

Суждение вслепую



Вадим НОВИКОВ,
старший научный сотрудник
РАНХиГС при Президенте РФ

Для российских судей, которым небезразлично, как часто оспариваются и отменяются их решения по антимонопольным делам, исследование на тему «Не слишком ли сложны антимонопольные дела для судей-генералистов»¹, дает интересную информацию: их американские коллеги, которые обучались основам экономики, на треть реже сталкиваются с апелляцией и почти в три раза реже с отменой их решений, чем судьи без такой подготовки.

Экономисты Майкл Бейи и Джошуа Райт, в недавнем прошлом работавшие в Федеральной комиссии по торговле США на должностях, соответственно, директора Экономического бюро и советника по исследованиям главы ведомства, получили этот вывод, рассмотрев несколько факторов, способных влиять на частоту апелляций и отмен судебных решений по антимонопольным делам. Среди таких факторов – образование судей, предшествующий опыт антимонопольных разбирательств и наличие базовой экономической подготовки.

Оказалось, что опытные в антимонопольных делах судьи показывают себя ничем не лучше новичков. Возможно, что не дает преимущества и наличие высшего образования и научной степени. Однако экономическая подготовка судей имеет несомненное значение. Решения судей

¹ *Baye M.R., Wright J.D. Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals // Journal of Law and Economics (готовится к публикации).* Статья доступна по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319888

без подготовки оспариваются в 36% случаев, тогда как у судей с подготовкой этот показатель равен 23%. При этом, решения судей без подготовки отменяются в 24% случаев апелляции, а у получивших подготовку судей – только в 14% случаев.

В этой связи авторы заключают, что не стоит связывать надежду на повышение качества антимонопольных решений американских судов с ростом специализации судей и созданием особых антимонопольных трибуналов: практический опыт судьи в антимонопольных делах оказался плохой заменой экономической подготовке. Поэтому именно последняя должна стать ответом на проблему удручающего качества решений: только 24% экономистов-антимонопольщиков, которых опросила Американская ассоциация юристов, считает, что судьи «как правило» понимают экономическую суть дел, и 29% думают, что судьи делают это «часто»², а согласно другому исследованию экономисты считают ошибочными не менее 40% антимонопольных решений судов³.

Из исследования Майкла Бейи и Джошуа Райта также следует, что значение экономической подготовки судей ограничено лишь легкими делами. В сложных антимонопольных делах, где привлекаются серьезные экономические и статистические свидетельства, судьи с базовой подготовкой демонстрируют ничуть не лучшие показатели, чем судьи без подготовки. Можно сказать, что в плане экономического существа дела, решения по таким делам принимаются «вслепую»: базовая подготовка не поможет разрешить научный спор, тем более что по многим вопросам нет согласия и между признанными экспертами.

Если не предполагать, что в России дела обстоят лучше (а никаких свидетельств этому не видно), добросовестный судья, которому предстоит разрешить сложное дело, сталкивается с проблемой. Он должен оценить доказательства «по своему внутреннему убеждению», однако то же самое «внутреннее убеждение» должно ему подсказать, что он не может быть убежден в своих выводах. Такой судья попадает в положение человека, которому про себя известно, что он не может отличить красный от зеленого, и от которого требуют «по внутреннему убеждению» определить цвет шарика: о каком «убеждении» тут может идти речь?

Майкл Бейи и Джошуа Райт не дают решения этой проблемы, замечая лишь, что повышение качества правоприменения по сложным делам может потребовать «более резких институциональных перемен», чем только лишь рост экономической грамотности судей. Однако судья, дожидаящийся тех самых «институциональных перемен», может найти некоторые подсказки в других источниках.

Во-первых, для минимизации ошибок следует проводить предварительную оценку достоверности и относимости доказательств: в частности, удостовериться, что теории, на которые опираются стороны, надежны и прошли научную апробацию в реферируемых журналах, что предпосылки этих теорий применимы к рассматриваемым фактам и что эти теории относятся к широко преобладающим, а не являются предметом неразрешенного научного спора между основными школами в антимонопольном правоприменении – гарвардской, чикагской и пост-чикагской⁴. Эта оценка не возлагает на судью чрезмерного бремени: определить, что находится за пределами общепринятого в экономической теории, намного легче, чем выбрать наилучшее объяснение из в принципе приемлемых, и во многих случаях уже этой оценки может оказаться достаточно.

² Baker J.B., Morse M.H. Final Report of the American Bar Association Antitrust Division Economic Evidence Task Force. 2006. Доклад доступен по адресу: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/report_01_c_ii.authcheckdam.pdf

³ Rubin P.H. What Do Economists Think About Antitrust?: A Random Walk down Pennsylvania Avenue // The Causes and Consequences of Antitrust. The Public Choice Perspective / F.S. McChesney, W.M. Shughart II (eds.) Chicago; L.: The University of Chicago Press, 1995).

⁴ Butler H.N., Xue Z. From Easterbrook to Daubert: Mimimizing Judicial Error in Antitrust Law. Presentation and National School of Development. 2009. Статья доступна по адресу: <http://en.nsd.edu.cn/en/userfiles/Other/2010-05/2010052017024261362281.pdf>

Авторы заключают, что не стоит связывать надежду на повышение качества антимонопольных решений американских судов с ростом специализации судей и созданием особых антимонопольных трибуналов: практический опыт судьи в антимонопольных делах оказался плохой заменой экономической подготовке.

Разумеется, наряду с исключением из аргументации сторон противоречивых или не относящихся к делу теорий необходимо избегать и специфической российской опасности – принятия выводов без достаточного экономического обоснования. Российские экономисты С. Авдашева и А. Шашитко в недавнем исследовании⁵ показали, что даже обязательные для сотрудников ФАС стандарты доказывания, которые предусмотрены в принятом в 2006 г. службой «Порядке проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» соблюдаются далеко не в полной мере, что было бы невозможно при более требовательной позиции судов. Не менее опасно и то, что многие арбитражные суды стали толковать появившееся в принятой в 2010 г. новой версии Порядка положение об отсутствии необходимости в ряде случаев «анализа состояния конкуренции» в смысле этого Порядка как свидетельство того, что нет необходимости в анализе рынка как таковом. Между тем, обоснование нарушения закона зачастую требует такого анализа, пусть и не обязательно совпадающего с предусмотренным Порядком⁶.

⁵ Авдашева С., Шашитко А. Экономический анализ в делах о нарушении закона «О защите конкуренции» // Вопросы экономики. 2011. № 2.

⁶ Описание такого анализа на примере дел о согласованных действиях, в отношении которых Порядок 2010 г. не является обязательным, см.: Новиков В. Стал бы он оборачиваться? // Конкуренция и право. 2011. № 3.

Во-вторых, судья может полагаться на общую оценку вероятности событий⁷. Если известно, что в коробке 90 из 100 шариков красные, то дальтонику следует на любой шарик из коробки говорить «красный», а не пытаться полагаться на свои глаза. В этом случае он правильно определит цвет в 90% случаев, а не только лишь в 50%⁸. По той же логике, учитывая, что для компаний с малой суммарной долей рынка сговор почти никогда не рационален и они почти никогда в него не вступают, судье при малой доле рыночной доле ответчиков по сложному делу будет более обоснованно предполагать отсутствие сговора между ними (если, конечно, он не убежден в том, что его знания в экономике помогут разобраться в конкретных обстоятельствах дела точнее, чем простая статистика).

Эти меры способны уменьшить число судебных ошибок и потому заслуживают серьезного рассмотрения. Однако образ судьи, которому известно, что он не в состоянии верно оценить доводы сторон, и который вынужден игнорировать конкретные обстоятельства дела, пользуясь общей статистикой, вызывает обоснованное смущение – судебный процесс в привычном нам виде оказывается выхолощенным. Это смущение в первую очередь должно одолевать законодателей, которые возлагают на судей непосильные задачи.

⁷ Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. № 5–6. Статья доступна по адресу: <http://www.inliberty.ru/library/study/Easterbrook/>

⁸ Может показаться удивительным, но если количество шариков одного цвета заметно преобладает, этот подход может оказаться оптимальным не только для дальтоника. Представим, что некто в сумерках при определении цвета ошибается в 20% случаев. В таком случае он ошибочно «запишет» 18 из 90 красных шариков в зеленые, а 2 из 10 зеленых – в красные. Как результат, из 26 «обнаруженных» им зеленых шариков 18 – т.е. подавляющее большинство – на самом деле будут красными. В этой ситуации, сопоставляя данные о соотношении красных и зеленых шаров с предполагаемой надежностью своих глаз, рациональный человек должен прийти к убеждению, что даже если шарик *кажется* зеленым, то он все равно вероятнее всего является красным. (Подробнее см.: Salop S.C. Evaluating Uncertain Evidence With Sir Thomas Bayes: A Note For Teachers // Journal of Economic Perspectives. Vol. 1. № 1. 1987. P. 155–159. Статья доступна по адресу: <http://mres.gmu.edu/readings/BayesianArticles/Salop1987.pdf>).

Слишком ли сложны антимонопольные вопросы для судей-генералистов? Зависимость процента апелляций от экономической сложности и подготовки судей¹ (Извлечение)

Перевод под редакцией Вадима НОВИКОВА

Майкл БЕЙИ,

кафедра деловой экономики и государственной политики
Школы бизнеса Келли, Университет Индианы

Джошуа РАЙТ,

факультет права и кафедра экономики
Университета Джорджа Мейсона

Антимонопольный анализ становится все более сложным. Судебное рассмотрение антимонопольных дел сегодня обычно включает оценку судьями экономического и эконометрического (экспертного) анализа. «Битвы экспертов» стали обычными – и критически важными – сражениями в антимонопольных войнах. Мандель² описывает «бум» показаний экспертов в антимонопольном судопроизводстве и нескольких других областях, длящийся уже десятилетия, и все большую опору судей и регулирующих органов при принятии решений на экономистов-консультантов. Хотя этот рост спроса на экспертный экономический анализ и экспертные свидетельства с очевидностью повышает благосостояние экономистов, литература по экономическому анализу права хранит молчание относительно эмпирических эффектов экономической сложности на принятие решений при рассмотрении антимонопольных дел.

¹ Судьи-генералисты (generalist judges) — судьи с общей юридической подготовкой, которые не специализируются на определенной категории дел. — *Примеч. ред.*

² Mandel M. J. Going for the Gold: Economists as Expert Witnesses // The Journal of Economic Perspectives. 1999. 13. No. 2. P. 113—120.

Всевозрастающей опоре на анализ экспертов-экономистов при рассмотрении антимонопольных дел есть несколько правдоподобных объяснений. Одно из них заключается в том, что усложнение теории организации промышленности (и экономики в целом) превратили антимонопольную практику в более математически строгую и требующую специальных знаний область. Второе (необязательно исключаящее первое) объяснение указывает на изменения в существе антимонопольного учения. Пятьдесят лет назад антимонопольное законодательство состояло в основном из норм *per se* и очевидных запретов, и, следовательно, для определения того, не нарушаются ли антимонопольные законы тем или иным коммерческим поведением, экономический анализ не требовался. Однако развитие движения за экономический анализ права на протяжении этих 50 лет вылилось в сдвиг по направлению к современной антимонопольной сцене, с ее приоритетом специфического, основанного на правиле взвешенного подхода, взгляда при оценке делового поведения. В соответствии с этим современным, «основанным на последствиях», подходом от судей и присяжных заседателей зачастую требуется определить, какие из деловых соглашения являются антиконкурентными, а какие нет³.

³ Этот сдвиг федеральных судов в сторону включения экономики в антимонополь-

Основанная на оценке последствий структура современного антимонопольного законодательства требует свидетельств экспертов-экономистов прежде всего потому, что широкие формулировки Закона Шермана оставляют задачу определения неоправданных ограничений торговли судьям. Такая задача может стать непосильной для судьи-генералиста, распутывающего вопросы, связанные со стимулами к слиянию, эластичностью спроса, анализа критического убытка, последствия горизонтальных слияний или вертикальных ограничений для конкуренции, и вынужденного давать оценку противоречащим друг другу эконометрическим выводам. Например, судья Ричард Познер утверждает, что «эконометрика настолько сложна как предмет, что нерелигиозно ожидать от среднего судьи или присяжного способности понимать споры, касающиеся эконометрических исследований, как бы искусно эконометрист ни объяснял эти исследования для аудитории неспециалистов». Это рисует безрадостную картину для надеющихся на то, что антимоно-

польная практика будет продолжать вбирать в себя приемы и методы современной экономики. Экономическую сложность современного антимонопольного правоприменения отчасти можно объяснить успехом движения за экономический анализ права. С исторической точки зрения, экономически неверные решения стали редкостью по сравнению с тем положением дел, которое повлекло плодотворную и опустошительную критику Борком⁴ парадоксальной природы антимонопольной практики. Последние полвека демонстрируют резкий рост экономической утонченности антимонопольного анализа при судебных слушаниях и в практике органов власти. Решения по делам о слиянии больше не мотивируются популистскими соображениями о «мелких торговцах и достойных людях» или рабочим подчинением тезису о связи отраслевой концентрации и результатов функционирования рынков. Вместо этого современный анализ слияний включает утонченное и прочно основанное на экономической теории и эконометрике прогнозирование возможного влияния рассматриваемого слияния на благосостояние потребителей. Ведущие комментаторы антимонопольной практики приветствуют такие перемены. Описывая удачу Федеральной комиссии по торговле при оспа-

польная практика будет продолжать вбирать в себя приемы и методы современной экономики.

Экономическую сложность современного антимонопольного правоприменения отчасти можно объяснить успехом движения за экономический анализ права. С исторической точки зрения, экономически неверные решения стали редкостью по сравнению с тем положением дел, которое повлекло плодотворную и опустошительную критику Борком⁴ парадоксальной природы антимонопольной практики. Последние полвека демонстрируют резкий рост экономической утонченности антимонопольного анализа при судебных слушаниях и в практике органов власти. Решения по делам о слиянии больше не мотивируются популистскими соображениями о «мелких торговцах и достойных людях» или рабочим подчинением тезису о связи отраслевой концентрации и результатов функционирования рынков. Вместо этого современный анализ слияний включает утонченное и прочно основанное на экономической теории и эконометрике прогнозирование возможного влияния рассматриваемого слияния на благосостояние потребителей. Ведущие комментаторы антимонопольной практики приветствуют такие перемены. Описывая удачу Федеральной комиссии по торговле при оспа-

⁴ Bork R. The Antitrust Paradox. Basic Books, Inc., 1978.

ривании предполагавшегося слияния «Staples» и «Office Depot», опиравшемся на сложные эконометрические свидетельства, демонстрирующие повышение потребительских цен при слиянии, судья Познер⁵ объявил, что «экономический анализ слияний стал взрослым».

Почти несомненно, что сложный экономический и эконометрический анализ является обычной платой за современное антимонопольное судопроизводство, но при этом недостает эмпирических свидетельств о том, какое влияние оказывает (если оказывает вообще) на принятие таких судебных решений эта сложность. Рабочая группа по экономической экспертизе антимонопольного подразделения Американской ассоциации юристов (ABA Antitrust Section Economic Evidence Task Force), включающая ведущих экономистов, адвокатов, ученых и одного федерального судью, провела исследование роли экономических свидетельств в федеральных судах. В отчете этой рабочей группы⁶ достигнуто общее согласие «касательно важности экономики для современного антимонопольного законодательства и,

соответственно, признания критической важности для принятия обоснованных решений понимания судьями и присяжными экономической тематики и экономических свидетельств», а также в том, что «данные проблемы могут оказывать серьезное влияние на состязательный процесс, склоняя судью к принятию решений в пользу той или иной стороны, побуждая лиц, принимающих решение, к игнорированию противоречащих экономических свидетельств или к принятию «неправильных» заключений, а также способны увеличивать издержки правоприменения».

Настоящая статья представляет собой первую попытку эмпирического исследования влияния экономической сложности и базовой экономической подготовки судей на судебные решения по антимонопольным делам. Мы обнаруживаем, что экономическая сложность значительно повышает вероятность подачи апелляции на решение судьи⁷. Этот эффект значим статистически и практически; доля апелля-

ций на экономически сложные решения оказалась при самых общих спецификациях примерно на 10% выше, чем на «простые» решения. Мы также обнаруживаем, что на решения судей, прошедших курс основ экономики, в простых случаях подается значительно меньше апелляций, чем на решения судей, не прошедших такой подготовки. Мы не нашли свидетельств в пользу того, что базовая экономическая подготовка судьи влияет на количество апелляций по экономически сложным делам, и это соответствует интуитивным предположениям о том, что основы экономики полезны при решении простых антимонопольных дел, но не дел с привлечением сложных экономических или эконометрических свидетельств. Эти результаты сохраняют свою силу и на примере двух подборок данных, и при различных спецификациях, учитывающих политические воззрения судьи, его опыт в антимонопольных делах и дополнительное образование, а также другие параметры, включающие поправки на тип истца (например, ФКТ или Министерство юстиции), тип дела (например, слияние или монополизация) и округ, в котором слушается дело.

⁵ Posner R.A. Antitrust Law / 2nd ed. University of Chicago Press, 2001.

⁶ Baker J.B., Morse M.H. Final Report of the American Bar Association Antitrust Division Economic Evidence Task Force. 2006 (<http://www.abanet.org/antitrust/atreports/01-c-ii.pdf>) (last updated August 1, 2006).

⁷ Существует подобная литература о влиянии [предметной] сложности на решения о построении патентных формул в патентном праве, в которой обнаруживается, что Федеральный окружной [суд] достаточно часто отменяет решения окружных судов, что предполагает плохую работу окружных судов. См. например: Moore K.A. Are District Court Judges Equipped to Resolve Patent Cases? // Harvard Journal of Law & Technology. 2001. No. 15. P. 1; Chu C.A. Empirical Analysis of the Federal Circuit's Claim Construction Trends // Berkeley Technology Law Journal. 2001. No. 16. P. 1075.