

**ПРОЕКТ
РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ
щодо застосування положень частин другої та п'ятої
статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин
першої та другої статті 21 Закону України «Про захист
від недобросовісної конкуренції»**

1. Ці Рекомендаційні роз'яснення надано відповідно до частини шостої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі – Закон) з метою однакового застосування норм положень частин другої та п'ятої статті 52 Закону та статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» в частині підходів до визначення розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції (надалі – порушення).

Ці Рекомендаційні роз'яснення розкривають підходи органів Антимонопольного комітету України при визначенні розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції з метою забезпечення правової визначеності та передбачуваності застосування зазначених положень Законів.

[Коментар: Напевно, перший абзац визначає правові підстави надання Рекомендаційних роз'яснень і дозволяє уникнути характерної для української правової дійсності суперечки щодо їх статусу як нормативно-правового акту і правоможності АМКУ його видавати. Очевидно, що фраза «з метою однакового застосування» може тлумачитися так, що спрямована також і на забезпечення правової визначеності і передбачуваності застосування відповідних положень законодавства. Тим не менше, пропонуємо в преамбулі цю мету надання Роз'яснень як публічного документу спеціально відобразити і доповнити запропонованим другим абзацом]

I. Загальні підходи.

2. Органи Антимонопольного комітету України (надалі – Комітет) своїм рішенням накладає накладають штрафи на юридичних осіб, фізичних осіб, групи суб'єктів господарювання – юридичних та/або фізичних осіб, що відповідно до статті 1 Закону визнаються суб'єктом господарювання, у випадках, передбачених статтею 52 Закону.

3. Під час розрахунку розміру штрафів за порушення Комітет керується засадами ~~правової визначеності~~ пропорційності, недискримінаційності та розумності:

~~- правова визначеність означає забезпечення передбачуваності застосування правових норм, які встановлюють санкції за неправомірну поведінку шляхом визначення критеріїв, які дають змогу чітко відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, та передбачати її юридичні наслідки;~~

[Коментар: правова визначеність і передбачуваність застосування відповідних положень законодавства, скоріше, забезпечується самим роз'ясненням підходів АМКУ, ніж є засадами, якими органи АМКУ керуються при розрахунку розміру штрафу. Напевно, більш коректним буде згадати про правову визначеність у преамбулі Роз'яснень]

~~- пропорційність передбачає співрозмірність розміру санкцій, які переслідують ціль не лише покарання за вчинене правопорушення, але й стримування від вчинення чи продовження таких порушень, з цілями, що переслідуються їх застосуванням, та з масштабом та характером порушення що означає дотримання справедливого балансу між характером порушення, його наслідками (можливими наслідками) і санкцією;~~

[Коментар: пропонуємо доопрацювати редакційно, оскільки визначення принципу виглядає досить складним, а складові його змісту визначаються по різному в першій

частині абзацу та в уточненні до неї («що означає ...») . Крім того, окремий акцент на принципі розумності (нижче) вимагає більш чіткого розмежування змісту цих принципів]

- недискримінаційність означає неможливість неприпустимість застосування до суб'єктів господарювання різних підходів у аналогічних випадках;

[**Коментар:** здається, слово «неприпустимість» більш точно характеризує зміст правового принципу, в той час як слово "можливість/неможливість" пов'язано зі здатністю, наявністю умов для певних дій]

- розумність означає, що розмір штрафу має визначатися з урахуванням значення фактичних обставин кожного випадку для забезпечення відповідати меті попередження порушень і не порушувати справедливого балансу між публічними інтересами та правами і свободами учасників правовідносин. економічних інтересів виробників і споживачів та не завдавати шкоди конкуренції.

~~Застосування штрафних санкцій не повинно призводити до позбавлення суб'єкта господарювання можливості конкурувати або до неможливості задоволення споживчого попиту.~~

[**Коментар:** 1. В запропонованій у проекті редакції принцип розумності майже збігається з принципом пропорційності, до якого лише додається необхідність врахування вказаних фактичних обставин. Загалом, принцип пропорційності у цих роз'ясненнях набуває втілення у загальній моделі розрахунку штрафу від задіяного у порушенні обороту на території України, із його корегуванням з огляду на пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, в той час як принцип розумності, фактично, є поправкою, уточненням до принципу пропорційності і вказує на необхідність, все ж таки, слідуванню в окремих випадках правилу здорового глузду (rule of reason), ідеям справедливості, розсудливості, балансу інтересів усіх учасників правовідносин, а не лише прописаному алгоритму розрахунку штрафу, якщо механічне слідування загальній моделі у певній ситуації не забезпечує дотримання духу принципу пропорційності, або є інші суттєві обставини, що мають бути враховані з огляду на публічні (не плутати з державними) інтереси. Що стосується переліку обставин, що при цьому мають враховуватись, то він у проекті, на наш погляд, не є вичерпним і стосується лише економічної неспроможності сплатити розрахунковий штраф чи недоцільності накладення високого штрафу внаслідок того, що він негативно позначиться на добробуті споживачів, – обставин, що мають вектор на зниження розміру штрафу (що, до речі, не зовсім корелюється з першим реченням про забезпечення мети попередження порушень). Насправді, таких обставин, що викликать необхідність відхилення у бік зменшення чи збільшення розрахованого за загальною моделлю базового розміру штрафу, або взагалі відхилення від моделі розрахунку базового розміру штрафу, може бути значно більше і всі їх неможливо передбачити і перелічити у цьому документі. У зв'язку з цим, пропонуємо принцип розумності розкрити ширше, зробивши акцент на тому, що для забезпечення справедливого балансу між цілями застосування штрафу та його розміром вирішальне значення має врахування фактичних обставин, а невичерпні приклади, коли такі відхилення можливі, навести окремо (або в пункті 4 або окремими абзацами в пункті 3), в тому числі приклади, коли можливе збільшення розрахованого розміру штрафу. Наведення таких прикладів є важливим і корисним як для кращого розуміння сутності принципу, так і для забезпечення більшого рівня прозорості його застосування у певних випадках).

2. Мета санкцій викладена тут звужено, порівняно з її викладенням вище, а знову повністю повторювати її тут вважаємо недоцільним.]

4. У виключних випадках у зв'язку з необхідністю забезпечити єстримування досягнення цілей застосування штрафів, вони можуть бути визначені у більшому розмірі, ніж розрахований у загальному порядку. Це стосується, зокрема, вчинення порушень, що особливо негативно призвели до особливо негативних наслідків для конкуренції, або внаслідок яких впливають на конкуренцію, на інтереси інших суб'єктів господарювання, споживачів, або на можливості органів Комітету виконувати покладені на них завдання, штраф може бути накладено у розмірах вищих, ніж рекомендується цими Роз'ясненнями, але в межах, визначених частинами другою та п'ятою статті 52 Закону. Встановлення штрафів у таких розмірах має бути обґрунтовано у відповідному рішенні органу Комітету.

[Коментар: в цілому, можливість впливу на конкуренцію, в першу чергу, характеризується видом порушення, що класифікуються далі за тяжкістю. Напевно, тут має йтися про "наслідки порушення"].

Розмір штрафу може бути збільшений з метою забезпечення цілей його застосування. Наприклад, якщо українська частка обороту порушника може бути дрібною або її може не бути взагалі (наприклад, у міжнародному картелі про розподіл ринків), або частка обороту відповідного товару у порушника в обсязі інших його продажів на території України є надзвичайно дрібною, внаслідок чого штраф, розрахований на основі задіяного у порушенні товару в Україні не матиме належного карального та стримуючого ефекту. Те саме може бути у випадку, коли порушення вчинено на ринку певного товару, проте вигоди від такого порушення отримуються на інших і значно більших ринках (наприклад, у випадку обмеження доступу до ресурсів, інфраструктури тощо). В подібних випадках дотримання принципу пропорційності може потребувати відхилення від загальної моделі розрахунку базового розміру штрафу і врахування відповідного обороту за межами України, або ж врахування відповідного обороту порушника на ринках вниз чи вгору за течією, або також на інших товарних ринках, або ж збільшення розрахованого на її основі розміру штрафу.

Застосування штрафних санкцій не повинно призводити до позбавлення суб'єкта господарювання можливості конкурувати або до неможливості задоволення споживчого попиту, і органи Антимонопольного комітету України, у разі підтвердження таких негативних наслідків, можуть відповідним чином зменшити розмір розрахованого штрафу.

[Коментар: Здається, що наведені у пункті 4 проекту Роз'яснень випадки цілком вписуються в принцип розумності, описаний у пункті 3, в той же час, вказані в пункті 4 обставини виглядають досить нечіткими, допускаючи надзвичайно широке їх тлумачення. Пропонуємо цей пункт виключити як окремий пункт, а обставини, що можуть бути розкриті більш детально, включити як приклади до пункту 3, або в цілому пункт 4 зробити продовженням пункту 3]

5. Визначення розміру штрафу здійснюється у два етапи:

- на першому етапі визначається базовий розмір штрафу для кожного відповідача;
- на другому етапі цей розмір коригується з урахуванням обтяжуючих та пом'якшуючих обставин.

Розмір накладеного штрафу не може перевищувати меж, визначених у частинах другій та п'ятій статті 52 Закону.

II. Визначення базового розміру штрафу

6. Під час визначення базового розміру штрафів органами Комітету рекомендується брати до уваги:

розмір доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) та/або розмір скорочення витрат, отримані у зв'язку з порушенням на відповідній території в межах України за час тривання порушення;

тяжкість порушення;

необхідність забезпечення стримуючого ефекту.

[Коментар: термін «розмір скорочення витрат» досить невизначений і може мати різне тлумачення. До того ж, його застосування може виявитися неефективним для забезпечення принципу пропорційності, оскільки штраф у розмірі 45% від зменшеного обороту внаслідок зниження, наприклад на 50%, закупівельних цін, не нівелює вигоди, які отримує монополіст або картель покупців від такого зниження ціни. Що стосується ринків придбання, то, можливо, доцільно застосувати інший підхід – визначати розмір штрафу від обороту пов'язаного товару на ринку вниз за течією, оскільки, зокрема, монополісна рента утворюється, врешті-решт, після продажу такого пов'язаного товару]

7. Як час тривання порушення рекомендується визначати час від моменту фактичного початку дій/бездіяльності, визнаних порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, до моменту їх добровільного припинення, зазначеного у рішенні органу Комітету, або до моменту прийняття рішення у справі притягнення до відповідальності.

[Коментар: момент притягнення до відповідальності може мати різне тлумачення, і може вважатись таким, що починається з моменту направлення попередніх висновків у справі, якщо враховувати аналогію з кримінальною відповідальністю]

8. Розмір доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) визначається на підставі будь-якої інформації, яка є належною і достовірною. Зокрема, можуть бути використані:

- статистична інформація;
- адміністративні _____ дані;
- фінансова та податкова звітність, дані бухгалтерського обліку;

- відомості про діяльність суб'єктів господарювання, отримані від них органами Комітету.

9. Виходячи з наведеного, рекомендується встановлювати наступні базові розміри штрафів.

9.1. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як найбільша, є порушення у вигляді горизонтальних антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, передбачених пунктами 1, 2, 3 та 4 частини другої статті 6 Закону, що є картелями (змови про фіксування цін, про розподіл ринків, обсяги виробництва, придбання або продажу, а також про умови участі в конкурсних процедурах закупівлі/продажу).

[Коментар: навряд чи вертикальні узгоджені дії, що також підпадають під положення пункту 1 статті 6, або угоди про спеціалізацію, спільні розробки тощо, що можуть також підпадати під пункт 2 статті 6, слід розглядати як особливо тяжкі. До того ж, поняття «картель» є вже усталеним і визначеним в теорії конкурентного права і міжнародній практиці і немає причин його не застосовувати, тим більше, що воно в реальності вживається досить часто, в тому числі самим АМКУ, проте внаслідок невизначеності його в документах АМКУ, так само часто неправильно, розширено тлумачиться і спотворює його дійсний зміст.]

У випадку вчинення таких порушень базовий розмір штрафу визначається у розмірі **45 відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) та/або розміру скорочення витрат, отриманих у зв'язку з порушенням, але не більше **6,7 відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф, чи потрібного розміру незаконно одержаного прибутку, передбачених абзацом другим частини другої статті 52 Закону.

[Коментар: Пропонуємо базовий розмір штрафу за узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів тощо визначати як кратний розмір до очікуваної вартості предмету торгів, аукціонів тощо]

9.2. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як значна, є інші порушення, передбачені пунктом 1 статті 50 Закону, а також порушення, передбачені пунктами 2 і 4 статті 50 Закону.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктом 1 статті 50 Закону, тяжкість яких визначається як значна, базовий розмір штрафу визначається у розмірі **30 відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) та/або розміру скорочення витрат, отриманих у зв'язку з порушенням, але не більше **6,7 відсотка** доходу

(виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 2, 4 статті 50 Закону, ~~тяжкість яких враховується як значна~~, базовий розмір штрафу визначається у розмірі **15 відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) та/або розміру скорочення витрат, отриманих у зв'язку з порушенням, але не більше **6,7 відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

[Коментар: вказані порушення вже визначені як порушення значної тяжкості в абзаці першому пункту 9.2, а існуюче в цьому абзаці уточнення дозволяє вважати, що не всі ці порушення можуть бути порушеннями значної тяжкості, проте критерії її оцінки не наведені]

У випадку, якщо порушення, ~~передбачене пунктом 2 статті 50 Закону~~ призвело або могло призвести до недопущення, усунення, обмеження конкуренції не лише на ринку, на якому мали місце дії (бездіяльність) порушника, а й на іншому пов'язаному з ним ринку, базовий розмір штрафу визначається в розмірі **15 відсотків** від суми:

доходу (виручки) порушника від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), отриманого у зв'язку з порушенням, та

доходу (виручки) порушника від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) на ринку, на якому внаслідок порушення відбулося чи могло відбутися недопущення, усунення, обмеження конкуренції, за час тривання порушення, але не більше **6,7 відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

[Коментар: такі наслідки можуть мати місце не лише у випадку зловживань домінуючим становищем, але й при інших порушеннях, тому пропонуємо виключити посилання на пункт 2 статті Закону та винести це питання окремим абзацом в пункт 6]

9.3. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як середня, є порушення, передбачені пунктами 5, 8, 10, 11, 12 та 19 статті 50 Закону, а також статтями 1, 4 - 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктом 8 статті 50 Закону, а також статтями 1, 4 - 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» базовий розмір штрафу визначається у розмірі 5 відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) та/або розміру скорочення витрат, отриманих у зв'язку з порушенням, за час тривання порушення, але не більше 3,35 відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

[Коментар: 1. Пропонуємо поширити ці роз'яснення також на порушення за пунктом 5 статті 50, який не згадується у проекті Роз'яснень]

2. Накладення штрафів за недобросовісну конкуренцію, враховуючи специфіку таких порушень, зокрема, іншу їх правову та економічну природу, приватно-правовий, а не публічно правовий характер таких порушень (окрім статті 15-1 та 19), що такі порушення часто можуть бути пов'язані не з ринком і товаром, а загалом з суб'єктом господарювання та його діяльністю на багатьох ринках (дискредитація, поширення інформації, що вводить в оману. У практиці часто зустрічаються такі порушення: «соціальна аптека», «краща мережа супермаркетів», «ми перевіряємо 3000 цін конкурентів, тому в нас дешевше» і т.д.). За запропонованого підходу базовий штраф часто буде становити 3,5% від загального обороту порушника як за публічно-правові, так і приватно правові конфлікти, що може часто не відповідати принципу пропорційності. З цих же причин навряд чи є підстави всі види недобросовісної конкуренції розглядати лише як порушення середньої тяжкості і застосовувати до них однаковий підхід. Крім того, пропорційність покарання в окремих випадках недобросовісної конкуренції може мати більший зв'язок з вигодами від порушень, ніж у випадках обмежувальних практик, наприклад, у випадку «вдалої» недобросовісної реклами оборот може суттєво зрости, що, можливо, потребуватиме врахування не 5% від такого обороту при визначенні розміру штрафу, а значно більше, як, наприклад, це передбачено у законодавстві про захист прав споживачів. У зв'язку з цим, враховуючи зобов'язання термінового оприлюднення цих

Роз'яснень, пропонуємо на цьому етапі не фіксувати як загальний підхід до всіх видів недобросовісної конкуренції взяття за основу такого високого відсотку обороту, а закріпити загальний підхід на основі принципів пропорційності і розумності, про що вказати у пункті 3 або 4, для того, щоби забезпечити достатню гнучкість підходів при визначенні розмірів штрафів. В подальшому, з напрацюванням таких підходів, висвітлити їх у цих Роз'ясненнях].

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 11, 19 (якщо строк виконання відповідних вимог і зобов'язань не був визначений у рішенні органу Комітету) статті 50 Закону базовий розмір штрафу визначається у розмірі 5 відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) порушника на ринку, на якому відбулося порушення, за час тривання порушення, але не більше 3,35 відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 10, 12, 19 (якщо строк виконання відповідних вимог і зобов'язань був визначений у рішенні органу Комітету) статті 50 Закону базовий розмір штрафу визначається у розмірі 5 відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) порушника на ринку, на якому відбулося порушення, за час від вчинення порушення до звернення до органу Комітету із заявою про надання відповідного дозволу або усунення наслідків порушення в іншій спосіб, або, в інших випадках – за останній звітний рік, що передує року, в якому накладається штраф, але не більше 3,35 відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

9.4. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як помірна, є порушення, передбачені пунктами 9, 13, 14, 15, 16, 17 та 18 статті 50 Закону.

У випадку вчинення порушень, тяжкість яких враховується як помірна, базовий розмір штрафу визначається у розмірі 8 тисяч неоподатковуваних мінімумів громадян, але не більше 0,67 відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Якщо вчинення порушень, передбачених пунктами 13 – 16, ~~18~~ статті 50 Закону, не створило суттєвих перешкод діяльності органів Комітету, в якості базового розміру штрафу визначається сума, що дорівнює 1600 неоподаткованим мінімумам доходів громадян.

[Коментар: 1. Запропонована градація формальних порушень здається зайвою, оскільки важко об'єктивно оцінити і визначити «суттєвість» перешкод. За вчинення передбачених пунктами 13 - 16 статті 50 Закону дій не передбачається можливості звільнення від відповідальності внаслідок «дріб'язковості», відтак всі такі порушення вважаються досить серйозними. Крім того, запропонований підхід стимулює розглядати будь-які конфлікти під час перевірок як порушення, навіть якщо вони не створили «суттєвих» перешкод. Здається, в цих випадках корегування розміру штрафу здійснювати потрібно з огляду на фактичні обставини вчинення порушення.

2. Також пропонуємо вилучити посилання на пункт 18 статті 50 Закону, оскільки таке порушення за своїм характером навряд чи може створювати перешкоди органам АМКУ]

10. У разі, якщо суб'єкти господарювання, які вчинили порушення, передбачені пунктом 12 статті 50 Закону, звернулися до Комітету із заявою про надання дозволу на відповідну концентрацію протягом шести місяців з дня оприлюднення цих Рекомендаційних роз'яснень на офіційному WEB-сайті Комітету, для них рекомендується визначати розмір штрафу у 1200 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, у випадку якщо зазначені суб'єкти господарювання звернулися до Комітету із відповідною заявою протягом наступних шести місяців, для них рекомендується визначати розмір штрафу у 6000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, якщо з урахуванням базового розміру штрафу, розрахованого відповідно до пункту 9.3, штраф не є меншим. В інших випадках

вчинення порушень, передбачених пунктом 12 статті 50 Закону, розмір штрафу рекомендується визначати на основі базового розміру, розрахованого відповідно до абзацу четвертого пункту 9.3 цих Роз'яснень.

III. Врахування пом'якшуючих та обтяжуючих обставин.

[Коментар: Пропонуємо визначити більший рівень прозорості застосування обтяжуючих та пом'якшуючих обставин. Наприклад, для обтяжуючих обставин, чи окремих з них, можна було би передбачити, наприклад, збільшення штрафу до 10% від його базового розміру. Що стосується пом'якшуючих обставин, то для тих з них, до яких заохочується порушник, доцільно також визначити більш чіткі орієнтири, які б дозволяли порушнику оцінити переваги їх застосування (відповідні пропозиції надаються нижче)]

11. Рекомендується збільшувати базовий розмір штрафу у випадку наявності доведеності наступних обтяжуючих обставин:

[Коментар: 1. Пропонуємо як і у випадку застосування пом'якшуючих обставин вказати про необхідність їх підтвердження відповідними доказами]

- неодноразове повторне протягом 3 років вчинення (або продовження вчинення) порушення того ж виду протягом 3 років після притягнення суб'єкта господарювання, об'єднання, до відповідальності за аналогічне порушення;

[Коментар: Доцільно визначити, що означає «порушення того ж виду». Навряд чи картель та вертикальні узгоджені дії доцільно вважати порушеннями одного виду]

- ~~тривалість порушення понад 1 рік;~~

[Коментар: Пропонуємо вилучити, оскільки базовий розмір штрафу вже враховує тривалість порушення, тобто визначається на підставі доходу за всі роки порушення. Це відповідає і підходам Комісії ЄС]

- ініціювання дій (бездіяльності), що містять ознаки порушення, чи керівництво ними;
- створення перешкод у розслідуванні справи про порушення, крім випадків, передбачених пунктом 16 статті 50 Закону.

12. Рекомендується зменшувати базовий розмір штрафу у випадку надання доказів **існування наступних пом'якшуючих обставин:**

- ~~самостійне—добровільне~~ припинення відповідачем дій (бездіяльності), що містять ознаки порушення, до прийняття відповідного рішення, попереднього рішення органу Комітету;
- відшкодування ~~збитків шкоди, завданих~~ завданої порушенням, чи усунення наслідків порушення в інший спосіб до прийняття відповідного рішення органу Комітету;

[Коментар: Пропонуємо конкретизувати цю обставину з метою забезпечення ефективного стимулювання порушника до такого відшкодування. Наприклад, розмір штрафу зменшуватиметься на величину відшкодуваної шкоди (оскільки відшкодування в судовому порядку здійснюється в подвійному розмірі, це може стимулювати порушника до добровільного її відшкодування. Якщо застосування цієї обставини залишатиметься непрозорим і вигоди для порушника сумнівними, порушникам важко буде визначитися з доцільністю такого відшкодування]

- усунення за власною ініціативою умов, що сприяли вчиненню порушення;
- ~~надання доказів щодо~~ вчинення порушення внаслідок недбалості

[Коментар: 1. Про надання доказів вже вказано в абзаці першому пункту 12.

2. Недбалість, як ознака суб'єктивної сторони правопорушення, не є характерною для правозастосування в Україні і може викликати як доктринальні спори, так практичні труднощі в оцінці такої форми вини]

- фактичне недотримання учасником узгоджених дій їх умов та наявність доказів, що суб'єкт господарювання фактично конкурував на ринку (до 5 відсотків від розміру базового штрафу);

- співпраця під час розгляду справи з органами Комітету, що сприяла повному з'ясуванню обставин справи, зокрема, виявленню фактів, відомості про які органами Комітету не запитувалися, або виявленню інших порушень законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі вчинених іншими особами (до 15 відсотків від розміру базового штрафу);

[Коментар: Обмеження можливості застосування цієї обставини сприянням «повному» з'ясуванню обставин породжує ризик її незастосування взагалі, а з урахуванням невизначеності переваг від її застосування не стимулюватиме порушників до такої співпраці]

- вчинення порушення внаслідок впливу органу виконавчої влади, органу місцевого самоврядування, органу адміністративно-господарського управління та контролю або іншого суб'єкта господарювання, в економічній залежності від якого знаходився порушник;
- добровільне звернення до початку розгляду справи про порушення за отриманням дозволу суб'єктом господарювання на концентрацію у разі вчинення порушення, передбаченого пунктом 12 статті 50 Закону (зменшення штрафу на 30% від його базового розміру)

[Коментар: 1. Мета запровадження цієї обставини може полягати не лише у врахуванні поведінки порушника (як, наприклад, у випадку недбалості порушення), а в стимулюванні до таких дій, тому стимулювання доцільно зробити ефективно прогнозованими, інакше воно може не працювати.

2. З метою посилення стимулів (а фактично, усунення антистимулів) для добровільного повідомлення АМКУ про здійсненні з порушенням конкуренційного законодавства концентрації, пропонуємо розглянути можливість не здійснювати публікацію інформації про ці порушення (без обмеження права доступу до такої інформації як публічної у випадку відповідних запитів).

3. З метою стимулювання суб'єктів господарювання до впровадження внутрішніх механізмів запобігання порушенням, реалізуючи одну з важливих функцій АМКУ – адвокатування конкуренції, пропонуємо також розглянути в найближчій перспективі можливість застосування як пом'якшуючої обставини існування у суб'єкта господарювання фактично діючої програми антимонопольного комплаєнсу. Досвід інших країн свідчить про можливість і актуальність саме такого методу стимулювання впровадження компаніями програм дотримання конкуренційного законодавства. Зокрема, такий підхід застосовується у Франції, Великобританії, Італії, Канаді, Австралія, Сінгапурі. Розвиток інструментів саморегуляції компаній та підвищення культури конкуренції можуть суттєво заощаджувати обмежений адміністративний ресурс при виконанні завдання запобігання порушенням конкурентного законодавства. Бізнес демонструє готовність впроваджувати програми антимонопольного комплаєнсу, проте відсутність достатніх стимулів для цього не сприяє поширенню такої практики, а невизначеність ставлення АМКУ до таких програм іноді навіть стримує такі проконкурентні наміри.

Сам по собі факт наявності програми антимонопольного комплаєнсу ще не повинен автоматично розглядатися АМКУ як пом'якшуюча обставина. Для того, щоб АМКУ розглянув програму антимонопольного комплаєнсу у якості пом'якшуючої обставини, від компанії необхідно отримати докази як належного формального впровадження такої програми (документального врегулювання її необхідних складових), так і фактичного її функціонування, зокрема, підтвердження запобігання прийняттю інших рішень, що могли призвести чи мали ризики вчинення інших порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Зокрема, для цього має бути підтверджено, наприклад:

- систематичність роботи про забезпечення обізнаності працівників про вимоги законодавства про захист економічної конкуренції та оцінку можливих ризиків, в тому числі завдяки проведенню тренінгів з дотриманням такої програми;
- залучення керівництва компанії у реалізацію програми антимонопольного комплаєнсу, в тому числі завдяки запровадженню стимулів для дотримання працівниками програми антимонопольного комплаєнсу, попередження, своєчасного виявлення та усунення порушень вимог програми антимонопольного комплаєнсу, а також встановлення дисциплінарних санкцій за порушення програми антимонопольного комплаєнсу].

13. Визначений пунктом 12 перелік пом'якшуючих обставин не є вичерпним, залежно від обставин справи можуть бути враховані інші пом'якшуючі обставини, про що зазначається у рішенні у справі.

14. Під час визначення остаточного розміру штрафу органи Комітету мають враховувати всі істотні обставини справи про порушення.

Голова Комітету

Ю.О. ТЕРЕНТЬЄВ