

Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже:

экономический анализ применения административного права в России*

С.Б. АВДАШЕВА, доктор экономических наук. E-mail: avdash@hse.ru **П.В. КРЮЧКОВА**, доктор экономических наук, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва. E-mail: pkryuchkova@hse.ru

Рост издержек на проверку соблюдения законов в России при все худшем их соблюдении можно объяснить спецификой стимулов надзорных органов. Высокие издержки отказа от реагирования на жалобы, даже если их авторы откровенно злоупотребляют правом, увеличивают число рассматриваемых надзорными органами дел и повышают вероятности ошибок – как наказания невиновных, так и ухода от ответственности виновных. Это разрушает стимулы к соблюдению установленных законодателем требований. *Ключевые слова:* инфорсмент, административное право, ошибки контрольно-надзорных органов

Две беды российского административного права – высокие издержки правоприменения и масштабные нарушения установленных правил. Только в рамках контроля и надзора, который регламентируется 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. было проведено более 3 млн проверок, которым был подвергнут каждый восьмой предприниматель¹. Прямые затраты уполномоченных органов на проведение контроля составили 47 млрд руб.

* 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 – Дж. Гюз, А. Карапетов, А. Никита, В. Новиков, В. Радаев, М. Риццолли, Л. Тамилина.

¹ Здесь и далее обобщенные данные о масштабах контроля и надзора приводятся на основе доклада «Оценка масштабов контрольно-надзорной деятельности в 2011 г.», подготовленного Центром анализа деятельности органов исполнительной власти НИУ ВШЭ под руководством С.М. Плаксына в 2012 г. По экспертным оценкам, статистика 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., Соболь Д.В.* Состояние системы государственного контроля в Российской Федерации. Аналит. доклад – М.: МАКС Пресс. – 2011.

Оценить затраты предпринимателей можно только условно. Если предположить, что одна проверка отвлекает в компании двух сотрудников со средней заработной платой 60 тыс. руб. в месяц, и зная, что общая продолжительность проверок составляла 12,5 млн рабочих дней, можно получить оценку затрат на уровне 75 млрд руб. Если считать, что эти 122 млрд руб. потрачены примерно на 15% всех проверок, общая сумма 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.

Казалось бы, эти две проблемы несовместимы: если на контроль 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.

В статье мы показываем, что действующая в России модель инфорсмента административного права неизбежно генерирует значительные масштабы проверок и расследований в сочетании с исключительно высокими вероятностями ошибок. Мы оставляем в стороне заведомое нарушение закона со стороны органов исполнительной власти, в том числе коррупцию, насилие, вымогательство. И делаем вывод, 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

Высокие издержки инфорсмента и одновременно низкий уровень соблюдения законодательства возникают из-за ошибок правоприменения. Для административного законодательства обычно подразумеваются *ошибки в установлении факта* в противоположность *ошибкам в установлении виновного*. В этом случае ошибка I рода – это ошибочное признание практики нарушения закона, а ошибка II рода – пропуск контролем действий, которые фактически закон нарушают.

Самый яркий пример ошибок I рода – антимонопольное законодательство или законодательство о деятельности

розничных продовольственных сетей. Условия вертикальных соглашений об эксклюзивности², разные цены для разных покупателей или поставщиков³, условия бонусных соглашений между поставщиками и розничными сетями⁴ могут повышать суммарное благосостояние, не ограничивать конкуренцию и в то же время формально соответствовать признакам запрещенной практики.

Подобная ситуация складывается и в применении законодательства о государственных закупках. Действия закупающего, нацеленные на обеспечение высокого качества и своевременности поставки, могут квалифицироваться как нарушение закона и ограничение конкуренции. Аналогичные типы ошибок I рода могут возникать в применении административного законодательства во многих других сферах при слишком жесткой интерпретации действий субъекта в качестве нарушения закона.

Существует несколько подходов к объяснению воздействия ошибок I рода на благосостояние. Первый – общеизвестный принцип «Лучше оправдать десять виновных, чем обвинить одного невиновного» – связан с высокими общественными издержками ошибок для неверно обвиненного. Эта предпосылка верна, в первую очередь, для уголовных дел, применительно к административному праву эта проблема обсуждалась касательно тех нарушений, за которые возможно применение уголовных санкций⁵. Однако сложно убедить себя

² *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.Б., Дзагурова Н.Б.* Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве // Вопросы экономики. – 2010. – № 5. – С. 110–122; *Дзагурова Н.Б.* Неоднозначность торга между ошибками I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений / XII Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества. Кн. 4. – М.: НИУ ВШЭ, 2012. – С. 228–236.

³ *Авдашева С.Б., Новиков В.В.* Лиса и журавль: парадоксы дискриминации // Конкуренция и право. – 2012. – № 1. – С. 22–27.

⁴ *Авдашева С.Б.* О промежуточных итогах применения Закона о торговле / Лаборатория проблем конкуренции и конкурентной политики. Бюллетень. – 2012. – № 5. URL: http://www.lccp.econ.msu.ru/sadm_files/bulletins/LCCP_bulletin_5_2012.pdf.

⁵ *Авдашева С., Шаститко А.* Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства. // Вопросы экономики. – 2010. – № 1. – С. 129–142.

в достаточном бремени страданий крупных участников рынка, на которых ошибочно возложен штраф, пусть даже и существенный.

Второе объяснение связано с прямым запретом на благотворную практику. 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 «правила взвешенного подхода»⁶.

Третий подход обращается к воздействию ошибок на стимулы потенциального нарушителя. Вероятность быть обвиненным, не нарушив закон, снижает ожидаемые выигрыши от следования закону и повышает сравнительные выигрыши от нарушения закона в известном неравенстве Беккера⁷. Тем самым ошибки I рода подрывают стимулы следовать закону.⁸ Анализ кооперативного взаимодействия показывает, что даже в том случае, когда участники хозяйственной жизни поддерживали бы сотрудничество, вероятность неоправданного наказания разрушает кооперативное равновесие⁹.

До сих пор главным рецептом против ошибочного установления факта нарушения в российских экспертных дискуссиях являются предложения изменить законодательство, снизить как число законодательных требований к участникам

⁶ *Шаститко А.Е.* Правило взвешенного подхода в контексте административной реформы и дерегулирования экономики. – М.: ТЕИС, 2005.

⁷ *Becker G. S.* Crime and Punishment: An Economic Approach // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169 – 217.

⁸ Объяснения, при каких предпосылках ошибки I рода разрушают стимулы следования закону, даны в: *Garoupa N., Rizzoli M.* Wrongful Convictions Do Lower Deterrence // Journal of Institutional and Theoretical Economics. – 2012. – Vol. 168. – № 2. – P. 224–231.

⁹ *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.

рынка, так и строгость наказания. Но соблюдение законодательства не может быть обеспечено только исключением ошибочного обвинения. Нелегальные действия, наносящие ущерб благосостоянию, требуют высоких ожидаемых санкций. Вот почему понимание источников ошибок инфорсменту необходимо для выработки практических рекомендаций, нацеленных на повышение эффективности правовой системы.

Общепринятый подход к объяснению вероятности ошибок связан со *стандартами доказательства*¹⁰. Высокие стандарты доказательства факта совершения нелегальных действий ограничивают число ложных обвинений, но значительное число нарушений может быть пропущено, поскольку противоречие действий закону слишком сложно доказать. Таким образом, повышение стандартов доказательства снижает вероятность ошибок I рода, при одновременном повышении вероятности 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. Например, ценовая дискриминация приводит к перераспределению выигрышей от покупателей с большей готовностью платить к покупателям с меньшей готовностью, и первые могут чувствовать себя ущемленными. Если бы в пользу первых было возбуждено дело и принято решение, обвиняющее продавца, это было бы разновидностью ошибки I рода (избыточный инфорсмент – *overenforcement*).

На практике «избыточный инфорсмент» в отношении некоторых типов законодательства сложно отделить от прямого злоупотребления правом. Например, *МакАффи*¹¹ относит к злоупотреблению антимонопольным законодательством дела, при возбуждении которых истец рассчитывает не на компенсацию причиненного ему ущерба, а на создание дополнительных издержек для обвиняемого и ухудшение его конкурентных позиций. Злоупотреблением антимонопольным законодательством признается использование его в качестве

¹⁰ *Rizzoli M., Saraceno M.* Better that Ten Guilty Persons Escape. Punishment Costs Explain the Standards of Evidence. Public Choice, 2011.

¹¹ *McAfee R.P., Vakkur N.* The Strategic Abuse of the Antitrust Laws // Journal of Strategic Management Education. – 2005. – Vol. 2.

инструмента конкурентной борьбы. Но при таком подходе почти любое обращение в российский антимонопольный орган должно признаваться злоупотреблением правом, поскольку на компенсацию ущерба рассчитывать сложно (успешные гражданские иски в России хотя и существуют, но их слишком мало), и во многих случаях единственное, чего хочет добиться инициатор дела, – изменение поведения продавца. В то же время не все жалобы выглядят как злоупотребление правом.

Эта проблема активно обсуждалась применительно к американскому антимонопольному законодательству. В США высказываются предложения по комбинированию частного инфорсмента с государственным, чтобы последний компенсировал недостатки первого¹². Отметим, что принципиальным условием предотвращения избыточного инфорсмента как результата недооценки социальных эффектов практики является соответствие стимулов уполномоченного органа критерию максимизации общественного благосостояния.

В целом экономический анализ права показывает, что контроль числа ошибок I рода является необходимым условием

эффективного инфорсмент. Для конкретной сферы законодательства это достигается в случае соответствия стимулов инициаторов возбуждения дел о нарушениях критериям роста общественного благосостояния либо присутствием в системе инфорсмент механизмов, компенсирующих расхождение индивидуальных и общественных интересов.

Применение административного права в России: государственная форма при индивидуальных стимулах

Чтобы охарактеризовать российскую модель инфорсмент 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 инфорсмент.

¹² McAfee R.P., Mialon H.M., Mialon S.H. Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis // Journal of Public Economics. – 2008. – Vol. 92. – №10–11. – P. 1863–1875.

Практически общепринятым в экспертном сообществе стало противопоставление содержания российского законодательства результатам его применения. Многие наши законы расцениваются российскими и зарубежными экспертами как вполне приемлемые и несущественно отличающиеся от зарубежных аналогов. Например, 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 и законы, в меньшей степени гармонизированные с нормами, принятыми в мире, например, закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (Закон о торговле). Однако и этот закон в части регламентации контрактных отношений между поставщиками и розничными продовольственными сетями имеет аналог – Стандарты практики поставок продовольственным сетям (Groceries Supply Code of Practice) Великобритании¹³.

Размер санкций в России отличается от зарубежных аналогов в большей степени, чем содержание законов. Однако только размером санкций невозможно объяснить столь существенно отличающиеся результаты. Российские участники рынка гораздо менее удовлетворены позитивными результатами применения закона и гораздо более озабочены отрицательными побочными эффектами. Объяснение этого особенностями инфорсмент – распространенный тезис в экспертном сообществе. Но чем именно отличается российская система применения норм, близких к зарубежным аналогам, не столь очевидно. Альтернативные объяснения – низкая квалификация, коррупция, конфликт интересов сотрудников органов контроля и надзора. На наш взгляд, наиболее существенной является проблема несовершенства стимулов даже у вполне квалифицированных, добросовестных и не испытывающих давления конфликта интересов чиновников.

¹³ Авадшва 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, № 4. – С. 115–128.

Отличительный признак инфорсмент российского законодательства, который осуществляется в рамках контроля и надзора, – очень большое число расследований, в том числе возбужденных по жалобам фактически или мнимо пострадавших.

Рассмотрим статистику только Федеральной антимонопольной службы РФ. Масштабы ее деятельности количественно превосходят число дел, возбуждаемых любым другим органом конкурентной политики в мире. В 2011 г. число сотрудников ФАС России составляло 3079. Для сравнения – число сотрудников двух органов конкурентной политики США (Federal Trade Commission и Antitrust Division, Department of Justice) – 1043 и 721 человек, а органа конкурентной политики Австралии (известного широким кругом полномочий и значительной активностью) – 915 человек. В Европейской комиссии вопросами применения антимонопольного законодательства занимались 749 человек¹⁴.

Однако самые поразительные цифры – число открытых и завершенных дел по факту злоупотребления доминирующим положением. В 2011 г. ФАС было открыто 3197 расследований, максимальное число подобных дел остальных органов конкурентной политики в мире – 106 (Ирландия). 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 таких дел в большей степени отражает активность органа конкурентной политики, связанную с индивидуальными выигрышами. Расследования же против картелей скорее продиктованы интересами общественного благосостояния. Но именно по этому направлению ФАС отличается меньшей активностью. Объем наложенных на участников картелей штрафов (56,8 млн евро) – в 2 раза ниже, чем аналогичные показатели в Великобритании и Италии (97,2 и 95 млн евро), в 3 раза, чем в Турции (152 млн евро), в 4 – чем в Испании и Германии (245 и 200 млн евро),

¹⁴ Rating Enforcement 2012 / Global Competition Review. – 2012.

в 5 раз по сравнению с Японией (296 млн евро), в 7 – с Францией и США (420 и 413 млн евро), и в 11 раз ниже по сравнению с Европейской комиссией (614 млн евро).

Что лежит в основе возбуждаемых дел? ФАС России не ведет статистику роли жалоб при возбуждении дел по закону «О защите конкуренции». Но информация по другим законам, надзор за исполнением которых осуществляет та же служба, говорит о решающей роли индивидуальных интересов (обращений и жалоб) в формировании структуры расследований. Например, по данным отчетов о государственном контроле за размещением госзаказа¹⁵, в 2011 г. в ФАС поступило почти 38 тыс. жалоб, из них большинство были рассмотрены по существу, хотя обоснованными признаны лишь около четверти. В том же 2011 г. состоялось почти 36,5 тыс. внеплановых проверок размещения госзаказа. Можно предположить, что многие из них проведены именно на основании жалоб.

Масштабы и жалоб, и проверок растут: если во II кв. 2007 г. в ФАС России поступило 2,7 тыс. жалоб на действия поставщиков, то в III кв. 2012 г. – 12,2 тыс. 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 этом лишь каждая 6–7-я жалоба признается обоснованной¹⁶.

Соотношение количества обращений и проверок, проведенных на основе обращений, в разных контрольно-надзорных органах существенно различается. Формально проверок на основании обращений граждан, подлежащих регламентации в соответствии с ФЗ № 294¹⁷, осуществляется лишь около 5% на федеральном уровне, а на региональном уровне – уже 39%. Однако даже когда вклад обращений граждан в общую статистику проводимых проверок скромнен, давление со стороны жалоб на деятельность органов исполнительной власти неуклонно растет. Иллюстрация – данные о деятельности Роструда.

¹⁵ URL: www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/?cur_cc=162&ct%5B2%5D-1&text_search-&curPos=10

¹⁶ Радаев В. Кто выиграл от принятия Закона о торговле // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2012. – № 2. – С. 33–59.

¹⁷ Плаксин С.М. и др. Оценка масштабов контрольно-надзорной деятельности в 2011 г. – М.: НИУ ВШЭ. – 2012.

С 2001 г. по 2011 г. число жалоб и обращений в государственные инспекции труда выросло более чем в 5 раз, с 51 тыс. до 267 тыс.¹⁸ Хотя число внеплановых проверок, проведенных по жалобам и обращениям, в структуре внеплановых проверок составляло всего 26,1% (40,6 тыс. из 120,5 тыс.)¹⁹.

Стимулы участников применения административного права

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

Выбор чиновников: в ожидании встречи с Дракулой

Предположим, что чиновник ведет себя честно и добросовестно, возможности коррупции, отлынивания от дел мы оставляем вне рассмотрения. Бюджет чиновника фиксирован. В этом случае доля ошибок обоого рода в принятых решениях зависит от числа рассматриваемых дел и их структуры. Чем больше число рассматриваемых дел, тем чаще делаются ошибки обоого рода. Чем выше доля дел, возбужденных по жалобе мнимых пострадавших, тем больше ошибок I рода.

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. Чиновника не могут наказать за наказание невинных (ошибки I рода), но это может произойти при отказе от проведения проверки на основе жалобы (неважно, обоснованна эта жалоба или нет).

Практика российского правоприменения полностью соответствует этой модели. В январе 2012 г. суд Центрального

¹⁸ 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. URL: <http://www.rostrud.ru/activities/28/doklad/>

¹⁹ Там же. – С. 38.

района г. Воронежа вынес решение, признающее незаконным отказ сотрудников Воронежского УФАС от ответа на письмо, подписанное *Vladislav Marianus Drakula*²⁰, в котором обращающийся требовал провести проверку назначения цен на детское питание и разработать программу развития конкуренции на этом рынке. При всей курьезности этой истории из неё вытекает 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 системе инфор-смена отсутствуют ограничения на число расследований, которые обязан возбуждать уполномоченный орган.

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 органа²¹, хотя мировая практика однозначно предполагает необходимость оценки изменения общественного благосостояния и для слияний, и для значительной части вертикальных соглашений, и для некоторых типов злоупотребления доминированием.

Таким образом, рост числа жалоб приводит к сокращению ресурсов, выделенных на расследование одного нарушения, и к росту вероятности ошибок I и II рода. Вероятность ошибки должна положительно зависеть от числа жалоб для всех отраслей права, где подобная ошибка в принципе возможна.

Выбор фактически пострадавших: бесплатное прекращение нарушения вместо призрачной компенсации ущерба

Пострадавший выбирает – подавать жалобу в уполномоченный орган или нет. Решение о жалобе оправданно, если ожидаемый выигрыш от жалобы превосходит издержки на её подачу. Издержки невелики, а выигрыш может быть значительным

²⁰ Выступление В.Г. Попова, зам. руководителя Воронежского УФАС РФ, 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. URL: <http://newspaper.moe-online.ru/view/237362.html>

²¹ Сушкевич А. Г. Ex post оценка эффектов решений антимонопольного органа как часть административной процедуры // Экономическая политика. – 2012. – № 1. – С. 159–171.

именно потому, что 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, а как следствие – на ошибки правоприменения и на сдерживание нарушений, во внимание не принимается. Поэтому даже индивидуально рациональные действия фактически пострадавших могут не содействовать, а препятствовать сдерживанию нарушений.

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

Выбор мнимо пострадавших: повышение издержек конкурентов

Важным фактором, стимулирующим мнимо пострадавших к подаче жалобы, является величина санкций, которые могут быть наложены на обвиненных (штрафы и влияние решений уполномоченных органов на хозяйственную деятельность). Штрафы за нарушение закона о закупках могут быть относительно невысокими, но отмена решения об отборе поставщиков может сопровождаться длительной задержкой осуществления инвестиционного проекта. А введение оборотных штрафов и развитие практики обременительных предписаний за нарушения Закона о конкуренции прямо провоцируют мнимо пострадавших на подачу жалоб.

Уполномоченный орган не может разграничить жалобы со стороны фактически и мнимо пострадавших и на основании обеих групп жалоб производит идентичные действия: расследует и выносит решения. Даже при 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 заданной величине санкций и затрат на контроль ожидаемые выигрыши от законных действий снижаются из-за ошибок I рода; напротив, из-за ошибок II рода растут ожидаемые выигрыши от действий незаконных.

Выбор в пользу нарушения может быть сделан не только тогда, когда оно приносит большой дополнительный выигрыш, перевешивая ожидаемые санкции, но и когда слишком высока вероятность наказания при законном поведении – поскольку жалобщики заинтересованы подавать жалобы, а чиновник заинтересован по каждой из них проводить проверку и при малейших подозрениях возбуждать дело о нарушении законодательства.

Результаты системы государственного контроля и надзора

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*.

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 оказаться невиновными в нарушении законодательства.

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

В свою очередь, если среди общего числа доля жалоб на невиновных достаточно высока, а доля проводимых по

собственной инициативе проверок на стороне уполномоченного органа достаточно низка, среди вынесенных решений большую часть будут занимать ошибки I рода – обвинение невиновных. Однако число ошибок II рода также будет велико – из-за отказа уполномоченного органа от инициативного возбуждения дел и перехода на модель «работы по жалобам».

Результатом будет отсутствие сдерживания на стороне нарушителя – из-за высокой вероятности ошибок как I, так и II рода. 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, так и объектов контроля на подготовку и проведение проверок. 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.

В этой модели эффекты тех изменений, которые в рамках традиционных представлений об экономике права рассматриваются как позитивные, оказываются отрицательными. Большинство сфер административного права в России предполагает незначительную ответственность. По результатам проверок в 2011 г. средний размер штрафов составлял 75 тыс. руб. на юридическое лицо, 14 тыс. руб. – на индивидуального предпринимателя²². 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 результате можно ожидать не повышения, а снижения эффекта сдерживания нарушений.

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

Направления реформы применения административного права

Для каждой сферы российского административного права можно сформулировать отдельные рекомендации по совершенствованию его применения. Однако существуют следующие универсальные направления.

- Устранение требований обязательного реагирования органа исполнительной власти на каждую поступившую жалобу. Это позволит 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 на основе эффектов информсента. 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 больших возможностей для применения норм гражданского права в качестве замены административному в тех сферах, где пострадавшие обладают достаточными возможностями и стимулами защищать свои права. Повышение привлекательности частных исков о возмещении ущерба может быть достигнуто относительно нерадикальными изменениями действующих норм – в том числе стандартов расчета подлежащего возмещению ущерба. Еще больший эффект могло бы дать введение возможности карательных стандартов возмещения ущерба (кратных доказанной его величине).

Если же указанные рекомендации не будут реализованы, введение новых требований к участникам рынка и высоких стандартов санкций чревато резким повышением дополнительных затрат участников рынка при отсутствии выигрышей для сдерживания нарушений.