендов в своих специальных изданиях, удвоив выручку от рекламы и узаконив маркетинг лекарств-брендов.

Во-вторых, отрасль успешно лоббировала принятие законов, введенных почти в каждом штате и запрещающих аптекарям предлагать иное, более дешевое лекарство вместо бренда, указанного в рецепте врача. Эти законы «против заменителей» обеспечивали эффективность рекламы брендов с точки зрения реального роста продаж при условии, что их поддержат врачи. Произошел резкий сдвиг в соотношении сил: позиции аптекарей ослабли, а положение на рынке новой мощной коалиции врачей и производителей лекарств стало более прочным.

Лоббисты фармацевтической промышленности продолжали демонстрировать свое влияние в 1960-е годы, когда они похоронили в конгрессе предложение об обязательном лицензировании, которое предусматривало выдачу лицензии на патентованные лекарства всем конкурентам за фиксированные роялти (8%). Однако еще один связанный с лекарствами скандал (врожденные дефек-

ты, вызванные приемом беременными женщинами талидомида) побудил конгресс в 1962 году добавить еще одно требование, касающееся проверки лекарств. На этот раз следовало доказать «эффективность» лекарства при лечении соответствующего заболевания. В результате отрасль быстро консолидировалась, причем все меньшее число фирм проводило все больше клинических испытаний, так что количество лекарств, требующих проверки регулирующими органами, сокращалось.

По мере увеличения расходов на охрану здоровья в 1970-е и 1980-е годы набирали политический вес фирмы, производящие лекарства-дженерики, и организации, ведающие здравоохранением, которые агитировали в пользу более низких цен. Патенты действуют лишь в течение 17 лет, так что производители дженериков получали в свое распоряжение все больше лекарств, на которые распространялась модель бизнеса 1930-х годов. Они также научились искусно использовать судебные разбирательства, ежегодно предъявляя сотни исков, чтобы как можно раньше получить доступ к этим лекарствам. Тем временем организации, занимающиеся охраной здоровья, наседали на больницы и врачей, требуя от них снижения расходов. Производители дженериков и эти организации объединились, чтобы добиться отмены старого закона Миллера—Тайдингса, который все еще разрешал поддерживать розничные цены в ряде штатов. Они также шаг за шагом продвигались в направлении отмены законов против лекарств-заменителей, принятых в 1950-е годы, предлагая вместо них ввести правила, требовавшие от аптекарей замены дорогих лекарств более дешевыми дженериками, когда это возможно.

Фирмы, производящие брэнды, отреагировали активным маркетингом своих торговых марок, сбывая их непосредственно потребителям с помощью массовой телевизионной и печатной рекламы в надежде, что пациенты сами станут требовать брэнды и возражать против заменителей. Они лоббировали в управлении по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов одобрение такой практики и в 1985 году добились соответствующего разрешения. Расходы отрасли на прямую рекламу, адресованную потребителям, резко возросли — с нуля в 1980 году до \$600 млн в 1996 году и \$2,5 млрд в 2000 году.

В ходе описанных изменений общая модель бизнеса в отрасли оставалась нетронутой, а количество высокотехнологичных фирм, доминирующих в производстве лекарственных препаратов и государственной политике в этой области, сокращалось. XXI век открыл для американских производителей фармацевтических брэндов новые горизонты в виде глобального рынка и интернета.

На глобальном фронте фармацевтическая отрасль вкладывала значительные средства в политические стратегии, нацеленные на распространение американской системы регулирования, основанной на патентах, на продажу лекарств во всем мире. Патентная защита лекарств стала одним из важнейших пунктов в повестке дня ВТО. Представители США на переговорах требовали от развиваю-

щихся стран уважения к американской системе патентования лекарств. Между тем интернет обусловил возникновение новых проблем в области сбыта, так как аптеки в странах, контролирующих цены на лекарства, стали предлагать через интернет потребителям на рынках с высокими ценами (например, в США) более дешевые лекарства (подробнее об этом будет рассказано далее).

Краткое описание современной фармацевтической отрасли подтверждает то, что понимают все специалисты в области юридической конкурентной стратегии: снабженческо-сбытовые системы проходят через определенные этапы правового развития. На каждом этапе под воздействием политики меняются законы, которые влияют на распределение прибыли между взаимодействующими покупателями и продавцами. Применительно к фармацевтической отрасли некоторые новшества, например требование выписки рецептов, были направлены на защиту покупателей. Тем не менее, они оказали глубокое воздействие на распределение прибыли. Другие законы (такие, как закон Миллера – Тайдингса или законы против дешевых заменителей) представляли собой откровенные попытки одного участника сбытовой цепочки контролировать других участников рынка.

В целом же, с течением времени новые правовые нормы начинают формировать и контролировать отношения между покупателями и продавцами. Эти нормы меняются по мере трансформации общественных потребностей и политических изменений. Ваша задача как руководителя бизнеса заключается в том, чтобы понять эти правовые тенденции, чтобы видеть, куда движется ваша отрасль в рамках очередного цикла. опережать перемены на один шаг, а не отставать от них – значит добиться успеха в конкуренции, а не просто выжить или быть поглощенным более искусным соперником. Аптекари, которые контролировали сбыт лекарств в 1930-е годы, в 1950-е годы уступили место коалиции врачей и производителей лекарств. А коалиция с участием фирм, производящих дженерики, начала доминировать в 1990-е годы, в то время как врачи и производители брендов перешли в оборону в связи со старением населения и головокружительными расходами на охрану здоровья. Хотя производители брендов сохраняют огромное политическое влияние, модель бизнеса, основанная на производстве дорогих лекарств, сложившаяся в 1940-е годы, похоже, исчерпала себя. Какая модель придет ей на смену, пока неясно.

Лоббирование интересов малого бизнеса: сила коалиций

В переговорах о долгосрочных контрактных отношениях малый бизнес, как правило, находится в менее выгодном положении по сравнению с более крупными фирмами. Речь идет просто о рычагах влияния: более крупным фирмам легче покинуть стол переговоров. Зато мелкие фирмы иногда получают преимущество в другом отношении: они имеют политическое влияние на местном уровне. Со временем, когда накапливается достаточное количество случаев зло-

употребления властью со стороны крупных фирм, малым предприятиям — дилерам, дистрибуторам и владельцам франчайзинговых контрактов — удастся защитить свои интересы путем лоббирования в регулирующих и законодательных органах.

Как и история о фармацевтической промышленности, конкурентная юридическая битва между производителями и дистрибуторами восходит к временам Великой депрессии. В 1935 году коалиция автомобильных дилеров Висконсина стала первой организацией малого бизнеса, которая добилась принятия закона о защите дилеров. Этот закон все еще действует в Висконсине, как и аналогичные законы, принятые в большинстве штатов.

Закон Висконсина содержит три любопытных положения. Во-первых, он требует лицензирования автомобильных дилеров и производителей, что позволяет дилерам контролировать выход новых фирм на их рынок. Во-вторых, он предусматривает, что его исполнение в штате должен контролировать специальный орган, а поскольку в нем работают в основном бывшие дилеры и руководители отраслевого объединения, этот процесс контролируют дилеры.

В-третьих, закон категорически запрещает некоторые действия производителей автомобилей, что меняет динамику контрактных отношений между сторонами. Перечень этих запрещенных действий позволяет понять, почему дилеры лоббировали принятие упомянутого закона.

В соответствии с законом об автомобильных дилерах штата Висконсин, производителям запрещается:

- вынуждать дилера принимать автомобили, которые он не заказывал;
- угрожать дилеру прекращением отношений в ходе переговоров о заключении контракта;
- прекращать отношения с дилером нечестным путем или без веских на то оснований.

Наиболее важным из всех запретов представляется последний, так как он возлагает на производителя бремя сбора доказательств «обоснованности» прекращения отношений с дилером.

Владельцы бензозаправочных станций стали следующей группой представителей малого бизнеса, которая использовала лоббирование, чтобы склонить чашу переговорных весов на свою сторону. В начале 1970-х годов цены на нефть резко возросли, что побудило крупные нефтеперерабатывающие компании закрыть некоторые станции обслуживания и изменить характер отношений со многими другими. Владельцы бензозаправочных станций ответили организацией крупных лоббистских кампаний, добившись принятия почти в половине штатов законов, защищающих их от произвольного прекращения контрактных отношений.

Кульминацией этих усилий стало принятие конгрессом в 1978 году федерального закона о продаже нефтепродуктов. В соответствии с соглашением между нефтеперерабатывающими предприятиями и дилерами закон стал общенаци-

ональным, распространяясь на каждый штат и отменяя все предшествующие законы штатов.

Владельцам бензоколонок вскоре пришлось пожалеть о том, что они лишились защиты, которую давали им законы штатов. Во-первых, федеральные суды весьма узко толковали закон о продаже нефтепродуктов, давая заводам право прекращать отношения с дилерами практически по любому коммерческому поводу. Во-вторых, дилеры лишились возможности использовать лицензирование на уровне штата и штатные системы регулирования для расширения своих прав. Поэтому очень скоро дилеры снова обратились в законодательные органы штатов, лоббируя принятие новых законов о защите дилеров, охватывающих широкий круг вопросов, не предусмотренных упомянутым федеральным законом.

Третий тип законов штатов, принятие которых удалось добиться организациям малого бизнеса, — это общие законы по защите предприятий, имеющие договоры франчайзинга. Эти законы распространяются практически на любую форму розничной торговли на основе франчайзинга — от магазинов кормов для домашних животных до предприятий быстрого питания. Они были приняты благодаря на шумевшим случаям обмана наивных предпринимателей фирмами-однодневками. В них предусматривается обязательное раскрытие информации при заключении договора франчайзинга, а также определенные ограничения для разрыва контрактных отношений. Такого рода законы приняты примерно в десяти штатах.

Типичный пример того, как дилеры используют законы штатов и органы государственного регулирования для защиты своих интересов, связан с периодом бурной электронной торговли через интернет в 1999–2000 годах. Когда представители многих отраслей экономики осознали возможности интернета, автомобильные компании решили продавать автомобили непосредственно потребителям с использованием веб-сайтов. Производители предположили, что они смогут снизить цену на новые автомобили на несколько тысяч долларов и положить часть денег себе в карман, продавая машины более эффективно, чем это делают дилеры.

Напуганные дилеры по всей стране стали изыскивать способы защиты своих рынков от собственных поставщиков, формируя юридические «ударные» команды для предъявления исков и лоббирования запрещения продаж автомобилей непосредственно производителями. Как писал *The Wall Street Journal*, один адвокат из Флориды, который защищал дилеров в суде, записал на автоответчике следующее голосовое сообщение: «Дэна Майерса нет на месте. Он пошел защищать автомобильных дилеров от империи зла».

В основу такой защиты легли рассмотренные выше законы о дилерах, причем некоторые из них категорически запрещали производителям автомобилей конкурировать со своими же дилерами в одном штате. Юридические команды дилеров начали следить за тем, чтобы эти законы последовательно проводились в жизнь.

Одна из первых стычек произошла в Техасе. Когда компания General Motors попыталась открыть при своем заводе в Хьюстоне магазин для продажи подержанных автомобилей непосредственно покупателям, адвокаты ходатайствовали перед органом, ответственным за проведение в жизнь закона о защите дилеров, о том, чтобы помешать этому. С адвокатами согласились, и магазин закрыли. Затем компания Ford создала веб-сайт для продажи автомобилей, побывавших в прокате в Хьюстоне. Местные дилеры опять побежали к властям и быстро добились постановления о закрытии сайта.

Однако по стране прокатилась молва о том, что автомобильные компании не успокоились. По мере развития интернета в 1999–2000 годах ассоциации автомобильных дилеров убедили еще 12 штатов принять законы о защите дилеров, доведя общее число таких штатов до 45 (напомним, что всего их 50). Дилеры во всех этих штатах постарались обеспечить информирование веб-сайтов, содержащих информацию о новых автомобилях (таких как CarsDirect.com), уведомляя их о том, что они не вправе продавать автомобили, так как не имеют необходимой лицензии штата (и не смогут ее получить).

В Аризоне дилеры пошли еще дальше со своим новым законом. Законодательный орган штата принял закон, предусматривающий обычные формы защиты, и, кроме того, требовавший от производителей передавать местным дилерам все заказы, поступившие через интернет. Закон также запрещал автомобильным компаниям выдавать кредиты на покупку новых автомобилей, если заказ поступал не через лицензированного дилера.

После битвы в Аризоне представитель альянса производителей автомобилей с горечью констатировал: «В этой схватке ни разу не был поставлен вопрос о том, кто же злоупотребляет политической поддержкой. Можно было только попытаться убедить дилеров, что они заходят слишком далеко».

Плач производителей: параллельный импорт

В описанном выше случае с интернетом речь шла о дилерах, добивавшихся правовой защиты от производителей, которые пытались конкурировать, используя собственные каналы сбыта. Но в глобальной экономике роли часто меняются — крупные производственные фирмы требуют, чтобы их каналы сбыта были законодательно защищены от притока нелегальных товаров, то есть запрета так называемого «параллельного импорта». Представленные ниже два примера иллюстрируют правовую динамику подобных ситуаций, возникающих при импорте компакт-дисков, одежды, пестицидов, шампуней, мыла, консервов и фасованных пищевых продуктов, а также многих других товаров. Если ваш бизнес зависит от глобального сбыта и производства, вам следует сделать так, чтобы сегодняшние партнеры завтра не превратились в пиратов.

Продажа лекарств

Как было отмечено выше, фармацевтические фирмы-производители брендов продают американским потребителям лекарства по самым высоким ценам. Это создает стимулы для ввоза лекарств в США дистрибуторами американских лекарств в других странах (особенно тех, в которых цены на лекарства контролируются на национальном уровне). Такая практика выглядит особенно заманчивой для аптек и оптовых торговцев лекарствами в соседней Канаде.

Американские потребители в штатах, граничащих с Канадой, предпринимают регулярные поездки на север для приобретения лекарств. На территории США работают приграничные предприятия, получающие заказы для канадских аптек, а некоторые торговцы — в Канаде и других странах — на своих веб-сайтах рекламируют более дешевые лекарства и отправляют их по почте мелкими партиями потребителям в США. Таможенные органы не раз задерживали лекарства, присылаемые американским потребителям из Китая, Мексики, Таиланда и Швейцарии. По некоторым оценкам, границу США ежегодно нелегально пересекают лекарства на сумму около \$1 млрд.

Разумеется, такого рода продажи иногда представляют собой нарушение контрактов об организации сбыта, ограничивающих деятельность дистрибуторов определенной территорией и запрещающих продажу продукции за ее пределами. Следовательно, один из возможных выходов — это прекращение контрактных отношений с торговцами, нарушающими условия контрактов. Например, британская фирма GlaxoSmithKline объявила, что прекратит поставки канадским торговцам, которые перепродают ее продукцию в США. В рамках клиентского подхода она также ходатайствовала о принятии соответствующих мер перед регулирующим органом США — управлением по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов. В ответ управление опубликовало заявление, осуждающее параллельный импорт и предупредившее о «гражданской и уголовной ответственности» тех, кто помогает в осуществлении таких продаж.

Через несколько недель управление инициировало первое дело против аптечной компании Rx Depot, действующей в Оклахоме и пяти других штатах. Утверждая, что она защищает интересы пожилых граждан, компания поклялась сопротивляться управлению.

Тем временем канадские аптеки предприняли собственные шаги, ходатайствуя перед канадскими антитрестовскими органами о том, чтобы они обязали Glaxo отказаться от своей «дискриминационной» политики прекращения поставок торговцам, прибегающим к параллельному импорту. Но канадские власти отказались что-либо предпринять, так как отсутствовали какие-либо признаки того, что в результате политики Glaxo пострадали канадские потребители.

Огласка всей этой деятельности побудила активистов в конгрессе США немедленно отреагировать требованием снижения цен на лекарства для пожилых людей, а также вызвала реакцию со стороны представителей штатов, граничащих с Канадой. Конгрессмен из Вермонта Бернард Зандерс осудил действия уп-

правления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов. Он, в частности, сказал: «Позиция управления, играющая на руку фармацевтическим компаниям, ведет к эскалации войны отрасли против американских потребителей, которые хотят получать безопасные и доступные лекарства». Сенат принял закон, легализовавший импорт лекарств из Канады. Затем обе стороны конфликта провели исследования в области безопасности импортных лекарств и получили противоположные результаты. Короче говоря, когда легитимность юридических действий фармацевтических компаний в глазах общественности была поставлена под вопрос, вокруг импортных лекарств началась борьба группировок, имеющих различные интересы.

Потребительские товары

Проиграв борьбу за право на надпись «сделано в США» на своих товарах (см. главу 3), компания New Balance Athletic Shoe перенесла производство в Китай для последующих поставок спортивной обуви на мировой рынок. К 2002 году китайские фабрики ежегодно выпускали 35 млн пар обуви (70% общего объема производства компании).

Но была одна проблема. Как только некоторые из этих фабрик научились производить обувь New Balance, они начали выпускать их сверх нормы, отправляя продукцию на мировой «серый» рынок. А когда компания New Balance отреагировала на это, прервав отношения с производителями-пиратами, прежние партнеры продолжали «гнать» обувь, наводняя ей такие рынки, как британский и австралийский. Их продукция ничем не отличалась от оригинальной, если не считать ее «контрактную родословную» и цену.

В последние годы такие гиганты, как Unilever и Procter & Gamble, столкнулись с аналогичными проблемами, связанными с китайскими производителями самой разной продукции — от мыла до шампуней. Как заявил репортерам штатный юрисконсульт французского производителя предметов роскоши Cartier, «если вы не можете контролировать систему сбыта, <...> вы сами создадите себе конкурентов».

Какие же правовые инструменты имеются у производителей брендов для того, чтобы призвать к порядку китайских поставщиков? Во-первых, существуют китайские суды. Компания New Balance подала иск, но китайский суд отказался приостановить контракт с производителем-пиратом, настаивая на соблюдении срока действия контракта (до 2003 года). Это не стало неожиданностью. В то время, когда у компании New Balance возникли проблемы, лишь одна иностранная фирма (Yamaha Motor) сумела добиться у китайского суда решения против китайского фирмы в связи с выпуском нелегальной продукции по более низким ценам.

Другой, несколько более предпочтительный вариант заключается в лоббировании в китайских регулирующих органах. После вступления Китая в ВТО в 2001 году китайские бюрократы усилили контроль над соблюдением прав иност-

ранных инвесторов на их интеллектуальную собственность. В деле New Balance государственное управление промышленности и торговли Китая отреагировало на просьбу о помощи, проверив пять складов, принадлежащих нечестному партнеру New Balance, и конфисковало более 100 тыс. пар незаконно произведенной спортивной обуви. Этот случай послужил красноречивым предупреждением, но компания New Balance признавала, что полиция не решит ее проблему в долгосрочной перспективе.

Третий юридический вариант заключается в том, чтобы предупредить таможенную в странах, в которые ввозится продукция, аналогичная вашей, и прекратить ее импорт. Однако таможенный досмотр носит в лучшем случае выборочный характер, так что этот вариант является плохой заменой правовой защиты в стране, где расположено соответствующее производство. В деле компании New Balance такая защита в целом оказалась неэффективной.

Учитывая сказанное, компания New Balance пересмотрела свою модель бизнеса. Она разорвала связи с рядом фабрик, сосредоточила производство на шести производственных объектах, изменила фасон обуви и существенно усилила контроль, чтобы не допустить выпуска нелегальной продукции. Издержки производства возросли, но нелегальные продажи стали сокращаться. Отсюда урок для офшорных операций: чем тщательнее вы их контролируете, тем лучше.

Мир контрактов

Мы видели, как поставщики и торговцы используют законодательные и регулирующие органы для защиты своих интересов, но, как показывает история компании Coca-Cola и заводов по розливу напитка, взаимоотношения между сторонами в основном определяются контрактами. Договариваясь о сделке, вы, по сути дела, формулируете правила своих отношений с другой стороной. Эти правила важны не только при обращении в суд, но и в качестве норм, на которые вы можете ссылаться в случае нарушения контракта. Как однажды заметил Лью Вассерман, «великий и ужасный» исполнительный директор компании MCA, «контракт — <...> это лист бумаги, в котором зафиксированы основные положения, от которых можно отталкиваться при переговорах об урегулировании дела».

Так что же такое контракты? Этот вопрос рассматривается в толстых юридических трактатах, но практический ответ обманчиво прост: контракты — это особый вид соглашений, удовлетворяющих правовым требованиям, которые нужны для того, чтобы местный судья мог использовать их для того, чтобы принять то или иное решение в случае их нарушения. Иногда, в зависимости от правовой системы и характера заключаемой сделки, эти требования включают такие формальности, как письменные документы, подписи, подтверждение оплаты, печати и свидетельские показания. Но бизнесмены обычно бывают поражены, узнав, как просто случайно составить юридически обоснованный контракт.

Так, неискушенный в правовых вопросах клиент, с которым я однажды работал, едва не продал принадлежавшую ему местную радиостанцию, всего лишь поставив свою подпись на салфетке во время ленча в загородном клубе. Его хитрый, как змей, контрагент сделал кое-какие записи на салфетке в ходе обсуждения условий возможной продажи. Затем жулик подписался на салфетке и попросил моего клиента сделать то же самое в порядке обобщения сути разговора.

Впоследствии клиент передумал продавать свое предприятие, но его собеседник продал иск, предъявив подписанную салфетку в качестве доказательства существования контракта. Я был поражен, когда в суде этот человек занял место для дачи свидетельских показаний и смело заявил, что он часто покупал и продавал крупные активы, используя салфетки, гостиничные бланки для заметок и обратную сторону конвертов.

К счастью, мы имели преимущество слушания дела в «родном» суде, и местный судья не поверил, что человек с такой репутацией, как наш клиент, продаст столь важный объект, как радиостанция, с помощью контракта, написанного на салфетке. Дело было прекращено. Однако клиент получил ценный урок, касающийся важности подписи под каким-либо текстом, содержащим коммерческие условия.

В большинстве дел о контрактах сторонам не нужно даже приносить салфетку в суд. Закон требует от судей лишь рассмотрения фактов, чтобы убедиться в намерениях сторон выполнить соглашение. Если имеются доказательства, что одна сторона внесла конкретное предложение, которое другая сторона приняла без серьезных поправок, и что сделка включала определенный обмен обещаниями или иными ценностями, судьи вольны решить, что контракт имеет законную силу.

Разумеется, при наличии формального, подписанного документа, содержащего условия сделки, доказать обоснованность контракта в суде намного легче. В воспоминания людей о том, что было сказано в ходе переговоров, как правило, примешиваются наслоения, касающиеся последующих событий, поэтому они часто привирают или «забывают» о том, о чем сейчас вынуждены сожалеть. А письменный документ — это превосходное доказательство того, что обе стороны намеревались придать сделке обязательную силу.

Кроме того, в некоторых странах (например США) предусматривается обязательное оформление некоторых сделок (операций, связанных с землей, долгосрочных контрактов и продажи товаров) в письменном виде. Такие документы должны быть подписаны ответчиком, потому что только в этом случае судья может присудить компенсацию ущерба. И вот тут-то может пригодиться салфетка, ибо технически даже подписанная салфетка удовлетворяет указанному требованию.

Поскольку составить контракт так легко, не так уж важно, как именно он оформлен. Гораздо важнее последствия для деловых возможностей и отношений, вытекающие из его условий. В руках искушенного юриста контракт может

стать одним из самых действенных правовых инструментов для получения стратегических преимуществ.

Самые важные со стратегической точки зрения условия долгосрочных контрактов, как правило, включают три аспекта: контроль, риск и выручку. Невозможно рассказать обо всех возможных подходах к этим трем аспектам, поэтому в качестве иллюстрации я приведу лишь несколько примеров. Говоря конкретнее, мы рассмотрим пять ключевых условий, которые часто имеют стратегическое значение в контрактах купли-продажи: положения, касающиеся прав собственности; цены; условия выполнения контракта; срок действия контракта; и условия судебного разбирательства. Если вы хотите использовать контракты для получения конкурентных преимуществ, вы должны так же хорошо знать названные статьи, как и ваш юрист.

Положения контракта, касающиеся прав собственности

Статьи, относящиеся к собственности или ее использованию, обычно имеют наиважнейшее стратегическое значение, потому что они регулируют распределение контроля над предметом контракта. Следовательно, положения контракта о правах собственности заслуживают особого внимания.

Карьера Билла Гейтса — это богатый источник историй как об эффективных, так и о спорных контрактных стратегиях. Один из самых известных (и самых эффективных) из его контрактов наглядно подтверждает, что от того, насколько пристальное внимание уделяется статьям контракта о правах собственности, может зависеть судьба миллионов долларов.

В 1980 году компания IBM искала быстрый путь выхода на растущий рынок недорогих персональных компьютеров. Компания Apple Computer нащупала такой путь благодаря своей популярной модели Apple II, однако рынок домашних компьютеров, по сути, оставался еще нетронутым. Будучи компанией с 30-миллиардным оборотом, IBM располагала более чем достаточной рыночной властью для того, чтобы конкурировать с Apple, но у нее не было персонального компьютера, который она могла бы выпустить на рынок. Вместо того, чтобы потратить годы на создание собственного ПК, она решила собрать его из компонентов, производимых другими компаниями. В июле 1980 года Джек Сэмс — один из руководителей IBM, в обязанности которого входил поиск операционной системы для проекта ПК, пришел к Гейтсу, чтобы узнать, не поможет ли тот разработать операционную систему для нового компьютера.

У Гейтса не было операционной системы, совместимой с микрочипом Intel 8086, который хотела использовать IBM, а для разработки новой ОС было слишком мало времени. Поэтому компания Microsoft обратилась к небольшой фирме Seattle Computer Products, расположенной в 20 минутах езды. Гейтс слышал, что этой компании принадлежит система QDOS (буквально «quick and dirty operating system» — «быстрая и грязная операционная система»), совмес-

тимая с процессором Intel 8086. После непродолжительных переговоров компания Seattle Computer предоставила Гейтсу неэксклюзивную лицензию на адаптацию QDOS и ее продажу. Компания Microsoft заплатила за лицензию \$10 тыс. и обещала платить дополнительно \$15 тыс. долларов с каждой продажи, если сделка состоится (Гейтс намеревался продать только один экземпляр ОС, если бы его план сработал).

Затем Гейтс продал QDOS компании IBM (теперь она именовалась MS-DOS – буквально «дисковая операционная система Microsoft»), а компания Seattle Computer получила лицензионную плату в размере \$15 тыс. IBM, однако, не увидела стратегического значения MS-DOS и попросила Гейтса предоставить ей лишь неэксклюзивную лицензию на ОС.

Когда приблизилась дата выпуска на рынок персонального компьютера компании IBM, Гейтс понял, что ему необходимо добиться от Seattle Computer дополнительных прав, чтобы он мог помешать другим возможным лицензиатам QDOS конкурировать с персональными компьютерами IBM на рынке сбыта. Пол Аллен поинтересовался у владельца Seattle Computer Рода Брока, можно ли вместо неэксклюзивной лицензии получить эксклюзивную. Гейтс готов был заплатить за это еще \$50 тыс. Для стесненного в деньгах Брока это были огромные деньги, и он быстро согласился.

Но прежде чем Аллен отослал готовый подписанный контракт, Гейтс попросил показать его ему и удалился в свой офис. Никто точно не знает, о чем думал Гейтс в тот судьбоносный день, но он, видимо, понял, что даже эксклюзивная лицензия на продажу QDOS не избавляет его в будущем от серьезного потенциального конкурента – самой компании Seattle Computer.

Гейтс взял контракт в руки, вычеркнул статьи о лицензировании и превратил контракт о предоставлении лицензии в контракт о продаже. Помимо уже обещанных \$50 тыс., Гейтс предложил Seattle Computer право на свободное использование ее собственной системы и доступ ко всем будущим усовершенствованиям, которые может ввести компания Microsoft. Брок не хотел расстаться с собственностью на QDOS, но он нуждался в деньгах и решил, что сможет использовать будущие усовершенствования Microsoft в качестве основы для разработки собственных программ. Он раздумывал пару дней, а затем согласился на изменение сделки.

То, что Гейтс обратил внимание на эту небольшую правовую деталь, стало основой для его последующих успехов. Одним росчерком пера Гейтс обеспечил себе полную собственность на операционную систему, вошедшую в первый массовый персональный компьютер. И, что еще важнее, он мог продавать свое программное обеспечение, не опасаясь конкуренции, любому производителю компьютеров, пожелавшему приобщиться к новому рынку ПК, чтобы повторить успех IBM. Если бы Род Брок или юристы IBM подошли бы к статьям контракта о правах собственности с тех же стратегических позиций, что и Гейтс, история ПК могла бы сложиться совершенно иначе.

Когда речь идет о правах собственности, изменения положений контракта, как ходы в шахматной игре, меняют распределение прибыли. Сторона, сохраняющая основной контроль над этими правами, обычно получает огромные деньги, тогда как другой стороне достается «одноразовая» возможность получить ограниченную прибыль.

Ценовые условия

Едва ли нужно напоминать, что ценовые условия контрактов о продаже, лицензировании или дистрибуции имеют стратегически важное значение. Очевидно, что цена влияет на экономический результат сделки, но формулировка ценовых условий может также быть чревата риском. Как я писал в главе 3, некоторые методы ценообразования в сбытовых цепочках, например поддержание высоких розничных цен, явно противозаконны. Федеральное законодательство и законы штатов, запрещающие ценовую дискриминацию (такие как Закон Робинсона — Пэтмена 1936 года и законы о «справедливых ценах», помешавший попытке компании Wal-Mart продавать бензин со скидкой) также ограничивают реализацию агрессивной ценовой стратегии. Но если не считать этих очевидных правовых барьеров, то в этой области почти нет ограничений.

Как показывают результаты некоторых исследований, ценовые условия меняются в зависимости от отношений между сторонами. Жесткие ценовые условия чаще фигурируют в контрактах о разовых сделках, но при заключении долгосрочных контрактов стороны обычно договариваются о возможности изменения цен. История с контрактом Чэндлера с заводами по розливу кока-колы показывает, что может произойти, когда путают эти два подхода к ценовым условиям, и поставщик оказывается связанным фиксированной ценой (\$1 за галлон сиропа Coca-Cola) в рамках долгосрочного контракта. Более поздний, но столь же известный контракт, предусматривающий фиксированные цены и оказавшийся неудачным, — это долгосрочный контракт на поставку 70 млн фунтов урана для атомных электростанций, заключенный компанией Westinghouse с группой предприятий коммунального обслуживания. Когда через несколько лет рыночные цены резко возросли, компания Westinghouse понесла убытки в \$2 млрд и объявила, что она не в состоянии выполнить свои обязательства. Тогда 27 покупателей предъявили компании 14 самостоятельных исков о нарушении условий контракта. Компания Westinghouse пыталась избежать санкций, доказывая, что исполнить сделку невозможно из-за нехватки урана, но суд был неумолим. Не то чтобы компания не могла выполнить обязательство — она была в состоянии это сделать, но это обошлось бы ей слишком дорого. Позднее дело было урегулировано. Вывод: при заключении долгосрочных сделок контракты, предусматривающие фиксированные цены, могут быть невыгодны для обеих сторон.

Помимо установления цены (или порядка для ее определения), стратегические контракты иногда содержат различные условия защиты цены, например, «лучшая цена», «режим наибольшего благоприятствования для поку-

пателя» или «режим наибольшего благоприятствования для страны». Они означают, что продавец назначает для конкретного покупателя самую низкую цену из тех, которые он предлагает всем другим клиентам или конкурентам в отрасли.

Вам следует особенно внимательно относиться к статьям подобного рода, потому что они могут быть использованы крупными компаниями отрасли для уничтожения конкурентов, продающих товары со скидкой. Примером может служить недавнее дело, связанное с компанией медицинского страхования Blue Cross.

Небольшое предприятие медицинского обслуживания в Род-Айленде — Ocean State — сумело договориться с рядом местных врачей о цене, которая была примерно на 20% ниже той, которую врачи требовали от страховой компании за те же услуги. Страховая компания Blue Cross, доминировавшая на рынке медицинского страхования штата, стала терять клиентов, так как все больше пациентов подключались к системе Ocean State. Чтобы исправить ситуацию, она включила во все контракты с врачами статьи о режиме наибольшего благоприятствования, требуя от врачей подтверждения того, что они берут с нее лучшую цену. Если врачи не могли подтвердить это, компания Blue Cross в одностороннем порядке снижала плату на 20%.

Спустя очень короткое время многие поставщики услуг для Ocean State вышли из программы. Если раньше врачи видели в ней возможность увеличить количество пациентов, то теперь им приходилось терять 20% гонорара, получаемого за каждого пациента. Компания Ocean State подала иск на Blue Cross, надеясь, что суд усмотрит в статье о режиме наибольшего благоприятствования нарушение антитрестовского законодательства, но суд прекратил дело, отметив, что такие статьи являются весьма распространенным способом защиты покупателями своих стратегических преимуществ.

Сфера действия и условия исполнения контракта

Контракты купли-продажи обычно определяют обязательства продавца в соответствии с контрактом, а также критерии оценки их исполнения. Чем точнее эти критерии, тем лучше, но суды обычно исходят из добросовестного толкования каждой стороной своих обязательств. Борьба австралийского предпринимателя с сетью предприятий Burger King служит интересным примером того, как суды истолковывают статьи об исполнении контракта в свете основополагающего понятия «доброй воли». Вы должны вспоминать об этой истории всякий раз, когда «старый» партнер вашей фирмы разрывает контракт с вами по неблагоприятным соображениям.

Когда компания Burger King в 1971 году попыталась открыть в Австралии свое первое франчайзинговое предприятие, оказалось, что право на использование товарного знака Burger King в этой стране уже принадлежит местному предпринимателю. Право использовать знак в данной стране принадлежит тому, кто

первым подал здесь на него заявку, независимо от степени популярности знака в других странах.

Товарный знак не продавался, поэтому компания Burger King (тогда она принадлежала компании Pillsbury) открыла свое австралийское предприятие под названием Hungry Jack («Голодный Джек»), который она ранее зарегистрировала для линии смесей для блинчиков. Этот товарный знак очень нравился оператору австралийского франчайзингового предприятия Джеку Коуину. К счастью, и сеть предприятий, и ее название имели большой успех. Более того, предприятие Коуина скоро стало крупнейшим франчайзинговым предприятием Burger King за пределами США, и в 1990 году Коуин добился эксклюзивного права на заключение франчайзинговых контрактов с Burger King в Австралии. Согласно контракту, критерием его исполнения считался объем продаж.

Однако его ожидали неприятности. В середине 1990-х годов компания Burger King наконец получила право на использование своего товарного знака в Австралии и, горя желанием заработать на прибыльном австралийском рынке, решила открыть несколько собственных ресторанов. Компания обратилась к Джеку Коуину с предложением изменить название его ресторанов на Burger King, с тем, чтобы австралийцы поняли, что имеют дело с одной сетью ресторанов.

Коуин был очень зол. Во-первых, ресторан Hungry Jack пользовался бешеным успехом под своей торговой маркой. Зачем что-то менять? Во-вторых, он считал, что со стороны компании Burger King нечестно конкурировать с ним после всей проделанной им работы.

Он собрал своих адвокатов. Они заявили, что договор о франчайзинге, разумеется, дает право называть рестораны именно Hungry Jack, но компания Burger King, несомненно, имеет право открывать собственные рестораны под своим названием. Все еще рассерженный, Коуин уведомил компанию Burger King, что не станет менять название своих ресторанов.

Спор на этом мог бы закончиться. В конце концов, все делали деньги, а ежегодно открывались все новые и новые рестораны Hungry Jack. Однако компании Burger King, как и многим владельцам брендов, не нравилось, что владелец франчайзингового предприятия учит ее, как вести бизнес. Она решила преподнести урок Коуину (а заодно и другим операторам аналогичных предприятий). Она расторгла контракт на том основании, что Коуин якобы не добился ежегодного роста количества франчайзинговых ресторанов, предусмотренного контрактом 1990 года. Далее компания заявила о своем плане открытия сотен собственных ресторанов по всей Австралии под своим названием.

Преимущество слушания дела в «родном» суде сыграло в деле Коуина решающую роль. Пресса подхватила эту историю и всячески бичевала Burger King за издевательство над местным бизнесменом, который так много сделал для своей страны. К хору защитников Коуина присоединился и судья, восстановив его кон-

тракт о франчайзинге и присудив Burger King выплатить ему более \$70 млн за злонамеренное нарушение контракта. Компания Burger King подала апелляцию, но суд следующей инстанции оставил приговор в силе.

После победы Коуина компания Burger King попыталась конкурировать с ресторанами Hungry Jack, но тяжба негативно сказалась на отношении общества к Burger King. Через несколько лет компания сдалась, согласившись называть все свои предприятия и рестораны Hungry Jack и заключив с Коуином контракт на управление ими.

Срок действия и условия прекращения контракта

Контракт Coca-Cola с заводами по розливу напитка иллюстрирует важность статьи о его сроке действия. Сделки могут заключаться на определенный или на неопределенный срок. Они также могут быть привязаны к какому-то внешнему событию или достижению определенной цели. Статья о сроке действия контракта помогает сторонам снизить риски, связанные с тем, что вследствие изменения обстоятельств сделка может стать невыгодной, а также способствовать сохранению и развитию прочных отношений между сторонами. Парадоксально, но факт: статья о прекращении контракта может быть важнейшим условием долгосрочного контракта.

Контракт Coca-Cola с заводами по розливу напитка — это крайний случай долгосрочного соглашения с неограниченным сроком действия. Звукозаписывающие компании также предполагают музыкантами долгосрочные контракты иногда на десятилетия. «Раскрутить» популярного певца — это дорогостоящее и рискованное дело. Многие исполнители выпускают свои записи, но лишь немногие становятся звездами. Требуя от всех исполнителей заключения долгосрочных контрактов до того, как к ним придет слава, звукозаписывающие компании могут окупить затраты на всех исполнителей за счет доходов от немногих звезд. Поэтому калифорнийские звукозаписывающие компании в 1980-е годы лоббировали получение права использовать такие долгосрочные контракты и добились того, что для них было сделано исключение из законодательства Калифорнии, в соответствии с которым срок действия контракта с индивидуальным исполнителем не мог превышать семи лет.

Однако недавно музыканты предприняли контратаку, требуя от калифорнийских законодателей восстановления правила об ограничении срока действия таких контрактов семью годами. Музыканты утверждали, что долгосрочные контракты фактически превращают их в «рабов» компаний звукозаписи, когда они становятся знаменитыми.

Во многих стратегических соглашениях, особенно о партнерстве или создании стратегических альянсов, вопрос о прекращении контракта решается таким образом, что одна сторона может выкупить другую, оценив ее в соответствии с заранее установленной формулой. Любопытный вариант связан с так называемой статьей о «русской рулетке». В соответствии с такой статьей, сторона, жела-

ющая разорвать контракт, обязана уведомить об этом другую сторону, которая, в свою очередь, может выбрать «либо выкуп, либо продажу». Неопределенность, связанная с выбором другой стороны, часто препятствует принятию поспешных или продиктованных случаем решений.

Наконец, важно осознавать, что когда речь идет о прекращении контракта возникают сложные юридические проблемы. Наиболее важной особенностью законов о защите дилеров является требование о том, что производители обязаны привести убедительные доводы в пользу прекращения договорных отношений. Так, даже если франчайзинговый договор с автомобильным дилером предусматривает возможность разрыва отношений производителем по любой причине, местный закон о защите дилеров имеет верховенство над статьей контракта. А федеральный закон, устанавливающий какую-либо иную обязательную норму договорных отношений, обладает верховенством над законом штата, если эти законы вступают в противоречие.

Риск судебного разбирательства

В главе 4 я подчеркнул важность статей о месте рассмотрения спора и арбитража, поскольку важно, какая из сторон будет иметь преимущество слушания дела в «родном суде» и как быстро будет рассмотрено дело. Я больше не стану обсуждать эти условия контракта, но вам следует помнить, что они помогают распределить риски судебной тяжбы. Совершенно ясно, что стороны не хотят подробно обсуждать эти риски во время переговоров о новых отношениях, но за соответствующие условия контракта стоит побороться, когда юристы окончательно оформляют контракт.

Использование закона в качестве рычага при обсуждении контракта

В отношениях, связанных с поставкой и продажей, условия контракта могут решать разнообразные стратегические задачи. Но что, если другая сторона отказывается обсуждать особенно важный вопрос? В этом случае возникает проблема использования рычагов. Та сторона, которая считает, что она больше потеряет в случае прекращения переговоров, уступает другой стороне. Между тем использование правовых инструментов может резко изменить ситуацию.

Антимонопольное законодательство

Мы уже рассмотрели интересный пример, показывающий, как поставщик, используя антимонопольное законодательство, заставил получателя вести с ним переговоры. Речь идет об иске Самнера Редстоуна против компании Time (см. главу 4). Когда сторона, отказывающаяся иметь с вами дело, имеет рыночную (или квазирыночную) власть и злоупотребляет ею, чтобы ослабить конкуренцию, вы не всегда можете заставить ее сесть за стол переговоров при помощи угроз.

В деле Редстоуна о киноканалах компания Time имела монополию на нескольких рынках кабельного ТВ и злоупотребляла своей рыночной властью, отказывая таким соперникам, как компания Viacom.

Еще в одном крупном деле такого рода столкнулись интересы некоторых крупнейших компаний розничной торговли США (от Wal-Mart до Sears) и двух важных поставщиков — доминирующих в США компаний, выпускающих кредитные карточки — MasterCard и Visa. Решалась судьба миллиардов долларов, потому что речь шла о коллективном иске от имени 4 млн розничных торговцев, принимающих эти карточки для оплаты товаров.

Вопрос заключался в том, вправе ли Visa и MasterCard требовать от продавцов включения в контракт положения о приеме всех карточек для оплаты. Это положение контракта требовало от продавцов, которые соглашались принимать потребительские кредитные карточки, принимать также и дебетовые карточки. Работа с последними, которые непосредственно опираются на банковский счет потребителя, была менее желательна для розничных продавцов, потому что Visa и MasterCard получали более высокие комиссионные за работу с такими карточками. Такие крупные компании, как Wal-Mart, пытались исключить соответствующую статью из контракта, но Visa и MasterCard отказывались сделать это.

Опять-таки, основой для изменения баланса сил послужило антимонопольное законодательство. В иске утверждалось, что статья с требованием о приеме всех карточек представляет собой незаконную попытку «увязать» услугу, в которой нуждаются все (кредитные карточки) с услугой, которую хотят получить лишь немногие потребители (дебетовые карточки). Важнейшее положение иска сводилось к тому, что обе компании злоупотребили своей рыночной силой, створившись о сохранении соответствующей статьи в контрактах. Компании по выпуску кредитных карточек ответили, что действуют от имени потребителей, имеющих право выбирать форму оплаты у кассового прилавка.

Учитывая столь высокие ставки в игре, обе стороны отчаянно сражались за победу в сбытовой цепочке, в течение шести лет заваливая друг друга досудебными постановлениями, 350 приобщенными к делу доказательствами и миллионами документов. Но в день, на который было намечено начало слушания дела в суде, компания Master Card согласилась уплатить \$1 млрд и обещала отказаться от требования в отношении дебетовых карточек. Спустя два дня ее примеру последовала компания Visa, уплатив \$2 млрд и также согласившись исключить из контракта статью о приеме всех карточек. Комментаторы связывали победу розничных продавцов с их умелым ведением тяжбы, а также удачным использованием жалоб на нарушение антимонопольного законодательства. А так как Wal-Mart и ее партнеры подали коллективный иск, компании Visa и Master Card стояли перед угрозой уплаты сотен миллиардов долларов. Поэтому урегулирование спора было почти неизбежным [1]*.

* Примечания на стр. 262

Банкротство

Еще одна правовая угроза, которая может иметь огромные последствия для отношений между поставщиком и покупателем, связана с банкротством. Скорее всего, вы столкнетесь по меньшей мере с одним важным случаем банкротства в ходе вашей карьеры – либо в качестве менеджера терпящей неудачу фирмы, либо, что более вероятно, в качестве поставщика или кредитора других фирм, терпящих банкротство. Ни одна из этих ситуаций, очевидно, не будет приятной.

В стратегическом отношении банкротство – это важное правовое состояние, так как оно позволяет вам разорвать невыгодные контракты таким образом, как это невозможно сделать при обычных деловых отношениях. Даже сама угроза банкротства способна побудить ваших мелких и средних кредиторов пересмотреть условия контракта, опасаясь, что, объявив о банкротстве, вы сможете разорвать любой контракт, противоречащий вашим интересам. Однако этой возможности прогивостойт вероятность того, что ваши крупнейшие кредиторы в конечном счете завладеют вашей компанией.

В случае банкротства «центр тяжести» обязанностей руководства компании резко смещается. В действующей компании руководство должно прежде всего заботиться об интересах акционеров. При банкротстве его главная обязанность – соблюсти интересы кредиторов. Чтобы понять, как работает этот механизм, необходимо иметь в виду несколько важных обстоятельств.

Во-первых, объявить о банкротстве можно лишь в том случае, если ваша фирма неплатежеспособна. Но неплатежеспособность – это не то же самое, что разорение. Ваша неплатежеспособность означает лишь то, что вы не можете выполнить свои обязательства в оговоренные сроки. Если вам грозит неплатежеспособность, вы можете добровольно объявить о банкротстве, или же ваши кредиторы могут ходатайствовать перед судом о соответствующих делах о принудительном банкротстве вашей компании.

В случае банкротства существует два пути: ликвидация или реорганизация компании. Ликвидацию (глава 7 кодекса США о банкротстве) обычно выбирают, когда нет никакой надежды спасти действующее предприятие от финансового краха. Кредиторы попросту продают активы фирмы и делят выручку в зависимости от своего «места в очереди». Фирма прекращает свое существование, и если вы наемный менеджер, то вы остаетесь без работы.

Реорганизация (глава 11 кодекса США о банкротстве) – это более интересная в стратегическом отношении форма банкротства. Когда ваша фирма объявляет о банкротстве с целью реорганизации, задача заключается в превращении банкрота в действующее предприятие – тем чтобы хотя бы некоторые кредиторы получили больше, чем в случае ликвидации, и ни один из кредиторов не получил бы меньше. Сказанное означает, что вы вправе пересмотреть практически все существующие контракты (за исключением тех, которые вам правятся, и отвергнув те, которые вам не нравятся). Также вы можете позволить крупнейшим кредиторам фирмы (или другим кредиторам, связанным с фирмой) в процессе банкрот-

ства) использовать некоторые рычаги в ходе переговоров о новых соглашениях с поставщиками, банками и профсоюзами.

Если поставщик не принимает ваше предложение о заключении нового контракта, вы можете просто попросить суд аннулировать существующую сделку и прекратить переговоры. В ответ кредиторы вправе потребовать ликвидации в случае, если окончательный план реорганизации сулит им меньше того, что они получат в результате процедуры ликвидации.

Простой пример позволит наглядно представить себе динамику этого процесса. После террористической атаки 11 сентября 2001 года авиакомпания США испытывала серьезные трудности. Несмотря на многомиллиардные субсидии, которые лоббисты выторговали для них у конгресса, некоторые из крупнейших авиакомпании не сумели рассчитаться по своим обязательствам в установленные сроки и объявили о добровольном банкротстве. Они стремились осуществить не реорганизацию (в соответствии с главой 11 кодекса США о банкротстве), а ликвидацию. Одной из них была компания US Airways.

Пока продолжалась процедура реорганизации компании US Airways, она соблюдала расписание рейсов и платила сотрудникам заработную плату, но ее крупнейшим кредиторам теперь принадлежало решающее слово в оценке качества управления компанией. Важнейшим кредитором US Airways был пенсионный фонд работников штата Алабама, и он мог оказывать наибольшее влияние на планы реорганизации.

Во время процедуры банкротства фирма имела больше возможностей для снижения затрат, чем до банкротства. И она использовала эти возможности. Угрожая аннулированием контрактов, она предложила решительную реструктуризацию своих долгов и трудовых договоров. Единственное ограничение: она была не вправе предлагать сделку хуже той, на которую мог бы рассчитывать кредитор в случае ликвидации компании.

В результате жесткой реструктуризации компания US Airways сократила расходы на рабочую силу на \$1,9 млрд, уволив более 12 тыс. сотрудников и снизив заработную плату членам некогда могущественных профсоюзов. Она также аннулировала свои самые дорогостоящие пенсионные обязательства (пенсии пилотам-членам профсоюза) и заменила их более дешевой системой, которую частично финансировала квазиакционерная страховая компания — Pension Benefit Guarantee Corporation. Наконец, она договорилась о существенном снижении платы за лизинг самолетов. Подобные меры были немыслимы, не будь компания защищена законодательством о банкротстве.

Не заблуждайтесь — при банкротстве теряют все (за исключением адвокатов). Более других теряют, разумеется, акционеры, которые часто лишаются всех инвестиций в компанию, а также ее сотрудники, которые лишаются работы. Менее крупные кредиторы, особенно поставщики товаров, также находятся в менее выгодном положении по сравнению с более крупными кредиторами, например, банками и другими организациями, выдающими гарантированные ссуды (обли-

гациями, обеспеченными материальными активами). Репутация должностных лиц компании также мало выигрывает от того, что они довели ее до ручки. Тем не менее по окончании успешной реорганизации выпускаются новые акции и погашаются все долги. Перед фирмой открываются новые возможности. Менее крупные кредиторы получают скромные суммы в оплату поставленных ими ранее товаров. Крупные кредиторы получают от новой фирмы облигации и акции в порядке частичной компенсации за отказ от старых претензий. Система снабжения и сбыта регулируется совершенно новым набором контрактов.

Реорганизация компании US Airways была завершена 31 марта 2003 году. Компания вышла из этой процедуры, имея «девственно чистый» баланс и кучу несчастных кредиторов и сотрудников. Пилотам досталось около 20% новых акций, а другие работники получили почти 11%. В настоящее время компанию контролирует пенсионный фонд Алабамы.

Пять факторов успеха юридической стратегии в сбытовой цепочке и каналах дистрибуции: краткий обзор

Это последняя глава, в которой анализируются пять факторов успеха юридической стратегии в определенном контексте. Каждый фактор оказался решающим по меньшей мере в одном случае отношений между продавцом и покупателем.

Фактор 1: юридическая обоснованность

Правила деловых отношений определяются контрактами. У вас имеется возможность надежно защитить свои права в каждой заключаемой вами сделке. Предприятия по розливу напитка Coca-Cola более века пользовались благоприятными условиями, которые Аза Чэндлер предоставил им в контракте 1899 года и которые впоследствии были подкреплены судебными решениями. А победа Джека Коуина над компанией Burger King отчасти была предопределена четко сформулированными статьями об исполнении контракта и штрафных санкциях во франчайзинговом договоре.

Фактор 2: легитимность в глазах общественности

Суд общественного мнения способен изменить ход любого юридического спора. Делу Джека Коуина помогла его способность позиционировать себя как Давида, противостоящего Голиафу в лице Burger King. Мы также убедились в значении легитимности, когда фирмы-производители дженериков и организации здравоохранения совместно лоббировали снижение цен на лекарства. Другие примеры касаются отмены законов против лекарств-заменителей, а также наличия законов штатов, разрешивших поддержание высоких розничных цен при поставках аптекам.

Фактор 3: стратегическая позиция

Важность стратегической позиции в сбытовой цепочке проявилась в нескольких случаях. Тот простой факт, что отношения поставщика и покупателя продолжают развиваться, влияет на юридические шаги во многих ситуациях. Если слишком агрессивно навязывать свои юридические права, можно очень много потерять. Анализ истории сбыта лекарств в США также показывает, как стратегическая позиция на рынке может повлиять на успех дела. В 1930-е годы аптекари воспользовались своими сильными стратегическими позициями для введения выгодных для них законов. Когда же они утратили контроль над системой сбыта лекарств, фирмы-производители брэндов заняли их место, добившись принятия законов, которые запрещали аптекам предлагать вместо брэндов, указанных в рецептах, более дешевые лекарства. А когда эти фирмы упустили контроль над рынком из-за усиления позиций организаций здравоохранения и производителей дженериков, эти законы были отменены.

Фактор 4: финансовые ресурсы

Мы видели, что даже предприятия малого бизнеса могут осуществлять эффективную стратегию, если они создают действенные коалиции на уровне штата. А когда обе стороны располагают достаточными ресурсами для продолжения правовой схватки, как это случилось с компанией Coca-Cola и заводами по розливу ее напитка, начинается тотальная война — судебные процедуры, которые заканчиваются лишь после окончательного решения о правоте одной из сторон.

Фактор 5: доступ к тем, кто принимает решения

Преимущество слушания дела в «родном» суде стало для Джека Коуина важным фактором в его конфликте с компанией Burger King. Китайский суд также поддержал «свою» сторону — производителя-пирата — в споре с компанией New Balance. На законодательном фронте дилеры, торговцы и операторы франчайзинговых предприятий использовали благосклонность законодателей штата для защиты своих интересов в тяжбе с поставщиками. Когда автомобильные компании стали использовать интернет в качестве альтернативного канала сбыта автомобилей непосредственно потребителям, законы штатов о защите дилеров поставили перед ними прочный заслон. Наконец, в делах о параллельном импорте компания Glaxo воспользовалась своими связями в органе государственного регулирования — управлении по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, чтобы установить правила, ограничивающие импорт лекарств.

* * *

Настоящая глава заканчивает обзор ситуаций, в которых руководители компаний используют юридические конкурентные стратегии для получения или со-

хранения преимуществ в бизнесе. Теперь мы переключим внимание с приемов нападения на приемы защиты. Как фирмы могут защитить себя, когда более агрессивные «коллеги» переступают грань между добросовестным использованием закона и злоупотреблением им? Мы видели примеры удачной защиты на протяжении всей книги. В главе 10 мы внимательно рассмотрим, как такая защита может усилить эффективность стратегии бизнеса.

[1] Джордж Л. Прист, известный американский специалист по антимонопольному законодательству из Йельской школы права, считает, что компании, выпускающие кредитные карточки, имели сильные юридические аргументы. См. G. Priest. Class Warfare. //Wall Street Journal, May 5, 2003, p. A14 («Главный вывод, который можно сделать из процесса урегулирования дела компаниями MasterCard и Visa (оно было завершено на прошлой неделе, а его „стоимость“ составила \$3 млрд), заключается в том, что если коллективный иск может считаться достаточно массовым, то даже в случае убедительной аргументации ответчиков можно добиться выплаты огромных денег»).



защита от правовых «ХИЩНИКОВ» *как играть в обороне*

Законы позволяют тупицам под руководством хитрецов узурпировать достижения подлинных изобретателей, жуликам – получать стратегическое преимущество перед честными людьми, и под видом борьбы за справедливость заниматься обыкновенным грабежом.

Генри Форд

Когда работа над книгой подходила к концу, я столкнулся с небольшой фирмой Grip-Pak, которой руководил некто Эрнест Каннингхем. Такие совпадения иногда случаются, когда занимаешься исследованиями. Знакомясь с известными патентными и антитрестовскими делами 1980-х и 1990-х годов, я неоднократно встречал упоминания об этой компании.

Благодаря чему компания Grip-Pak заняла такое важное место в книгах по проблемам права? Я нашел веб-сайт фирмы и позвонил по ее бесплатному телефону. Через несколько минут я уже разговаривал с пожилым добродушным предпринимателем, который в течение следующего часа наставлял меня в искусстве защиты в рамках юридической конкурентной стратегии. Его история, которую я позднее дополнил сообщениями новостных агентств, юридической перепиской и судебными протоколами, связана с одним из самых распространенных

и наименее заметных продуктов в Америке: пластиковым держателем для шести банок пива или газированной воды.

Жизнь в юридической борьбе

Сага Каннингхема началась в 1960-е годы, когда он работал изобретателем в Illinois Tool Works (ITW) — базирующейся в Чикаго фирме с многомиллиардным оборотом, которая специализировалась, помимо прочего, на упаковке товаров.

Каннингхему особенно удавалась разработка упаковки, и он запатентовал 27 изобретений, из которых 14 передал компании ITW, поскольку они были сделаны в ходе выполнения служебных обязанностей. Каннингхем уволился из ITW в 1968 году. Он перешел в другую местную компанию, но сохранял отношения с патентной группой ITW.

Вскоре после начала работы на новом месте Каннингхем изобрел два вида упаковки, которые навсегда изменили его жизнь, — пластиковые держатели для бутылок и банок. Он предложил свои изобретения новому работодателю, но так как эта фирма не занималась упаковочным бизнесом, Каннингхему было предложено хранить их у себя за номинальную сумму. В конечном счете он получил патенты на свои новые изобретения.

В 1971 году Каннингхем и еще один бывший сотрудник ITW, адвокат по патентным делам Майкл Ковач, обратились в ITW, чтобы обсудить возможности лицензирования новых упаковочных приспособлений Каннингхема. Эта компания (в партнерстве с единственным лицензиатом — компанией Owens Illinois) контролировала почти 100% рынка пластиковых держателей для шести банок и была явным кандидатом на применение этой новой технологии. Однако компания ITW не проявила энтузиазма, и поэтому в 1972 году Каннингхем и Ковач основали собственную компанию для коммерческой эксплуатации новых изобретений. Они назвали ее Grip-Pak.

В следующем году компания Grip-Pak сделала еще несколько попыток заинтересовать ITW в лицензировании новых конструкций Каннингхема, но безрезультатно. В начале 1973 года Grip-Pak стала искать собственных заказчиков и быстро обратила на себя внимание крупнейшего потребителя упаковки для шести банок — пивоваренной компании Anheuser-Busch. Каннингхем заявил этой компании, что она может спизить затраты по сравнению с закупочными ценами для компании ITW не менее чем на 25% благодаря более высокой производственной эффективности его новой упаковки. Быстро разнеслась молва о том, что компания Anheuser-Busch согласилась испытать упаковку Grip-Pak на пивоваренном заводе в Тампе (штат Флорида).

Затем 9 мая 1973 года Grip-Pak выставила свои изделия на ярмарке упаковочных материалов в районе Чикаго. Компания Illinois Tool Works направила на ярмарку инженера (прежнего коллегу Каннингхема) и одного из штатных патентоведов. Эти люди изучили продукцию Каннингхема и взяли с собой буклеты

Grp-Pak. Вернувшись в штаб-квартиру ITW, они рассказали руководителям компании о том, что увидели.

Это была продуктивная встреча. Еще до конца дня компания ITW подала патентную заявку на держатель для шести банок. Как впоследствии решил суд, она была основана (во всяком случае, отчасти) на конструкции Каннингхема. А 21 мая 1973 года, менее чем через две недели после закрытия ярмарки, компания ITW подала в суд штата Иллинойс иск против Каннингхема, Ковача и компании Grp-Pak, обвинив их в краже торговых секретов ITW, касающихся пластиковой упаковки.

Как позже сказал мне Каннингхем, это был «первый случай». В исковом заявлении утверждалось, что Каннингхем и Ковач украли идеи конструкции, работая в ITW. Компания требовала компенсацию за нарушение статей о конфиденциальности в трудовом договоре Каннингхема, а Ковача обвинила в нарушении адвокатской тайны. Впоследствии в иск было внесено новое требование о том, чтобы Каннингхем передал ITW свои патенты на упаковку. Не имея клиентов и средств, Каннингхем, однако, нанял адвокатскую контору для защиты в суде.

Началось расследование, которое продолжалось более года. Только фотокопирование материалов обошлось Каннингхему в \$15 тыс., что было для него весьма крупной суммой. В июле 1974 года девять адвокатов компании ITW из трех разных юридических фирм начали процесс, продолжавшийся 21 день. Несколько месяцев спустя суд полностью подтвердил правоту Каннингхема и Ковача, намекнув, что компания ITW действовала не совсем честно. Тем не менее судья отклонил контртребование Каннингхема о компенсации расходов на адвокатов, посчитав, что иск ITW не был надуманным до такой степени, которая оправдывала бы такое наказание.

Каннингхем победил, но оказался должен своим адвокатам и другим помощникам более \$550 тыс. Один из его друзей прокомментировал это так: «Судья признал тебя невиновным, но разорил тебя».

Оглушенный тяжбой, лишенный средств для реализации своего бизнес-плана и вынужденный продолжать борьбу с ITW, которая подала апелляцию, Каннингхем обдумывал свои жизненные планы — и тут ITW предъявила ему повторный иск. В октябре 1974 года по почте пришло сообщение, что ITW инициировала в Париже дело против Grp-Pak о нарушении патентного права. Каннингхем был поражен: он, по сути, еще не начал бизнес в США, не говоря уже о Франции. Вопреки совету адвокатов, он проигнорировал странный французский иск, назвав его блефом со стороны ITW. Несколько месяцев спустя выяснилось, что он поступил правильно, потому что истец похоронил дело. Каннингхем поневоле приобретал определенную юридическую смекалку и постепенно понял, что игру можно продолжить.

В 1977 году, несколько месяцев спустя после того, как верховный суд Иллинойса отклонил последнюю попытку ITW отменить решение суда в первона-

чальном деле о коммерческой тайне, Каннингхем подал в федеральный суд Иллинойса антитрестовский иск против ITW, обвинив ее в злоупотреблении судопроизводством, злонамеренном преследовании другой компании и неправильном использовании патентов в монополистических целях. Настало время расквитаться с ITW.

К тому времени Grip-Pak уже зарабатывала деньги, продавая пластиковые держатели независимым продовольственным магазинам, так что у нее были средства для тяжбы. Однако федеральный судья отклонил иск Каннингхема в соответствии с так называемой доктриной *Noerr – Pennington* (подробнее о ней будет рассказано ниже). Эта доктрина связана с двумя делами, которые слушались в верховном суде США в 1960-е годы; она ограждает ответчиков по антитрестовским делам от ответственности, если претензия истца основана на ходатайствах, поданных в законодательные, регулирующие или судебные органы. Ее смысл заключается в том, что первая поправка к конституции действует также применительно к антитрестовским делам.

Ничуть не обескураженный, Каннингхем обратился в федеральный апелляционный суд в Чикаго. К его удивлению и восторгу, Ричард Познер, один из наиболее уважаемых судей в федеральных апелляционных судах США, подготовил заключение, отменявшее решение суда низшей инстанции и давшее повторный ход делу Grip-Pak. Познер охарактеризовал Grip-Pak как «компанию, занимающуюся (или, по меньшей мере, желающую заниматься) упаковочным бизнесом», и постановил, что Каннингхем может продолжать доказывать, что мотивом ITW при возбуждении дела была не защита ее коммерческих секретов, а стремление убрать Grip-Pak с рынка.

Шел 1983 год. Компания Grip-Pak продолжала работать, держась подальше от покупателей упаковки у ITW и сбывая свою продукцию небольшим независимым продовольственным магазинам. Теперь предприятием управляла жена Каннингхема Фрэнсис (бывшая школьная учительница), а Эрнст совершенствовал свои изобретения и вел дела с адвокатами. В 1984 году он получил очередной патент на упаковку для шести банок, на этот раз с D-образными отверстиями, что было шагом вперед по сравнению со стандартными V-образными отверстиями в упаковке ITW.

Когда адвокаты Каннингхема почувствовали, что «созрели» для антитрестовского дела против ITW, они одновременно осознали существование одной важной проблемы: проблемы доказательства нанесения ущерба. А так как компания Grip-Pak никогда не заключала контрактов с коммерческими покупателями, было бы сложно доказать, что судебный иск, поданный ITW в 1973 году, принес Каннингхему существенные убытки. В результате дело было обречено на досудебное урегулирование, и в январе 1987 года, когда до начала суда оставалось всего несколько дней, ITW выступила с таким предложением. После нескольких совещаний со своими адвокатами Каннингхем прибыл из своего родного Либертивилля (штат Иллинойс) на 18-й этаж Sears-Tower в

Чикаго. Здесь в присутствии шести адвокатов ITW он подписал соглашение об урегулировании дела и получил \$750 тыс. — преимущественно в виде чеков, выписанных на его адвокатов и других лиц, которым он задолжал деньги. В рамках соглашения ITW заявила, что «на основе известных ей теперь фактов она не имеет в настоящее время намерения возбуждать против Ковача Каннингхема или Grip-Pak какие-либо дела о нарушении патентного законодательства».

Эта победа имела горький привкус. «Вы выигрываете дело, — грустно сказал мне Каннингхем, — но по-прежнему остаетесь вне рынка». Действительно, после всех затрат Grip-Pak всего лишь вернулась к тому, с чего начала в 1973 году.

Однако боги-покровители упаковочного бизнеса наконец-то улыбнулись Эрнсту Каннингхему. В конце 1987 года компания Coca-Cola Enterprises — клиент, о котором только мог мечтать производитель упаковки для шести банок, проявила интерес к D-образной конструкции пластикового держателя Каннингхема и его новой машине, которую он изобрел для быстрой упаковки банок. Если бы система успешно прошла испытания на заводе по розливу напитков в Вест-Мемфисе (штат Арканзас), компания Coca-Cola Enterprises могла бы приобрести три машины для упаковки и ежегодно закупать по 250 млн держателей для банок в течение пяти лет, начиная с апреля 1989 года. К началу 1989-го машина уже была на заводе, и испытания начались.

Но как только до ITW дошли слухи о том, что оборудование Grip-Pak работает настолько хорошо, гром грянул в третий раз. 30 июня 1989 года компания ITW предъявила иск, обвинив Grip-Pak в нарушении патента на V-образную конструкцию. Она попросила суд наложить предварительный запрет на продажу новой упаковочной машины Каннингхема. «А как насчет соглашения об урегулировании 1987 года?» — спросил Каннингхем у своих адвокатов. «Оно станет частью нового дела», — ответили ему.

Каннингхем достал соглашение и перечитал его. Теперь он понял, что оно не содержало твердого обещания не подавать на него в суд. Оно представляло собой всего лишь «протокол о намерениях». Он решил сменить адвокатов.

После тщательных поисков он обратился к известному чикагскому специалисту по патентным делам Джорджу Макэндриусу, который также был возмущен действиями ITW в отношении Grip-Pak и, по счастью, окончил тот же университет (Нотр-Дам), что и весьма впечатлительный судья Брайен Барнетт Дафф, который вел дело ITW. Каннингхемы наняли Макэндриуса и продолжили свою многолетнюю борьбу.

Судья Дафф быстро вспомнил дело ITW и отказал в ходатайстве о предварительном запрете. Это было смелое решение: в то время прецедентное право поощряло предварительные запреты, основанные на «презюмции законности» патентов. Но Дафф был буквоедом и не считал, что D-образная конструкция Каннингхема «посягает» на V-образный патент ITW. Кроме того, он писал: «Если суд приостановит деятельность Grip-Pak <...> компания может не дожить до суда. Ес-

ли бы доводы о нарушении патентных прав были убедительными, суд мог бы не считаться с такой возможностью. <...> Но нарушение патентных прав в данном случае не очевидно. Более того, оно сомнительно. Поэтому последствия запрета для обвиняемого игнорировать нельзя».

Хотя дело шло не так, как надеялась ITW, оно вызвало-таки нежелательные для Grip-Pak последствия. Узнав о судебных разбирательствах, компания Coca-Cola сразу же обратилась к Каннингхему и потребовала немедленно вывезти упаковочную машину с завода в Арканзасе. Coca-Cola не хотела быть участницей патентной тяжбы, в которую была вовлечена доминирующая в отрасли компания. Она хотела лишь получить хорошую пластиковую упаковку для своих напитков.

Компания ITW обжаловала отказ в вынесении решения о предварительном запрете в федеральном окружном апелляционном суде, а Каннингхем обратился к прессе и покупателям, чтобы поведать миру о том, что с ним случилось. Газета Chicago Sun-Times подхватила эту историю, а покупатели стали на сторону Каннингхема, направляя дополнительные заказы и рекомендации, чтобы помочь ему покрыть расходы на очередную тяжбу.

В 1992 году федеральный окружной суд поддержал решение в пользу Grip-Pak. Подобно тому, как решение судьи Познера стало важным прецедентом для антимонопольного законодательства, это решение стало знаковым событием для юристов-патентоведов, обеспечив прецедент, касающийся предварительных запретов. Теперь судам первой инстанции уже не приходилось штамповать ходатайства владельцев патентов о запретах на основании «презумпции законности» патента. Как это сделал судья, который рассматривал дело Каннингхема, они могли тщательно разобраться в сути вопроса и принять правильное решение.

Каннингхем, который уже был опытным юридическим стратегом, подал повторный антитрестовский иск против ITW, утверждая, что патентный иск был не чем иным, как «надуманным» делом, имевшим своей целью выжить его с рынка. В канун 1993 года новое дело Каннингхема готовилось к слушанию в суде.

Но в этот момент Каннингхем утратил вкус к правовой войне. Его судебные издержки достигали \$50 тыс. в месяц, а его доказательства о понесенных убытках по-прежнему были относительно слабыми. Он глубоко вздохнул и предложил своим адвокатам уладить дело, если они смогут получить сумму, покрывающую судебные издержки. Они договорились еще об одном соглашении — на этот раз на сумму чуть меньше \$400 тыс., и дело было прекращено. Соглашение содержало один дополнительный пункт: Каннингхем получил твердое заверение в том, что Illinois Tool Works никогда не будет судиться с ним по поводу, хотя бы отдаленно связанному с упаковкой для шести банок или запатентованной конструкцией упаковочной машины Grip-Pak.

К этому времени Каннингхем был почти готов выйти в отставку. Прошло 35 лет с того времени, как он ушел из ITW, и более 30 лет с момента основания

собственной компании. Он провел большую часть жизни, занимаясь судебными разбирательствами, в то время как его жена сделала из Grip-Pak небольшое, но прибыльное предприятие. Каннингхем решил сосредоточиться на рыночной нише, в которой успешно работала компания Grip-Pak в течение последних десятилетий. Его бизнес быстро расширился, а спрос на его патентованную упаковку для шести банок был высоким.

«В каком-то смысле все эти тяжбы сегодня помогают мне, — сказал он, заканчивая наш телефонный разговор. — Я похож на ребенка, который забрел на школьный двор, где хозяйничают хулиганы. Все вокруг стояли и смотрели, как они издевались надо мной. Но я устоял на ногах после самого сильного удара, и они оставил меня в покое в уголке двора. Сегодня никто не пытается и близко подойти к этой „игровой площадке“, потому что все знают, что случилось со мной. Но я отстоял свой „уголок“ на рынке, и мой бизнес сегодня работает неплохо».

Повесив трубку, я почувствовал, что одновременно восхищаюсь этим человеком и жалею его. Я начал исследование с Генри Форда и его триумфальной победы над «хулиганами» автомобильной отрасли в 1903 году, а заканчиваю битвой Эрнста Каннингхема с доминирующим игроком в упаковочном бизнесе столет спустя. За эти сто лет произошло множество различных историй, но законы юридической войны в бизнесе остались неизменными. Главная задача нападения — разорить противника. Главный метод защиты — держаться до конца и биться до победы, чтобы отстоять свои права. Эрнст Каннингхем имел в себе частицу духа Генри Форда, и этот дух помог ему удержаться в бизнесе.

Но победа компании Grip-Pak не стала триумфом. Каннингхем вел правовую войну всю свою жизнь, но добился лишь небольшого сегмента рынка и не получил ни одного крупного заказчика. С самого начала против него работали такие факторы, как слабая стратегическая позиция и относительная нехватка финансовых ресурсов. Каннингхем не проиграл ни одного судебного дела против ITW, но последняя не лишилась ни одного важного клиента. Подтверждение этому я нашел у себя на кухне. Я обратил внимание на упаковку для шести банок газированной воды и быстро обнаружил, что на ней стоит почти незаметный значок ITW.

Однако у меня не хватило духу сказать Каннингхему, что на самом деле ему повезло. Почти в то же самое время, когда закончилось его второе дело, Верховный суд США своим постановлением отменил толкование антимонопольного законодательства судьи Познера, — формулировку, которая принесла Каннингхему более \$1 млн в рамках досудебного урегулирования. Если бы он опоздал, то не получил бы ни цента.

Защита в рамках конкурентной юридической стратегии

История компании Grip-Pak подтверждает вывод, вытекающий из каждого примера, приведенного в этой книге. Юридическая игра требует от бизнеса

больших затрат и создания мощных коалиций. Ставки в этой игре высоки. Более того, как мы убедимся в настоящей главе, большинство попыток реформировать эту игру лишь облегчают манипуляторам возможность злоупотреблять ею. На правовой арене лекарства чаще хуже болезни, которую они должны лечить.

Сказанное означает, что юридическая конкурентная стратегия является неотъемлемой составляющей бизнеса, и ею должна овладеть любая фирма — как крупная, так и мелкая. Даже если вы предпочитаете избегать судебных разбирательств, государственных чиновников и законодателей, ваши конкуренты нередко могут заставить вас стать искусным игроком.

В целом умение использовать пять факторов успеха юридической стратегии — это и есть самая лучшая защита. Если вы: опираетесь на веские юридические и политические доводы; имеете друзей в СМИ, помогающих обеспечить легитимность в глазах общественности; занимаете выгодную стратегическую позицию; располагаете достаточными финансовыми ресурсами для ведения правой битвы и имеете доступ к тем, кто принимает решения, — все это само по себе заставит ваших конкурентов крепко задуматься, прежде чем начинать с вами тяжбу. Как сказал китайский военный стратег Сун-цзы, «тот, кто первым пришел на поле битвы и ждет врага, может быть спокоен».

Но что делать, если правовой «хищник» в свою очередь активно использует правовые институты для достижения своих конкурентных целей? В этой главе мы попытаемся ответить на этот вопрос, проанализировав три сценария: когда конкуренты пытаются ввести законы, ограничивающие конкуренцию; когда они в тех же целях манипулируют системой государственного регулирования; когда они подают на вас в суд, чтобы добиться отсрочек или навязать вам расходы.

Средства защиты против агрессивных юридических «хищников» в последние годы существенно изменились. Поэтому мы несколько углубим наш юридический анализ по сравнению с предшествующими главами. Но прежде всего вы должны иметь правовые знания. Подобно тому как дело «Браун против департамента образования» способствовало формированию законодательства о гражданских правах в США, доктрина *Noerr—Pennington* стала библией юридической конкурентной стратегии.

Правовая защита от обвинений в подрыве конкуренции

Компании имеют право (с учетом только ограничений, налагаемых конституцией) просить конгресс (или, в соответствующих случаях, законодательный орган штата) отменить любое решение суда или регулирующего органа. Если же законодатель высказал свое мнение, регулирующие органы и судьи вправе только интерпретировать закон, но не менять его. Следовательно, знакомясь с материала-

ми, представленными в этой главе, следует помнить о том, что лоббирование законодательных акций само по себе является действенной защитой от судебных исков и регулятивных мер.

Что касается блокирования «невыгодных» законов, в главе 2 показан ряд эффективных мер защиты от наиболее распространенных законодательных инициатив. Если, например, конкурент пытается протолкнуть закон на основе «клиентского подхода», то лучший метод защиты — это гласность. В рамках «предпринимательского подхода», когда более слабые и разобщенные компании противостоят мощным фирмам, укоренившимся в отрасли, гласность играет на руку первым, а отсрочки, экспертный анализ и создание различных ограничительных проблем помогают вторым. Наконец, в битвах группировок, имеющих разные интересы, на силу нужно отвечать силой. Обе стороны должны организовывать информационные кампании по обеспечению гласности, а руководители фирм и отрасли должны заниматься прямым лоббированием. Следует создавать коалиции и привлекать сторонников из числа рядовых граждан.

Но если вы проиграли законодательную битву, какие юридические шаги вы можете предпринять в целях дальнейшей защиты? Целесообразно рассмотреть три возможности: оспаривание конституционности решения, борьбу на этапе разработки регулятивных правил и судебный иск на основе антимонопольного законодательства.

Сомнения в конституционности решения

Конституция США — это основной закон страны. Любой федеральный закон или закон штата, который противоречит базовым конституционным гарантиям свободы слова, свободы собраний или защиты конфиденциальной информации (или грозит нарушением установленного конституцией распределения полномочий между федеральными органами власти и правительствами штатов), можно оспорить в суде. Кроме того, каждый штат имеет свою конституцию. Если закон штата противоречит конституционной норме штата, его также можно оспорить.

Хотя основания для сомнений в конституционности закона могут быть разными, большинство из них связаны с сопоставлением двух факторов. С одной стороны, суды оценивают важность соблюдения прав личности и соблюдения экономических интересов, которые затрагивает закон. С другой стороны, они учитывают те стоящие перед обществом задачи, которые должно решать законодательство. Чем важнее право личности (например, на свободу слова), тем весомее должно быть основание для его регулирования. Закон, запрещающий корпорациям политическое лоббирование ради искоренения взяточничества, будет противоречить конституции, потому что свобода слова чрезвычайно важна для демократии, а для борьбы с указанным злом существует множество других

Точно так же, чем важнее задача общества (например, обеспечение национальной безопасности или общественного спокойствия), тем чаще суды прибегают к законодательным мерам. Закон, требующий просвечивания багажа в аэропорте, прямо нарушает неприкосновенность личности, однако задачи государства по борьбе с терроризмом вполне оправдывают подобное вмешательство, поэтому закон считается конституционным.

Большинство судей считают себя менее квалифицированными, чем законодатели, когда речь идет о законах, влияющих на бизнес, поэтому суды обычно оставляют экономические законы в покое, если только эти законы не затрагивают важнейшие права личности. Тем не менее попытки оспорить конституционность судебного решения иногда срабатывают в юридических конкурентных сражениях.

Свобода слова

В главе 8 был представлен пример успешного противодействия стратегическому «законодательному» ходу при помощи ссылки на свободу слова, когда владельцы кинотеатров в Калифорнии предприняли в масштабе штата инициативу, направленную на запрет платного показа кинофильмов по телевидению. Владельцы платных каналов оспорили этот закон как противоречащий конституции, а верховный суд Калифорнии отверг эту инициативу как посягающую на свободу слова. Гарантии свободы слова были также использованы для отмены законов штатов, запрещающих коммерческую рекламу некоторых специалистов — таких, как адвокаты и врачи.

Большинство ссылок на первую поправку к конституции в делах, связанных с бизнесом (в отличие от дел, касающихся творческого самовыражения или новостей, передаваемых СМИ) относится к тому, что суды называют «свобода слова в бизнесе». Законы, ограничивающие возможность фирмы рекламировать свои товары или себя перед обществом, часто ведут к проблемам, связанным со свободой слова в бизнесе. Право на свободу слова в бизнесе не столь безусловно и очевидно, как свобода политического или творческого самовыражения, но приведенные выше примеры показывают, что оно занимает важное место в конституционных правах.

Свобода торговли

Конституция предоставляет конгрессу полномочия принимать законы, регулирующие торговлю между штатами. Если штаты принимают законы, ограничивающие торговлю между штатами, например, за счет создания барьеров на пути товаров из других штатов, то компании, заинтересованные в развитии такой торговли, иногда вправе оспаривать такие законы как нарушающие статью конституции о свободе торговли. В штате Нью-Джерси однажды был принят закон, запрещающий ввоз мусора и отходов из других штатов. Фирмы по уборке мусора из соседней Филадельфии объединились с городскими властями, чтобы опротес-

товать этот закон, а верховный суд США отменил его как налагающий неправомерные ограничения на торговлю между штатами. Только конгресс вправе налагать такого рода ограничения.

В делах, затрагивающих свободу торговли, суды прибегают к проверкам двойного рода. Во-первых, они изучают закон на предмет того, не наносит ли он ущерба экономическим интересам компаний штата, защищая интересы «чужих» компаний, и наоборот. Если оказывается, что это так, представители местной власти и правительство штата должны доказать, что польза от принятия закона перевешивает его негативные дискриминационные последствия.

«Винные» законы штатов, о которых шла речь в главе 7, служат превосходным примером действия статьи о свободе торговли. Эти законы запрещали винодельческим предприятиям одного штата напрямую продавать продукцию потребителям другого штата. Типичным примером может служить закон штата Нью-Йорк. Два винодельческих предприятия — одно из Виргинии, а другое из Калифорнии — опротестовали закон, подав иск на соответствующий законодательный орган штата Нью-Йорк, и потребовали приостановить его применение. Эти фирмы сумели показать, что виноделам из других штатов приходится преодолевать три различных звена сбытовой цепочки, включающей лицензированных оптовых и розничных торговцев, прежде чем им удастся добраться до потребителей, в то время как нью-йоркские заводы могут продавать свою продукцию непосредственно потребителям. Суд согласился с тем, что эта система носит дискриминационный характер, и попросил штат обосновать ее.

Штат Нью-Йорк доказывал, что закон способствует трезвому образу жизни и ограждает несовершеннолетних, но эти доводы не произвели впечатления на суд: не имеет значения, каким вином напиваться — местным или привозным. Следует или запретить все продажи вина непосредственно потребителям, или разрешить все продажи. Суд издал требуемое постановление и предложил законодательному собранию штата изменить закон.

Соблюдение правовых процедур и равенство перед законом

Положения конституции о равенстве перед законом и соблюдении правовых процедур — это два других основания для опротестования законов штатов, защищающих местный бизнес или лиц определенной профессии. Законы о лицензировании ритуальных услуг, о которых шла речь в главе 7, нарушают указанные положения. Удачным примером служит дело, которое рассматривалось в штате Теннесси.

Совет директоров ритуальных контор штата установил, что несколько независимых магазинов похоронных принадлежностей торговали ими без лицензии совета. Им приказали прекратить торговлю. Истцы подали жалобу, утверждая, что закон штата, предусматривающий необходимость получения такой лицензии (а ее можно было получить, только пройдя двухгодичный курс обуче-

ния), нарушает их права на надлежащие правовые процедуры и равенство перед законом, поскольку ограничивает свободу выбора профессии без вмешательства государства.

Как правило, суды не вмешиваются в системы лицензирования такого рода, если только они не связаны с дискриминацией по половому или расовому признаку. Штатам проще, чем судам, определить, что лучше отвечает требованиям охраны здоровья и безопасности граждан. Критерии конституционности закона не слишком жесткие: он должен опираться на «рациональную» основу в виде определенного оправданного общественного интереса. Для подтверждения соответствия закона конституции обычно достаточно самых зыбких, надуманных аргументов.

Но в деле о ритуальных услугах суд не усмотрел какого-либо рационального оправдания для требования о прохождении двухгодичного курса обучения, необходимого лишь для того, чтобы продавать урны и гробы. Из всей учебной программы всего лишь 16 учебных часов посвящались торговле похоронными принадлежностями. Стало очевидно, что единственная цель закона заключалась в том, чтобы обеспечить членам совета директоров монополию на выгодный и весьма востребованный вид бизнеса. А так как закон не был продиктован соображениями охраны здоровья или безопасности граждан, он не выдержал проверки на конституционность.

Право обложения налогом

Конституция предоставляет конгрессу право устанавливать налоги, и фирмы иногда просят конгресс использовать эти полномочия для предоставления им налоговых льгот и увеличения налогового бремени конкурентов. Правомочен ли законодательный орган вводить налог с единственной целью — дать одним фирмам экономические преимущества в конкуренции с другими фирмами? Коротко на этот вопрос можно ответить «да». Как мы уже видели в главе 2, в эпической схватке между производителями молочной продукции и производителями маргарина этот вопрос был окончательно решен, когда верховный суд поддержал установленный конгрессом налог на маргарин.

Если бы конгресс или штат облагали налогами представителей одной расы, не трогая представителей других рас, суды отменили бы этот закон как устанавливающий сомнительные критерии распределения налогового бремени. Но большинство налоговых законов нацелены именно на налогообложение общественного класса, одной отрасли или профессии, не затрагивая другие классы, отрасли или профессии. Исправить такое положение помогут не ссылки на Конституцию, а более эффективное лоббирование.

Маневры вокруг государственного регулирования

Законодатели часто принимают законы для достижения определенной общей цели государственной политики, оставляя вопросы применения законов на

усмотрение органов государственного регулирования. Это позволяет тем, кто проиграл битву в законодательном органе, отыгратъся на стадии регулирования.

Закон о телекоммуникациях 1996 года, упомянутый в главе 7, служит классическим примером указанного процесса. Когда был принят этот закон, региональные отделения фирмы Bell, казалось, проиграли борьбу за сохранение локальных монополий. Но благодаря решительным встречным действиям в судах и апелляциям к федеральной комиссией по связи и комиссиям по коммунальному обслуживанию штатов, направленным на блокирование стандартов доступа к локальным сетям, эти фирмы сумели отсрочить открытие своих рынков на многие годы.

Судебные иски в связи с нарушением антимонопольного законодательства

Когда фирмы терпят поражение в законодательных органах, и прежде всего в результате использования их противниками незтичных методов, они всегда бывают глубоко задеты. Один из возможных шагов побежденных фирм связан с обращением в суд и обвинением конкурентов в сговоре с целью введения торговых ограничений.

Такой шаг может казаться заманчивым, но верховный суд не принимает антитрестовские иски против законодателей и лоббистов закона, даже если цель последнего состояла в ограничении конкуренции. Речь идет о почти абсолютном «судебном иммунитете».

В деле 1943 года «Паркер против Брауна» суд отказался принять иск против правительственного чиновника, ведавшего сельскохозяйственной программой, в рамках которой осуществлялось «антиконкурентное» распределение квот между калифорнийскими производителями изюма. Результатом этого дела стал иммунитет для всех законодателей и правительственных чиновников. Иммунитет действует даже в том случае, если должностные лица поступают незаконно, берут взятки и торгуют услугами своих ведомств. Их жертвы вынуждены прибегать к уголовному или другому законодательству (но не к антимонопольному), если они хотят наказать чиновников.

В деле «Конференция президентов железнодорожных компаний Восточных штатов против Noen Motor Freight», о фактической стороне которого рассказывалось в главе 2, суд сделал следующий шаг и предоставил иммунитет от антитрестовского преследования организациям и лицам, лоббирующим в государственных органах принятие законов, ограничивающих конкуренцию. Хотя железные дороги в кампании против владельцев грузовиков использовали различные неэтичные приемы, верховный суд, тем не менее, отказал последним в праве на судебное разбирательство. Любое другое решение, по заявлению верховного суда, нарушило бы нормальный демократический процесс, подвергнув лоббистов и заинтересованные группы угрозе судебного преследования с компенсацией убытков в тройном размере.

Однако в своем заключении верховный суд оставил небольшую «щелку», указав, что «возможны ситуации, когда информационные кампании в СМИ, которые, на первый взгляд, имеют целью повлиять на действия правительства, на самом деле только прикрывают попытку непосредственно повлиять на деловые отношения конкурента». Это исключение, касающееся «притворных намерений», привело к возбуждению некоторых дел на основе антимонопольного законодательства в сфере законотворчества и регулирования экономики, однако ни одно из таких дел не было выиграно, если речь шла о поведении лоббистов в законодательных органах.

Правовая защита от регулятивных мер, ограничивающих конкуренцию

Что вы можете сделать, чтобы защитить себя, когда конкурент манипулирует нормами государственного регулирования, используя их в своих интересах? В этой книге представлено множество примеров такого рода злоупотреблений — от блокирования поставщиками медицинских услуг выдачи сертификатов на строительство новых медицинских учреждений до препятствования фармацевтическими компаниями — производителями брэндов продажам более дешевых заменителей, предлагаемых производителями дженериков. Ниже мы рассмотрим несколько наиболее распространенных мер защиты, связанных с системой регулирования бизнеса.

Административные жалобы

Трудно обсуждать защитные шаги в сфере государственного регулирования, не рассматривая одновременно законодательные и судебные меры. С другой стороны, абстрактные рассуждения о характере взаимодействия трех направлений защиты сделали бы анализ чересчур сложным. Поэтому, чтобы разобраться в удачной защитной стратегии, лучше всего рассмотреть конкретный пример. Таким примером может служить баталия вокруг государственного регулирования в сфере финансовых услуг. Речь идет о длительной борьбе между банками и кредитными союзами вокруг правил, касающихся членства и услуг кредитных союзов [1]*. Это классическая конкурентная война между соперниками по отрасли, в которую вовлечены заинтересованные ведомства и все государственные правовые институты.

Для начала несколько основных фактов. Кредитный союз — это форма кооперативного банка. Члены кредитного союза объединяют свои средства для взаимного кредитования. Первый кредитный союз был создан в Нью-Гемпшире в 1909 году. Кредитные союзы работают по всей Америке, главным образом в небольших городах, играя роль мелких сберегательных банков наподобие того, которым управлял Джордж Бейли из классического фильма «Жизнь хороша», ко-

* *Примечания на стр. 285*

торого играл Джеймс Стюарт. По результатам стандартных опросов общественного мнения, члены кредитных союзов — это самые довольные клиенты американских банков.

И это совсем не удивительно. Кредитные союзы платят более высокие проценты по вкладам и предлагают более низкие проценты по ссудам по сравнению с обычными банками. Почему? Потому что они освобождены от уплаты налогов. Короче говоря, кредитные союзы — это некоммерческие организации, которые возвращают своим членам любую полученную ими прибыль в виде более высоких процентов по вкладам или низких процентов по ссудам.

Понятно, что банки смотрят на деятельность кредитных союзов несколько иначе, чем сами кредитные союзы. Хотя на ссуды кредитных союзов приходится лишь несколько процентов от общего объема ссуд, выдаваемых в США, банковское сообщество считает кредитные союзы с их 80 млн членов и активами в \$480 млрд потенциальными конкурентами, имеющими огромное, незаслуженное преимущество в виде освобождения от налогов. Банки всячески стараются удержать кредитные союзы в рамках узкой ниши, в то время как кредитные союзы стремятся распространить свои услуги по предоставлению ссуд на как можно большее количество клиентов.

Оба соперника обычно скрещивают шпаги в ходе слушаний в независимом федеральном органе — Национальном управлении кредитных союзов (NCUA). В обязанности этого органа входит регулирование деятельности 6 тыс. кредитных союзов, зарегистрированных на федеральном уровне (остальные 4 тыс. зарегистрированы в штатах или работают при различных ведомствах). Как будет показано далее, назвать NCUA независимой организацией можно лишь с некоторой натяжкой, так как этот орган считает себя решительным сторонником кредитных союзов. Его задача — защищать и расширять права кредитных союзов.

Федеральный закон 1934 года, который разрешил деятельность кредитных союзов, содержит положение, согласно которому кредитные союзы должны предоставлять свои услуги клиентам «на основе общности рода занятий или принадлежности к определенной группе» — например, работникам одной компании или прихожанам одной церкви. Но начиная с 1980-х годов NCUA приняло правила, разрешающие кредитным союзам работать, как обычные банки. Им разрешили широкую рекламу, предоставление широкого круга платных финансовых услуг и, что самое тревожное, обслуживать членов самых разных компаний. В основе такого подхода к расширению клиентуры лежал тезис о том, что каждая отдельная группа людей имеет «общность» с другими группами, даже если эти группы никак между собой не связаны. Банки протестовали против такого подхода, но без успеха.

Когда NCUA разрешило кредитному союзу AT&T в Северной Каролине начать обслуживание более 300 различных групп и принять в свои ряды более 100 тыс. членов не имеющих никакого отношения к компании, банки и

их национальные ассоциации решили, что с них довольно. Они подали против NCUA иск, утверждая, что управление толкует понятие «общности» совершенно произвольно и превышает полномочия, делегированные ему конгрессом в соответствии с законом. Пройдя в течение нескольких лет через различные судебные инстанции, в 1998 году дело в конечном счете дошло до верховного суда США. Суд согласился с банками на 100% и отменил правило NCUA как полностью противоречащее положениям закона. Суд посчитал, что кредитные союзы должны вербовать членов из одной фирмы или ассоциации, а не из числа многих разнородных групп.

Думаете, это все? Не совсем. Подталкиваемые весьма разношерстными и крайне взволнованными членами, управляющие 4 тыс. кредитных союзов в 1998 году начали осаждать Капитолийский холм, чтобы подать ходатайства от имени 2,5 млн подписавших их рассерженных избирателей. В течение нескольких месяцев конгресс принял Закон о членстве в кредитных союзах, однозначно отменяющий решение верховного суда США по делу AT&T и разрешающий принятие в члены кредитных союзов сотрудников разных компаний и иных членов на основе некоей туманной «общности интересов». Лоббисты банков, обычно пользующиеся серьезным влиянием в Вашингтоне, не могли противостоять массовому «народному» движению. Они попытались включить в закон положение о налогообложении крупнейших кредитных союзов, но им и это не удалось.

Более того, когда NCUA получило еще одну возможность интерпретировать новый закон, оно разработало новые правила, в соответствии с которыми крупным кредитным союзам предоставлялись еще более широкие права. Во-первых, было решено, что кредитные союзы, количество членов которых составляет менее 3 тыс. человек, жизнеспособны, что стимулировало объединение мелких организаций в более крупные кредитные союзы, работающие с разными группами клиентов. Во-вторых, было разрешено создание новых кредитных союзов на основе широко трактуемого понятия «общности интересов». Членными таких союзов могли стать, например, 1,1 млн человек, проживающих в 16 округах штата Теннесси. Наконец, NCUA изменило правила предоставления ссуд, разрешив кредитным союзам выдавать ссуды членам без обеспечения и упростив учет таких ссуд в бухгалтерских книгах кредитных союзов. Новые правила не понравились даже некоторым спонсорам закона от 1998 года, и они письменно протестовали против таких щедрых послаблений.

Банки затеяли новый раунд тяжбы, утверждая, что NCUA — это чуть ли не «пиратская» организация. Они также начали оспаривать налоговые льготы для кредитных союзов, установленные законодательством штатов, надеясь изменить положение на местном уровне до того, как сделать еще одну попытку в конгрессе. В 2003 году в штате Юта отменили налоговую льготу для кредитных союзов, зарегистрированных в штате. Аналогичные предложения стали рассматриваться и в других штатах. Битва продолжается и по сей день.

Какой урок можно извлечь из войны между кредитными союзами и банками с точки зрения защиты от регулирующих органов? Во-первых, решения этих органов можно оспорить по трем основаниям. Решение можно отменить, если имеет место необоснованное (то есть без необходимости) злоупотребление полномочиями, предоставленными конгрессом, в результате нарушения соответствующего законодательства или процедуры принятия решения. Применительно к делу о кредитных союзах, NCUA не нарушило установленных процедур, приняв решение о приеме в члены представителей разных групп населения, но суды решили, что имело место злоупотребление правами и превышение полномочий. По этим основаниям верховный суд отменил соответствующее решение.

Во-вторых, конгресс наделен правом налагать окончательное вето на решения любых судов в части толкования закона. Даже решения верховного суда было недостаточно для того, чтобы активисты кредитных союзов могли защитить выгодные им условия предоставления ссуд и процентные ставки по вкладам.

В-третьих, если регулирующий орган, призванный проводить закон в жизнь, становится заложником заинтересованной группировки, лоббистам конкурирующих фирм или отраслей нелегко организовать защиту. «Железный треугольник» (председатели ключевых комитетов законодательного органа, ведомство, ответственное за реализацию закона и мощные частные заинтересованных группировки) – это мощнейшее инструмент политического влияния. Постоянное обращение в суды, лоббирование на уровне законодательных органов штатов и PR-кампании, которые ставят под сомнение законность принимаемых решений, – вот, пожалуй, лучшее, что может сделать группировка для защиты своих интересов. Лоббисты банковского сектора предпринимали все перечисленные шаги, но их трудная борьба еще не кончена.

Иски в рамках антимонопольного законодательства

Иммунитет против антитрестовского преследования, который действует в отношении лоббирования фирмами в законодательных органах, распространяется и на просьбы компаний применить меры государственного регулирования в ущерб конкурентам. Наиболее типичный пример связан с делом «Объединенный союз горняков против Пеннингтона», о котором шла речь в главе 6.

В этом случае профсоюз успешно лоббировал принятие министерством труда США решения о повышении минимальной заработной платы в отрасли, чтобы выжить с рынка мелкие компании, не имеющие профсоюзных ячеек. Когда эти мелкие компании подали иск по поводу нарушения антимонопольного законодательства, верховный суд отклонил его, сославшись на уже известное нам дело компании Ноегг. Суд постановил, что речь действительно идет о попытке профсоюза повлиять на правительство, которая увенчалась успехом, и поэтому в данном случае действует указанный иммунитет.

Вся область антитрестовского иммунитета, защищающего правовые шаги, опирается на этот прецедент и решение по делу компании Noerr, описанное выше. Как уже было отмечено, доктрина Noerr-Pennington служит краеугольным камнем юридической стратегии в области конкуренции.

А как обстоит дело с исключениями, связанными с «притворными намерениями», о которых говорится в решении суда по делу Noerr? Эти исключения относятся к некоторым обращениям в регулирующие органы, которые, в отличие от обращений в законодательные органы, были успешными. Дело, рассмотренное в верховном суде в 1972 году, позволяет выявить закономерности, связанные с выигранными делами. Девятнадцать автотранспортных компаний, осуществляющих перевозки между штатами, оспаривали в Комиссии по коммунальному обслуживанию Калифорнии и Межштатной торговой комиссии все попытки группы калифорнийских фирм добиться разрешения на перевозки между штатами. Юридическая обоснованность этих ходатайств была слабой, и верховный суд квалифицировал их как «притворные». В главе 8 мы рассматривали аналогичный случай, когда компании спутникового телевидения успешно судились с телевизионными станциями в рамках антитрестовского законодательства по поводу того, что эти станции подавали надуманные «протесты» в соответствии с федеральным законом, регулирующим спутниковое ТВ.

На нескольких примерах, приведенных в книге, мы также видели, что производители патентованных лекарственных препаратов нарушали антимонопольное законодательство, подавая заявки на ложные патенты в Управления по санитарному надзору за качеством пищевых продуктов и медикаментов, чтобы отсрочить появление на рынке конкурирующих дженериков. В деле о препарате ViSrag, рассмотренном в главе 8, компания Bristol-Myers Squibb получила патент на лекарство, которое не было прямым аналогом транквилизатора буспирон и зарегистрировало его в Управлении, ложно утверждая, что этот патент исключает конкуренцию со стороны дженерика. Фирма знала, что это не так, однако Управление не проводит независимых расследований по патентным делам подобного рода. Оно служит лишь регистрационным органом. А сам факт регистрация патента автоматически ведет к отсрочке продажи конкурирующего лекарства. Затем фирма возбудила несколько надуманных дел о нарушении патентного законодательства против компаний, намеревающихся продавать дженерики — варианты буспирона, а эти иски обусловили дальнейшие, автоматические отсрочки, предусмотренные правилами Управления.

Так как эти действия основывались на обмане и их единственной целью была отсрочка выхода на рынок конкурентов за счет манипулирования регулятивными процедурами (а не получение содержательного решения или постановления), суд постановил, что на компанию Bristol-Myers Squibb не распространяется иммунитет в соответствии с доктриной Noerr-Pennington. Последовавшее затем урегулирование дела стоило этой компании сотен миллионов долларов.

Как следует из всех этих примеров, ключом к успеху в делах по поводу регулятивных мер и связанных с «притворными намерениями» является умение доказать, что «правовой хищник» использует регулятивные процедуры *исключительно для того, чтобы получить преимущество за счет отсрочки или навязывания расходов, связанных с самой процедурой*, а не ради получения благоприятного решения регулирующего органа. Если же сторона действительно добивается благоприятного решения (даже с целью уничтожить конкурента), на нее распространяется иммунитет против преследования в рамках антимонопольного законодательства.

Правовая защита от судебного иска, направленного на ограничение конкуренции

Третья арена, на которой может происходить борьба с юридическими «хищниками» — это зал судебных заседаний. Примером служит дело Эрнста Канингхема, которого при помощи тяжбы пытались вытеснить с рынка. Как мы увидим, в последние годы иммунитет в соответствии с доктриной Noerr-Pennington распространился и на эту сферу, причем даже на самые злонамеренные и возмутительные иски, поданные в связи с ограничением конкуренции, и лишь немногие их «авторы» подвергались риску серьезных правовых санкций.

Иски в рамках антимонопольного законодательства

Доктрина иммунитета Noerr-Pennington ограждает правовых «хищников» в судах так же, как и в законодательных и регулирующих органах. Однако в этой области применимо исключение, связанное с «притворными намерениями». Антитрестовский иск может принести успех, если ответчик может доказать, что тяжба задумана истцом отнюдь не для того, чтобы защитить свое законное право. Кроме того, сторона, которая прибегла к обману в связи с судебным разбирательством, может лишиться иммунитета в рамках доктрины Noerr-Pennington.

Что же представляет собой иск с «притворными намерениями»? В деле 1993 года «Professional Real Estate Investors, Inc. против Columbia Pictures Industries» верховный суд вынес решение из двух частей: во-первых, жертва иска обязана показать, что дело совершенно надуманное (то есть, по выражению суда, «объективно лишено оснований»). В соответствии с постановлением верховного суда, «иск должен быть объективно лишённым основания в том смысле, что разумный истец никак не мог надеяться на успех по правовым основаниям». Во-вторых, убедив суд в необоснованности такого иска, жертва должна также показать, что истец руководствовался прежде всего злонамеренным желанием ограничить конкуренцию. Доказательства «некоторой»

злонамеренности будет недостаточно – жертва антитрестовского иска обязана доказать, что ограничение конкуренции было главным мотивом другой стороны.

Едва ли нужно говорить о том, что выполнить указанные требования чрезвычайно трудно. Даже самые возмутительные иски можно отчасти оправдать, хотя бы тем, что истец надеялся изменить существующий закон. Чтобы оценить, насколько строг критерий «притворности», я проанализировал более 140 дел о таких исках, по которым были вынесены решения после 1993 года. Нашел ни одного дела, в котором суд защитил бы жертву иска на основании использования критериев «притворности», установленных верховным судом. Более того, лишь в нескольких случаях жертве антитрестовского иска было разрешено продолжить тяжбу после предварительной стадии. Несомненно, что дела, преодолевших эту стадию, закончились успешно, но очевидно, что дело *Professional Real Estate Investors* крайне сузило ответственность тех, кто злоупотребляет антитрестовскими исками.

Обман суда

До дела *Professional Real Estate Investors* имело место еще одно исключение, касающееся иммунитета в рамках доктрины *Noerr-Pennington* в контексте судебной тяжбы. Если жертва может доказать, что истец совершил серьезный обман суда, иммунитет также может быть отменен. Но после решения верховного суда о двух критериях «притворности намерений» это исключение утратило свое значение. Суды отметили, что существуют другие способы предотвратить обман суда, и продолжили применять два названных критерия для прекращения антитрестовских дел.

Тем не менее, исключительно в сфере патентного права имеется особая, основанная на обмане, концепция ответственности по антитрестовским делам, которая сохранила свое значение и по-прежнему оставляет жертвам надежду на иммунитет. Эта концепция основана на деле, рассмотренном в верховном суде в 1965 году («*Walker Process Equipment, Inc. против Food Machinery and Chemical Corporation*»), и разрешает жертве добиваться компенсации, если другая сторона использует добытый обманом патент для судебного преследования конкурента. В рассматриваемом случае химическая компания представила в своей патентной заявке в патентное бюро ложную информацию, а затем предъявила иск конкуренту за нарушение патента. Верховный суд постановил, что сознательное и злонамеренное искажение фактов (в данном случае – подача ложных сведений о предшествующем использовании изобретения) позволяет привлечь виновную сторону к ответственности в рамках антитрестовского законодательства.

Это исключение носит весьма ограниченный характер. Антитрестовские дела нельзя возбуждать исключительно на основании недействительности патента – он должен быть получен обманным путем. Только сознательную

или сокрытие известных, существенных фактов (например, о более ранних достижениях в этой области) можно квалифицировать как обман. Невинные ошибки в технических аспектах заявки не могут служить основанием для привлечения к ответственности. В ходе анализа я выявил ряд примеров успешного завершения дел в соответствии с указанной доктриной после 1993 года, так что исключение, связанное с патентным обманом, похоже, сохраняет силу до настоящего времени.

Злонамеренные судебные иски

Если сторона стала жертвой злонамеренного или «несерьезного» иска, она вправе прибегнуть к нескольким правовым доктринам и законодательным нормам с целью добиться компенсации. Требования о компенсации в случае «злоупотребления судебным разбирательством» или «злонамеренного судебного преследования» регулируются основными нормами гражданского законодательства каждого штата. Кроме того, федеральные процессуальные нормы и нормы штатов требуют от прокуроров получения подтверждений того, что судебные иски инициированы ради восстановления справедливости, а не просто с целью досадить ответчику. Эти нормы (например, статья 11 федерального законодательства о гражданском судопроизводстве) нередко позволяют жертве необоснованного иска подать в суд на прокурора, возбудившего дело, и потребовать возмещения судебных издержек.

Однако после дела *Professional Real Estate Investors* иски, основанные на упомянутых концепциях, должны прежде всего удовлетворять двум критериям, о которых шла речь выше. Причина проста: согласно доктрине *Noerr-Pennington*, иммунитет против судебного преследования — это форма конституционной защиты, основанной на первой поправке. А конституция обладает верховенством над всеми другими законами — и федеральными, и законами штатов. Чтобы опровергнуть в суде злонамеренный иск, каким бы возмутительным он ни был, сегодня необходимо преодолеть конституционное ограничение в виде двух упомянутых критериев.

* * *

Эта глава раскрывает то, о чем в неявной форме шла речь во всей книге: бороться с юридическими «хищниками» чрезвычайно непросто. Это плохая новость. Хорошая же новость состоит в том, что большинство компаний по-прежнему заинтересованы в том, чтобы получать прибыль на рынке, а не в зале судебных заседаний.

Кто предупрежден, тот вооружен. По мере того как наша книга близится к завершению, становится понятно, почему традиционные руководители бизнеса должны учиться использовать юридическую конкурентную стратегию. Организация правовой системы нашего демократического государства не оставляет им другого выбора.

- [1] См. Jeff DeMoss. Credit Unions May Leave State Charters Behind //Ogden Standard-Examiner, March 28, 2003; John Reosti. NCUA Re-Ups Push for CUs to Do More //American Banker, Vol. 168, №63 (April 2, 2003); Jaret Seiberg and Scott Barancik. Banks Win Supreme Court Victory Over Credit Unions //American Banker, Vol. 163, № 38 (February 26, 1998); Dean Foust. Cornered Credit Unions Come Out Fighting //Business Week, March 16, 1998, p. 43; National Credit Union Administration v. First National Bank and Trust, 522 U.S. 479 (1998). Отмена конгрессом решения верховного суда — это сравнительно редкое явление. Как показывают результаты исследований, в период между 1967 и 1991 годом конгресс отменил решения верховного суда по 121 делу. См. Pablo T. Spiller and Emerson H. Tiller. Inventions to Override: Congressional Reversals to Supreme Court Cases //International Review of Law and Economics, Vol. 16 (1996), p. 503–521.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

игра по правилам

Никто из присутствовавших на совещании по согласованию цен не был настолько глуп, чтобы не знать, что такие совещания противозаконны. Но только так можно управлять предприятием. Это — свободное предпринимательство.

Ф. Ф. Лук, президент Allen-Bradley Company (о заговоре компании электрической отрасли с целью установить единые цены в 1961 году)

Под ошеломляющим изобилием правовых норм и правил, влияющих на вашу компанию, скрывается «игровая площадка» для одного из самых важных и наименее понятных аспектов бизнеса: стратегической игры с помощью юридических методов конкуренции. Эта игра стара, как сам рынок. Ее приемами владели руководители компаний любой крупной отрасли в Америке — от Джона Джейкоба Астора и Дж. П. Моргана до Билла Гейтса и Энди Гроува. А играть в эту «игру» вынужден любой руководитель, независимо от того, хочет ли он этого. Пригородные такси, которые ловят клиентов в городском аэропорту; различные торговцы вином или пивом; инновационные фирмы, предлагающие новые продукты; и даже ребятишки, открывающие киоски для продажи печенья около футбольных стадионов, — у всех есть конкуренты, которым не нужны более качественные услуги, более низкие цены и новые идеи. Как я писал во введении, кто-то устанавливает правила таких игр. Вопрос лишь в том, кто это делает.

Теперь, когда у вас есть правовые знания, необходимые для того, чтобы самим устанавливать эти правила, можно рассмотреть шесть способов трансформации полученных знаний в надежные источники конкурентных преимуществ.

Правило 1 Сделайте юридическую стратегию частью стратегии бизнеса

Вы не можете делегировать решение юридических вопросов адвокатам и консультантам в области стратегии, а затем забыть о них. Вы должны сами активно участвовать в этой игре, причем вы должны делать это всегда. На многих примерах мы видели, что многим дальновидным руководителям компаний знание бизнеса и права позволяло иметь целостное, стройное стратегическое видение. По сути они становились главными юридическими стратегами своих компаний.

Один из эффективных подходов, который поможет вам объединить юридическую стратегию и стратегию бизнеса – это анализ пяти факторов успеха юридической стратегии. Обеспечив баланс между надежностью правовой аргументации, легитимностью вашего дела в глазах общественности, прочностью стратегической рыночной позиции, наличием финансовых ресурсов и доступа к тем, кто принимает решения, вы сможете делать удачные юридические ходы. Если баланс перечисленных факторов в вашу пользу, действуйте, если нет, воздерживайтесь от действий. Кроме того, предпринимая юридические шаги, постоянно сравнивайте затраты и результаты. Если вы можете решить деловую проблему, не прибегая к правовым действиям, избегайте их.

Правило 2 Следите за предупредительными сигналами

Предупредительные сигналы укажут вам, что юридическая конкурентная стратегия вот-вот станет особенно уместной. Во-первых, следите за серьезными изменениями в наборе продуктов, предлагаемых на рынке, и составе «игроков» в своей отрасли. Если появляется новый продукт, угрожающий лидерам отрасли, последуют юридические шаги. Когда к вашему рынку проявляют интерес мощные новые фирмы, готовьтесь к правовой защите.

Во-вторых, будьте внимательны, если модель получения прибыли конкурента начинает давать сбой. Фирмы, испытывающие трудности, склонны отыгрываться на соперниках. В таких ситуациях высокотехнологичные компании прибегают к «судебно-лицензионной» стратегии, используя принадлежащую им интеллектуальную собственность. Если же для компаний наступают особенно трудные времена, преобладают стратегии, связанные с банкротством.

Третья часто встречающаяся модель поведения связана с ситуацией, когда одна компания занимает доминирующие стратегические позиции в отрасли. Доминирование в отрасли делает ее одновременно чересчур самонадеянной и не уверенной полностью в своей безопасности, заставляя ее использовать тактику юридического «хулиганства». Примерами могут служить борьба компании ITW с Grip-Pak и компании Hallmark Cards с Blue Mountain. Можно было бы предположить, что доминирование в отрасли должно породить не юридическую агрессивность, а, напротив, юридическую самоуспокоенность. По всей видимости, справедливо обратное. Компании Microsoft, Intel, Coca-Cola и RSA — вот лишь некоторые из лидеров рынка, которые на разных этапах своей истории приводили в действие свое мощное юридическое оружие.

Последний предупредительный сигнал относится скорее к личностному фактору, чем к положению на рынке. Компании, возглавляемые агрессивными, эгоцентричными боссами, видимо, более склонны использовать воинственные юридические стратегии, чем компании, во главе которых стоят более консервативные руководители. Эта закономерность подтверждается атакой Сидни Шейнберга из компании Universal на Nintendo. Руперт Мердок из компании News Corporation — это еще один знаменитый медиамагнат, который прославился тем, что «сначала подавал в суд, а потом задавал вопросы». Третий пример — это Энди Гроув. Если на вашем рынке преобладают такие личности, то чем скорее вы приобретете юридическую компетентность, тем лучше. Эти построения описаны в бестселлере Энди Гроува о стратегии бизнеса «Выживают только параноики».

Правило 3 Будьте готовы урегулировать любое судебное дело

В юридической стратегической игре тяжба — это ход, который делается не ради поиска справедливости. Вам предъявляют иск, а вы рано или поздно будете готовы уладить дело. Поэтому простое правило для истца и ответчика при рассмотрении коммерческих дел звучит одинаково: добивайтесь своих целей, сокращайте затраты и заканчивайте дело как можно скорее.

В коммерческих делах важно контролировать свои эмоции. Насколько бы соблазнительным ни казалась перспектива «проучить этих сукиных сынов» или «защитить свои права», вести тяжбу до получения окончательного вердикта редко имеет смысл. Как писал «Коммодоре» Вандербильт, «закон слишком медлителен» для того, чтобы его можно было использовать для решения большинства проблем бизнеса. Обращайтесь в суд лишь в том случае, если вам необходимо установить законность прав собственности, спасти компанию от экономического краха или сигнализировать юридическим «хищникам» о том, что вы не

собираетесь становиться легкой добычей. Не бойтесь тяжбы, но не тратьте на нее больше времени и денег, чем это необходимо.

Правило 4 Боритесь с правовыми «хулиганами» на рынке

Быть юридическим «хищником» намного легче, чем защищаться от него. Доктрина Noerr-Pennington гарантирует иммунитет во всех случаях, кроме наиболее злонамеренного, предосудительного и связанного с коррупцией поведения. Дело Эрнста Каннингхема (см. главу 10) показывает, что правовая защита стоит слишком дорого и слишком ненадежна, поэтому она едва ли серьезно поможет жертве «хищника». Вознаграждение приходит слишком поздно (если оно вообще приходит). Дело завершено, но рынок ушел вперед, финансовые возможности упущены, а ключевые позиции в отрасли занимает кто-то другой.

Прежде чем присоединиться к хору голосов, настаивающих на правовых реформах, представьте себе мир, в котором стороны вправе добиваться компенсации, если им не удалась лоббистская кампания или же они стали юридической жертвой сутяжника-конкурента. Это был бы рай для юридических «хищников». Расходы на совершенно законные правовые меры против «нечестной игры» конкурентов на рынке вскоре бы резко возросли, так как истцам пришлось бы защищаться от встречных исков «нарушителей», которые обвиняли бы их в грехе монополизма и злоупотреблении процессуальными нормами.

Чтобы подтвердить сказанное, достаточно привести всего один пример. Пытаясь покончить с надуманными тяжбами и различными злоупотреблениями судебным разбирательством, в 1980-е годы федеральные суды ужесточили правило, в соответствии с которым адвокаты обязаны были подтвердить, что все судебные дела возбуждены честно и добросовестно (Статья 11 федерального законодательства о гражданском судопроизводстве). Идея заключалась в том, чтобы наказывать адвокатов за затягивание дел с помощью бессмысленных ходатайств и расследований в стиле Рэмбо. Согласно новой редакции статьи 11, жертвы злоупотреблений вправе предъявлять иски юристам другой стороны за недобросовестно возбужденные дела и требовать возмещения судебных издержек.

Что же произошло? Вместо того чтобы воспрепятствовать возбуждению надуманных дел, статья 11 породила беспрецедентное количество новых, в основном сомнительных исков. Стороны использовали статью 11 во всех случаях, когда удовлетворяли их ходатайство или отказывали в просьбе другой стороне. Федеральную судебную систему захлестнула волна надуманных исков о компенсации адвокатских гонораров.

К 1993 году всем это надоело, и законодательство было снова изменено. Были отменены предусмотренные статьей 11 санкции за злоупотребление процессу-

альными нормами. Теперь санкции можно было налагать не в обязательном порядке, а по усмотрению председателя суда. В то же время были ужесточены требования, предъявляемые к доказательствам. Судьи вернулись к рассмотрению действительно обоснованных исков.

Фиаско изменений статьи 11 показывает, насколько трудно бороться с юридическими «хищниками». Всякий раз, когда наказывают недобросовестных истцов, появляется возможность для новых форм недобросовестных исков. Юридические «хищники» — это большие мастера таких злоупотреблений, и, как сказал Генри Форд еще в 1907 году, можно быть уверенным, что они «под видом борьбы за справедливость будут заниматься обыкновенным грабежом».

Поэтому, оказавшись жертвой юридических злоупотреблений, вы должны полагаться на собственное стратегическое искусство, знания и деловой здравый смысл. «Волшебного средства» для защиты не существует, и реванша не будет. Грамотная конкурентная стратегия — это лучшая защита от злоупотребления судебными тяжбами.

Правило 5 Будьте бдительны: действия на рынке могут изменить правовой ландшафт

Большинство опытных стратегов знает, что победа на рынке открывает перед ними возможность победы в правовых баталиях. Смелые шаги на рынке, меняющие статус-кво в бизнесе, часто оказывают глубокое воздействие на законодательство. Сэнди Уэйл получил такую возможность, приняв решение о слиянии Citicorp с Travelers Group, когда закон Гласа—Стиголла запрещал банкам владеть страховыми компаниями. Но благодаря его смелости открылось «политическое окно», что побудило конгресс отменить закон времен Великой депрессии, запрещавший такие слияния.

Точно так же спутниковые компании не жалели средств на привлечение телезрителей на начальном этапе развития спутникового телевидения. Быстро завоевав долю на рынке, эти компании изменили политический ландшафт, сформировали огромную клиентуру, и в результате потребители их услуг стали протестовать, когда локальные телестанции попытались отключить сигналы спутникового телевидения. В конечном счете, эти компании использовали «клиентскую» политическую поддержку для лоббирования изменения правил обслуживания абонентов.

Наконец, кредитные союзы и их главный защитник — национальное управление кредитных союзов, — стремясь расширить клиентуру за счет приема в члены различных групп, натолкнувшись на сопротивление как банков, так и судов. Но, защищая эту популярную альтернативу банкам и добившись изменения правил о членстве, они обеспечили себе мощную политическую поддержку. Когда

верховный суд отказался узаконить эту форму финансовых учреждений, члены кредитных союзов заставили себя услышать на Капитолийском холме и убедили конгресс отменить решение верховного суда.

Правило 6

Не спите — лоббисты никогда не спят

Лучшие руководители бизнеса знают, что, перефразируя слова легендарного тренера баскетбольной команды Университета Калифорнии (Лос-Анджелес) Джона Вудена, отказываясь готовиться к юридическим действиям, вы готовитесь к неудаче. Компания Microsoft познала эту суровую истину и вынуждена была противостоять правительственному антитрестовскому иску, не имея политических союзников. А такие «киты», как General Motors и Wal-Mart, потерпели неудачу, пытаясь продавать автомобили и бензин по сниженным ценам, потому что местные автомобильные и бензиновые дилеры контролировали законодательные органы штатов. Не следует ждать кризиса для того, чтобы заводить друзей среди законодателей.

С 1997 по 2003 год фармацевтическая отрасль США израсходовала на лоббирование \$650 млн и приняла на работу 26 бывших членов конгресса. Только в 2002 году на отрасль работали 675 лоббистов из 138 лоббистских фирм. Разумеется, вам не следует заходить так далеко. Но независимо от масштабов или роли вашего бизнеса, вы должны делать политические инвестиции прежде, чем они пригодятся, а не после того как «грянет гром». Именно так поступают ваши конкуренты.

Когда я завершал работу над книгой, конгресс принял закон о чрезвычайных ассигнованиях на 2003 год в связи с войной с Саддамом Хусейном в Ираке. Можно было предположить, что закон о финансировании войны уж точно не станет объектом юридического маневрирования конкурентов.

Но нет. Закон включал положение, о принятии которого просили две фирмы по доставке почтовых отправлений — компании UPS и FedEx, и которое было направлено на блокирование выхода на американский рынок их конкурента из Германии — компании Deutsche Post. Закон также предусматривал предоставление многомиллиардных субсидий для авиакомпаний США. Наконец, сенатор от Аляски сумел «впихнуть» в закон положение о получении нескольких миллионов долларов для поддержки рыболовецкой промышленности его штата, что повергло в ужас конкурентов — производителей других пищевых продуктов.

Несмотря на все попытки, в закон не был включен пункт, согласно которому восстановление беспроводной телефонной связи в Ираке должно было осуществляться в соответствии со стандартом, принятым американскими производителями соответствующего оборудования (хотя он мало где используется за пределами США). А так как в других странах Среднего Востока превалирует стандарт европейских производителей оборудования для беспроводной телефонной

связи, в случае принятия американского стандарта Ирак оказался бы технически изолированным от своих соседей (зато американские компании получили бы большие заказы).

Заклучительное замечание: игра по правилам

Существует много способов добиться преимуществ с помощью правовых методов, но мой личный свод правил гласит: чтобы добиться истинного успеха, надо уважать верховенство закона. Безнравственные люди склонны всячески извращать закон, чтобы добиться своих конкурентных целей. Значит ли это, что все должны поступать так же, чтобы выжить? Отнюдь нет. Ф. Ф. Локк, президент и главный управляющий Allen-Bradley Company в 1960-е годы, возможно, считал, что единственный способ ведения бизнеса — это сговор о ценах, но большинство руководителей современного бизнеса руководствуется более высокими нравственными нормами.

Если конкуренты нарушают закон, вы, я надеюсь, воспользуетесь всеми юридическими методами, рассмотренными в этой книге, для того чтобы разоблачить нарушителей и добиться честной игры для всех. Поэтому я хочу закончить книгу несколькими советами в отношении принятия трудных решений в правовой сфере.

Пользуйтесь услугами надежных советников, а не юридических соглашателей

Если вы столкнулись с серьезными юридическими проблемами, вам, вашим сотрудникам и инвесторам следует четко представлять себе возможные варианты действий. Это означает, что вы должны проконсультироваться с юристами. При этом вам следует помнить о том, что в бизнесе работают две категории адвокатов: надежные советники и юридические соглашатели.

Надежные советники — это люди, знающие вас и ваш бизнес. Они — стратеги, понимающие, что при принятии деловых решений следует взвешивать возможные риски. Но они готовы к борьбе, и на них можно положиться, если поведение конкурентов нарушает закон. Они считают себя проводниками правосудия, в профессиональную обязанность которых входит не допустить, чтобы их клиенты совершили преступление. Такие советники следуют модели Элиу Рута, опытного корпоративного адвоката Золотого века, который однажды заметил: «Порядочные адвокаты тратят почти половину своего рабочего времени на то, чтобы говорить своим возможным клиентам, что они дураки и что им следует остановиться».

Юридические соглашатели поступают иначе. Они требуют высокие гонорары за то, что говорят вам исключительно то, что вы хотите услышать. Они не дают разумные советы, а стремятся оправдать сомнительные сделки. Юридические «хищники», которых мы встречали на страницах этой книги, прислушивались исключительно к советам юридических соглашателей. Бегите от них, как от чумы.

Чтобы наладить отношения с надежными советниками, требуются время и усилия. Но такие надежные советники избавят вас от массы неприятностей.

Считайте расходы, связанные с юридическим риском

Даже если вы намерены придерживаться законного образа действий, возможно, следует дважды подумать, прежде чем приступать к ним. Как мы видели, то, как действия выглядят в глазах общественности, столь же важно, как и то, какими их считает адвокат или судья. Если ваша история появится завтра на первой полосе крупной газеты, будете ли вы чувствовать себя комфортно? Если нет, проанализируйте заново затраты и результаты. Ведь ваши покупатели читают газеты.

Выяснить отношение общественности к принятому вами решению можно, поставив гипотетический вопрос: что произойдет, если все участники рынка будут поступать так, как вы? Не прекратит ли рынок своего существования? Если да, то вы, очевидно, намерены использовать правовую «лазейку», и общественность и пресса накажут вас за это. Вместо того чтобы обходить закон, попробуйте возглавить движение за его изменение. Это принесет вам известность, поставит в затруднительное положение конкурентов, использующих такие лазейки, и обеспечит вам репутацию человека, который старается играть по правилам.

Придерживайтесь своих базовых ценностей

Наконец, подумайте, не противоречит ли данный юридический ход базовым ценностям вашей компании. Хорошее предприятие, как и хороший человек, имеет незапятнанную репутацию. Юридические решения, равно как и деловые, должны соответствовать этой репутации.

Например, компания, которая гордится своими научными исследованиями, не должна мешать инновациям конкурентов с помощью юридических уловок. Даже определенная позиция, занятая на переговорах о контрактах, может создать проблемы с вашими базовыми ценностями.

Так, издатель нью-йоркской газеты *Daily News* как-то потребовал, чтобы увольняемые сотрудники подписали соглашения об увольнении, обязуясь не порочить в прессе своего бывшего работодателя. Тем же, кто отказывался подписывать это соглашение, компания угрожала невыплатой выходного пособия. Многие компании могли бы не моргнув глазом выдвинуть аналогичные требования, но то, что такое требование выдвигала газета, обеспокоило многих представителей газетного бизнеса, включая тех, кто остался в ней работать. Когда эти требования стали достоянием гласности, газета отказалась от них [1]*.

* *Примечания на стр. 294.*

Поэтому напоследок я хотел бы предупредить: играйте жестко, играйте, чтобы победить, но играйте по правилам, которыми вы и ваша компания могли бы гордиться. Это требует несколько больших усилий и связано с несколько большим риском, но честная игра по-своему вознаграждается. Демонстрируя приверженность своим идеалам, вы получаете удовлетворение, добиваетесь уверенности и самоуважения. Не менее важно и то, что репутация честного человека обеспечивает доверие к вам. Люди будут стремиться работать с вами, а не против вас. А это – самое большое конкурентное преимущество.

[1] См. Jayson Blair. News Drops Nondisparagement Clause in Layoffs. //New York Times, May 16, 2001, p. B6. Газета New York Times не только рассказала об этом событии, но и сама вела себя аналогичным образом. Так, 16 мая 2001 года она признала, что некоторых ее сотрудников вынуждали подписывать такие требования при увольнении.