

Авдашева Светлана Борисовна,

avdash@hse.ru

Крючкова Полина Викторовна,

pkryuchkova@hse.ru

Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже: экономический анализ применения административного права в России¹

Применение различных отраслей административного права в России демонстрирует общий результат: издержки на проверку соблюдения растут, при этом законы соблюдаются все хуже. Объяснение этой закономерности кроется в специфике стимулов надзорных органов. Высокие издержки отказа от реагирования на жалобы – даже если их авторы откровенно злоупотребляют правом, – увеличивает число рассматриваемых надзорными органами дел, снижает ресурсы, выделенные на рассмотрение одного дела, и повышает вероятности ошибок правоприменения обоого рода – наказания невиновных и не-наказания виновных. Рост вероятностей ошибок разрушает стимулы к соблюдению установленных законодателем требований.

Ключевые слова: инфорсмент, административное право, ошибки контрольно-надзорных органов.

¹ Статья подготовлена в рамках проекта Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 г. Авторы искренне благодарят всех принимавших участие в обсуждении различных вариантов статьи. В их числе – Джозеф Гюз, Артем Карапетов, Антонио Никита, Вадим Новиков, Вадим Радаев, Маттео Риццолли, Лариса Тамилина.

Why the costs of control increase, and compliance becomes worse: an economic analysis of the enforcement of administrative law in Russia

Administrative law enforcement in Russia reaches two seemingly incompatible results: high (and increasing) cost of control and supervision and low (and seemingly decreasing) deterrence. These two results are explained by incentives of authorities responsible for control and supervision. For them is very costly to refuse considering complaints from market participants, many of them are law-abusing. Increasing number of complaints and investigations under given budget constraints of public authorities reduces budget dedicated for given investigation and increases probabilities of both type of enforcement errors (wrongful convictions and acquittals). Increase of the probabilities of enforcement errors in turn lowers deterrence.

Key words: enforcement, administrative law, errors of control and supervisory authorities.

Введение

Две беды российского административного права – высокие издержки правоприменения и масштабные нарушения установленных правил. Только контроль и надзор, правила которых регламентируются законом 294-ФЗ от 26.12.2008 «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», в 2011 г. включал более 3 млн. проверок, которым был подвергнут каждый восьмой предприниматель². Прямые затраты уполномоченных органов власти на проведение проверок составили 47 млрд. руб. Оценить затраты предпринимателей можно только с определенной условностью. Однако если предположить, что одна проверка отвлекает в компании двух сотрудников со средней заработной платой 60 тыс. руб. в месяц, зная, что общая продолжительность проверок составляла 12,5 млн. рабочих дней, можно получить консервативную оценку (в частности, без учета ЕСН) затрат подлежащих проверкам компаний на уровне 75 млрд. руб. Если считать, что эти 122 млрд. руб. потрачены в рамках приблизительно 15% всех проверок, общая сумма расходов на контроль и надзор на стороне государства и компаний должна составлять около 800 млрд. руб., что равно 1,5% созданного в 2011 г. российского ВВП. При таких значительных масштабах контроля и надзора уровень соблюдения установленных требований остается низким. По данным того же доклада, в 2011 г. почти 2/3 проведенных проверок выявили нарушения установленных требований.

² Здесь и далее обобщенные данные о масштабах контроля и надзора, регламентируемых 294-ФЗ, приводятся на основе доклада «Оценка масштабов контрольно-надзорной деятельности в 2011 г.», подготовленного Центром анализа деятельности органов исполнительной власти НИУ ВШЭ под руководством Плаксина С.М. в 2012 г. Согласно экспертным оценкам той же группы, статистика контроля и надзора, проанализированная в соответствующих докладах, охватывает не более 15% от общего масштаба контрольно-надзорной деятельности. См. также: Ковтун Е.В. (отв. редактор), Плаксин С.М., Кнутов А.В., Чаплинский А.В., Завьялова Л.Д., Соболев Д.В. Состояние системы государственного контроля в Российской Федерации. Аналитический доклад — 2011. — М.: МАКС Пресс, 2011.

Казалось бы, эти две проблемы несовместимы: если на контроль соблюдения законодательства тратятся значительные ресурсы, законы должны соблюдаться, безразличие к соблюдению законов должно было бы быть результатом «дешевой» системы контроля и надзора. Этот парадокс нуждается в объяснении.

Статья предлагает такое объяснение на основе интерпретации выбора, который делают участники системы применения административного права в России:

- органов, осуществляющих контроль и надзор;
- субъектов соблюдения установленных требований;
- лиц, фактически пострадавших в результате нарушения установленных требований;
- мнимых пострадавших, имитирующих ущерб для проведения проверок (возбуждения расследований) в отношении субъектов соблюдения установленных требований.

Наш анализ показывает, что действующая в России модель информента административного права, комбинирующая государственную форму с частными стимулами, управляющими правоприменением, неизбежно генерирует значительные масштабы проверок и расследований в сочетании с исключительно высокими вероятностями ошибок обоого рода (наказания невиновных – ошибок I рода и не-наказания виновных – ошибок II рода). Данная статья продолжает публикации авторов, посвященные разработке теории российской модели информента законодательства, регламентирующего деятельность компаний, и рекомендаций по реформированию системы правоприменения³.

³ См. Крючкова П.В., Авдашева С.Б. Государственный и частный информент законодательства при риске ошибок I рода: выбор для России. Журнал Новой экономической ассоциации, 2012, № 3 (15). С. 114—140.

Предлагаемый подход примыкает к направлению исследований воздействия правоприменительных органов на условия и результаты хозяйственной практики в России⁴. Особенность нашей работы – в том, что мы предлагаем теоретическое описание механизмов и стимулов, одновременно воздействующих на поведение всех сторон участников системы правоприменения. В отличие от многих других работ в этой области, мы концентрируем внимание на инфорсменте не уголовного, а административного законодательства. Другой особенностью подхода является то, что мы оставляем в стороне заведомое нарушение закона со стороны органов исполнительной власти, в том числе коррупцию, насилие, вымогательство. Цель состоит в том, чтобы показать, что созданные в системе надзорных органов стимулы приводят к снижению общественного благосостояния даже при абсолютно добросовестном поведении и высокой квалификации лиц, принимающих решения.

Ошибки инфорсмента, их последствия, причины и способы предотвращения

В рамках нашей концепции высокие масштабы и значительные издержки инфорсмента и одновременно низкий уровень соблюдения законодательства возникает благодаря ошибкам правоприменения. Для административного законодательства подразумеваются, как правило, *ошибки в установлении факта* в противоположность *ошибкам в установлении виновного*. В этом случае ошибка I рода подразумевает ошибочное признание практики нарушением закона, а ошибка II рода – пропуск в рамках контроля действий, которые фактически закон нарушают. Проблема ошибочного признания практики нарушением закона особенно остро встает при применении

⁴ См., например, Волков В.В., Панях Э.Л. Титаев К.Д. Произвольная активность правоохранительных органов в сфере борьбы с экономической преступностью. Анализ статистики. (Серия «Аналитические записки по проблемам правоприменения»), СПб: ИПП ЕУ СПб, 2010; Gans-Morse J. Threats to Property Rights in Russia: From Private Coercion to State Aggression. *Post-Soviet Affairs*, 2012, vol.28, No 3, pp. 263–295.

законодательства, включающего так называемые оценочные нормы. Самый яркий пример – антимонопольное законодательство или законодательство о деятельности розничных продовольственных сетей. Условия вертикальных соглашений об эксклюзивности⁵, разные цены для разных покупателей или поставщиков⁶, условия бонусных соглашений между поставщиками и розничными сетями⁷ могут повышать суммарное благосостояние, не ограничивать конкуренцию, и в то же время формально соответствовать признакам запрещенной практики. Подобная же ситуация складывается в применении законодательства о государственных закупках. Действия закупающего, нацеленные на обеспечение высокого качества и своевременности поставки, могут квалифицироваться как нарушения закона и ограничения конкуренции. Аналогичные типы ошибок I рода могут возникать в рамках применения административного законодательства во многих других сферах в форме слишком жесткой интерпретации действий субъекта в качестве нарушения закона, требующего жестких санкций. В ряде случаев сами ошибки I рода трактуются как наказание, слишком жесткое по отношению к тяжести допущенного нарушения.

Существует несколько подходов к объяснению того, какое воздействие оказывают ошибки I рода на благосостояние. Первое основание общеизвестного принципа *«Лучше оправдать десять виновных, чем обвинить одного невиновного»* связано с высокими общественными издержками ошибок для неверно обвиненного. Эта предпосылка верна, в

⁵ Дзагурова Н.Б., Авдашева С.Б. Современные теоретические подходы к анализу эксклюзивных соглашений и законодательные нормы их регулирования. Вопросы государственного и муниципального управления, 2010, № 1, с. 69—88; Авдашева С., Дзагурова Н. Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве. Вопросы экономики, 2010, № 5, с. 110-122; Дзагурова Н.Б. Неоднозначность торгового обмена между ошибками I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений. В: XII Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества. В 4 книгах. Книга 4. Москва: НИУ ВШЭ, 2012. С. 228—236.

⁶ Авдашева С.Б., Новиков В.В. Лиса и журавль: парадоксы дискриминации. Конкуренция и право, 2012, № 1, с.22-27.

⁷ Авдашева С.Б. О промежуточных итогах применения Закона о торговле. Лаборатория проблем конкуренции и конкурентной политики, Бюллетень, 2012, № 5. Интернет-адрес: http://www.lccp.econ.msu.ru/sadm_files/bulletins/LCCP_bulletin_5_2012.pdf.

первую очередь, для уголовных дел, применительно к административному праву эта проблема обсуждалась применительно к тем нарушениям, за которые возможно применение уголовных санкций⁸. Однако такое представление для административных санкций выглядит несколько надуманным. Сложно убедить себя в достаточном бремени страданий крупных участников рынка, на которых ошибочно возложен штраф, пусть даже и существенный. Второе объяснение вредоносности ошибок I рода связано с прямым запретом на благотворную практику. Традиционно бремя таких потерь рассматривалось как высокое для антимонопольного законодательства. Конкретные действия, которые могут рассматриваться как злоупотребление доминирующим положением или вертикальные соглашения, ограничивающие конкуренцию, как правило, одновременно сопровождаются положительными эффектами для благосостояния. Возможны разные комбинации: практика может приносить, может не приносить выигрышей благосостояния, приводить или не приводить к ограничению конкуренции. Безоговорочный запрет (который и является в данном случае ошибкой I рода) может блокировать действия, приносящие выигрыши благосостоянию. Вот почему антимонопольные запреты в этой части применяются на основании так называемого «правила взвешенного подхода»⁹. Третий подход к объяснению потерь от ошибок I рода обращается к воздействию ошибок на стимулы потенциального нарушителя. Вероятность быть обвиненным, не нарушив закон, снижает ожидаемые выигрыши от следования закону, а, следовательно, повышает сравнительные выигрыши от нарушения закона в известном неравенстве Беккера¹⁰. Тем самым ошибки I рода подрывают стимулы следовать закону. Этот вопрос в мировой литературе по экономике и праву долгое время являлся

⁸ Авдашева С., Шаститко А. Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства. Вопросы экономики, 2010, № 1, с.129-142.

⁹ Шаститко А.Е. Правило взвешенного подхода в контексте административной реформы и дерегулирования экономики. М., ТЕИС, 2005.

¹⁰ Becker G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy, 1968, vol. 76, No 2, pp. 169 – 217.

дискуссионным; статья Гарупы и Риццоли¹¹ на данный момент ставит в дискуссии точку, объясняя, при каких предпосылках ошибки I рода разрушают стимулы следования закону. Наконец, еще одна оригинальная концепция отрицательного воздействия ошибок I рода на благосостояние предложена Шаститко¹². Если перейти от анализа поведения обособленного потенциального нарушителя к анализу кооперативного взаимодействия, можно увидеть, что неоправданное наказание приводит к тому, что кооперация в равновесии перестает поддерживаться. Даже в том случае, когда участники хозяйственной жизни поддерживали бы сотрудничество, вероятность неоправданного наказания разрушает кооперативное равновесие.

Вне зависимости от теоретического объяснения источников потерь от ошибок I рода, при обсуждении конкретных законов ошибки I рода рассматриваются российским экспертным сообществом как главный источник отрицательных эффектов. До сих пор главным рецептом против *ошибочного установления факта нарушения* в российских экспертных дискуссиях являются предложения по изменению законодательства. Едва ли не центральное предложение – снижение как числа законодательных требований к участникам рынка, так и строгости наказания. В целом такой подход разделить невозможно – соблюдение законодательства не может быть обеспечено только исключением ошибочного обвинения, нелегальные действия, наносящие ущерб благосостоянию, требуют высоких ожидаемых санкций.

Вот почему источники ошибок инфорсменты являются не только важной теоретической проблемой – их понимание необходимо для выработки практических рекомендаций, нацеленных на повышение эффективности правовой системы. Главным источником необоснованного обвинения,

¹¹ Garoupa N., Rizzoli M. Wrongful Convictions Do Lower Deterrence. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2012, vol. 168, No 2, pp. 224-231.

¹² Шаститко А.Е. Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны-гаранта. Журнал Новой экономической ассоциации, 2010, № 2 (10), с.125-148.

безусловно, являются ограниченными познавательные способности применяющего закон. Сколько-то принятых решений всегда будут ошибочными. Важно понимать, почему в определенной правовой системе их больше или меньше. Общепринятый подход к объяснению вероятности ошибок связан со *стандартами доказательства*¹³. Высокие стандарты доказательства факта совершения нелегальных действия ограничивают число ложных обвинений; в то же время они должны приводить к значительному числу «пропуска событий» - когда противоречие действий закону слишком сложно доказать. Таким образом, повышение стандартов доказательства снижает вероятность ошибок I рода, при одновременном повышении вероятности ошибок II рода. В литературе по экономическому анализу права утвердилось представление о компромиссе между вероятностями ошибок обоого рода. Представленная нами теоретическая интерпретация российской системы правоприменения, напротив, предполагает, что механизм, повышающий вероятность ошибок I рода, в то же самое время повышает вероятность и ошибок II рода.

Второе объяснение ошибок связано со стимулами участников рынка, осуществляющих инфорсмент. Одна и та же практика может сопровождаться отрицательными индивидуальными эффектами, но повышать общественное благосостояние. Общеизвестный для экономистов пример – ценовая дискриминация. Ценовая дискриминация приводит к перераспределению выигрышей от покупателей с большей готовностью платить к покупателям с меньшей готовностью платить, и первая группа закономерно может чувствовать себя ущемленной. Если бы в пользу первой группы было возбуждено дело и принято решение, обвиняющее продавца, это было бы разновидностью ошибки I рода, известной как «избыточный инфорсмент» (overenforcement). С точки зрения общественного благосостояния индивидуальный истец не учитывал бы социальные эффекты применяемой

¹³ Rizzoli M., Saraceno M. Better that Ten Guilty Persons Escape; Punishment Costs Explain the Standards of Evidence. Public Choice, 2011.

практики. Эта проблема широко известна и изучена применительно к антимонопольному законодательству¹⁴. Взвешивание частных и общественных потерь и выигрышей может произвести, в общем случае, только представитель государства. Им может быть не только орган исполнительной власти, но и суд: именно судебные решения в качестве прецедентов предотвращают «избыточный инфорсмент» американского антимонопольного законодательства, например, практическое применение запретов, подобных запрету на ценовую дискриминацию со стороны крупных продавцов (введенному законом Клейтона почти сто лет назад). На практике «избыточный инфорсмент» в отношении некоторых типов законодательства сложно отделить от прямого злоупотребления правом. Даже на уровне операционных признаков отделить эти два типа действий может быть очень сложно. Например, МакАффи¹⁵ относит к злоупотреблению антимонопольным законодательством дела, при возбуждении которых истец рассчитывает не на компенсацию причиненного ему ущерба, а лишь на то, чтобы создать дополнительные издержки для обвиняемого и ухудшить его конкурентные позиции. Злоупотреблением антимонопольным законодательством признается использование его в качестве инструмента конкурентной борьбы. Нам такой подход кажется небесспорным. В его рамках почти любое обращение в российский антимонопольный орган должно признаваться злоупотреблением правом, поскольку на компенсацию ущерба рассчитывать сложно (успешные гражданские иски по факту ущерба, причиненного ограничениями конкуренции, в России существуют, но единичны), и во многих случаях единственное, чего хочет добиться инициатор дела – изменение поведения продавца. В то же время отнюдь не все жалобы выглядят как злоупотребление правом.

¹⁴ Rajabiun R. Private Enforcement and Judicial Discretion in the Evolution of Antitrust in the United States. *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, vol. 8, No 1, pp. 187-223.

¹⁵ McAfee R.P., Vakkur N. The Strategic Abuse of the Antitrust Laws. *Journal of Strategic Management Education*, 2005, vol.2.

Проблема злоупотребления правом активно обсуждалась применительно к американскому антимонопольному законодательству. Именно поэтому в США высказываются в том числе предложения по комбинированию частного инфорсmenta с государственным, с тем, чтобы последний компенсировал недостатки первого¹⁶. Отметим, что принципиальным условием предотвращения избыточного инфорсmenta как результата недооценки социальных эффектов практики является соответствие стимулов уполномоченного органа критерию общественного благосостояния. Один из результатов моделирования выбора органа конкурентной политики состоит в том, что если критерии оценки связаны с эффектами политики, то сложные правила (требующие применение взвешенного подхода) дают лучший результат, чем простые¹⁷. Однако этот вывод не справедлив, если орган конкурентной политики руководствуется в своей деятельности иными критериями.

В целом, экономический анализ права показывает, что контроль числа ошибок I рода является необходимым условием эффективного инфорсmenta. Решение этой задачи для конкретной сферы законодательства предполагает в качестве одного из условий, чтобы либо стимулы инициаторов возбуждения дел о нарушениях соответствовали критериям общественного благосостояния, либо в системе инфорсmenta присутствовали механизмы, компенсирующие расхождение индивидуальных интересов и общественного благосостояния.

¹⁶ McAfee R.P., Mialon H.M., Mialon S.H. Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis. *Journal of Public Economics*, 2008, vol. 92, No 10–11, pp. 1863–1875. На наш взгляд, практика применения антимонопольного законодательства США демонстрирует высокую роль судов в качестве представителя общественного интереса в противовес интересам индивидуальных истцов.

¹⁷ Katsoulacos Y., Ulph D. On Optimal Legal Standards for Competition Policy: a General Welfare-Based Analysis. *Journal of Industrial Economics*, 2009, vol.57, No 3, pp.410-443.

Применение административного права в России: государственная форма при индивидуальных стимулах инфорсmenta

Чтобы охарактеризовать национальную модель инфорсmenta в контексте сравнительного экономического анализа права, нужно показать её воздействие на стимулы потенциальных нарушителей. Для этого необходимо:

- Описать особенности разграничения легальной и нелегальной практики в действующих законах;
- Сравнить величину санкций за нарушения закона;
- Показать источники ошибок инфорсmenta – наказания невиновных и не-наказания виновных.

Безусловно, для каждой области законодательства эта задача должна решаться отдельно. Однако уже практически общепринятым в экспертном сообществе стало противопоставление содержания российского законодательства результатам его применения. Многие российские законы расцениваются экспертами, российскими и зарубежными, как вполне приемлемые, и не так существенно отличающиеся от зарубежных аналогов. Содержание запретов в законе «О защите конкуренции» в России в целом соответствует перечню запрещенных действий в европейском антимонопольном законодательстве (в меньшей степени – в американском). Общие требования закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» не противоречат стандартам требований к закупкам в мировой практике. Существуют законы, в меньшей степени гармонизированные с нормами, принятыми в мире – например, закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон о торговле). Однако и этот закон в части регламентации контрактных отношений между поставщиками и розничными продовольственными сетями имеет аналог – Стандарты практики поставок

продовольственными сетями (Groceries Supply Code of Practice) Великобритании¹⁸. Размер санкций в России отличается от зарубежных аналогов в большей степени, чем содержание законов. Однако только размером санкций невозможно объяснить настолько существенно отличающиеся результаты инфорсменты. В целом, российские участники рынка гораздо менее удовлетворены позитивными результатами применения закона, и, как правило, гораздо более озабочены отрицательными побочными эффектами. Объяснение этого особенностями инфорсменты – распространенный тезис в экспертном сообществе. Но вот на вопрос о том, чем именно отличается российская система инфорсменты норм, близких к зарубежным аналогам, единого ответа нет. Альтернативные объяснения – низкая квалификация, коррупция, конфликт интересов сотрудников органов контроля и надзора.

На наш взгляд, более существенна проблема искаженных стимулов даже вполне квалифицированных, добросовестных и не испытывающих давления конфликта интересов чиновников.

Два отличительных признака инфорсменты российского законодательства, который осуществляется в рамках контроля и надзора – очень большое число расследований и очень большое число расследований, возбужденных по жалобам фактически или мнимо пострадавших. Рассмотрим статистику только одного органа, осуществляющего контрольно-надзорные функции – Федеральной антимонопольной службы РФ. Масштабы деятельности количественно превосходят число дел, возбуждаемых любым другим органом конкурентной политики в мире. Обратимся к рейтингу инфорсменты 2012 года, предоставляемого Global Competition Review¹⁹. По состоянию на год, предшествующий составлению рейтинга, число сотрудников ФАС

¹⁸ Авдашева С.Б. Анатомия власти (рецензия на книгу Радаев В.В. Кому принадлежит власть на потребительских рынках. М. НИУ ВШЭ, 2011). Российский журнал менеджмента, 2011, т. 9, No 4, с. 115—128.

¹⁹ Rating Enforcement 2012. Global Competition Review, 2012.

России составляло 3079. Для сравнения – число сотрудников двух органов конкурентной политики США (Federal Trade Commission и Antitrust Division, Department of Justice) составляло 1043 и 721 человек, число сотрудников органа конкурентной политики Австралии (известного широким кругом полномочий и значительной активностью) 915 человек. В Европейской комиссии вопросами применения антимонопольного законодательства занимались 749 человек. Однако самые поразительные цифры – число открытых и завершенных дел по факту злоупотребления доминирующим положением. В 2011 г. ФАС было открыто 3197 расследований и завершено 3199, в то время как для остальных органов конкурентной политики в мире максимальное число подобных дел – 106 (Ирландия). Для сравнения, Европейская комиссия открыла 54 дела, орган конкурентной политики Австралии – 21. Особенность дел по факту злоупотребления доминированием - практика, считаемая незаконной, может состоять как в ограничении конкуренции, так и в причинении ущерба конкретному контрагенту. Вот почему число дел по факту злоупотребления доминированием в большей степени отражает активность органа конкурентной политики, связанную с индивидуальными выигрышами, в отличие от общественного благосостояния. Напротив, расследования против картелей скорее продиктованы интересами общественного благосостояния. Но именно по этому направлению ФАС выделяется меньшей активностью, даже в соответствии с формальными критериями рейтинга. Объем наложенных на участников картелей штрафов (56,8 млн. Евро) в два раза ниже, чем аналогичный показатель в Великобритании и Италии (97,2 и 95 млн.), в три раза ниже, чем в Турции (152 млн.), в четыре – чем в Испании и Германии (245 и 200 млн.), в пять раз по сравнению с Японией (296 млн.), в семь по сравнению с Францией и США (420 и 413 млн.), и в одиннадцать раз ниже по сравнению с Европейской комиссией (614 млн.).

Что лежит в основе возбуждаемых дел? ФАС России не ведет статистику о роли жалоб в возбуждении дел по закону «О защите конкуренции». Но если обратиться к другим законам, надзор за исполнением которых осуществляет та же служба, мы увидим решающую роль индивидуальных интересов (то есть обращений и жалоб) в формировании структуры расследований. Например, по данным отчетов о государственном контроле за размещением госзаказа²⁰, в 2011 г. в ФАС поступило почти 38 тыс. жалоб, из них большая часть были рассмотрены по существу, хотя обоснованными признаны лишь около четверти. В том же 2011 г. было проведено почти 36,5 тыс. внеплановых проверок размещения госзаказа. Обоснованным будет предположение о том, что значительное число внеплановых проверок проведено именно на основании жалоб. Масштабы и жалоб, и проверок со временем только растут: если во 2 кв. 2007 г. в ФАС России поступило 2,7 тыс. жалоб на действия поставщиков, то в 3 кв. 2012 г. – 12,2 тыс. жалоб. При этом доля обоснованных жалоб среди рассмотренных по существу снизилась с 60 до 40%. Тенденция нарастания жалоб после принятия новых требований к продовольственным сетям в Законе о торговле зафиксирована В.Радаевым, при том, что лишь каждая шестая-седьмая жалоба признается обоснованной²¹.

Соотношение обращений и проверок, проведенных на основе обращений, в разных контрольно-надзорных органах существенно различается. Формально среди проверок, подлежащих регламентации в соответствии с 294-ФЗ²² на основании обращений граждан осуществляется лишь около 5% на федеральном уровне, хотя уже 39% на региональном уровне. Однако даже в том случае, когда вклад обращений граждан в общую статистику проводимых проверок скромн, давление со стороны жалоб на деятельность

²⁰ Интернет-адреса размещения отчетов: http://www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/?cur_cc=162&ct%5B2%5D=1&text_search=&curPos=10

²¹ Радаев В. Кто выиграл от принятия Закона о торговле. Вопросы государственного и муниципального управления, 2012, № 2, с.33-59.

²² Плаксин С.М. и др. Оценка масштабов контрольно-надзорной деятельности в 2011 г. М., НИУ ВШЭ, 2012.

органов исполнительной власти неуклонно растет. Иллюстрация – данные о деятельности Роструда. За десять лет с 2001 по 2011 г. число жалоб и обращений в государственные инспекции труда выросло более чем в пять раз, с 51 тыс. до 267 тыс.²³ Хотя число внеплановых проверок, проведенных по жалобам и обращениям, в структуре внеплановых проверок составляло всего 26,1% (40,6 тыс. из 120,5 тыс.)²⁴.

Именно эти закономерности объясняет изложенная в следующем параграфе теоретическая концепция контрольно-надзорной деятельности как механизма информента российского административного права.

Стимулы участников применения административного права

Предполагая, что вначале нарушитель делает выбор – совершать или не совершать нарушение, затем пострадавший (фактически или мнимо) делает выбор – жаловаться или не жаловаться, затем чиновник делает выбор – рассматривать дело или нет, мы должны анализировать стимулы их действий в обратном порядке – от чиновников к пострадавшим, а затем к нарушителям.

Выбор чиновников: в ожидании встречи с Дракулой

Чиновник ведет себя честно и добросовестно, эффекты коррупции, захвата регулятора и даже отлынивания мы оставляем вне рассмотрения. В то же бюджет чиновника фиксирован. В этом случае доля ошибок обоого рода в принятых решениях зависит от двух величин – от числа рассматриваемых дел, и от структуры рассматриваемых дел. Чем больше число рассматриваемых дел, тем чаще делаются ошибки обоого рода. Чем выше доля дел, возбужденных по жалобе мнимых пострадавших, тем выше число ошибок I рода.

²³ Доклад об осуществлении и эффективности в 2011 г. федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. Федеральная служба по труду и занятости, 2012, с. 54. Интернет-адрес: <http://www.rostrud.ru/activities/28/doklad/>

²⁴ Там же, с. 38.

Действия пострадавших необходимо рассматривать как важнейший фактор, формирующий условия выбора чиновников, поскольку в административные регламенты российских органов исполнительной власти входит обязанность рассматривать каждую поступившую жалобу. Соответственно, чиновника не могут наказать ни за необнаруженные нарушения закона (ошибки II рода в инициативных делах), ни за наказание невиновных (ошибки I рода), но могут наказать за отказ от проведения проверки на основе жалобы – обычно неважно, обоснована эта жалоба или нет.

Может показаться, что такое представление выбора чиновников утрировано по сравнению с реальной жизнью. Однако практика российского правоприменения полностью соответствует этой модели. В январе 2012 г. суд Центрального района г. Воронежа вынес решение, признающим незаконным отказ сотрудников Воронежского УФАС от ответа на письмо, подписанное *Vladislav Marianus Drakula*²⁵, в котором обращавшийся требовал провести проверку назначения цен на детское питание и разработать программу развития конкуренции на этом рынке. При всей курьезности этой истории, из неё можно сделать один важный вывод: издержки обращения в уполномоченный орган исполнительной власти ничтожно низки, действующая система защищает права заявителей, фактически возлагая на орган исполнительной власти обязанность реагировать на каждую поступившую жалобу. В этих условиях деятельность вполне добросовестного чиновника и органа исполнительной власти может быть легко парализована. В терминах предлагаемой нами теоретической конструкции это означает, что в системе инфорсmenta отсутствуют ограничения на число расследований, которые обязан возбуждать уполномоченный орган.

²⁵ Из выступления Попова В.Г. (заместитель руководителя Воронежского УФАС России) на II Межрегиональной научно-практической конференции «Актуальные вопросы применения законодательства Российской Федерации о рекламе. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика» 26-27 сентября 2012 г. Изложение того же самого дела в воронежском интернет-издании «Моё!», Интернет-адрес: <http://newspaper.moe-online.ru/view/237362.html>

Что не менее важно – в стимулах уполномоченных органов отсутствуют механизмы, заставляющие учитывать эффекты принимаемых решений для общественного благосостояния. Такого рода требования не применяются даже в отношении антимонопольного органа²⁶ – где мировая практика однозначно предполагает необходимость оценки изменения общественного благосостояния и для слияний, и для значительной части вертикальных соглашений, и для некоторых типов злоупотребления доминированием. Для антимонопольного законодательства это создает отдельный источник ошибок I рода. Напомним, что многие типы действий могут быть сочтены незаконными, если не использовать метод взвешенного подхода и не учитывать воздействие практики на суммарные выигрыши всех групп.

Подводя итог, в отношении уполномоченных органов мы можем обоснованно предполагать, что рост числа жалоб приводит к сокращению ресурсов, выделенных на расследование одного нарушения, и соответственно – к числу вероятности ошибок I и II рода. Вероятность ошибки должна положительно зависеть от числа жалоб для всех отраслей права, где подобная ошибка в принципе возможна. Повышение вероятности ошибок с ростом числа жалоб будет тем выше, чем более сложна практика, которая является предметом проверок.

Выбор фактически пострадавших: бесплатное прекращение нарушения вместо прозрачной компенсации ущерба

Пострадавший выбирает – подавать жалобу в уполномоченный орган или нет. Оставляя за пределами анализа возможность использовать гражданское законодательство – механизмы частных исков, - для предотвращения или компенсации ущерба²⁷, для пострадавшего решение о жалобе оправдано, если ожидаемый выигрыш от эффекта жалобы превосходит издержки на её

²⁶ Сушкевич А. Г. Ex post оценка эффектов решений антимонопольного органа как часть административной процедуры. *Экономическая политика*, 2012, № 1, с. 159-171.

²⁷ Крючкова П.В., Авдашева С.Б. Государственный и частный информент законодательства при риске ошибок I рода: выбор для России. *Журнал Новой экономической ассоциации*, 2012, № 3 (15). С. 114—140.

подачу. Издержки на подачу жалобы в уполномоченный орган невелики. Ожидаемый выигрыш может достигать значительных величин именно в силу действия правила, согласно которому чиновник обязан рассмотреть все поступающие жалобы, и наказывается только за невозбуждение дела по обоснованной жалобе. При этом возникает разновидность проблемы коллективных действий. Каждый жалобщик принимает решение о подаче жалобы только исходя из вероятности принятия мер к конкретному нарушителю по факту конкретного нарушения. Эффект воздействия числа поданных жалоб на ресурсы чиновника, предназначенные для расследования и вынесения решения, как следствие – на ошибки правоприменения и на эффект сдерживания нарушений во внимание не принимается. Поэтому даже индивидуально рациональные действия фактически пострадавших могут не содействовать, а препятствовать сдерживанию, если только ошибки при проведении расследований возможны в принципе.

Альтернативой жалобе в уполномоченный орган могло бы стать возбуждение частного иска в расчете на компенсацию причиненного вреда. В масштабах системы информента это могло бы существенно снизить нагрузку на уполномоченные органы и вероятности их ошибок. Однако привлекательность этой альтернативы ограничена неразвитыми стандартами определения величины ущерба, подлежащего компенсации – неоправданным ограничением величины материального вреда и низкой компенсацией морального вреда.

Выбор мнимо пострадавших: повышение издержек конкурентов

Полезность этой категории жалобщиков положительно зависит от дополнительных издержек потенциальных нарушителей (объектов жалоб), а следовательно – от вероятности ошибок I рода в решениях уполномоченных органов. Важнейшим фактором, стимулирующим мнимо пострадавших к подаче жалобы, является величина санкций, которые могут быть наложены на обвиненных. В качестве санкции могут выступать как собственно штрафы,

так и влияние решений уполномоченных органов на хозяйственную деятельность обвиненных. Штрафы за нарушение закона о закупках могут быть и относительно невысокими, но отмена решения об отборе поставщиков может сопровождаться длительной задержкой осуществления инвестиционного проекта. Аналогично, при небольших штрафах за нарушение Закона о торговле предписание о приведении практики в соответствии с требованиями Закона может приводить к серьезным потерям. Наконец, введение оборотных штрафов и развитие практики обременительных предписаний за нарушения Закона о конкуренции прямо провоцирует мнимо пострадавших на подачу жалоб.

Уполномоченный орган не может разграничить жалобы со стороны фактических и мнимо пострадавших и на основании обеих групп жалоб производит идентичные действия: проводит расследование и выносит решения. Даже при относительно низкой вероятности ошибок I рода для мнимо пострадавших подача жалобы становится выгодной.

Выбор потенциальных нарушителей

Потенциальный нарушитель выбирает между законными и незаконными действиями в зависимости от ожидаемых выигрышей. При данной величине санкций и затратам на контроль ожидаемые выигрыши от законных действий снижаются благодаря ошибкам I рода, напротив, благодаря ошибкам II рода растут ожидаемые выигрыши от действий незаконных.

Соответственно, выбор в пользу нарушения может быть сделан не только тогда, когда собственно нарушение закона приносит большой дополнительный выигрыш, перевешивая ожидаемые санкции, но и тогда, когда слишком высока вероятность наказания при законном поведении – благодаря тому, что жалобщики заинтересованы подавать жалобы, а чиновник заинтересован по каждой полученной жалобе проводить проверку и при малейших подозрениях возбуждать по факту жалобы дело о нарушении законодательства.

Результаты системы государственного контроля и надзора: сравнительная статика

В описанной модели взаимодействия между фактически и мнимо пострадавшими, фактическими и мнимыми нарушителями, и уполномоченным контрольно-надзорным органом возможно равновесие *при нулевом уровне сдерживания правонарушений*.

В соответствии с логикой SPNE, фактические и мнимые пострадавшие будут продолжать направлять жалобы в уполномоченный орган исполнительной власти до тех пор, пока ожидаемые санкции достаточны для того, чтобы повлиять на поведение и на экономическое положение объекта жалобы. Однако при этом все объекты жалобы вполне могут быть невиновными в нарушении законодательства.

На стороне уполномоченного органа исполнительной власти может быть равновесием переход на возбуждение дел исключительно по жалобам пострадавших – явных или мнимых. Если в структуре стимулов вес экономического эффекта нарушения, предотвращения нарушения или устранения нарушения законодательства невелик, органы исполнительной власти могут в принципе не проводить инициативных проверок и не возбуждать инициативных дел.

В свою очередь, если среди общего числа жалоб доля жалоб на невиновных достаточно высока, а доля проводимых по собственной инициативе проверок/ возбуждаемых по собственной инициативе дел на стороне уполномоченного органа достаточно низка, среди вынесенных решений высокую долю будут занимать ошибки I рода – обвинение невиновных. Однако число ошибок II рода также будет велико – благодаря отказу уполномоченного органа от инициативного возбуждения дел и переходу на модель «работы по жалобам».

Результатом действия подобного механизма будет отсутствие сдерживания на стороне нарушителя – в силу высокой вероятности ошибок как I, так и II рода.

Отсутствие сдерживания не будет означать отсутствие «спроса на право»: потенциальные пострадавшие будут продолжать жаловаться не потому, что они несут ущерб, а потому, что они видят в жалобе возможность воздействия на экономическое положение объекта жалобы. Отсутствие сдерживания может сочетаться со значительными расходами как уполномоченных органов на контроль и надзор, так и объектов контроля на подготовку и проведение проверок. При отсутствии сдерживания эти расходы на стороне участников рынка должны рассматриваться как механическое повышение их затрат, снижающее как общественное благосостояние в пределах внутреннего рынка, так и сравнительную конкурентоспособность российских компаний на мировых рынках.

Примечательно, что в рамках этой модели эффекты тех изменений, которые в рамках традиционных представлений об экономике права рассматриваются как позитивные. Большинство сфер административного права в России предполагают незначительную ответственность. По результатам проверки и обнаружения нарушений органами исполнительной власти в 2011 г. средний размер штрафов составлял 75 тыс. руб. на юридическое лицо, 14 тыс. руб. на индивидуального предпринимателя²⁸. Очевидно, даже при отсутствии ошибок I рода и при невысокой доле ошибок II рода такие санкции могут предотвратить только малозначительные нарушения. Но повышение размера санкций в рамках описанной модели взаимодействия уполномоченного органа и пострадавших оказывает совершенно неожиданный эффект. Растет число жалоб от мнимых пострадавших, структура деятельности уполномоченного органа смещается в сторону реакции на жалобы, и в

²⁸ Плаксин С.М. и др. Оценка масштабов контрольно-надзорной деятельности в 2011 г. М., НИУ ВШЭ, 2012.

результате можно ожидать не повышения, а напротив, снижения эффекта сдерживания. На наш взгляд, иллюстрацией этого эффекта является развитие применения российского антимонопольного законодательства.

Необходимые направления реформы применения административного права

Для каждой сферы российского административного права можно сформулировать отдельные рекомендации по совершенствованию его применения. Однако универсальными направлениями совершенствования системы административного права являются:

- Устранение требований обязательного реагирования органа исполнительной власти на каждую поступившую жалобу. Распространение соответствующих изменений на мотивацию сотрудников органов исполнительной власти позволило бы не только ограничить число возбуждаемых дел, но и изменить их структуру в пользу действий по искам реально пострадавших;
- Переход от количественных критериев оценки деятельности органа исполнительной власти и его сотрудников (число проведенных проверок, обнаруженных нарушений, вынесенных штрафов и др.) к оценке деятельности на основе эффектов инфорсmenta. Самые неточные оценки эффектов инфорсmenta предпочтительнее полного отсутствия оценок, более того, неточность количественных оценок может быть компенсирована результатами их экспертного обсуждения и оспаривания – в то время как полное отсутствие количественных оценок не может быть компенсировано ничем. Только на основе количественных оценок возможно квалифицированное сопоставление изменения выигрышей всех групп, задействованных тем или иным потенциальным нарушением, и предотвращение ошибок I рода в результате недооценки социальных эффектов;

- Создание более широких возможностей для применения норм гражданского права в качестве замены административному праву в тех сферах, где пострадавшие обладают достаточными возможностями и стимулами защищать свои права в рамках судебных процедур. Повышение привлекательности частных исков о возмещении ущерба может быть достигнуто относительно незначительными изменениями действующих норм – в том числе изменением стандартов расчета подлежащего возмещению ущерба. Еще больший эффект могло бы иметь введение возможностей карательных стандартов возмещения ущерба (кратных доказанной величине ущерба);

В том же случае, если указанные рекомендации не будут реализованы, введение новых требований к участникам рынка, а также высоких стандартов санкций чревато резким повышением дополнительных затрат участников рынка при отсутствии выгоды для сдерживания.