

Плюсы и минусы коллективных исков и частной литигации [на примере закона «О защите конкуренции»]: взгляд экономиста

Предупреждение: Не будучи специалистом по практике применения других законов, в своих тезисах автор ограничивается только проблемами применения антимонопольного законодательства. Можно предполагать, что многие из перечисленных ниже проблем и закономерностей относятся и к другим сферам, регулируемым административным правом. Главная особенность антимонопольного законодательства – объективная сложность определения нарушения, и объективно значительное число ошибок правоприменения (включая и ошибочные обвинения – ошибки первого рода, и ошибочные оправдания – ошибки второго рода).

◆ *Цели и задачи введения специальных законодательных стимулов к интенсификации частноправовой защиты гражданских прав в коллективном формате*

На нормативном уровне (исходя из того, что все участники рынка ведут себя не-оппортунистически) механизм коллективных исков позволяет решить две задачи – задачу повышения эффекта предотвращения (превенции) и задачу обеспечения более справедливой компенсации.

При этом механизм достижения обеих задач один – это решение так называемой проблемы *коллективных действий*. Существо проблемы состоит в том, что ожидаемые выигрыши в виде компенсации (технически – произведение суммы компенсации на вероятность выиграть) превышают затраты на финансирование литигации (в широком смысле – включая затраты на сбор доказательств, на представление доказательств в суде, собственно судебные издержки и т.д.) *для группы истцов в целом, но не для каждого из них по отдельности*. Как следствие, для каждого отдельного, принимающего решение независимо истца становится выгодным уклонение от несения издержек. В итоге никто издержки на себя не берет, справедливое возмещение не присуждается (соответственно, недостаточно решается задача компенсации), сумма санкций на нарушителя снижается (соответственно, снижается эффект предотвращения). Возможность любого участника из группы пострадавших представлять всю группу в целом и претендовать на всю сумму возмещения (с последующим распределением между участниками группы) позволяет решить проблему коллективных действий.

Но следует отметить, что такое представление исходит из предпосылки о том, что *в решениях, которые являются основой для определения вины и присуждения ущерба, не делается ошибок первого рода* (нет ложных обвинений, неоправданного завышения

тяжести вины, завышения суммы причиненного ущерба). Соответственно, отсутствуют возможности «оппортунистических» исков – когда истец прекрасно осознает, что нарушения законодательства не было, но тем не менее предъявляет иск о возмещении [якобы причиненного] ущерба. Альтернативный вариант условия эффективности коллективных исков (собственно, как и любых исков о возмещении ущерба, здесь специфики групповых исков нет) – достаточно высокие судебные издержки при положительной вероятности присуждения компенсации в отсутствие правонарушения. Однако экономический смысл этой предпосылки такой же – у «оппортунистического» истца (группы истцов) ожидаемые выигрыши от подачи иска должны быть ниже издержек на литигацию.

Огрубляя, можно сказать, что эта логика в целом применима для судебной процедуры определения правонарушения и суммы ущерба, при отсутствии заинтересованности судьи в вынесении решения в пользу той или иной стороны. Для антимонопольного законодательства это соответствует модели правоприменения США, когда дело о нарушении решается в суде.

В то же время применение антимонопольного законодательства в системе административного права со стороны органа, осуществляющего контрольно-надзорные функции, вносит в описанную идеальную модель ряд неприятных обстоятельств:

1. Контрольно-надзорный орган объективно больше судьи заинтересован в том, чтобы найти нарушение, коль скоро он уже начал расследование. Возникает *первый* механизм, увеличивающий вероятность ошибочного обвинения.
2. Основанием для начала расследования контрольно-надзорным органом может служить жалоба пострадавшего. Соответственно, совокупные издержки литигации (в экономическом смысле – сбор доказательств финансирует не пострадавший, а государственный бюджет) снижаются, и при данном ожидаемом выигрыше стимулы пострадавшего [пострадавшего на самом деле, или «оппортунистического» пострадавшего] подавать жалобу в антимонопольный орган оказываются *выше*, чем были бы его стимулы в системе частного инфорсменты (где все издержки – твои). Этот эффект не повышает вероятности ошибочного обвинения только в том случае, если эта вероятность не зависит от масштаба деятельности антимонопольного органа. Если же при 100 расследованиях в год вероятность ошибочного обвинения выше, чем при 10 (что логично для экономиста), дополнительные жалобы создают *второй* механизм, увеличивающий вероятность ошибочного обвинения.
3. Возможность мирового соглашения с пострадавшими [фактическими или «оппортунистическими»] – settlement. Если такая возможность существует, а при этом затраты на доказательство фактической невиновности высоки, у невиновной компании возникают стимулы буквально к самоговору. Но перспектива достижения мирового соглашения *вне зависимости от вины обвиняемого* будет повышать вероятность получения компенсации всеми пострадавшими, и если объективно ошибочные обвинения возможны – создавать *третий* механизм, увеличивающий вероятность ошибочного обвинения.

Описанные проблемы (перечень не исчерпывающий) требуют комментариев. Первый состоит в том, что они относятся отнюдь не только к России, а к любой комбинации административной процедуры определения вины и возможности последующего (follow up) взыскания убытков. Второй – в том, что они относятся не только к коллективным искам о возмещении убытков, но к любым частным искам о возмещении убытков. Вспоминать эти проблемы при обсуждении вопроса о коллективных исках заставляет именно то – с чего начинаются мои тезисы, – что система коллективных исков стимулирует частные иски при наличии нескольких пострадавших.

Дополнительно к этому применение антимонопольного законодательства России демонстрирует ряд неприятных процедурных особенностей, способных существенно усугубить негативные последствия усиления стимулов к компенсации убытков, в том числе (перечень не исчерпывающий):

1. Структура стимулов антимонопольных органов, заставляющая не отказываться от возбуждения расследований при получении жалобы. Здесь играют роль по крайней мере два обстоятельства. Первое – действие законодательства о работе с обращениями граждан, предусматривающее санкции за «неоправданное бездействие». Второе – традиция определять ресурсы контрольно-надзорного органа, исходя из масштаба его деятельности («здесь мерилом работы считают усталость» - ©Наутилус Помпилиус). Первое обстоятельство делает для отдельного чиновника опасным отказываться от расследования. Второе делает для контрольно-надзорного органа в целом выгодным увеличивать число расследований.
2. Недостаточная – по сравнению с практикой Европейской комиссии, – защита прав обвиняемого. В начале официального расследования обвиняемый может не знать, в чем именно его обвиняют (например, в пределах ст. 10 закона «О защите конкуренции»). При рассмотрении дела комиссией ФАС России отсутствуют процедурные правила анализа доказательств, представленных обвиняемой стороной.

Указанные обстоятельства сами по себе повышают вероятность ошибочных обвинений, а при повышении возможностей частной компенсации ущерба – *повышают вероятность возникновения отрицательных последствий расширения практики частной компенсации, в том числе и благодаря введению института групповых исков.*

Однако следует заметить, что приведенная аргументация относится к категории *нормативного*, а не *позитивного* анализа. На позитивном уровне расширение возможностей компенсации частного ущерба может весьма несущественно повысить стимулы к оппортунистическим искам в российской антимонопольной практике. Причина тому – наличие у оппортунистического истца дополнительного стимула, а именно – увеличить совокупные издержки ответчика. Совокупные издержки ответчика, помимо суммы присужденной компенсации, включают *все его затраты* – штрафы, наложенные ФАС, издержки от соблюдения поведенческих предписаний (например, торговой практики), повышение последующих затрат на подтверждение соблюдения антимонопольного законодательства и т.д. Широкие полномочия российского антимонопольного органа совершенно достаточны для жалоб, представляющих собой greenmail, даже без возможностей взыскания денежной компенсации ущерба.

Из изложенного следует два вывода для политики. Первый – расширение возможностей компенсации частного ущерба при прочих равных условиях может и не повысить ни эффекта предотвращения, ни эффекта справедливой компенсации. Реальные шансы на положительный эффект законодательной новации возникнут в том случае, если будут существенно скорректированы процедуры применения антимонопольного законодательства в системе административного права. Второй – дополнительно шансы на положительный эффект будут повышены в том случае, если предлагаемая реформа позволит четко разделить действия истцов (жалобщиков) в рамках частно-правового и публично-правового механизмов защиты своих интересов.

◆ *Отличие института группового производства от классического для российского процессуального права процессуального соучастия на стороне истца*

Принципиальное для экономиста различие состоит в том, что система процессуального соучастия не позволяет решить проблему коллективных действий таким образом, как это позволяет институт группового производства – когда *один* берет на себя инициативу представлять интересы всей группы.

◆ *Нужно ли легализовывать «гонорары успеха» для услуг по судебному представительству?*

«Гонорары успеха» стимулируют частные иски о денежном возмещении ущерба, делая подачу иска привлекательным для истца, отрицательно относящегося к риску, при нейтральности к риску юриста. Идея состоит в следующем. Пусть вероятности присуждения компенсации и отказа в присуждении компенсации одинаковы (1/2). Пусть в случае выигрыша дела истец платит судебному представителю 100, а в случае проигрыша 0. Ожидаемые расходы для него – 50, и если бы он относился к риску нейтрально (и при этом правильно оценивал вероятность получения компенсации), для него было бы все равно – платить 100 в случае успеха иска и не платить в случае неудачи или платить 50 вне зависимости от исхода. Однако значительная часть истцов относится к риску отрицательно (оставим за рамками объяснение – почему; для простоты можно думать об истцах с низкими доходами, хотя теоретически это не вполне корректно). Если судебный представитель относится к риску нейтрально (а у него оснований для этого больше, чем у истца, в том числе потому, что судебный представитель диверсифицирует риск, ведя несколько дел), то система с «гонорарами успеха» может привести к иску о возмещении ущерба в том случае, когда при почасовой оплате иск бы не подавался. Таким образом «гонорары успеха» расширяют перспективы исков о взыскании ущерба. Для коллективных исков «гонорары успеха» являются дополнительным инструментом решения проблемы коллективных действий, поскольку инициатива и издержки единственного пострадавшего переносятся на его судебного представителя.

Вот почему общее правило состоит в том, что во всех случаях, когда расширение возможностей для частных исков повышает эффект предотвращения и/ или позволяет лучше реализовать право на справедливую компенсацию, «гонорары успеха» оправданы. Напротив, в тех случаях, когда расширение возможностей частных исков не имеет положительных эффектов, при наличии отрицательных побочных, «гонорары успеха» также нежелательны.

◆ *Объем взыскиваемых убытков: карательные или потенциальные убытки*

Мое мнение состоит в том, что для антимонопольного законодательства выбор должен быть сделан в пользу первого принципа (карательные убытки). Это больше соответствует тому, что значительная часть ущерба, которую несут жертвы ограничения конкуренции – это упущенная выгода, которая, возможно [приношу извинения за вероятную правовую безграмотность], и будет трактоваться как убыток потенциальный. Предположим, соглашение о ценах и раздел рынка приводят к повышению цены на 40% по сравнению с доступным при [несовершенной] конкуренции. Ущерб пострадавших – выше, чем соответствующая доля (29%) от уплаченной ими цены, выше в силу действия закона спроса (было бы дешевле – покупатели приобрели бы больше). Но потенциальный ущерб в данном случае превысит «фактически доказанный» ненамного – на несколько процентов. Увеличение же суммы компенсации на несколько процентов не окажет серьезного воздействия на эффект предотвращения. Для достижения эффекта предотвращения, в соответствии с принципом Беккера [в рамках частного применения законодательства] ожидаемые санкции должны превышать выигрыш от нарушения. В случае несовершенной системы раскрытия и доказательства вины необходимы именно карательные санкции. При этом исследования международных картелей показывают, что даже при наличии карательных санкций общая сумма уплаченных штрафов очень часто (как правило) оказывается ниже дополнительной прибыли от картельного соглашения.