

ПРЕДПОЛАГАЕМОЕ ПРАВОНАРУШЕНИЕ: ВРЕМЯ ОБЪЯВЛЕНИЯ ИМЕЕТ ЗНАЧЕНИЕ

АВДАШЕВА С.Б., ШАСТИТКО А.Е.

*Авторы выражают благодарность принимавшим участие в обсуждении предварительных версий доклада Г.В.Калягину, П.В.Крючковой, А.Н.Варламовой, В.Н.Дианову, В.В.Новикову и многим другим

СРЕДИ ПРЕДПОЛАГАЕМЫХ ИЗМЕНЕНИЙ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА (ЗИМА 2014-2015)

«Определение о возбуждении дела должно содержать:

- основания, послужившие поводом к возбуждению дела;
- описание выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства, доказательств, фактических и иных обстоятельств, которые свидетельствуют об их наличии...»

Этих изменений юридическое сообщество долго добивается и приветствует.

Почему?

НАБЛЮДЕНИЯ...

- Обвиненные в нарушении АМЗ компании по-разному ведут себя в рамках административного расследования и в суде
- Пассивное поведение в ответ на запросы ФАС России в рамках административного расследования сменяется лихорадочной активностью при подготовке аргументации для судов.

ОТНОСИТЕЛЬНО ПОЗДНИЙ ВЫБОР ПРЕДМЕТА ОБВИНЕНИЯ

- Отвечая на первый информационный запрос антимонопольного органа, компания не знает, в чем предполагаемое нарушение, и очень часто – не уверена в этом до вынесения решения
- Знание дает стимулы представления свидетельств (особенно учитывая возможность применения «взвешенного подхода» по ст. 13)
- Но стимулы сдерживаются тем, что обвинение может быть переквалифицировано
 - Иногда даже материалы решений ФАС содержат следы этого подхода. Согласованные действия Эльдорадо, Медиа-Маркт, Ашан, Берингов пролив (2011);
 - Чаще можно догадываться по последовательности информационных запросов: от [предполагаемого] обвинения в дискриминации к обвинению в монопольно высокой цене
 - Об этом совершенно точно свидетельствуют стратегии специализированных юристов-консультантов
- При переквалификации обвинения свидетельства в твою пользу и против тебя меняются местами

ПЛАН ПРЕЗЕНТАЦИИ

- Правовая неопределенность и выбор объема представляемых свидетельств: обзор литературы
- Модель выбора объема представляемых свидетельств в административном расследовании
- Обсуждение результатов модели

ОЦЕНКА РОЛИ ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ СВЯЗАНА С ЕЁ ПОНИМАНИЕМ

- Ошибки правоприменения I и II рода [Garoupa, Rizzolli, 2012; Gravelle, Garoupa, 2002; Polinsky, Shavell, 2000; Rizzolli, Saraceno, 2011; Rizzolli, Stanca, 2012]
- Дискреция в определении величины санкций («внутри вилки») и жесткости предписаний
- Оценка регулятором конкретной бизнес- практики в рамках правила взвешенного подхода (Katsoulacos, Ulph, 2012)
- Наш подход: поздняя формулировка обвинения в расследуемом правонарушении

СТРАТЕГИЧЕСКОЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СТОРОН В ПРЕДСТАВЛЕНИИ СВИДЕТЕЛЬСТВ

- В основном для взаимодействия истца и ответчика в гражданских спорах в системе общего права
- Tullock (1975): споры истца и ответчика эквивалентны аукциону первой цены с одновременным представлением заявок
- Значительная часть дискуссии - вокруг потерь общества от дублирования издержек на представление свидетельств в состязательной (в противоположность дознавательной) судебной системе [Tullock, 1988; Posner, 1988]

ЧАСТО ПРИМЕНЯЮЩИЙСЯ ПОДХОД

- См., например, Wärneryd, 2012
- Истец (P), ответчик (D)
- Исход дела зависит *исключительно от объема представленных свидетельств*
- Издержки «производства свидетельств» различаются для P, D в пропорции, отражающей распределение бремени доказательств

ПРЕДПОСЫЛКИ МОДЕЛИ

- Нет противопоставления вины и невиновности.
- Не ставится вопрос о правовых ошибках.
- Издержки представления аргументации несут и сторона обвинения, и сторона защиты.
- Процедурная свобода в выборе предмета обвинения (рассматриваемая как плюс дознавательной системы, см. Parisi, 2002)
 - в начале взаимодействия обвинитель формулирует предложение подозреваемой компании представлять свидетельства в свою пользу (= информационный запрос антимонопольного органа).
 - решение о составе обвинения принимается после представления стороной защиты всех аргументов в свою пользу.
 - после выбора типа нарушения сторона обвинения представляет имеющиеся у неё аргументы, после чего выносится решение.
- Задача контрольно-надзорного органа- вынесение решения о нарушении с наименьшими издержками.

ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНОСТЬ ДЕЙСТВИЙ

- Обвинитель предоставляет обвиняемому (подозреваемому?) возможность предоставить аргументы
- Обвиняемый выбирает объем предоставляемых аргументов с соответствующими затратами C
- Обвинитель выбирает объем затрат на контраргументацию [издержки «единицы аргументации» одинаковы]
- ... и в некоторых модификациях – направление обвинения
- Решение зависит от объема затрат на аргументацию (обвиняемый) и контраргументацию (обвинитель)

РАВНОВЕСИЯ

- Равновесие: положительные затраты на представление аргументов несут либо обвиняемый, либо обвинитель
- Зависит от:
 - соотношения резервной полезности сторон и затрат на аргументацию/контраргументацию
 - соотношения затрат на аргументацию и контраргументацию
- Обвиняемый предоставляет аргументацию, если при затратах на аргументацию, превышающих резервную полезность обвинения, его чистый выигрыш неотрицателен

СЛУЧАЙ ЕДИНСТВЕННОГО ОБВИНЕНИЯ

$$G_D = \begin{cases} A - B, & \text{если свидетельства предоставляются} \\ 0 & \text{в ином случае} \end{cases}$$

G_D – выигрыш обвиняемого, если решение принимается в его пользу

A – резервная полезность обвиняемого

B – резервная полезность обвинения (как средневзвешенная индивидуального выигрыша и выигрыша «третьих лиц»)

Равновесие: обвиняемый предоставляет аргументацию, если $A \geq B$, не предоставляет в ином случае

Затраты обвиняемого на контраргументацию «незначительно выше» в обоих случаях

СЛУЧАЙ ПОЗДНЕГО ВЫБОРА ОБВИНЕНИЕМ СОСТАВА ПРАВОНАРУШЕНИЯ

$$G_D = \begin{cases} A - nB, & \text{если свидетельства предоставляются} \\ 0 & \text{в ином случае} \end{cases}$$

n – число возможных вариантов обвинений

Равновесие: обвиняемый предоставляет аргументацию, если $A > nB$, не предоставляет в ином случае

Затраты обвиняемого на контраргументацию незначительно выше nB в обоих случаях

СЛУЧАЙ ПОЗДНЕГО ВЫБОРА КВАЛИФИКАЦИИ ОБВИНЕНИЯ С ЗАИМСТВОВАНИЕМ АРГУМЕНТАЦИИ

$$C_P = C_i - \alpha C_D$$

$$C_i \geq \frac{B}{[1 - \alpha(n - 1)]}$$

$$G_D = \begin{cases} A - \frac{nB}{[1 - \alpha(n - 1)]}, & \text{если свидетельства предоставляются} \\ 0 & \text{в ином случае} \end{cases}$$

$$A \geq \frac{nB}{[1 - \alpha(n - 1)]}$$

СРАВНИТЕЛЬНАЯ СТАТИКА

- Обвиняемая компания отказывается от представления свидетельств в свою пользу, если:
 - Контрольно-надзорный орган достаточно высоко оценивает ценность выигрыша
 - Контрольно-надзорный орган может произвольно выбирать направления обвинения в ходе расследования
 - Контрольно-надзорный орган может заимствовать свидетельства, представленные защитой, для формулирования альтернативного обвинения.

ВЫВОД №1

- Момент появления достоверной информации о сути обвинения имеет большое значение как с точки зрения реализации основополагающих принципов функционирования правовой системы – права на защиту, - так и с точки зрения создания адекватных стимулов к предоставлению защитой аргументации в свою пользу.
- Эти две точки зрения смыкаются, если включать в право на защиту право защищать себя с затратами, не выше необходимого уровня.

ВЫВОД №2

- Незащищенность процессуальных прав ведет к росту правовой неопределенности и повышению издержек для компаний – объектов применения норм законодательства
- Снижается число участников антимонопольных процессов, готовых всерьез представлять и обсуждать экономические аргументы в рамках административного разбирательства.
- Снижается среднее качество экономического анализа на стороне компании
- Но снижается и среднее качество экономического анализа на стороне контрольно-надзорного органа

ВЫВОД №3

- **Нарушение права на защиту законных интересов – источник ослабления сдерживающего потенциала любого законодательства, административное – не исключение.**
- **Ограничение этого права проявляется в снижении объема информации, которой располагает контрольно-надзорный орган при вынесении своих решений.**



СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ!

AVDASH@HSE.RU

XVI АПРЕЛЬСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ ПО ПРОБЛЕМАМ ЭКОНОМИКИ И ОБЩЕСТВА, НИУ ВШЭ,
09 АПРЕЛЯ 2015