

«ПОГЛЯД БІЗНЕСУ НА ПИТАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ»



Антимонопольний комплаєнс

Автори:

Володимир Саєнко, партнер Sayenko Kharenko
Максим Назаренко, радник Sayenko Kharenko
Ігор Помаз, юрист Sayenko Kharenko

Стрімкий розвиток правозастосовчої практики у сфері захисту економічної конкуренції, збільшення штрафів за антиконкурентну поведінку та кількості розслідувань у цій сфері – все це свідчить про послідовне провадження Антимонопольним комітетом України (далі – **АМКУ**) політики, спрямованої на стимулювання конкурентної поведінки суб'єктів господарювання. Така тенденція мотивує учасників ринку до вжиття заходів для зниження ризиків порушення ними норм конкуренційного права.

Антимонопольний комплаєнс як інструмент попередження ризиків

Антимонопольний комплаєнс (від англ. *antitrust compliance*), тобто забезпечення дотримання вимог конкуренційного законодавства, являє собою систему організаційно-управлінських заходів та процедур, що дозволяють суб'єкту господарювання виявити, мінімізувати, а також попередити ризики порушення конкуренційного законодавства, які можуть мати не лише фінансові, а й репутаційні наслідки.

Міжнародні корпорації, які часто є об'єктом пильної уваги антимонопольних відомств різних країн, вже давно усвідомили важливість управління ризиками, у тому числі тими, до яких призводить порушення конкуренційного законодавства. Відповіддю стало запровадження корпоративних програм дотримання конкуренційного законодавства (англ. *antitrust compliance programmes*), що можуть

Інформаційний дайджест

включати, зокрема, такі елементи:

- загальна внутрішня політика з питань дотримання вимог конкуренційного законодавства, що закріплює принципи роботи компанії (наприклад, неприпустимість узгодження цін та інших умов продажу товарів з конкурентами, поділу ринків, дискримінації контрагентів та іншої антиконкурентної поведінки тощо), регламентує порядок дій працівників компанії у зонах підвищеного ризику (наприклад, як брати участь у засіданнях профільних асоціацій та інших зустрічах з контрагентами) або у випадку виявлення порушення (порядок повідомлення керівництва, заборона знищення доказів тощо), а також роз'яснює наслідки порушення;
- торгово-збутова (маркетингова) політика компанії, що передбачає недискримінаційні умови і прозорі процедури чи критерії відбору контрагентів для укладення договорів;
- програми та плани-графіки з проведення антимонопольних тренінгів для співробітників (включаючи атестацію ключових співробітників, тих, що знаходяться на посадах із підвищеним ризиком порушення);
- заходи внутрішнього моніторингу та аудиту дотримання працівниками встановлених політик, внутрішніх правил і процедур;
- проведення комплексних перевірок (due diligence) діяльності компанії (включаючи перевірку укладених угод, листування з постачальниками, споживачами та конкурентами), у тому числі із залученням зовнішніх радників;
- дисциплінарні та інші санкції за порушення співробітниками встановлених політик, внутрішніх правил і процедур (за поведінку, що призводить до підвищення ризику антимонопольних порушень, або за фактичні порушення);

- призначення співробітників, відповідальних за антимонопольний комплаєнс, наприклад, «комплаєнс-менеджера»;

- організація комунікацій з державними органами, що контролюють дотримання законодавства про захист економічної конкуренції.

Звичайно, не всі з перелічених вище елементів є обов'язковими, і компанія, що має на меті формування власної комплаєнс-програми, може обирати ті з елементів, які відповідають її цілям та завданням та відображають специфіку бізнесу і характер індивідуальних ризиків.

Багато уваги методичним рекомендаціям з антимонопольного комплаєнсу приділяють бізнес асоціації. Так Міжнародна торгова палата (англ. International Chamber of Commerce, ICC) розробила методичні рекомендації з впровадження програми комплаєнс – The ICC Antitrust Compliance Toolkit, який є детальним узагальненням і чудовим взірцем універсальних принципів антимонопольного комплаєнсу, що дозволяє компаніям різного розміру і з різними потребами обрати необхідний їм підхід.

У цілому, класична програма антимонопольного комплаєнсу має на меті не тільки зменшити кількість порушень за рахунок підвищення обізнаності працівників, а й забезпечити максимально швидке інформування керівництва компанії про вчинене порушення з метою вжиття заходів з мінімізації наслідків порушення. Це пов'язано із поширеною у багатьох країнах практикою запровадження програм звільнення від відповідальності за картелі (англ. leniency program), що надають максимальну перевагу особі, яка першою повідомила конкуренційне відомство про протиправну поведінку і тим самим сприяла розкриттю правопорушення і притягненню до відповідальності інших учасників картелю.

Запровадження програм антимонопольного комплаєнсу активно заохочується всіма конкуренційними відомствами. У деяких юрисдикціях наявність ефективної програми антимонопольного комплаєнсу може навіть розглядатися як один із факторів, що пом'якшує відповідальність суб'єкта господарювання за вчинене правопорушення.

Антимонопольні ризики в Україні

Конкуренційне законодавство України в цілому слідує міжнародно визнаним принципам захисту економічної конкуренції. Однак, пост-радянська специфіка побудови стосунків між державою і бізнесом в Україні не могла не позначитись і на правозастосуванні в сфері захисту економічної конкуренції. За останні 25 років існування України як незалежної держави бізнес змушений був навчитися захищатися від тиску правоохоронних органів і надмірного інтересу конкуренційного відомства. За умови абсолютної відсутності прецедентів звільнення від відповідальності учасників картелів у порядку leniency і тисячі порушень інших видів, за які АМКУ щороку притягує суб'єктів господарювання до відповідальності, пріоритети антимонопольного комплаєнсу в Україні, очевидно, можуть відрізнятись від загальноприйнятих у світі.

Відповідно до законодавства України про захист економічної конкуренції розрізняють такі види антимонопольних правопорушень, багато з яких можуть бути повністю чи частково попереджені завдяки впровадженню комплаєнс-програми:

Вид анти - монопольного порушення	Приклади та коментарі
Антиконкурентні узгоджені дії	<ul style="list-style-type: none"> - встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів; - розподіл ринків чи джерел постачання за певними ознаками; - спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів; - застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими компаніями; - укладення угод за умови прийняття іншими компаніями додаткових зобов'язань; - вчинення компаніями схожих дій або бездіяльності на ринку без об'єктивних причин для вчинення таких дій чи бездіяльності.
Зловживання монопольним (домінуючим) становищем	<ul style="list-style-type: none"> - встановлення таких цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку;

Вид анти - монопольного порушення	Приклади та коментарі
Зловживання монопольним (домінуючим) становищем	<ul style="list-style-type: none"> - застосування різних цін чи різних інших умов до рівнозначних угод з суб'єктами господарювання, продавцями чи покупцями без об'єктивно виправданих на те причин; - обумовлення укладання угод прийняттям компанією додаткових зобов'язань, які не стосуються предмету договору; - створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) чи усунення з ринку продавців, покупців, інших компаній.
Недобросовісна конкуренція	<ul style="list-style-type: none"> - неправомірне використання позначень (імені, комерційного найменування, торговельної марки, рекламних матеріалів, оформлення упаковки; - порівняльна реклама (реклама, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншої компанії);

Вид анти - монопольного порушення	Приклади та коментарі
Недобросовісна конкуренція	- поширення інформації, що вводить в оману (замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань, що вплинули або можуть вплинути на наміри цих осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг цієї компанії.
Контроль за економічними концентраціями	- Придбання акцій, набуття контролю над суб'єктом господарювання, злиття, приєднання або здійснення концентрації у іншій формі без отримання відповідного дозволу АМКУ у випадку перевищення відповідних порогових показників (вартості активів або обороту учасників концентрації)
Інформаційні порушення	<ul style="list-style-type: none"> - неподання інформації АМКУ у встановлені строки; - подання інформації в неповному обсязі; - подання недостовірної інформації.

Найбільш поширеними порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції в Україні є зловживання монопольним (домінуючим) становищем та антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання. У 2015 році АМКУ за його власною звітністю припинив 4 523 порушень конкурентного законодавства. З них 48% (2 169 порушень) становлять зловживання монопольним (домінуючим) становищем, а 12% (524 порушень) – антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання. Здебільшого, монопольним положенням суб'єкти господарювання зловживали на таких ринках, як житлово-комунальне господарство, паливно-енергетичний комплекс, агропромисловий комплекс, та фармацевтичний сектор, а антиконкурентні узгоджені дії вчинювались під час проведення конкурсних процедур закупівель.

З врахуванням зазначеної специфіки антимонопольний комплаєнс в Україні зосереджується на тих сферах діяльності, де існують високі ризики виявлення правопорушення чи просто більш вірогідне проведення розслідування органами АМКУ. Наприклад, якщо суб'єкт господарювання займає монопольне становище на будь-якому важливому ринку, то підвищенню цін таким суб'єктом повинен передувати ретельний аналіз економічного обґрунтування такого підвищення. Якщо ж є підстави очікувати синхронного підвищення цін разом з конкурентами на тих ринках, де суб'єкт господарювання не займає монопольне становище, то такому суб'єкту варто задуматися про ризики навіть тоді, коли він переконаний, що ніякої цінової змови з конкурентами не могло і бути.

Алгоритм дій у випадку виявлення потенційного порушення

Програма дотримання конкурентного законодавства включає у себе не тільки заходи, спрямовані на попередження правопорушень, а і алгоритм дій на випадок виявлення потенційного порушення. Суб'єкт господарювання, якому стало відомо про потенційне порушення

законодавства за його участі, як правило має наступний інструментарій у своєму розпорядженні:

- детальний юридичний аналіз вчинених дії (або бездіяльності), що можуть бути оцінені АМКУ як правопорушення, за участю внутрішніх і зовнішніх юридичних радників;
- вжиття заходів, спрямованих на припинення дій, що можуть кваліфікуватися як порушення;
- одержання експертних висновків з економічних і технічних питань, наприклад щодо певних характеристик товару, які впливають на взаємозамінність, або дослідження щодо підрахунку частки на ринку;
- подання заяви на отримання попередніх висновків АМКУ щодо кваліфікації дій та/або проведення консультацій з АМКУ (у випадку правової невизначеності і високої вірогідності позитивного висновку АМКУ про відсутність у діях заявника складу правопорушення), у тому числі з додаванням експертних висновків;
- у випадку впевненості у вчиненні порушення - пошук пом'якшуючих обставин, які вплинуть на розмір відповідальності;
- подання заяви за програмою звільнення від відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії (leniency);
- звернення до АМКУ із заявою про визнання порушення законодавства про захист економічної конкуренції і сприяння розслідуванню порушення.

Вибір конкретних заходів, які можуть бути рекомендовані суб'єкту господарювання, залежить від характеру порушення, вірогідності його виявлення, потенційних наслідків та інших факторів.

У випадку виявлення дій, які можуть бути кваліфіковані як антиконкурентні узгоджені дії, надзвичайно важливим є визначення можливості подання заяви за програмою звільнення від відповідальності (leniency). Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» компанія, що вчинила антиконкурентні узгоджені дії(наприклад,

була учасником картельної змови), але раніше за інших учасників таких дій добровільно повідомила про це АМКУ та надала суттєву для розслідування інформацію, звільняється від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій. При цьому, АМКУ забезпечує конфіденційність інформації про таку компанію. Однак, від відповідальності не звільняється компанія, що:

- не вжила ефективних заходів стосовно припинення нею антиконкурентних узгоджених дій після повідомлення про них АМКУ;
- була ініціатором чи забезпечувала керівництво антиконкурентними узгодженими діями;
- не надала всіх доказів або інформації стосовно вчинення нею порушення, про які їй було відомо та які вона могла безперешкодно отримати.

По сьогоднішній день в Україні ще не було прецедентів повноцінного застосування процедури leniency, але світовий досвід свідчить про поширення такої практики, причому не тільки у країнах англосаксонської системи права.

Якщо ж суб'єкт господарювання однозначно вчинив порушення, яке не підпадає під процедуру leniency, то найбільшою дилемою для такого суб'єкта буде доцільність звернення до АМКУ із заявою про визнання порушення законодавства. На користь такого кроку говорить той факт, що таке добровільне повідомлення про порушення традиційно розглядається АМКУ як один з найважливіших факторів, що пом'якшують відповідальність.

Нещодавно суб'єкти господарювання одержали ще і можливість здійснити приблизний підрахунок суми штрафу, який може бути накладений АМКУ за вчинене порушення, а отже краще оцінити ризик і прийняти усвідомлене рішення. У вересні 2015 року АМКУ затвердив Рекомендаційні роз'яснення щодо визначення розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції

(далі – **Рекомендації**), доопрацьована редакція яких була оприлюднена 16 лютого 2016 року. У Рекомендаціях перераховані основні підходи, які використовуються АМКУ для розрахунку штрафів, спочатку базового розміру (переважно у вигляді проценту від обороту на відповідному ринку, на якому вчинено порушення), а на його основі - кінцевого розміру штрафу, виходячи з пом'якшуючих і обтяжуючих обставин. Відтак, посилання на своєчасно виявлені та підкреслені під час розслідування пом'якшуючі обставини може бути використане в якості тактичного прийому, який дозволить суттєво зменшити розмір штрафу.

Висновки

В світлі останніх змін до конкурентного законодавства України та значної кількості розслідувань з боку АМКУ комплаєнс-програма може стати «рятівним колом» компанії, як місцевого гравця, так і міжнародної групи, для якої забезпечення мінімізації фінансових і репутаційних ризиків є одним з основних пріоритетів. Це є особливо справедливим ще і тому, що витрати на впровадження комплаєнс-програми є неспівставно меншими за можливі штрафи за допущені порушення, які програма допоможе попередити, або принаймні мінімізувати їх наслідки.