

Амністія: великі ризики, великі можливості



Олена КРАВЦОВА, старший юрист
ECOVIS Бондар та Бондар

15.09.2015 Антимонопольний комітет України затвердив та опублікував на своєму офіційному сайті Рекомендаційні роз'яснення щодо порядку визначення розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції №16-пр (далі – *Рекомендаційні роз'яснення, Роз'яснення*).

Як свідчить досвід інших юрисдикцій, роз'яснення підходів до розрахунку штрафів антимонопольними органами є важливим інструментом забезпечення прозорості в діяльності конкурентних відомств. Отже, затвердження Роз'яснень щодо порядку визначення розміру штрафів Антимонопольним комітетом України (далі – *АМКУ, Комітет*) є важливим кроком на шляху до визначеності правового регулювання та застосування норм законодавства про захист економічної конкуренції з боку АМКУ.

Рекомендаційні роз'яснення АМКУ визначають основні підходи АМКУ при визначенні розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції та механізм «амністії» за концентрації, здійснені без дозволу АМКУ.

Варто зазначити, що виявлення АМКУ порушень у вигляді концентрації без відповідного дозволу, має наслідком не тільки накладення на учасників суттєвих штрафів, а також є підставою для оскарження в судовому порядку законності правочину, на підставі якого здійснена концентрація, скасування державної реєстрації змін до установчих документів, внесених за наслідками такої концентрації. Крім того, санкції з боку АМКУ можуть істотно зашкодити репутації бізнесу, особливо для компаній, що працюють з іноземними партнерами або за кордоном. З огляду на це, механізм «амністії» може стати ефективним інструментом для вирішення проблемних питань.

Так, компанія, виявивши, що вона була учасником концентрації (злиття, приєднання, набуття контролю,

створення суб'єкта господарювання та ін.), що відбулася без попереднього дозволу АМКУ, якщо отримання такого дозволу було необхідним, тепер може звернутися до АМКУ з заявою про надання дозволу на відповідну концентрацію постфактум. У випадку, якщо компанія звернеться до АМКУ протягом строку дії «амністії», а саме до 15.09.2016, Роз'ясненнями передбачається застосування символічних штрафів: у разі звернення до АМКУ до 15.03.2016 розмір штрафу становитиме 20 400 грн; у разі звернення до АМКУ з 15.03.2016 до 15.09.2016 розмір штрафу становитиме 102 тис. грн.

Прийняття АМКУ Рекомендаційних роз'яснень є вагомим подією в процесі наближення антимонопольного законодавства України до європейського законодавства. Проте, не зважаючи на загальний позитивний вплив, варто мати на увазі ризики, пов'язані з застосуванням нових підходів.

Насамперед, привертає увагу той факт, що Рекомендаційні роз'яснення не мають статусу нормативно-правового акту, не підлягають державній реєстрації та, відповідно, мають лише рекомендаційний характер. Згідно зі ст. 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – *Закон про захист конкуренції*) цей документ роз'яснює наявне регулювання, а не запроваджує нове. Це означає, що АМКУ залишив за собою право відступати від положень затверджених ним Рекомендацій та має можливість досить легко змінювати їх на власний розсуд.

Зупинимося детальніше на проблемних питаннях розгляду заяви про концентрацію в порядку амністії та деяких пов'язаних ризиках. На сьогодні ані Рекомендаційні роз'яснення, ані будь-який інший документ АМКУ не визначають процедуру подання заяви в порядку амністії, умови та порядок розгляду заяви. Наразі АМКУ не було анонсовано надання таких роз'яснень у майбутньому.

Крім того, Рекомендаційні роз'яснення не визначають строк розгляду такої заяви, а саме: чи буде така заява розглядатися як заява на концентрацію протягом стандартного 45-ти денного строку; чи, можливо, АМКУ запровадить спрощену процедуру; чи це буде розгляд справи про концентрацію протягом 3-х місяців; чи АМКУ буде розглядати таку заяву в межах непередбачуваного, як свідчить практика, строку розгляду справи про порушення законодавства. Останній варіант видається найменш привабливим для бізнесу. Зрозуміло, що здійснення концентрації без дозволу є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, що є підставою для початку розгляду справи. Прийняття АМКУ рішення про початок розгляду справи, означатиме для заявника не лише значне збільшення строку розгляду заяви, а і матиме наслідком проведення більш поглибленого дослідження діяльності заявника та всіх суб'єктів, пов'язаних з ним відносинами контролю, що несе ризик виявлення АМКУ інших порушень законодавства. Крім того, під час

розгляду справи про концентрацію АМКУ має дуже широкі повноваження, зокрема такі як вилучення доказів, накладення арешту на майно.

Одним з ризиків, пов'язаних з розглядом заяви на концентрацію в порядку амністії, є можливість заборони концентрації, здійсненої без дозволу АМКУ та настання пов'язаних з цим наслідків. Відповідно до п. 4.3 Положення про концентрацію, АМКУ приймає рішення про надання дозволу на концентрацію тільки за відсутності підстав для її заборони. Як правило, концентрація може бути заборонена АМКУ, якщо вона призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку або в значній його частині. У разі виявлення підстав для заборони концентрації, АМКУ розпочинає розгляд справи про концентрацію з метою проведення поглибленого дослідження. Якщо Комітет прийде до висновку, що концентрація підлягає забороні з вищезазначених причин, АМКУ може, але не зобов'язаний, попередньо повідомити про це заявника та надати йому можливість подати додаткові докази щодо відсутності негативних наслідків. Крім того, заявник має можливість запропонувати взяття на себе зобов'язань, виконання яких усуває монополізацію чи суттєве обмеження конкуренції на всьому ринку або в значній його частині. У такому випадку АМКУ може прийняти рішення про надання дозволу на концентрацію, зумовлене виконанням учасниками концентрації певних вимог і зобов'язань,





які усувають або пом'якшують негативний вплив концентрації на конкуренцію. Такі умови й зобов'язання можуть стосуватися, зокрема, обмеження щодо управління, користування чи розпорядження майном, а також зобов'язання суб'єкта господарювання здійснити відчуження майна.

Якщо АМКУ все ж таки забороняє концентрацію, то в рішенні про відмову можуть бути запропоновані дії, зобов'язання, за умови виконання яких Комітет матиме підстави для надання дозволу на концентрацію.

Крім цього, варто пам'ятати про право заявника на звернення з заявою про надання дозволу на концентрацію до Кабінету Міністрів України протягом 30-ти днів від дати прийняття АМКУ рішення, передбачене ст. 33 Закону про захист конкуренції. Надання КМУ дозволу на концентрацію також може бути зумовлене виконання певних вимог та зобов'язань з боку заявника.

У випадку, якщо дозвіл не буде отримано, як вже зазначалося вище, перед заявниками постає ризик оскарження правочину щодо здійснення концентрації та визнання його недійсним у судовому порядку.

Окремої уваги заслуговує питання розміру штрафів, що будуть застосовуватися АМКУ до заявників у порядку амністії, як у випадку надання дозволу, так і у випадку заборони концентрації. Варто враховувати п. 4 Роз'яснень, яким передбачено, що у виняткових випадках, у зв'язку з необхідністю забезпечити належний стримувальний ефект, штрафи можуть бути визначені в більшому розмірі, ніж передбачено Рекомендаційними роз'ясненнями, але, звичайно ж, у межах, визначених ч. 2, 5 ст. 52 Закону про захист конкуренції. АМК передба-

чив, що такі винятки можуть стосуватися вчинення порушень, які призвели до особливо негативних наслідків для конкуренції, інтересів інших суб'єктів господарювання, споживачів, можливостей органів Комітету виконувати покладені на них завдання.

Таким чином, насправді, заявники не мають гарантій ані щодо отримання дозволу на концентрацію, ані впевненості щодо розміру штрафу, який може бути накладений АМКУ.

Щоправда, Рекомендаційні роз'яснення містять ще одне обнадійливе положення для заявників, а саме, що звернення до початку розгляду справи про порушення за отриманням дозволу на концентрацію є пом'якшувальною обставиною, яка дає підстави АМКУ зменшити базовий розмір штрафу до 50% сукупно.

Стосовно можливості оскарження рішення АМКУ про заборону концентрації та /або накладення штрафу, варто зазначити наступне. Надзвичайно широка дискреція АМКУ щодо застосування роз'яснень, їх рекомендаційний, а не зобов'язальний характер, дещо обмежують перспективи судового оскарження рішення АМКУ.

Розглядаючи позов про визнання рішення АМКУ недійсним, суд не здійснює оцінку правомірності дії правопорушника щодо до якого прийняте відповідне рішення, а лише перевіряє наявність обставин, що можуть свідчити про прийняття оскарженого рішення з порушенням законодавства або компетенції АМКУ, оцінюючи процесуальні аспекти дії АМКУ, а не правомірність рішення по суті. Тобто суд здійснює оцінку рішення АМКУ з позиції дотримання норм законодавства, а не положень рекомендаційного характеру. Оскільки Роз'яснення не встановлюють нові підходи, а лише роз'яснюють наявне регулювання, наразі невідомо чи вважатиме суд цей документ джерелом права та чи буде на його підставі переглядати рішення АМКУ.

вання своїх вимог може бути засобом посилення позиції в суді. Гарантувати можливість ефективного застосування судами Роз'яснень при перегляді ними рішень АМКУ, що дозволить суду приймати рішення про зменшення або збільшення розміру штрафу, спираючись на затверджену методичку їх розрахунку, можна за умови надання Роз'ясненням статусу підзаконного нормативно-правового акту. Чи будуть реалізовані оголошені плани АМКУ щодо «тимчасовості» затвердження Роз'яснень та їх випробувального терміну дії протягом року та наступного їх затвердження в якості нормативно-правового акту, покаже час.

Враховуючи широкі повноваження АМКУ при визначенні розміру штрафу в межах, встановлених Законом України «Про захист економічної конкуренції», механізм «амністії» здається потенційно зручним інструментом для того, щоб закрити проблемні питання, а розміри штрафів, передбачені в межах «амністії», справді, вбачаються символічними для бізнесу. Важливим позитивним аспектом Рекомендаційних роз'яснень є також те, що АМКУ рекомендує задовольняти клопотання заявників щодо нерозповсюдження інформації про відповідні рішення, що дозволить уникнути негативно-го впливу на репутацію порушників.

З огляду на вищезазначене, процедура «амністії», запроваджена АМКУ, є нагодою для компаній легалізувати порушення з мінімальними фінансовими втратами та убезпечити себе від ризику виявлення порушення АМКУ і накладення значних штрафів у майбутньому. Проте, під час прийняття рішення щодо подання заяви в порядку амністії, варто зважено та відверто оцінити всі пов'язані з цим загальні та індивідуальні ризики.

Процедура «амністії» є нагодою для компаній легалізувати порушення з мінімальними фінансовими втратами та убезпечити себе від ризику виявлення порушення АМКУ