

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

Цей інформаційний дайджест є узагальненою збіркою матеріалів за результатами 5^{го} Форуму України з питань конкуренції, який відбувся 16 – 18 березня 2016 року в місті Києві.

5^й Форум України з питань конкуренції організований Фондом розвитку конкуренції та Антимонопольним комітетом України за підтримки Проекту ЄС «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС» та USAID.

Участь у заході взяли керівники Антимонопольного комітету України, органів центральної виконавчої влади, провідних конкурентних відомств Європи, США та інших країн, експерти Фонду розвитку конкуренції, представники міжнародних організацій, профільних асоціацій, бізнесу, громадськості та ЗМІ.

Під час Форуму було здійснено огляд стану виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом в частині положень про конкуренцію; Рекомендацій з покращення конкурентної політики та права України Організації економічного розвитку та співробітництва; Рекомендацій з покращення конкурентної політики та права України Конференції об'єднаних націй з торгівлі та розвитку .

Під час проведення Форуму на високому фаховому рівні відбулось обговорення важливих питань за такими темами:

- конкурентна політика в Україні та на міжнародному рівні;
- ефективне конкурентне відомство – інституційний дизайн, компетенція, правозастосування
- вплив реформування конкурентного політики і законодавства на ринки та споживачів;
- запровадження регулювання державної допомоги суб'єктів господарювання в Україні;
- економічний аналіз у конкурентному правозастосуванні;

- приведення правозастосовної практики АМКУ до відповідності кращому світовому досвіду
- реформування українського енергетичного сектору: впровадження європейських стандартів.

Дане видання включає огляд сесій Форуму, погляди бізнесу на питання конкуренції та документи міжнародних організацій, які пов'язані з темами заходу.

ОГЛЯД СЕСІЙ 5^{ГО} ФОРУМУ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ КОНКУРЕНЦІЇ

КОНКУРЕНТНА ПОЛІТИКА В УКРАЇНІ ТА НА МІЖНАРОДНОМУ РІВНІ

Конкурентна політика є важливою складовою економічної політики будь-якої сучасної держави, а в ході системних реформ вона набуває особливого значення.

Сьогодні Україна перебуває в активній стадії реформування, яке повинно створити досконалу та динамічну модель економічного розвитку, що у стислі терміни призведе як до докорінного оновлення технологічного укладу України, так і істотного підвищення рівня соціальних стандартів.

Досвід багатьох країн засвідчує, що одним з найважливіших чинників, що забезпечують вирішення зазначених завдань, є ефективна конкуренція між компаніями, яка забезпечить зростання добробуту населення та стимулюватиме інновації. Підписавши Угоду про асоціацію з ЄС Україна взяла на себе низку зобов'язань, що стосуються забезпечення вільної та добросовісної конкуренції у торговельних відносинах. В цих умовах особливого значення набуває діяльність Антимонопольного комітету України (далі – АМКУ) як державного органа, покликаного забезпечити захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Зокрема, реалізація Угоди передбачає розвиток законодавства, що втілює найкращі європейські практики. У зв'язку з цим, Голова АМКУ Юрій Терентьев, наголосив, що питання розвитку конкуренції не є унікальним лише для України. Так, минулого року Генеральною Дирекцією Європейської Комісії проведено дослідження щодо заходів, які мають бути вжиті для стимулювання розвитку конкуренції. За оцінкою ЄС, створення більш ефективних конкурентних ринків в короткостроковій перспективі (до трьох років) має відобразитись на збільшенні ВВП ЄС до 1,2%.

Основними галузями, які потребують уваги, є інфраструктурні сфери, енергетика, які є предметом уваги як України, так і ЄС. У зв'язку з цим, АМКУ усвідомлює важливість імплементації Угоди про асоціацію України з ЄС та, зі свого боку, вже зараз впроваджує найкращі європейські практики, вдосконалює законодавчу базу, повномірно і ефективно реалізує завдання, визначені Угодою.

Дійсно, перші кроки щодо виконання положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, вже зроблені. Зокрема, до них можна віднести прийняття законів щодо забезпечення прозорості діяльності АМКУ та контролю за концентраціями в частині підвищення порогових показників учасників концентрації, скорочення терміну розгляду заяв; розроблення методології розрахунку штрафів за конкурентні порушення. Прийняття цих актів відповідає зобов'язанням України щодо виконання умов статті 256 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС на 2014-2017 роки.

Представник Європейської комісії Анн-Софі Дюпон високо оцінила прогрес, який досяг АМКУ за останній час. Зокрема, істотним кроком вперед для України було прийняття Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання». Пані Дюпон підкреслила, що прозорий та ефективний контроль за наданням державної допомоги забезпечить рівні умови для діяльності підприємств та запобігання спотворення конкуренції.

Значний вплив на конкурентну політику держави мають також зобов'язання, які взяла на себе Україна у зв'язку з підписанням низки інших міжнародних договорів. Зокрема, у зв'язку із приєднанням до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства Україна зобов'язалась відкрити свій енергетичний ринок та запровадити європейські правила його регулювання. Разом з тим, під час дискусії було відмічено, що Україною впродовж останніх років досягнуто значних результатів, зокрема, в частині розвитку законодавства та відкриття ринків. Заступник директора Енергетичного Співтовариства Дірк Бушле підкреслив, що приєднавшись до Договору Україна взяла на себе не лише зобов'язання відкрити

свої енергетичні ринки, включаючи ринки газу та електроенергії, але й запровадити в державі пряму дію положень законодавства та судової прецедентної практики ЄС. Також було наголошено, що у зв'язку з тим, що у найближчі роки продовжуватиметься поступове відкриття енергетичних ринків, на АМКУ покладатиметься значна відповідальність щодо забезпечення захисту конкуренції та належного застосування правил конкуренції ЄС на цих ринках.

Конкурентна політика держави – це відповідальність усіх трьох гілок влади, а не лише конкурентного відомства. Ефективність конкурентної політики в повній мірі залежить від скоординованої системної роботи вищого законодавчого органу, органів виконавчої влади, як в центрі, так і на місцях та рішень судів. Власним досвідом та баченням щодо шляхів вдосконалення та розвитку конкурентної політики в Україні охоче ділились керівники провідних конкурентних відомств світу, які брали участь в панельній дискусії. Так, Голова Ради з конкуренції Республіки Молдова Віоріка Караре відмітила доцільність розроблення програми розвитку конкуренції, наголосивши, що у Республіці Молдова підготовлено проект Програми з конкуренції та державної допомоги, яка повинна бути прийнята парламентом. Ця програма міститиме детальний чіткий план дій для всіх державних структур, включаючи парламент, уряд, міністерства, регуляторів, органи місцевої влади, що забезпечить їх ефективну взаємодію.

Під час сесії міжнародні експерти наголошували, що ефективна робота конкурентного відомства неможлива без забезпечення незалежності, процесуальної визначеності, достатнього фінансування, іміджу конкурентного відомства як в країні, так і за її межами, кваліфікованості кадрів та гідної оплати їх праці. Так, Асоційований директор з міжнародних питань Федеральної торгової комісії США Рассел Дамтофт відмітив, що процесуальна справедливість дозволяє досягнути конкурентному відомству більш точних рішень, а це в свою чергу забезпечує легітимність роботи конкурентного відомства в очах громадськості. Навпаки ж, сумніви щодо справедливості

процедури породжують недовіру до рішень. Забезпечення прозорості внутрішніх процедур відомства, балансу між прозорістю та конфіденційністю інформації, діалог з учасниками процесу – все це може підвищити довіру до відомства.

Голова Ради з питань конкуренції Литви Шарунас Кесераускас підтвердив, що дуже важливим залишається збереження незалежності конкурентного відомства від втручання у його діяльність, його взаємодія з іншими органами державної влади, яка у Литві, до прикладу, організована на декількох рівнях: розробка довгострокових планів розвитку конкуренції, яка передбачає залучення всіх органів державної влади; адвокатування конкуренції; співпраця у правозастосуванні під час проведення розслідувань. Адвокатування конкуренції є результативним лише за умови застосування конкурентного законодавства щодо тих органів державної влади, які своїми рішеннями спотворюють конкуренцію.

На необхідності визначення пріоритетів у діяльності конкурентного відомства, особливо у випадку обмеженості наявних у нього ресурсів, наголошував Голова австрійського Федерального конкурентного відомства Теодор Таннер, який підкреслив, що це допоможе зосередити роботу саме на питаннях, що мають особливе значення для розвитку економіки держави в цілому. Підтримуючи учасників дискусії, пан Таннер зауважив, що правозастосування та адвокатування є двома основами діяльності конкурентного відомства, яким постійно треба приділяти особливу увагу. Адже система захисту конкуренції не працює, якщо відомство не забезпечить у їх нерозривному зв'язку як правозастосування, так і адвокатування конкуренції.

Розвиток правових засад захисту економічної конкуренції, зокрема, в частині подальшої гармонізації законодавства з європейським законодавством, прийняття нових законів та аналіз вже існуючих на предмет відповідності правилам конкуренції є обов'язковими. Тому важливою частиною роботи конкурентного відомства поряд із адвокатуванням та розслідуванням справ є робота, пов'язана з наданням пропозицій до законів та

нормативно-правових актів. Так, Президент Ради з питань конкуренції Румунії Богдан Кірітою зазначив, що якщо відомство зможе запобігти прийняттю закону, що негативно впливатиме на конкуренцію, це матиме набагато потужніший вплив на ринок, ніж просто притягнення до відповідальності декількох компаній. Для оцінки відповідності законопроекту правилам конкуренції у Румунії використовується методологія ОЕСР. Крім того, конкурентним відомством надаються рекомендації щодо вдосконалення існуючого законодавства, яке містить антиконкурентні положення. Пан Кірітою зазначив, що було б добре мати одного-двох експертів з питань конкуренції у кожному важливому міністерстві, які б здійснювали оцінку не лише законопроектів, а й існуючого законодавства на відповідність конкурентному законодавству.

Важливим є залучення до процесу формування та реалізації конкурентної політики держави інститутів громадянського суспільства та саморегульованих організацій учасників ринків, а також формування у широких верств населення проконкурентної свідомості шляхом поширення та популяризації серед суб'єктів господарювання та споживачів інформації про конкурентне законодавство.

Експерт Фонду розвитку конкуренції Хасан Какая (Швейцарія) наголосив, що різний рівень розвитку економіки та різні ринкові умови в країнах, що розвиваються, вплинули на те, яким чином конкурентні органи реалізовували закони про конкуренцію. В Україні основна увага до цього часу приділялася демонополізації. Тому наразі перед АМКУ постає питання чи потрібно зосереджувати увагу тільки на цьому, чи варто і надалі залишати серед пріоритетів розслідування справ щодо картелів та змов на торгах. Паном Какая також відмічено, що АМКУ має активно співпрацювати з бізнес спільнотою для поліпшення взаємного розуміння стану конкуренції на ринках та відповідності конкурентної поведінки суб'єктів господарювання з метою кращої оцінки вірогідного впливу на конкуренцію тих чи інших дій або факторів. Крім того, використання новітніх методів та технологій мають прискорити процес удосконалення роботи

конкурентного відомства України, а орієнтація на євроінтеграцію допоможе АМКУ досягти ще кращих результатів у своїй діяльності.

Учасників дискусії зацікавила доповідь заступника Голови Комітету природних монополій та захисту конкуренції Міністерства національної економіки Республіки Казахстан Рустама Ахметова, який зазначив, що в ході реформування системи органів державної влади відбулось об'єднання в єдиний орган конкурентного відомства та відомства, що регулювало сферу природних монополій. Це допомогло розвантажити механізм регулювання сфери природних монополій, а також зосередити увагу органу на припиненні серйозних видів антиконкурентних порушень та створенні умов для розвитку конкуренції. Пан Ахметов також відзначив, що важливим елементом роботи органу зараз є звуження втручання держави у економічну діяльність. Так на сьогодні вже скорочено до 50% переліку видів діяльності держпідприємств, що безумовно сприятиме зростанню рівня конкуренції між учасниками відповідних ринків.

ЕФЕКТИВНЕ КОНКУРЕНТНЕ ВІДОМСТВО – ІНСТИТУЦІЙНИЙ ДИЗАЙН, КОМПЕТЕНЦІЯ, ПРАВАЗАСТОСУВАННЯ

Конкурентне відомство є рушійною силою системи захисту конкуренції кожної країни. Тому від ефективності його діяльності значною мірою залежить досконалість цієї системи. Світова практика випрацювала найбільш характерні складові, які дозволяють оцінити діяльність конкурентного відомства.

Експерт Фонду розвитку конкуренції Альберто Хаймлер (Італія) відмітив, що правові положення, які регулюють діяльність конкурентного відомства повинні бути чіткими, повними, а конкурентне законодавство повинно містити в собі приписи щодо можливості застосування жорстких санкцій до порушників. Важливим є також законодавчо визначена незалежність відомства, належне забезпечення його фінансування та гідна оплата праці працівників, право на проведення несподіваних перевірок компаній, захист анонімності скаржника, а також глибоке знання конкурентного законодавства суддями. Все це у своїй сукупності сприятиме створенню ефективного правозастосовного конкурентного відомства, яке відповідатиме не лише за захист конкуренції, а й за її розвиток.

Народний депутат України Вікторія Пташник також визначила незалежність як найважливіший чинник функціонування конкурентного відомства. Незалежність АМКУ перш за все обумовлена наявністю у даного органу спеціального статусу, закріпленого законом. Разом з тим, на сьогодні існують законодавчі ініціативи щодо позбавлення АМКУ спеціального статусу. Так, нещодавно до парламенту було подано законопроект, який передбачав внесення змін до конкурентного законодавства, в тому числі в частині визначення статусу АМКУ та перетворення його на орган, підзвітний Кабінету Міністрів України. Наразі профільним комітетом Верховної Ради України даний законопроект направлено на доопрацювання. На думку пані Пташник, подальший розвиток конкурентного законодавства є дуже важливим. Наприклад, з метою забезпечення принципу

колегіальності пані Пташник рекомендує внесення змін до Конституції України та відповідних законів щодо порядку призначення Голови та державних уповноважених АМКУ. Також необхідно вирішити питання щодо підвідомчості судових спорів за участю органів АМКУ. Подальшого законодавчого врегулювання потребує і процедура розгляду справ конкурентним відомством. Це сприятиме підвищенню довіри бізнесу до АМКУ та зробить його діяльність більш прозорою та передбачуваною.

Схожу думку висловила Голова Будапештського Регіонального Центру ОЕСР-ГВХ з Питань Конкуренції Сабіне Зігельські, яка наголосила, що необхідною умовою ефективної роботи конкурентного відомства та системи захисту конкуренції є незалежність відомства від зовнішнього втручання у його діяльність, яке може відбуватись шляхом призначення/звільнення керівництва органу, обмеження бюджету органу, зменшення чисельності його штату, незаконного впливу на прийняття відомством рішень. Проте незалежність конкурентного відомства не суперечить необхідності запровадження його підзвітності. Підзвітність конкурентного відомства парламенту та громадськості забезпечує транспарентність відомства, підвищує ефективність як його діяльності, так і використання бюджетних коштів. Способи оцінки ефективності діяльності конкурентного відомства можуть бути різноманітними. Заслуговує на увагу оцінка діяльності конкурентного відомства як щодо впливу його рішень на стан конкуренції на певних товарних ринках, так і очікуваний ефект за усіма напрямкам діяльності конкурентного відомства. З метою запровадження уніфікованих підходів до визначення ефективності діяльності конкурентного відомства ОЕСР опублікувала «Методичний посібник для конкурентних відомств по оцінці очікуваних результатів їх діяльності».

Голова Ради з питань конкуренції Литви Шарунас Кесераускас зазначив, що позитивні наслідки для споживачів від рішень конкурентного відомства мають бути основним показником оцінки ефективності його діяльності. Звісно, вже згадувана методика ОЕСР не є досконалою, оскільки вона не

передбачає оцінки реального впливу на економіку від рішень конкурентного відомства. Сама по собі кількість розпочатих справ, прийнятих рішень чи накладених штрафів ще не свідчить про досконалу роботу органу. Інший спосіб – це оцінка ефекту від втручання конкурентного відомства. Такий спосіб є складнішим, проте він допомагає побачити конкретні результати від діяльності органу, зокрема для споживачів. Адже споживачів не хвилюють цифри. Їх цікавить як реальна для них проблема була вирішена шляхом втручання конкурентного відомства. При цьому, не менш важливим є правдиве та змістовне висвітлення діяльності відомства, зокрема, у ЗМІ.

Голова АМКУ Юрій Терентьев зазначив, що важливим є запровадження Методології ОЕСР щодо оцінки очікуваних результатів діяльності конкурентного відомства не лише в центральному апараті АМКУ, а й у його територіальних відділеннях. Це дозволить удосконалити критерії оцінки впливу рішень, які приймаються, на товарні ринки.

Важливу роль у ефективності діяльності конкурентного відомства відіграють процедурні правила. Голова Ради з конкуренції Республіки Молдова Віоріка Караре у своїй доповіді наголосила, що конкурентне процесуальне право є окремою галуззю права. Вона презентувала єдину матрицю процедур винесення рішень конкурентним відомством і виділила основні етапи запровадження рішення: розслідування справи безпосередньо конкурентним відомством, судовий розгляд та виконання рішення. Пані Караре відзначила, що чітко визначені процедури гарантують ефективний захист прав та інтересів учасників розгляду справи. Ефективність та прозорість таких процедур забезпечить підвищення довіри до конкурентного відомства.

Не менш суттєвою складовою у діяльності конкурентного відомства є його взаємодія як з іншими національними органами державної влади, так і міжнародна співпраця при розслідуванні справ про порушення конкуренції. Так, Голова підрозділу зі стратегічного розвитку Конкурентного відомства Туреччини Хакан Каракоч поділився досвідом співпраці турецького

конкурентного відомства з галузевими регуляторами. Пан Каракоч відмітив, що така взаємодія відбувається шляхом консультацій щодо відповідності розроблених регуляторами проектів законодавчих актів правилам конкуренції, а також обміну інформацією та позицією щодо прийняття рішень між регуляторами та конкурентним відомством Туреччини. Зокрема, пан Каракоч відмітив, що траплялись випадки, коли виникало питання щодо правомірності прийняття конкурентним відомством рішення у справі щодо порушення конкурентного законодавства, коли це рішення зачіпало сферу компетенції регулятора ринку. Ця проблема була вирішена урядом Туреччини, відповідно до позиції якого конкурентне відомство має повноваження розглядати будь-які справи, в тому числі ті, що стосуються сфери регулятора, якщо встановлено порушення правил конкуренції. Також, пан Каракоч розповів про особливості застосування у Туреччині програми leniency. Зокрема, конкурентним органом розроблена інструкція щодо застосування зазначеної програми, яка містить умови надання цієї програми учасникам картелю. Пан Каракоч наголосив, що серед вимог застосування до порушників вказаної програми є: припинення участі у картелі, повне сприяння у розслідуванні, визнання вчинення порушення, можлива компенсація завданих збитків. Відмічено, що програма leniency є одним з найефективніших засобів виявлення картельної змови.

Заступник Голови Управління по захисту конкуренції Чехії Мікаель Мікулік відмітив, що використання кращих міжнародних практик та стандартів дозволило покращити чеське конкурентне законодавство та правозастосування. Зокрема, це стосується підвищення порогових показників для оцінки злиттів та поглинань, а також впровадження програми звільнення порушників від відповідальності при застосуванні процедури мирного врегулювання. Конкурентне відомство використовує досвід, зокрема, ICN та конкурентних відомств під час розробки власних рекомендацій з конкурентних питань. Пан Мікулік також наголосив на важливості такого різновиду міжнародної співпраці як двостороння взаємодія конкурентних відомств: з питань

взаємодопомоги у проведенні перевірок, отриманні інформації щодо діяльності компаній. Для забезпечення ефективності такої співпраці необхідною умовою є прийняття відповідного законодавства, оскільки це допоможе уникнути спорів щодо незаконності вчинення конкурентним відомством дій у рамках цієї двосторонньої взаємодії. Зокрема, цьому сприятиме укладення двосторонніх угод, які стануть частинами національного законодавства.

Експерт Фонду розвитку конкуренції Хасан Какая (Швейцарія) підсумував результати дискусійної панелі. Він відзначив, що оцінка ефективності конкурентного відомства повинна відбуватись шляхом врахування таких об'єктивних критеріїв, зокрема, як вплив рішень конкурентного відомства на стан конкуренції на ринках, компанії та споживачів. Серед внутрішніх інструментів, які можуть істотно впливати на ефективність конкурентного відомства, учасники дискусії виділили розвинуте конкурентне законодавство, незалежність органу та кваліфікований персонал, забезпечення процесуальної рівності сторін, захист анонімності скаргників, прозорість дій органу та методів розслідувань. Серед зовнішніх інструментів підвищення ефективності конкурентного відомства особливо було відмічено роль застосування міжнародного досвіду та адвокатування конкуренції серед органів державної влади, місцевого самоврядування, бізнесу та громадськості.

ВПЛИВ РЕФОРМУВАННЯ КОНКУРЕНТНОГО ПОЛІТИКИ І ЗАКОНОДАВСТВА НА РИНКИ ТА СПОЖИВАЧІВ

Протягом третьої сесії відбулось обговорення ефекту реформ конкурентного права та політики на ринки та споживачів. Модератор сесії Голова Правління Фонду розвитку конкуренції Сергій Цівкач зазначив, що будь-яке реформування даної сфери має бути збалансованим та повинно враховувати державні і суспільні інтереси. Реформування конкурентної політики в Україні має передувати реформуванню стратегічних ринків та регуляторної політики в цілому. Ключовою метою конкурентної реформи має стати усунення необґрунтованих обмежень ринкової діяльності шляхом проведення антимонопольного аудиту всього галузевого законодавства на предмет виявлення ринкових обмежень. І тут особливо важливим є використання як рекомендацій міжнародних організацій, таких як ОЕСР, ЮНКТАД та ICN, так і досвіду багатьох країн. Зокрема, у Австралії в результаті проведення такого аудиту було виявлено понад 1800 законодавчих актів, які несли в собі загрозу конкуренції. Кожний з них був переглянутий та змінений або скасований. За результатами такої реформи ВВП країни зріс на 2,5%, а дохід середньостатистичної сім'ї збільшився на 7 000 австралійських доларів.

Варто зазначити, що держава повинна здійснювати послідовну політику не тільки з питань конкуренції, а також і щодо питань захисту прав споживачів, оскільки ці два елементи є основами розвитку ринку. Уповноважений з правових питань Відділу конкурентної та споживчої політики ЮНКТАД П'єр Хорна у своїй доповіді зазначив, що питання ролі держави у зростанні ефективності ринків є ключовим та важливим чинником добросовісної конкуренції, права споживачів щодо вибору товару за оптимальною ціною. Обізнаність споживачів стимулює конкуренцію на ринку, яка сприяє зростанню продуктивності праці, інновацій та інвестицій, необхідних для економічного розвитку. Тому ЮНКТАД має інтегрований підхід

як до конкуренції, так і до політики захисту прав споживачів. Крім того, було відмічено, що однією з цілей ЮНКТАД на найближчі п'ять років є боротьба з міжнародною антиконкурентною практикою.

Генеральний директор австрійського Федерального конкурентного відомства Теодор Таннер визначив міжнародну співпрацю як ключовий аспект реформування світової конкурентної політики. Пан Таннер поділився досвідом взаємовідносин австрійського конкурентного відомства з представниками бізнесу та зазначив, що така співпраця дозволяє спільно обговорювати наявні проблеми та пришвидшує розгляд справ. Ефективність діяльності австрійського конкурентного відомства забезпечується також додатковою освітою співробітників та співпрацею зі ЗМІ в процесі адвокатування конкуренції. Крім того, пан Таннер особливо наголосив на важливості ефективної конкурентної політики. Дослідження американського аналітичного інституту показало, що за період з 1990 року учасники картелів внаслідок порушення конкурентного законодавства одержали зі споживачів їх товарів незаконних доходів на суму 1,6 трильйони доларів. В свою чергу, розмір штрафів накладених на учасників картелів конкурентними відомствами складав лише 123 мільярди доларів, що свідчить про величезні втрати з боку споживачів. Тому конкурентна політика та правозастосування повинні забезпечити ефективне функціонування ринків та захист інтересів споживачів.

Досвідом Угорщини щодо набуття членства у Європейському Союзі поділився Голова підрозділу міжнародного співробітництва Конкурентного відомства Угорщини Джозеф Шарай, який відмітив, що національне законодавство про конкуренцію зазнало значних змін у процесі гармонізації до європейського. Пан Шарай також порівняв положення про конкуренцію в українській та угорській Угодах про асоціацію з ЄС. Так, угорська Угода про асоціацію з ЄС, на відміну від української, не містила положень, що стосувались, злиттів та поглинань, державної допомоги. Разом з тим, обидві угоди містять вимоги наблизити національне законодавство в усіх

галузях, в тому числі конкуренції, до європейських правил. Цей процес є дуже важливим та містким за часом, оскільки європейське конкурентне законодавство динамічно і постійно розвивається.

Про роль бізнесу в реформуванні конкурентної політики України у своїй доповіді розповів Президент Американської торговельної палати в Україні Андрій Гундер. Так, при Американській торговельній палаті, членами якої є великі американські, європейські та українські компанії, існує окрема робоча група з питань конкурентного права та політики. Протягом останнього року Американська торговельна палата брала участь у роботі над такими проектами законів та нормативно-правових актів як щодо прозорості діяльності АМКУ в частині обов'язкової публікації рішень, підвищення ефективності контролю над економічними концентраціями, запровадження методології розрахунків штрафів.

Експерт Фонду розвитку конкуренції Альберто Хаймлер (Італія) присвятив свій виступ італійському досвіду реформування конкурентного законодавства і зауважив, що на початку двохтисячних років відбулась лібералізація регулювання окремих галузей, адже на той час національне регулювання блокувало розвиток певних напрямків. Така лібералізація викликала супротив окремих представників бізнесу, але дала позитивні результати, хоча боротьба з протекціонізмом на цьому не завершилась. Також було зауважено, що конкурентне законодавство та оцінка стану конкуренції є важливими інструментами у сприянні регуляторній реформі.

Про те, яким чином бізнесу адаптуватися до існуючих умов ведення господарської діяльності розповів партнер Sayenko Kharenko Володимир Саєнко, який відзначив, що міжнародний та місцевий бізнес в Україні дійшов висновку щодо необхідності створення системи безпеки захисту від надмірної уваги держави. Тому пан Саєнко дав пораду бізнесу проводити «попереджувальний аналіз» для виявлення наявності можливого монопольного становища з метою уникнення ймовірних проблем з перевітками. Український комплаєнс відрізняється від його

класичних зразків. Тому слід проводити освітню програму не тільки з топ-менеджментом, а й з іншими категоріями працівників компанії. Важливо налагодити процес комунікації всередині компанії, щоб співробітники не боялись доповідати керівництву про виявлені проблеми для вжиття відповідних заходів.

ЗАПРОВАДЖЕННЯ РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В УКРАЇНІ

Зобов'язання України щодо створення ефективної системи контролю над державною допомогою суб'єктам господарювання, за зразком системи, яка існує у Європейському Союзі, передбачено низкою міжнародних угод.

Найбільш чіткі вимоги до такої системи встановлено у статтях 262 – 267 Частини 2 "Державна допомога" Глави 10 "Конкуренція" Розділу IV "Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею" Угоди про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, - з іншого.

Зазначені вимоги стосуються:

- впровадження основних принципів ЄС у сфері державної допомоги;
- забезпечення інституційної спроможності незалежного органу з питань державної допомоги;
- розроблення підзаконних нормативно-правових актів з питань державної допомоги суб'єктам господарювання з урахуванням первинного та вторинного законодавства ЄС, судової практики Суду ЄС, рамковими положеннями, керівними принципами та іншими чинними адміністративними актами Європейського Союзу;
- забезпечення прозорості.

Відповідно до вимог Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, для впровадження національної системи контролю державної допомоги Україна має:

- 1) протягом трьох років з дати набрання чинності Угодою – прийняти національне законодавство про державну допомогу та забезпечити функціонування незалежного органу, який матиме відповідні повноваження;
- 2) протягом п'яти років з дати набрання чинності Угодою – створити повний реєстр схем державної допомоги;

3) привести ці схеми допомоги у відповідність до критеріїв, визначених у статтях 262 та 264 цієї Угоди протягом строку не більше ніж сім років з дати набрання чинності Угодою;

4) протягом перших п'яти років після набрання чинності Угодою, будь-яка державна допомога, надана Україною, має оцінюватись за правилами, ідентичними правилам Європейського Союзу щодо країн зі складною соціально-економічною ситуацією.

На сьогоднішній день АМКУ вже реалізується пілотний проект щодо аналізу чинних програм державної допомоги, які є в Україні. Для цього було обрано сектор енергетики. З одного боку він є сенситивним для України, а з іншого це виконання зобов'язань, які Україна взяла на себе, приєднавшись до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства. За результатами цього проекту вже в червні 2016 року планується надати перші рекомендації та висновки АМКУ стосовно допустимості для конкуренції тих схем державної допомоги в сфері енергетики, які станом на сьогодні є чинними в Україні.

Державний уповноважений АМКУ Анна Артеменко наголосила, що перше зобов'язання України станом на сьогодні вже є практично виконаним, оскільки вже прийнято національне законодавство, яке регулює сферу державної допомоги. Крім того, були внесені зміни до Бюджетного кодексу України, відповідно до яких всі розпорядники бюджетних коштів мають пройти оцінку в контексті допустимості цих запитів для конкуренції. Другим актуальним на сьогодні є питання ефективності державної допомоги в Україні щодо створення індустріальних та технологічних парків, вільних економічних зон, оскільки всі ці концепції будуть засновані на певних пільгах.

Керівник проекту «Гармонізація системи державних закупівель України зі стандартами ЄС» доктор Юджин Стюарт зазначив, що основна мета АМКУ як уповноваженого органу полягає в тому, що б будь-яка державна допомога в Україні носила проконкурентний характер. Діяльність Проекту охоплює як реформу системи державних закупівель, так і підтримку розвитку системи державної допомоги в Україні. Регулювання

державної допомоги спрямовано на сприяння розвитку міцної системи управління державними фінансами шляхом створення прозорої нормативно-правової бази та розвитку системи державної допомоги, що дозволить уникнути дублювання витрат чи марнування державних коштів, сприятиме боротьбі з корупцією шляхом припинення прихованого чи безпідставного субсидіювання окремих підприємств, підвищенню рівня економічної конкуренції за рахунок попередження випадків необґрунтованих штучних конкурентних переваг для окремих підприємств і виконанню Україною міжнародних зобов'язань. Також до переваг регулювання державної допомоги можна віднести гарантування економічно виправданих підстав для підтримки суб'єктів господарювання (незалежно від її форми) та підвищення їхньої результативності у досягненні відчутних економічних результатів, а також сприяння розвитку ринкової економіки в Україні шляхом обґрунтування необхідності модернізації промисловості, залучення прямих іноземних інвестицій та впровадженню інших стратегій економічного розвитку відповідно до кращої міжнародної практики.

ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ У КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВОЗАСТОСУВАННІ

Міжнародний досвід застосування економічного аналізу під час розслідування справ про порушення конкурентного законодавства засвідчив його ефективність. Так, підвищення ролі економічного аналізу у конкурентному правозастосуванні відбувалось протягом 1990х років. Це призвело до того, що у 2003 році при Європейській комісії було запроваджено посаду Головного економіста Генеральної дирекції з питань конкуренції Європейської комісії, який надає оцінку економічних наслідків її дій, забезпечує незалежне керівництво з методологічних питань у сфері економіки та економетрики при застосуванні правил конкуренції ЄС, бере участь у розгляді окремих справ щодо порушення правил конкуренції, зокрема тих, що передбачають складний економічний аналіз. У зв'язку з цим, представник Генеральної дирекції з питань конкуренції Європейської комісії Анн-Софі Дюпон зауважила, що економісти активно залучаються до аналізу злиттів, антитрасту та державної допомоги. З метою ефективної їх взаємодії з іншими учасниками розслідування запроваджено постійний обмін інформацією та тісне їх залучення не лише до оцінки економічних доказів, а й до решти розслідування.

Голова АМКУ Юрій Терентьев повідомив, що з метою запровадження в АМКУ належної і ефективної функції економічного аналізу створено окремий структурний підрозділ, який займається цими питаннями як щодо конкретних справ, так і з метою формування методології.

Оцінюючи роль економічного аналізу під час розслідування таких порушень як паралельна поведінка та встановлення монопольно високих цін, керівник Брюссельського офісу RBB Economics Віталі Пружанскі відмітив, що якщо компанії діють всередині одних і тих же товарних і географічних меж, їх ціни завжди будуть пов'язані між собою, навіть в умовах жорсткої

конкуренції. А тому паралельна поведінка і адаптація до дій конкурентів можуть бути досить закономірними і не суперечитимуть гіпотезі про наявність сильної конкуренції на ринку. Крім того, пан Пружанські відмітив, що під час розгляду справ щодо встановлення монополю високих цін предметом дослідження мають бути ціни і прибуток в довгостроковій перспективі, адже зростанням цін в окремі періоди можуть компенсуватися витрати попередніх періодів.

З приводу практики ЄС щодо оцінки паралельної поведінки висловився також експерт Фонду розвитку конкуренції Альберто Хаймлер (Італія), який відзначив, що остання судова практика ЄС вказує на те, що паралельна поведінка сама по собі не є конкурентним порушенням. Відтак, конкурентним відомствам необхідно наводити прямі та непрямі докази аби бути впевненими, що паралельна поведінка є результатом саме погодженої поведінки суб'єктів господарювання.

Не менш важливим економічний аналіз є в галузі контролю за злиттями та поглинаннями. Багато років контроль за злиттям в основному мав на меті зниження концентрації ринку. Згодом, метою такого контролю стало уникнення набуття або посилення ринкової влади. У ЄС існує правовий стандарт, який відображає мету контролю злиттів – забезпечення недопущення чи завдання суттєвої шкоди інтересам споживачів в результаті злиття чи поглинання. З цього питання Альберто Хаймлер зазначив, що саме економічний аналіз допомагає визначити задіяний ринок при злитті (поглинанні), взаємозамінні товари, ефект цих дій на найближче майбутнє (два-три роки), з'ясування питання чи змінить конкретне злиття умови на ринку таким чином, що координація поведінки учасників ринку стане більш вірогідною.

Директор з економічних досліджень Групи з аналізу економіки Антитрастового відділу Міністерства юстиції США Рассел Пітман розповів про здійснення економічного аналізу діяльності мережевих галузей США. Мережеві галузі включають сектор залізниць, електроенергії, телекомунікації, водопостачання та водовідведення. Для поліпшення стану мережі та підвищення її ефективності конкурентне відомство та відповідний

департамент профільного міністерства повинні вживати заходів. Зокрема, одним з варіантів є покращення регулювання замість реструктуризації, а також зняття бар'єрів входу на ринок для конкуруючих компаній, що дозволить залучити додаткові кошти на покращення експлуатації системи. Під час дискусії було також згадано успішний досвід таких країн як Бразилія, Мексика та Аргентина, які зберегли вертикально інтегровані компанії серед мережевих компаній, але реструктуризували систему горизонтально.

Власним досвідом економічного аналізу вертикальних угод поділився представник ZHAW Centre Competition Law Фабіо Бабей (Швейцарія). Підхід, який використовує Швейцарія, відрізняється від решти країн Європи. Так, у Швейцарії розгляд вертикальної угоди починається з припущення, що така угода усуває конкуренцію. Таке припущення повинно бути спростовано учасниками угоди шляхом надання інформації про наявність внутрішньої або зовнішньої конкуренції. Наступне припущення базується на наявності значного обмеження конкуренції. У цьому випадку застосовуються якісні та кількісні критерії оцінки. Для цього конкурентний орган досліджує ринок, ціни, системи дистрибуції. На даному етапі компанія повинна надати обґрунтування економічних причин ефективності укладеної угоди.

Особливе місце економічний аналіз має під час розгляду судових спорів щодо перегляду рішень конкурентного відомства. Проведений під час розслідування економічний аналіз може бути нівельований, якщо не зуміти дохідливо та обґрунтовано подати його суддям, які не мають відповідної економічної освіти. З приводу цього Голова Будапештського Регіонального Центру ОЕСР-ГВХ з Питань Конкуренції Сабіне Зігельські зазначила, що дійсні обставини справи мають бути підтверджені економічним аналізом, при цьому подавати їх слід так, щоб не дати суду можливості через нерозуміння економіки визнати рішення відомства недійсним з посиланням на якісь процедурні моменти. Найважливішим є те, що ніколи не слід використовувати складну

економіку з метою приховання слабких доводів по справі. Також пані Зігельскі відмітила, що у Європі існує цілий ряд програм навчання для суддів, в тому числі з питань застосування економічного аналізу у конкурентних розслідуваннях.

ПРИВЕДЕННЯ ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ АМКУ ДО ВІДПОВІДНОСТІ КРАЩОМУ СВІТОВОМУ ДОСВІДУ

Правозастосування у діяльності конкурентного відомства дозволяє зробити висновок про ефективність не лише власне самого органу, а й системи захисту конкуренції. Правозастосування, яке дозволяє ідентифікувати діяльність кожного конкурентного відомства, є його «обличчям». Саме в ході правозастосування виявляються ті тенденції, які дозволяють удосконалити конкурентне законодавство. Правозастосування дозволяє використати кращий досвід конкурентних відомств Європи та світу.

Зокрема на цьому наголосила Перший заступник Голови АМКУ Марія Ніжнік, яка зазначила, що одним з головних пріоритетів діяльності АМКУ є використання кращих прецедентних справ та міжнародного досвіду під час власних розслідувань. Так, АМКУ успішно використав рекомендації ОЕСР щодо дослідження ринку роздрібною торгівлі світлими нафтопродуктами, а також щодо антиконкурентних узгоджених дій у вигляді змов на торгах. Комітет також використовував рекомендації ОЕСР при оцінці власної діяльності. Комітет ретельно виконує зобов'язання України в сфері енергетики, які впливають із Договору про створення Енергетичного Співтовариства, до якого приєдналася держава.

Асоційований директор з міжнародних питань Федеральної торгової комісії США Рассел Дамтофт дав оцінку міжнародним інструментам, застосування досліджень та документів яких дозволяє використати кращий світовий досвід у сфері конкуренції і уникнути помилок. Хоча у США і Канаді з одного боку, а у Європі з іншого різні системи права, різні економіки, але принципи захисту та розвитку конкуренції єдині, закони економіки – єдині. Тому рекомендації, які розробляються міжнародними інституціями, такими як ЮНКТАД, ОЕСР та ICN, можуть бути дуже ефективно використані в діяльності будь-якого конкурентного відомства і по суті є «книгою рецептів», які

дозволяють здійснити обґрунтовану оцінку злиттів і поглинань, домінуючого становища на ринку, бар'єрів входу на ринок, особливостей розслідування картелів, знаходження балансу між захистом інтересів споживачів та розвитком бізнесу. Корисними є загальнодоступні модулі, які в он-лайн режимі є безкоштовними і доступними будь-кому. Заслужують на увагу документи ICN про принципи оцінки злиття і поглинань. Важливо, що документи ICN приймаються консенсусом. ОЕСР, як і ЮНКТАД, провели в Україні огляди конкурентного законодавства, які були важливим поштовхом для розвитку конкурентної політики, законодавства та правозастосування в Україні. Важливими є рекомендації ОЕСР щодо запобігання зловживань у сфері державних закупівель. Загальнодоступними також є рекомендації ОЕСР щодо оцінки конкуренції, адресовані міністерствам, відомствам. Таким чином, Україна не одинока, шлях, який вона проходить, пройшли інші країни. Важливо цей досвід успішно використати.

Учасниками сесії значну увагу під час дискусії було приділено міжнародному досвіду правозастосування у галузі ритейлу. Як показує практика, характерні для учасників ринку мережевої торгівлі торгові практики досить часто кваліфікуються конкурентними відомствами як порушення конкурентного законодавства. Так, директор Аналітичного департаменту Ради з питань конкуренції Латвії Юлія Лінкевича розповіла про практику правозастосування в Латвії щодо сектору ритейлу. Боротьба з нечесною торговою практикою в сфері ритейла стала пріоритетною для конкурентного відомства з 2008 року. В період 2001-2008 років в Латвії відбувся стрімкий розвиток мережевої торгівлі і прослідковувалась тенденція до концентрації та зменшення невеличких магазинів. З'явилися два лідера серед суб'єктів господарювання у сфері ритейлу, спільна частка яких на ринку у 2014 році вже складала 60%. Конкурентне відомство виявило ознаки дискримінації постачальників ритейлерами внаслідок встановлення необґрунтованих платежів за постачання товарів на полицку, затримки оплати поставленого товару у термін до 60 днів за умови постачання товару три-чотири рази на

місяць. Виявлено випадок, коли витрати торгової мережі перекладались на рахунок постачальника. Конкурентним відомством було порушено шість справ. У трьох випадках було виявлено порушення, у трьох – ні. Переважна більшість справ розслідувалась із власної ініціативи відомства, а не на підставі скарг, тому що постачальники боялися скаржитися на торгові мережі. Розслідування ґрунтувалось на змінах до закону про конкуренцію, внесених у 2008 році, коли закон було доповнено окремою статтею щодо визначення домінування у роздрібній торгівлі. Критерієм домінування визначалась купівельна влада мережі і залежність від неї постачальника. При розслідуванні справ забезпечувалось дотримання принципу захисту конкуренції, а не конкурентів. Конкурентному відомству вдалось виграти у суді справу проти торгової мережі, в якій встановлено, що постачальник товару збанкрутував внаслідок необґрунтованого повернення товару торговою мережею постачальнику. Результатами цих розслідувань конкурентним відомством стали: зміна підходів торгових мереж до укладання угод з постачальниками товару; зміна в конкурентному законодавстві, а саме: з 01.01.2016 набув чинності Закон про захист від нечесної торгової практики, в якому перелік заборонених дій був значно розширений; зміна підходів та зменшення випадків нечесної торгової практики.

Президент Ради з питань конкуренції Румунії Богдан Кірітою зазначив, що у Румунії спостерігається менша поширеність рітейлу у порівнянні з іншими європейськими країнами. Це пов'язано з тим, що половина населення країни проживає у сільській місцевості. Але ринок розвивається і конкурентне відомство продовжує аналізувати цей процес з метою забезпечення функціонування ринку на користь споживачів. Разом з тим, конкурентне відомство оштрафувало за координацію конкурентної поведінки рітейлерів та постачальників товару.

Канадську практику регулювання рітейлу у нафтогазовому секторі у своїй доповіді висвітлив помічник Заступника Голови Бюро з питань конкуренції Канади Стефан Люців. Так, ним

зазначено, що щороку фіксується близько 15 000 скарг щодо порушення правил конкуренції на ринках бензинів, більшість з яких пов'язана з ціноутворенням. Наприклад, відомством викрито змову між компаніями щодо встановлення цін на бензин та термінів зміни цін на ці товари. При розслідуванні цієї справи одним із джерел інформації був регулярний моніторинг ціноутворення. Також відомством надсилались запити до муніципалітетів та з санкції суду прослуховувались розмови між керівниками компанії. Пан Люців назвав програми імунітету та звільнення від відповідальності, програми з комплаєнсу та адвокатування найефективнішими способами для боротьби з картелями, що підтверджується міжнародним досвідом, в тому числі і канадським. Так програми імунітету та звільнення від відповідальності дозволяють виявити картелі, які не можливо було викрити у інший спосіб. Зокрема, у 2014 році 93 особи та компанії звернулись за програмою імунітету, 27 – програмою звільнення від відповідальності. Проте, самого лише повідомлення про картель недостатньо. Від осіб, які звертаються до конкурентного відомства із заявою про картель, вимагається повне розкриття інформації, включаючи надання всіх документів та доказів, забезпечення взаємодії з керівниками, посадовими особами та працівниками компанії, надання за необхідності свідчень у суді.

Власний досвід у цій сфері представили співробітники австрійського Федерального конкурентного відомства Лука Шічо та Анастасіас Ксеніадіс. Зокрема, вони зауважили, що австрійське конкурентне відомство виступає проти такого виду регулювання як встановлення цін перепродажу. Це пояснюється тим, що таке підтримання цін усуває цінову конкуренцію між брендами, сприяє змовам у вигляді розподілу ринків, знищенню потужними гравцями ринків менших конкурентів. У результаті постачальники втрачають стимул знижувати ціну, ускладнюється вихід на ринок новим компаніям. Основними галузями, де здійснюються такі порушення, є галузь харчового ритейлу та електронних споживчих товарів, в тому числі продаж через мережу Інтернет. Випадки очевидних вертикальних обмежень цін

дуже рідкісні. Найчастіше цінові обмеження конкуренції відбуваються у разі горизонтальних картелей. Разом з тим, значною є кількість справ, порушених проти постачальників. В деяких випадках встановлено, що постачальники були вимушені брати участь у підтриманні ціни перепродажу, що спричинено залежністю постачальників від мережевих торговців. Зокрема, пан Шічо зазначив, що залежність постачальників від супермаркетів та страх перед комерційним впливом стають причиною труднощів встановлення режиму співпраці з конкурентним відомством під час розслідування справ. Позиція австрійського конкурентного відомства щодо негативного впливу підтримання ціни перепродажу на конкуренцію та споживачів була підтримана як судовими інстанціями, так і Європейською Комісією.

В свою чергу, пан Ксеніадіс звернув увагу на те, що компанії використовують програми щодо звільнення від відповідальності лише у випадку, коли є реальна загроза перевірки їх діяльності конкурентним органом. Він поділився досвідом, коли в ході розслідування справ конкурентне відомство враховує побажання постачальників офіційно не подавати заяву щодо звільнення від відповідальності, а лише надає необхідну інформацію. Також було відмічено, що практикою, в тому числі і судовою, було доведено, що дієвим інструментом виявлення і переслідування картельних порушень є перевірка суб'єктів господарювання. Прозорість і чітке законодавство щодо перевірок і повноважень конкурентного відомства дозволяють пом'якшити конфлікти, що виникають з компаніями. Так, для отримання дозволу на вилучення доказів при проведенні обшуку конкурентному відомству необхідно надати суду з питань картелів беззаперечні докази розумної підозри наявності порушення та пропорційності застосування такого заходу як проведення перевірки. Інспектори мають право вилучати всі документи, які пов'язані з підставою проведення перевірки. Не дозволяється шукати документи поза спектром порушення. Також, конкурентному відомству дозволяється вилучати лише копії документів, у зв'язку з чим перевірка може займати більше

часу. У 2013 році конкурентному відомству для проведення перевірок було надано нове повноваження – право опечатувати приміщення. Як засіб захисту своїх інтересів компанія має право на оскарження рішення щодо проведення перевірки або щодо перевищення конкурентним органом своїх повноважень під її час проведення.

Голова Експертної Ради Фонду розвитку конкуренції Олександр Мельниченко під час своєї доповіді відмітив, що проблема виявлення антиконкурентних узгоджених дій (картелів), фіксація доказів, які виявляються при цьому, нажаль, залишається в Україні більш ніж 20 років доволі гострою та до кінця не розв'язаною. Однією з причин цього є гальмування прийняття законодавства, яке регламентує виявлення та фіксацію доказів картелів із застосуванням так званих «рейдів на світанку». Зокрема, при прийнятті у 2001 році Закону України «Про захист економічної конкуренції» стаття 44 цього Закону, яка передбачала право АМКУ на примусове вилучення доказів у суб'єктів господарювання, була негативно сприйнята високопосадовцями. Прикінцеві положення цього Закону передбачають, що стаття 44 в частині проникнення до житла та обшуку набирає чинності з дня набрання чинності законом, що передбачить порядок прийняття господарським судом рішення стосовно проникнення до житла, проведення його огляду чи обшуку. Але такого закону в Україні й досі не прийнято. У 2008-2010 роках робочою групою АМКУ було підготовлено проект Закону України «Про забезпечення доказів у справах, що розглядаються органами АМКУ», який був внесений на розгляд до парламенту у 2013 році. Проте цей проект був повернутий до АМКУ у 2014 році без розгляду. Пан Мельниченко наголосив на необхідності внесення відповідних змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо запровадження інституту «рейдів на світанку» та примусового вилучення доказів. Правові інститути «рейдів на світанку» та примусове вилучення доказів на думку експертного та бізнес середовища будуть ефективно застосовуватись за наявності наступних умов: по-перше, коли незалежність і професійність АМКУ неможливо буде поставити

під сумнів; по-друге, забезпечена транспарентність та конкурсні засади призначення Голови та членів АМКУ, а також керівників його територіальних відділень; по-третє дотримується принцип прозорості функціонування всієї системи органів АМКУ та його реальна підзвітність Верховній Раді України; по-четверте, реалізована європейська і американська традиція невтручання вищих органів влади в діяльність АМКУ; по-п'яте, процесуальні засади не лише примусового вилучення доказів та «рейдів на світанку», а й в цілому розгляду справ про порушення правил конкуренції, визначені законом, а не вторинним законодавством. У зв'язку з цим, Фонд розвитку конкуренції запропонував АМКУ за участі експертів Фонду: 1) залучивши керівників присутніх на Форумі конкурентійних відомств розробити проект кодексу конкурентійних процедур та внести його на розгляд Кабінету Міністрів України як автора законодавчої ініціативи; 2) провести публічне обговорення розвитку системи територіальних відділень АМКУ, залучивши до цієї дискусії керівників місцевих органів влади та місцевого самоврядування, представників бізнес асоціацій та громадських об'єднань; 3) організувати поглиблене навчання відповідних підрозділів АМКУ та його територіальних відділень щодо проведення «рейдів на світанку» та примусового вилучення доказів; 4) організувати на базі Вищої школи суддів постійно діючий семінар для суддів господарських та адміністративних судів, які вирішують спори у сфері конкуренції з метою забезпечення більш ефективного конкурентного правозастосування.

РЕФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОГО ЕНЕРГЕТИЧНОГО СЕКТОРУ: ВПРОВАДЖЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ

Існуючий на сьогодні ринок природного газу України характеризується відсутністю вільної конкуренції, наявністю адміністративних обмежень оператора газотранспортної системи у доступі на ринок постачальників та споживачів, невідповідністю європейським стандартам, а тому є не лише неефективним, а й таким, що створює загрозу енергетичній та економічній безпеці України, потребує негайного реформування. Таке реформування має на меті визначення реальної ринкової ціни на природний газ для споживачів, забезпечення інвестиційної привабливості цього стратегічного ринку та підвищення рівня конкуренції шляхом розмежування функцій видобування, постачання, транспортування природного газу, а також створення умов для діяльності незалежних операторів газотранспортної та газорозподільної систем України задля вільного доступу до них постачальників та споживачів природного газу.

Зобов'язання України перед ЄС щодо реформи енергетичних ринків є одним із ключових елементів наближення енергетичного сектору України до європейських стандартів та має на меті побудову єдиного з ЄС енергетичного ринку, в якому в повному обсязі буде реалізовано основоположні принципи і правила та забезпечено вільну конкуренцію.

Модератор сесії, Перший заступник Голови АМКУ Марія Ніжнік, зазначила, що роль конкуренції на енергетичному ринку є дуже важливою, адже вона сприяє розвитку не тільки відповідної галузі, а і загалом всієї економіки. Тому підвищення рівня конкуренції на ринках паливно-енергетичного комплексу є одним з пріоритетів діяльності АМКУ. У зв'язку з приєднанням України до Енергетичного Співтовариства, АМКУ приділяється важлива роль у регулюванні конкуренції та лібералізації енергетичних ринків. Тому АМКУ бере активну участь у реформуванні та імплементації Третього енергетичного пакету,

зокрема, шляхом участі в розробці нормативно-правових актів, взаємодії з іншими органами державної влади щодо лібералізації цих ринків.

Під час дискусії теми сесії представник Антитрастового відділу Міністерства юстиції США Джейд Ітон також відмітила важливість наявності конкуренції в енергетичному секторі та звернула увагу на те, що це дозволить підвищити ефективність енергетичного сектору та покращити стан всіх галузей індустрії. Сполучені Штати Америки ніколи не мали націоналізованої електроенергії, вона була створена приватними компаніями, проте з самого початку була регульована. Для створення ефективної конкуренції серед учасників ринку електроенергії необхідний справедливий доступ до системи електропостачання, щоб всі постачальники отримали доступ до споживачів. Тому Федеральний регулятор електроенергії відділив потенційно конкурентні сектори від вертикальних взаємовідносин із системою постачальників електроенергії, запровадивши незалежного оператора. За 10 років цей крок дозволив зекономити більше \$1млрд. Разом з тим, було наголошено, що у випадку відсутності структури генерації, простий поділ суб'єктів господарювання не гарантуватиме наявності конкуренції. Також, пані Ітон звернула увагу, що в процесі лібералізації ринків досить важливим є розуміння структури ринку, зокрема, аналіз конкурентним відомством умов входу на ринок нових учасників. Крім того, на ранніх етапах лібералізації ринків саме на конкурентне відомство покладається запровадження економічного аналізу, принципів визначення ринку, його концентрації.

В свою чергу, представник Конкурентного відомства Швеції Стіг-Арне Анкнер наголосив на тому, що конкурентні органи мають співпрацювати з галузевими регуляторами монопольної частини ринку, адже їх кінцева мета є спільною – добробут споживачів та підвищення ефективності ринків. Такий підхід застосовувався і у Швеції. Пан Анкнер відзначив, що ключова роль у реформуванні ринків належить державі, оскільки відповідальність за розвиток конкуренції на ринку покладається

саме на неї. Пан Анкнер також поділився шведським досвідом реформування ринку електроенергії. Так, оскільки він мав надто високу концентрацію для функціонування у конкурентному середовищі, було прийнято рішення об'єднати ці ринки з країнами-сусідами для зняття бар'єрів входу на ринки, що призвело до створення спільної біржі.

Учасниками сесій було приділено особливу увагу важливості міжнародного досвіду у сфері реформування енергетичного сектору. Керівник групи енергетики та навколишнього середовища групи Європейської комісії з підтримки України Торстен Воллерт назвав обмін досвідом різних країн у цій сфері корисним для України. Він дає можливість проаналізувати помилки, уникнути їх допущення в майбутньому та запозичити кращі практики правового регулювання енергетичних ринків. Зараз Україна знаходиться у перехідному періоді щодо реформування законодавчої бази та лібералізації ринків. Зокрема, нещодавно Кабінетом Міністрів України був поданий до Верховної Ради України законопроект щодо ринку електроенергії. Цей закон є фундаментальним: він показує напрямок розвитку конкуренції на ринку та гарантує доступ до ринку всім його учасникам. Пан Воллерт наголосив, що особливе місце в процесі регулювання ринку посідає визначення ринкової влади його учасників. Це дає змогу виявити слабкі місця функціонування ринку та забезпечити його розвиток. Адже чим гірше функціонує ринок, тим більше він потребуватиме регулювання. Також особливо було відзначено важливість для потенційних нових гравців українського енергетичного ринку визначеності правил ринку ще на його перехідному етапі.

Позицію бізнесу щодо стану конкуренції на ринку енергетики висловив директор з регуляторних та правових питань ДТЕК Олексій Захарчук. Пан Захарчук зазначив, що на сьогоднішній день на ринку енергетики існує повна інституційна влада держави в особі регулятора, яким є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, та Міністерства енергетики та вугільної

промисловості. Це пов'язано з існуючими правилами, згідно яких регулятор володіє правом встановлення будь-яких, від виробничих до відпускних цін. Ні виробник, ні споживач впливу на ціноутворення не мають. Також регулятор спільно з Міністерством енергетики та вугільної промисловості та підлеглими йому компаніями повністю впливає на об'єм електроенергії, що купується чи реалізовується на ринку. На сьогоднішній день, Кабінетом Міністрів України на розгляд до парламенту подано новий проект закону щодо засад функціонування ринку електричної енергії, який покликаний привести українське законодавство у відповідність до Третього енергетичного пакету та вирішити ті питання, які не були врегульовані попереднім законом. Разом з тим, існують проблеми, які можуть бути усунуті в короткостроковій чи середньостроковій перспективі. Так, паном Захарчуком наголошено, що однією з перешкод для розвитку конкуренції в Україні є повне ручне управління фінансовими потоками на оптовому ринку електроенергії. Одним із способів вирішення цього питання є, на думку пана Захарчука, запровадження системи електронних аукціонів при експорті та імпорті електроенергії. Іншим є питання анбандлінгу. В Україні зараз існує штучна система монополії облэнерго. І хоча новий закон має на меті вирішення цього питання, існує інший шлях, зокрема, зміна ліцензійних умов та правил діяльності на ринку шляхом запровадження умови, що ліцензія на розподіл електроенергії надається компаніям, які не здійснюють діяльності з постачання електроенергії.

Державний уповноважений АМКУ Валерій Полюхович погодився з наявністю певних проблем на енергетичному ринку України, але зауважив, що реформування слід проводити виважено, оскільки різка зміна моделі ринку, зменшення державної монополії та ліквідація існуючої системи розподілу електроенергії можуть мати серйозні соціальні наслідки.

Ще одним питанням, що обговорювалось в рамках цих сесій, було питання монопольного становища НАК «Нафтогаз України» та реструктуризації цієї компанії. Голова правління

НАК "Нафтогаз України" Андрій Коболев відмітив, що на сьогодні в групу Нафтогаз входить бізнес, який апріорі є монопольним – магістральне транспортування газу, яке представлено компанією Укртрансгаз. При реформуванні НАК «Нафтогаз України» дану компанію запропоновано протягом року відокремити, що завершить процес повного виконання вимог Третього енергетичного пакету. Як зазначив пан Коболев, на сьогоднішній день ринок торгівлі газом фактично поділений на декілька сегментів, які є різними за своїм принципом роботи. На всіх цих сегментах, крім одного, частка НАК «Нафтогаз України» наближається до 100%. Це є саме ті сегменти, де НАК «Нафтогаз України» зобов'язаний продавати газ по цінам, які є нижче ринкових. Оскільки маючи можливість продати газ на промисловому сегменті за ринковою ціною, будь-який раціональний власник газу не продаватиме його на інших сегментах ринку. Саме тут НАК «Нафтогаз України» є «вимушеним» монополістом. Разом з тим, промисловість – сегмент, де працює вільний ринок газу, частка ринку НАК «Нафтогаз України» тут складає 22%.

Окрім того, було зазначено, що можливість приймати газ українською ГТС на транскордонних точках входу є значною. З боку Росії це 240 млрд. м3 на рік, з боку Європи – це сумарно 89 млрд. м3. Прогноз споживання газу в цьому році показує, що завдяки економії та підвищенню енергоефективності, загальна потреба в імпорті складатиме 10 млрд. м3, з чого можна зробити висновки, що система може транспортувати більше, ніж є потреба. Тому проблем з одержанням газу для будь-яких споживачів не має. Разом з тим, обмеженою є потужність на виході з інших країн до України.

Також, Паном Коболевим було наголошено, що прийняття нового Закону України «Про ринок природного газу» стало значним кроком у розвитку газового ринку України. Проте відмічено, що він містить ряд недоліків, які необхідно доопрацьовувати. Так, європейська модель функціонування ринку містить окремі приписи, які є проблемними для їх впровадження. Наприклад, щоденне балансування газу. У зв'язку

з цим, НАК «Нафтогаз України» має на меті ініціювання внесення змін до вторинного законодавства з метою запровадження повноцінної європейської моделі, що забезпечить максимальну конкуренцію, справедливі та однакові умови, і це призведе до покращення ситуації на газовому ринку.

Крім того, пан Кобольов щодо реструктуризації НАК «Нафтогаз України» зазначив, що для ефективного анбандлінгу необхідною умовою є залучення в правління нового оператора газотранспортної системи України американського або європейського партнера. Це призведе, зокрема, до зупинення проекту «Північний потік 2», гарантування прозорості та ефективності роботи нового оператора газотранспортної системи. На думку НАК «Нафтогаз України» також важливим є розділення діяльності зі зберігання та транспортування газу, а також створення нової компанії, яка буде відповідати всім стандартам корпоративного управління та буде позбавлена негативної юридичної та економічної «спадщини» ПАТ «Укртрансгаз».

ПОГЛЯД БІЗНЕСУ НА ПИТАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ

АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМПЛАЄНС

Автори:

Володимир Сасенко, 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 конкурентного права.

Антимонопольний комплаєнс як інструмент попередження ризиків

Антимонопольний комплаєнс (від англ. *antitrust compliance*), тобто забезпечення дотримання вимог конкурентного законодавства, являє собою систему організаційно-управлінських заходів та процедур, що дозволяють суб'єкту господарювання виявити, мінімізувати, а також попередити ризики порушення конкурентного 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 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 відрізнятися 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.

<p>Зловживання монополієм (домінуючим) становищем</p>	<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; • 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.
<p>Недобросовісна конкуренція</p>	<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); • поширення інформації, що

	<p>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.</p>
<p>Контроль за економічними концентраціями</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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)
<p>Інформаційні порушення</p>	<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 конкуренційного 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 керівництвом 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, посилення 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 конкуренційного 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.

КОНТРОЛЬ ЗА ЕКОНОМІЧНИМИ КОНЦЕНТРАЦІЯМИ В УКРАЇНІ

Автори:

Дмитро Тараник, партнер Sayenko Kharenko

Валентина Гвоздь, старший юрист Sayenko Kharenko

Тетяна Смирнова, юрист Sayenko Kharenko

В наш час, велика кількість М&А транзакцій підпадають під дію вимог конкурентного права, спрямованих на запобігання можливому негативному впливу на конкурентне середовище. Це означає, що перед завершенням транзакції, що потребує попереднього дозволу, необхідно отримати відповідний дозвіл конкурентних відомств. У світі існує понад 50 правових режимів контролю за економічними концентраціями, кожен з різними правилами подачі заяв, строками та особливостями. В цій статті ми хочемо висвітлити ключові аспекти контролю за економічними концентраціями в Україні.

Види транзакцій, які визначаються конкурентним законодавством України як «концентрація»

Антимонопольний Комітет України (далі – АМКУ) – це єдиний державний орган, відповідальний за контроль за економічними концентраціями в Україні. Зокрема, Департамент контролю за концентраціями АМКУ здійснює відповідний моніторинг та контроль. Відповідно до Закону України «Про Захист економічної конкуренції» (далі – Закон), концентрація, яка може вимагати отримання попереднього дозволу АМКУ, виникає, у таких випадках:

- a) злиття суб'єктів господарювання (два або більше незалежних суб'єкти господарювання об'єднуються в новий суб'єкт господарювання та припиняють своє існування як окремі юридичні особи);*
- b) поглинання одного суб'єкта господарювання іншим (один суб'єкт господарювання*

зберігає статус юридичної особи, в той час як інший припиняє своє існування);

с) набуття одним або кількома суб'єктами господарювання безпосередньо або через інших осіб контролю над одним або кількома суб'єктами господарювання, зокрема, шляхом:

- безпосереднього або опосередкованого придбання (набуття контролю над/або одержання в оренду) активів у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання;

- призначення або обрання на посаду керівника або заступника керівника спостережної ради, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в іншому суб'єкті господарювання; або

- призначення або обрання спостережної ради, правління та будь-яких інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання таким чином, що одні й ті ж самі особи обіймають більше половини посад членів таких органів у двох або більше суб'єктах господарювання;

d) створення двома або більше суб'єктами господарювання спільного підприємства, яке протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність; та

e) безпосереднє або опосередковане придбання часток (акцій, паїв), що забезпечує покупцю досягнення або перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління компанії.

Згідно з конкурентним законодавством України, будь-який вид концентрації вимагає отримання дозволу в Україні, якщо порогові показники перевищені.

Порогові показники

Чинні фінансові порогові показники

Наразі отримання дозволу на концентрацію в Україні є необхідним, якщо учасники перевищили всі нижче зазначені фінансові порогові показники за останній фінансовий рік, що передував здійсненню транзакції:

а) сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів, у тому числі за кордоном, для всіх учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю перевищують 12 мільйонів євро;

б) сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів, у тому числі за кордоном, не менш як у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує 1 мільйон євро; та

с) вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів в Україні хоча б одного учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує 1 мільйон євро.

Однак, 26 січня 2016 року Верховна Рада України прийняла довгоочікувані зміни до конкурентного законодавства України, покликані вдосконалити систему контролю за економічними концентраціями. Найбільш важливі зміни стосуються фінансових порогових показників, при перевищенні яких виникає необхідність отримання дозволу на концентрацію в Україні.

Нові фінансові порогові показники

Відповідно до прийнятих змін, які набувають чинності 18 травня 2016 року, дозвіл на концентрацію є необхідним, якщо фінансові показники перевищені хоча б по одному з цих двох критеріїв:

Критерій 1: не менше ніж два учасники концентрації здійснюють свою діяльність в Україні

- сукупний обсяг реалізації товарів або сукупна вартість активів учасників концентрації, у тому числі за кордоном, перевищує *30 мільйонів євро*, і при цьому

- сукупний обсяг реалізації товарів або сукупна вартість активів в Україні не менш як у двох учасників концентрації перевищує *4 мільйони євро* у кожного.

Критерій 2: об'єкт придбання або засновник спільного підприємства здійснює істотну господарську діяльність в Україні

- обсяг реалізації товарів або вартість активів в Україні об'єкта придбання, продавця активів або одного з засновників спільного підприємства перевищує 8 мільйонів євро, і при цьому

- обсяг реалізації товарів хоча б одного іншого учасника концентрації перевищує 150 мільйонів євро у світі.

Слід зазначити, що при визначенні фінансових показників, АМКУ продовжує брати до уваги показники на рівні групи, тобто, враховує всі компанії, пов'язані відносинами контролю з учасниками концентрації. Це означає, що при підрахунку вартості активів/обороту об'єкта придбання, показники продавця також беруться до уваги, якщо продавець та об'єкт придбання пов'язані відносинами контролю, незважаючи на структуру транзакції та майбутній результат (припинення відносин контролю у майбутньому).

Підвищення існуючих порогових показників в кілька разів та, що найбільш важливо, той факт, що два учасники концентрації повинні перевищувати ці порогові показники, спрямоване на позбавлення низки угод, які не мають істотного впливу на конкуренцію в Україні, необхідності отримувати дозвіл АМКУ на концентрацію. В результаті, очікується, що кількість транзакцій, які підлягають отриманню дозволу в Україні, особливо транзакції між іноземними суб'єктами господарювання, різко знизиться.

Пороговий Показник Ринкової Частки

На додаток до зазначених вище фінансових порогових показників, діючі правила контролю за економічними концентраціями в Україні також встановлюють пороговий показник ринкової частки, досягнення якого вимагає отримання дозволу на концентрацію. Таким чином, незалежно від перевищення фінансових порогових показників, необхідність отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання в

Україні виникає, якщо ринкова частка будь-якого учасника або сукупна ринкова частка всіх учасників концентрації, на будь-якому товарному ринку перевищує 35 % та концентрація відбувається на цьому або суміжному з ним ринку.

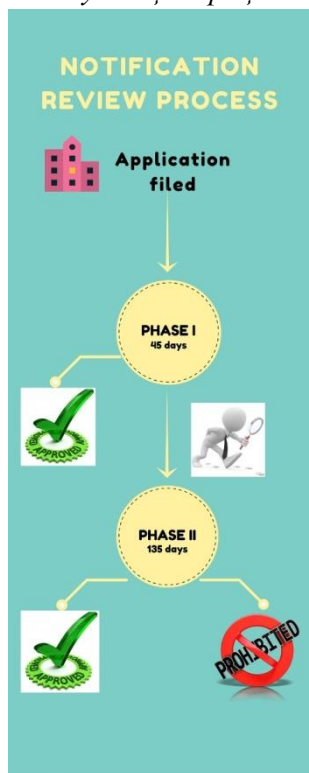
У той же час, зміни до Закону скасовують критерій, згідно якого отримання дозволу на концентрацію вимагалось при перевищенні 35 % на задіяному ринку, та з 18 травня 2016 року цей критерій більше не буде застосовуватися.

Строки розгляду заяв про надання дозволу концентрацію

Подібно до Європейського Регламенту Контролю за Злиттями Суб'єктів Господарювання, процес розгляду заяв на концентрацію в Україні поділяється на дві стадії – Стадія I та Стадія II. Кожній стадії відповідає різний строк розгляду та різний рівень дослідження певної концентрації та діяльності учасників в Україні.

Розгляд в межах Стадії I має бути завершений АМКУ протягом 45 днів з дати подачі заяви про надання дозволу на концентрацію. Протягом перших 15 днів АМКУ проводить первинний розгляд, формальне вивчення документів, та може повернути таку заяву без розгляду, якщо встановить, що вона не відповідає встановленим АМКУ вимогам. Протягом наступних 30 днів АМКУ аналізує надану інформацію по суті та вирішує надати дозвіл чи відмовити в наданні дозволу або перейти до Стадії II.

Розгляд в межах Стадії II становить 180 календарних днів з дати подання заяви про надання дозволу на концентрацію, тобто триває 135 днів з початку Стадії II. АМКУ, як правило, розпочинає розгляд в межах цієї стадії, якщо виявляє будь-які



підстави, на основі яких концентрація може бути заборонена або потребує більш детального вивчення (тобто, якщо АМКУ дійшов висновку, що відповідний ринок має велике значення або, якщо в концентрації задіяні учасники з високою ринковою часткою). Таким чином, можливість розгляду в межах Стадії II багато в чому залежить від того, наскільки широким є задіяний товарний ринок, а також від рівня ринкових часток учасників концентрації. Якщо сукупна ринкова частка учасників становить близько 35 % задіяного товарного ринку, що відповідає монопольному (домінуючому) становищу, тоді, досить імовірно, що АМКУ ініціює розгляд в межах Стадії II. Крім того, якщо регулятор дійде висновку, що відповідна концентрація може призвести до створення або посилення монопольного (домінуючого) становища, або до суттєвого обмеження конкуренції на будь-якому ринку, або його частині в Україні, він може заборонити здійснення концентрації.

Поряд з підвищенням фінансових порогових показників, зміни у конкурентному законодавстві України стосуються і спрощення процедури отримання дозволу для певних транзакцій. Зокрема, ці зміни передбачають, що АМКУ може розглядати заяву про надання дозволу на концентрацію та надати дозвіл на концентрацію протягом 25 календарних днів (на відміну від 45 днів), якщо:

- a) лише один учасник концентрації здійснює діяльність на території України; або
- b) сукупна ринкова частка учасників концентрації не перевищує 15 відсотків на ринках, на яких є перетинання, та 20 % на ринку, на якому між учасниками існують вертикальні відносини.

Така прискорена процедура, що полегшує процес розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію, до цього не була передбачена нормативно-правовими актами, що регулюють порядок подання таких заяв до АМКУ.

Наслідки неотримання дозволу АМКУ на концентрацію

Відповідно до Закону отримання дозволу на концентрацію, що вимагає дозволу АМКУ, є обов'язковим. Дозвіл АМКУ має бути отриманий до того, як відбулася фактична зміна контролю, тобто перед завершенням передбаченої транзакції.

Відповідно до Статті 52 Закону здійснення концентрації без попереднього дозволу АМКУ може призвести до накладення АМКУ штрафу в розмірі до 5 % доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. Цей дохід (виручка) суб'єкта господарювання визначається як сумарна вартість доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) учасника концентрації, включаючи суб'єкти господарювання, пов'язані з ним відносинами контролю.

З практичної точки зору, більшість штрафів за неотримання дозволу на концентрацію, якщо остання не спричинила жодного негативного впливу на конкуренцію в Україні, не перевищували 20 000 євро. Максимальний розмір штрафу становив 60 000 євро був накладений АМКУ тільки один раз (за неотримання дозволу на концентрацію щодо широко відомої транзакції в сфері ІТ-індустрії, не зважаючи на те, що учасники концентрації в повній мірі співпрацювали з АМКУ та, що відповідна концентрація не мала жодного негативного впливу на економічну конкуренцію в Україні).

Збільшення штрафів АМКУ можна очікувати в найближчому майбутньому у зв'язку з застосуванням Рекомендаційних роз'яснень щодо розрахунку штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції (далі – **Рекомендаційні роз'яснення**), затверджених АМКУ 15 вересня 2015 року.

Згідно з Рекомендаційними роз'ясненнями, АМКУ буде використовувати новий підхід у визначенні суми штрафу, який включає дві стадії:

- а) розрахунок базової суми штрафу для кожного порушника; та

б) коригування базової суми з урахуванням пом'якшуючих та обтяжуючих обставин.

Основною ідеєю введення Рекомендаційних роз'яснень було зробити політику накладання штрафів прозорою, послідовною та пропорційною до правопорушень, за які накладається штраф. З юридичної точки зору, Рекомендаційні роз'яснення не є обов'язковими для АМКУ. Проте, послідовність використання Рекомендаційних роз'яснень є питанням репутації для АМКУ. У зв'язку з цим, очікується, що тепер АМКУ при накладенні штрафів за неотримання дозволу на концентрацію, дозвіл на яку необхідний, буде слідувати підходу, викладеному в Рекомендаційних роз'ясненнях.

Квазі-Амністія за раніше здійснені концентрації без відповідного дозволу

Разом з розрахунком штрафів у Рекомендаційних роз'ясненнях запроваджується процедура квазі-амністії для транзакцій, які були завершені без отримання дозволу АМКУ, якщо такий дозвіл був потрібен. Відповідна процедура амністії є доступною протягом одного року починаючи з 16 вересня 2015 року. У випадку, якщо компанія виявить факт неотримання дозволу АМКУ на M&A транзакцію в минулому, така компанія може звернутися до АМКУ для отримання дозволу постфактум відповідно до процедури амністії.

На жаль, перші шість місяців (тобто з 16 вересня 2015 року по 16 березня 2016 року), протягом яких компанія мала змогу отримати дозвіл АМКУ постфактум з відносно невеликим штрафом у розмірі 700 євро (20 400 гривень) вже закінчились. Заяви про надання дозволу на концентрацію подані після цього (тобто після 16 березня 2016 й до 16 вересня 2016) будуть все ще підпадати під амністію, однак, штраф буде складати приблизно 3 500 євро (102 000 гривень). Після 16 вересня 2016 року процедура амністії вже не буде доступною. У зв'язку з цим, за здійснення транзакції без попереднього дозволу АМКУ, коли такий дозвіл був необхідним, накладатиметься штраф на підставі загальних положень, передбачених Рекомендаційними роз'ясненнями.

Висновки

2015 рік характеризується цілою низкою позитивних вдосконалень конкурентного законодавства України. На додаток до довгоочікуваних змін, що стосуються фінансових порогових показників, Верховна Рада України затвердила низку інших змін до Закону:

- *введення можливості попередніх консультацій з АМКУ.* До подачі заяви про надання дозволу на концентрацію, потенційні заявники можуть звернутися до АМКУ за консультацією з метою уточнення обсягу інформації та документів для подачі;

- *нова процедура подання пропозицій щодо зобов'язань та прийняття рішення з зобов'язаннями в ході розслідування в межах Стадії II.* У разі якщо АМКУ повідомить учасників концентрації про існування потенційних підстав для заборони концентрації, учасники можуть упродовж 30 календарних днів (з можливістю подовження цього строку) подати в АМКУ свої пропозиції щодо зобов'язань, які вони готові на себе взяти для усунення негативного впливу на конкуренцію;

- *вимога про надання інформації про кінцевих бенефіціарних власників учасників концентрації.* У разі неподання такої інформації, АМКУ відмовлятиме у розгляді заяви про надання дозволу на концентрацію;

- *підвищення збору за розгляд заяви про надання дозволу на концентрацію в чотири рази;*

- *публікація рішень, прийнятих АМКУ, з належним захистом конфіденційної інформації, що визначена такою учасниками концентрації.*

Всі зміни в конкурентному законодавстві України, які були окреслені вище, є частиною українських зобов'язань відповідно до Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС. Реалізація цих змін допоможе трансформувати АМКУ в сучасне європейське конкурентне відомство та реформувати процедуру контролю за економічними концентраціями відповідно до кращих практик

світу, з метою зменшення надмірного тиску на бізнес та здійснення ефективного контролю над ринками.

РОЗКРИТТЯ БАНКІВСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ НА ВИМОГУ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ

Автори:

Законодавство про захист економічної конкуренції передбачає обов'язок суб'єктів господарювання, зокрема банків, надавати на вимогу органу Антимонопольного комітету України (АМКУ, Комітет) інформацію, в тому числі ту, яка містить банківську таємницю.

Так, відповідно до статті 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», основним завданням названого АМКУ є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині, зокрема, здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

В сфері здійснення контролю за дотриманням конкурентного законодавства відповідно до приписів статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» АМКУ має повноваження, зокрема, при розгляді заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проведенні перевірки та в інших передбачених законом випадках вимагати від суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, їх посадових осіб і працівників, інших фізичних та юридичних осіб інформацію, в тому числі з обмеженим доступом.

Законодавством також визначено, що розпорядження, рішення та вимоги органу АМКУ, голови територіального відділення Комітету, вимоги уповноважених ними працівників

АМКУ, його територіального відділення в межах їх компетенції є обов'язковими для виконання у визначені ними строки, якщо інше не передбачено законом. Невиконання таких розпоряджень, рішень та вимог тягне за собою передбачену законом відповідальність (стаття 22 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»).

Статтею 22¹ Закону України «Про Антимонопольний комітет України» передбачено, що суб'єкти господарювання, інші юридичні особи, їх посадові особи та працівники зобов'язані **на вимогу органів Комітету подавати документи, предмети чи інші носії інформації, пояснення, іншу інформацію, в тому числі з обмеженим доступом та банківську таємницю, необхідну для виконання Комітетом, його територіальними відділеннями завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції.**

При цьому, пункт 13 частини першої статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визначає, що неподання інформації Комітету, його територіальному відділенню у встановлені органами АМКУ, головою його територіального відділення чи нормативно-правовими актами строки є одним з видів порушення законодавства про захист економічної конкуренції, наслідком чого є, як то передбачено частиною першою статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», накладення штрафу у розмірі до одного відсотка доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Оскільки, як відомо не вся інформація, якою володіють банки і пов'язана з їх клієнтами, є банківською таємницею, точне визначення банком характеру запитуваної Комітетом інформації дає можливість уникнути накладення АМКУ штрафу внаслідок неправомірної відмови в її наданні.

Визначення «банківської таємниці» наведене в частині першій статті 60 Закону України «Про банки і банківську

діяльність», відповідно до якої інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку, є банківською таємницею.

В силу ж частини другої статті 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність», банківською таємницею, зокрема, є:

1) відомості про банківські рахунки клієнтів, у тому числі кореспондентські рахунки банків у Національному банку України;

2) операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди;

3) фінансово-економічний стан клієнтів;

4) системи охорони банку та клієнтів;

5) інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи - клієнта, її керівників, напрями діяльності;

6) відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація;

7) інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню;

8) коди, що використовуються банками для захисту інформації.

Порядок розкриття банківської таємниці визначений статтею 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність», в пункті 3 частини першої якої зазначено, що інформація щодо юридичних та фізичних осіб, яка містить банківську таємницю, розкривається банками органам прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, АМКУ - на їх письмову вимогу стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи - суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу.

При цьому, вимога органу Комітету про надання інформації, яка містить банківську таємницю, має бути викладена на бланку встановленої форми і подана за підписом керівника

органу (або його заступника), скріпленого гербовою печаткою. Крім того, вона повинна містити передбачені Законом України «Про банки і банківську діяльність» підстави для отримання цієї інформації, а також посилання на норми закону, на підставі яких орган Комітету має право на отримання такої інформації (частина друга статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

З пункту 3 частини першої статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність» однозначно випливає, що даною правовою нормою встановлено вичерпний обсяг інформації, що містить банківську таємницю, яка розкривається комерційними банками на вимогу органів АМКУ, а саме встановлено обмеження по операціях за рахунками конкретної юридичної або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу.

Також, слід зауважити, що в силу імперативних приписів частини першої статті 56 Закону України «Про Національний банк України», **Національний банк видає нормативно-правові акти** з питань, віднесених до його повноважень (одним з таких нормативно-правових актів є Правила зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці), **які є обов'язковими для органів державної влади** і органів місцевого самоврядування, **банків**, підприємств, організацій та установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб.

Зокрема, відповідно до абзацу четвертого пункту 3.3 Правил зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці (які є нормативно-правовим актом НБУ), банк відмовляє в розкритті інформації, що містить банківську таємницю, якщо за своєю формою або змістом вимога відповідного державного органу не відповідає нормам частини другої статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Проте, це стосується лише витребування інформації, яка містить банківську таємницю. На іншу інформацію, яка є у розпорядженні банку, ці положення не поширюються.

Судова практика підтверджує, що неподання банком інформації на вимогу органу Комітету може розцінюватися як порушення конкурентного законодавства. Зокрема, у постанові від 22 жовтня 2013 року по справі № 918/137/13-Г Вищий господарський суд України дійшов висновку, що дії банку з ненадання інформації на вимоги органів АМКУ є порушенням законодавства з огляду на те, що банком не доведено належність затребуваної інформації до банківської таємниці у вигляді інформації про діяльність і фінансовий стан клієнта. Схожі позиції викладені у постановках ВГСУ від 28.10.2015 у справі № 910/2556/15-г та від 23.12.2015 у справі № 918/459/15.

Таким чином, відмова банку у наданні на вимогу органу Комітету запитованої інформації з посиланням на те, що вона містить банківську таємницю, може бути розцінена як правомірна лише у випадку, коли:

- інформація, яка запитується, містить банківську таємницю, але не підпадає під дію пункту 3 частини першої статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність»;
- вимога органу АМКУ про надання інформації, що містить банківську таємницю, оформлена з порушенням вимог, встановлених частиною другою статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

У інших випадках відмови банком у наданні органам АМКУ на їх вимогу інформації з посиланням на те, що така інформація містить банківську таємницю, банк має бути готовим довести це.

СТАТТЯ ДТЕК

ПОЛОЖЕННЯ ПРО ВІДСУТНІСТЬ КОНКУРЕНЦІЇ В УГОДАХ ЗЛИТТЯ І ПОГЛИНАННЯ: НАСЛІДКИ З ТОЧКИ ЗОРУ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Автори:

Тарас Думич, керуючий партнер, Wolf Theiss

Михайло Разуваєв, юрист, Wolf Theiss

26 січня 2016 року Верховна Рада України зробила довгоочікуваний та значний крок для вдосконалення правового регулювання у сфері контролю за концентраціями суб'єктів господарювання та прийняла Закон України (далі – "Закон № 935") про внесення змін до Закону України "Про захист економічної конкуренції" (далі – "Закон про захист конкуренції"). Закон № 935 вступає в силу 18 травня 2016 року.

Завдяки впровадженню дворівневого тесту для визначення необхідності одержання дозволу на концентрацію та спрощеної процедури розгляду заяв суб'єктів господарювання, а також підвищенню порогів щодо вартості активів та обсягу реалізації товарів, Закон № 935 суттєво зменшує регуляторне навантаження на суб'єктів господарювання та скорочує строки розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію. Очікується, що перш за все такі зміни будуть вигідними для учасників так званих 'foreign-to-foreign' трансакцій, де обидві сторони є нерезидентами. Закон № 935 можна вважати важливим кроком, який сприятиме покращенню загального сприйняття практики одержання дозволів на концентрацію в Україні, яка, як юрисдикція, до останнього часу вважалась однією із найскладніших у світі та розглядалася як перепона в міжнародних трансакціях злиття і поглинання.

Однак, деякі важливі питання все ж таки залишилися поза увагою законодавчих змін. Так, Закон № 935, на жаль, не врегульовує питання положень (договірних умов) про відсутність конкуренції у трансакціях злиття і поглинання та інших комерційних трансакціях. Тому метою цієї статті є аналіз правового регулювання, яке наразі застосовується до положень

про відсутність конкуренції в трансакціях злиття і поглинання, а також запропонувати рішення, яке могло б відповідати намірам сторін і вимогам чинного Закону про захист конкуренції.

Положення про відсутність конкуренції: правове регулювання в ЄС та Україні

Положення про відсутність конкуренції в комерційних договорах, зокрема тих, що використовуються в трансакціях злиття і поглинання, зазвичай спрямовані на захист покупця та його інвестицій від конкуренції зі сторони продавця. Положення про відсутність конкуренції допомагає покупцю досягти цілей трансакції та отримати всю цінність придбаного бізнесу та активів, які зазвичай включають як матеріальні, так і нематеріальні активи, зокрема, гудвіл.

Зазвичай стандартне положення про відсутність конкуренції передбачає, що сторони трансакції, включаючи їх пов'язаних осіб, зобов'язуються не конкурувати стосовно переданого бізнесу будь-де у світі, на території певних країн або інших територіях протягом розумного строку. Тим не менш, наслідки таких положень з точки зору антимонопольного законодавства не є повністю передбачуваними та потребують належної уваги, зокрема зі сторони покупців.

Практика ЄС

Антимонопольне законодавство ЄС містить концепцію "додатковості" ('concept of ancillarity'). Відповідно до цієї концепції обмеження, які безпосередньо стосуються та необхідні для здійснення концентрацій (так звані 'ancillary restraints', т.б. додаткові обмеження), не потребують окремої оцінки та отримання окремого дозволу на узгоджені дії, а покриваються дозволом на концентрацію. Так, згідно з Повідомленням Європейської Комісії щодо обмежень, які безпосередньо стосуються та необхідні для концентрацій ('Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations') (далі – "Повідомлення Комісії") всі договори, які втілюють головну мету концентрації, як ті, що пов'язані із продажем акцій або активів суб'єкта господарювання, є невід'ємною частиною концентрації. Якщо такі договори містять додаткові обмеження, то останні

автоматично дозволяються рішенням, яким надається дозвіл на концентрацію.

Повідомлення Комісії приділяє особливу увагу положенням про відсутність конкуренції. Воно встановлює, що зобов'язання щодо відсутності конкуренції, які покладаються на продавця в контексті передачі суб'єкта господарювання або його частини, можуть безпосередньо стосуватися та, більш того, бути необхідними для здійснення концентрації.

Повідомлення Комісії зокрема роз'яснює, що положення про відсутність конкуренції, які захищають покупця від конкуренції зі сторони продавця та гарантують передачу покупцеві всієї цінності переданих активів, не лише безпосередньо стосуються концентрації, але й є необхідними для її здійснення, та що без такого положення є достатні підстави вважати, що продаж суб'єкта господарювання або його частини не може бути здійснений. У зв'язку з цим більшість стандартних положень про відсутність конкуренції повинні автоматично покриватися та дозволятися рішеннями про надання дозволу на концентрацію.

Регулювання в Україні

На відміну від ЄС, в українському законодавстві не існує концепції "додатковості", і, на жаль, Закон № 935 також не запроваджує схожу концепцію. Таким чином, оцінка додаткових положень про відсутність конкуренції з боку українського законодавства та антимонопольного органу, Антимонопольного комітету України (далі – "АМКУ"), залишається незміною – як потенційно антиконкурентних узгоджених дій сторін трансакції, які вимагають окремого формального дозволу АМКУ.

Окрім того що Закон про захист конкуренції вимагає отримувати дозвіл на узгоджені дії окремо від дозволу на концентрацію, він встановлює ще й значно довший термін для розгляду заяв про узгоджені дії – до 3-х місяців (у порівнянні з одним місяцем для розгляду заяв про отримання дозволів на концентрацію). Хоча АМКУ і намагається розглядати заяви про отримання дозволів на узгоджені дії разом з заявами про отримання дозволу на концентрацію та надавати дозвіл на

узгоджені дії одночасно із дозволом на концентрацію, однак існують також випадки, коли розгляд заяв про надання дозволу на узгоджені дії займає більше часу ніж розгляд заяв про концентрацію.

Враховуючи вищезазначене, учасники концентрації повинні бути готовими до того, що положення про відсутність конкуренції в транзакціях злиття і поглинання можуть значно затримати процес отримання дозволів АМКУ в Україні і, як наслідок, затримати закриття транзакції на світовому рівні, що може зашкодити інтересам сторін. В той же час, існує практичне рішення, яке дозволяє уникнути вказаний часовий ризик та не відкладати закриття транзакції до отримання дозволу на узгоджені дії в Україні.

Закриття транзакції до отримання дозволу на узгоджені дії

Враховуючи обтяжливі вимоги українського антимонопольного законодавства, з метою не відкладати закриття на світовому рівні транзакції між нерезидентами з незначним її впливом на конкуренцію в Україні, іноді сторони транзакції виключають Україну з переліку територій, де вони вирішили не конкурувати. В такому випадку, подаючи заяву про надання дозволу на концентрацію, сторони зазвичай зазначають, що дозвіл АМКУ на узгоджені дії не вимагається, оскільки виконання такого положення про відсутність конкуренції жодним чином не вплине на конкуренцію на будь-якому ринку України.

Хоча на практиці такий підхід і може бути прийнятий АМКУ (і нам відомі такі випадки), ми все ж таки вважаємо таку позицію досить спірною та, можливо, навіть суперечливою та такою, що зашкоджує справжнім бізнес-інтересам і намірам сторін (тобто насправді сторони можливо б і хотіли включити Україну до переліку території, де вони погодилися не конкурувати). У зв'язку з цим, сторони можуть розглянути інший підхід, згідно з яким буде можливо закрити транзакцію до отримання дозволу на узгоджені дії та обґрунтувати таке закриття як таке, що відповідає вимогам українського антимонопольного законодавства.

Так, дозвіл на концентрацію та дозвіл на узгоджені дії (у формі положень про відсутність конкуренції) стосуються різних дій – концентрації (наприклад, придбання акцій/часток, активів, тощо) та домовленості сторін не конкурувати. Закон про захист конкуренції вимагає отримання дозволу саме для конкретних дій сторін, а не для укладення договору купівлі-продажу (далі – "Договір") як такого, чи включення до нього положень про відсутність конкуренції, чи власне факту підписання Договору. В такому випадку не повинно мати значення, чи такі дії передбачені одним і тим же Договором (як це часто буває). Так, рішення АМКУ стосовно положень про відсутність конкуренції зазвичай передбачають, що дозвіл надається на конкретні дії сторін – виконання положень Договору про відсутність конкуренції, і вказують, що дозвіл надано на "узгоджені дії у вигляді виконання положень Договору про відсутність конкуренції", а не на укладання Договору чи закриття трансакції.

Відповідно до Закону про захист конкуренції, у випадку відсутності дозволу на узгоджені дії щодо положень про відсутність конкуренції (тобто до моменту отримання такого дозволу), сторонам не дозволяється виконувати такі положення. Однак відсутність такого дозволу не забороняє сторонам здійснювати інші дії за Договором та зокрема закрити трансакцію (тобто здійснити концентрацію) за умови отримання відповідного дозволу на концентрацію.

До отримання дозволу на узгоджені дії фактичне конкурування є правом сторін трансакції, а не їх обов'язком. Більш того, варто зауважити, що активна конкуренція може навіть вважатися порушенням мети положення про відсутність конкуренції та відповідного наміру сторін за Договором. Таким чином, для сторін було б природнім просто утримуватися від конкуренції, проте після отримання дозволу на узгоджені дії сторони будуть зобов'язані уникати конкуренції.

При поданні відповідної заяви до АМКУ достатньо буде зазначити, що сторони виконуватимуть свої зобов'язання згідно з положенням про відсутність конкуренції лише після отримання відповідного дозволу. В такому випадку немає необхідності

додатково зазначати, що сторони утримуватимуться від конкуренції до отримання дозволу на узгоджені дії, оскільки це автоматично слідує із намірів сторін трансакції злиття і поглинання, як це зафіксовано у відповідних договорах.

До тих пір, поки Закон про захист конкуренції не буде далі реформовано з метою приведення його положень щодо узгоджених дій у відповідність до вимог та практики ЄС (сподіваємося, це незабаром відбудеться), запропонований підхід може допомогти уникнути ризику відкладання закриття трансакції у тих випадках, коли дозвіл на узгоджені дії не отримано одночасно з дозволом на концентрацію. Слідуючи вищезазначеному підходу, сторони трансакції злиття і поглинання матимуть можливість закрити трансакцію до отримання дозволу, не наражаючи себе на зайвий ризик порушення Закону про захист конкуренції.