

Окремі положення Висновку	Коментарі Асоціації правників України
---------------------------	---------------------------------------

**Коментарі  
Асоціації правників України**

**до висновку щодо відповідності зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції та праву Європейського Союзу (acquis ЄС)  
Проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення  
діяльності Антимонопольного комітету України» р. № 5431**

**Висновок Віце-прем'єр-міністра України від 19.08.2022 за посиланням: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1474841>**

## КОНОДАВСТВО ЄС

## Ст. 8 Директиви 2019/1

## Requests for information

Member States shall ensure that national administrative competition authorities may require undertakings and associations of undertakings to provide all necessary information for the application of Articles 101 and 102 TFEU within a specified and reasonable time limit. Such requests for information shall be proportionate and not compel the addressees of the requests to admit an infringement of Articles 101 and 102 TFEU. National competition authorities shall also be empowered to require any other natural or legal persons to provide information that may be relevant for the application of Articles 101 and 102 TFEU within a specified and reasonable time limit.

## П. 14 преамбули Директиви 2019/1

The exercise of the powers, conferred by this Directive on NCAs, including the investigative powers, should be subject to appropriate safeguards which at least comply with the general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in accordance with the case law of the Court of Justice of the European Union, in particular in the context of proceedings which could give rise to the imposition of penalties. These safeguards include the right to good administration and the respect of undertakings' rights of defence, an essential component of which is the right to be heard. In particular, NCAs should inform the parties under investigation of the preliminary objections raised against them under Article 101 or Article 102 TFEU in the form of a statement of objections or a similar measure prior to taking a decision finding an infringement, and those parties should have an opportunity to make their views on those objections known effectively before such a decision is taken. Parties to whom preliminary objections about an alleged infringement of Article 101 or Article 102 TFEU have been notified should have the right

## Коментарі

- Положення ст. 22-1 Законопроекту не можуть вважатись такими, що необхідною мірою відповідають **acquis ЄС**

Положення ст. 22-1 Законопроекту закріплюють повноваження АМКУ витребувати інформацію у фізичних та юридичних осіб, однак у Директиві Парламенту і Ради ЄС 2019/1 це повноваження не обмежується лише його наданням як такого, а й включає одночасне врегулювання нерозривно пов'язаних з ним підстав і умов його реалізації.

Так, зокрема, ст. 8 та п. п. 32 та 35 Преамбули Директиви 2019/1 визначає цілі, підстави, межі і обсяг повноваження з витребування інформації національними конкуренційними відомствами (далі – «НКВ»), аналогічно ці питання врегульовані Регламентом Ради ЄС 1/2003 щодо повноваження Комісії ЄС витребувати інформацію:

## Директива 2019/1:

- «НКВ повинні мати можливість вимагати розкриття інформації, яка може дозволити їм розслідувати передбачувані порушення» (п. 35 Директиви Парламенту і Ради ЄС 2019/1);
- «Це право не повинно призводити до виникнення у суб'єктів господарювання або їх об'єднань зобов'язань, які є непропорційними цілям розслідування... вимоги повинні мати розумний обсяг» (п. 35 Директиви Парламенту і Ради ЄС 2019/1).

to access the relevant case file of NCAs, to be able to exercise their rights of defence effectively. The right to access the file should be subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets and should not extend to confidential information and internal documents of, and correspondence between, the NCAs and the Commission. Moreover, for decisions of NCAs, in particular those decisions finding an infringement of Article 101 or Article 102 TFEU, and imposing remedies or fines, the addressees should have the right to an effective remedy before a tribunal, in accordance with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Such decisions should be reasoned so as to allow addressees of such decisions to ascertain the reasons for the decision and to exercise their right to an effective remedy. Moreover, in accordance with the right to good administration, Member States should ensure that, when applying Articles 101 and 102 TFEU, NCAs conduct proceedings within a reasonable timeframe, taking into account the specificities of each case. The design of those safeguards should strike a balance between the respect of the fundamental rights of undertakings and the duty to ensure that Articles 101 and 102 TFEU are effectively enforced.

### П. 32 преамбули Директиви 2019/1

To be effective, the power of national administrative competition authorities to carry out inspections should enable them to access information that is accessible to the undertaking or association of undertakings or person subject to the inspection and which is related to the undertaking or the association of undertakings under investigation. **This should necessarily include the power to search for documents, files or data on devices which are not precisely identified in advance.** Without such power, it would be impossible to obtain the information necessary for the investigation where undertakings or associations of undertakings adopt an obstructive attitude or refuse to cooperate. The power to examine books or records should cover all forms of correspondence, including electronic messages, irrespective of whether they appear to be unread or have been deleted.

### П. 35 преамбули Директиви 2019/1

- «...НКВ можуть вимагати у суб'єктів господарювання або їх об'єднань надати всю необхідну інформацію у чітко визначений та розумний період для застосування статей 101 і 102 ДФЄС. Такі вимоги про надання інформації повинні бути пропорційними і не повинні примушувати адресатів вимог визнавати порушення статей 101 і 102 ДФЄС». (ст. 8 Директиви Парламенту і Ради ЄС 2019/1)

#### Регламент Ради ЄС 1/2003:

- «Надсилаючи прості вимоги про надання інформації суб'єктам господарювання або їх об'єднанням, Комісія повинна зазначати юридичні підстави і мету вимог, вказати, яка інформація вимагається і зафіксувати строк, протягом якого така інформація має бути надана...». (п. 2 ст. 18)
- «Надсилаючи вимоги в якості [АПУ: обов'язкових] рішень про надання інформації суб'єктам господарювання або їх об'єднанням, Комісія повинна зазначати юридичні підстави і мету вимог, вказати, яка інформація вимагається і зафіксувати строк, протягом якого така інформація має бути надана...». (п.3 ст.18)

Необхідність дотримання вищезазначених вимог та важливість їх значення для забезпечення законності дій конкурентного відомства і захисту прав приватних осіб неодноразово підкреслювалось Судом ЄС. Зокрема:

- "... як попереднє зауваження, варто зазначити, що повинен існувати зв'язок між інформацією, яку

NCA *should have effective powers to require* undertakings or associations of undertakings *to provide information necessary to detect infringements* of Articles 101 and 102 TFEU. *To that end, NCAs should be able to require the disclosure of information that may enable them to investigate putative infringements.* This should include the right to require information in any digital form, including emails and instant messaging system messages, irrespective of where it is stored, including in clouds and on servers, provided it is accessible to the undertaking or association of undertakings which is the addressee of the request for information. *That right should not result in an obligation on the part of the undertaking or association of undertakings which is disproportionate to the requirements of the investigation.* For example, it should not result in excessive costs or efforts being incurred by the undertaking or association of undertakings. While the right to require information is crucial for the detection of infringements, such *requests should be appropriate in scope.* *Such requests should not compel an undertaking or association of undertakings to admit that it has committed an infringement, which is incumbent upon the NCAs to prove.* This should be without prejudice to the obligations of undertakings or associations of undertakings to answer factual questions and to provide documents. Similarly, NCAs should have effective tools to require any other natural or legal person to provide information that may be relevant for the application of Articles 101 and 102 TFEU. Member States should be free to provide for procedural rules on such requests for information, such as the legal form they take, provided that those rules allow for the effective use of this tool. Experience also shows that information provided on a voluntary basis in response to non-compulsory requests for information can be a valuable source of information for informed and robust enforcement. Similarly, the provision of information by third parties, such as competitors, customers and consumers in the market, on their own initiative can contribute to effective enforcement and NCAs should encourage this.

Ст. 18 Регламенту 1/2003

*запитує Комісія згідно зі ст. 11 Регламенту № 17 (був доповнений Регламентом Ради ЄС 1/2003), і розслідуваним порушенням, на яке посилаються у запиті." (Case T-39/90, Sep v Commission, ECLI:EU:T:1991:71, para. 25.)*

- *"Що стосується обов'язку зазначати «мету запиту», він стосується зобов'язання Комісії вказати у своєму запиті предмет дослідження, а отже, ідентифікувати ймовірне порушення правил конкуренції." (Case C-247/14P, HeidelbergCement AG v Commission, ECLI:EU:C:2016:149, para 20.),*
- *"Обов'язок зазначати конкретні причини є фундаментальною вимогою, яка покликає не просто показати, що запит на інформацію є виправданим, а також дати можливість зацікавленим суб'єктам господарювання оцінити сферу їхнього обов'язку щодо співпраці, та водночас захистити їх право на захист" (Case C-247/14P, HeidelbergCement AG v Commission, ECLI:EU:C:2016:149, para 19.)*
- *"Відповідно, коли Комісія має право, для забезпечення корисного ефекту ст. 11(2) і (5) Регламенту № 17, вимагати від суб'єкта господарювання надавати всю необхідну інформацію щодо таких фактів, які можуть бути йому відомі, і розкривати, за необхідності, документи, що стосуються таких [фактів], і які є в його володіння, навіть якщо останні може бути використано для встановлення щодо нього чи іншого суб'єкта господарювання існування антиконкурентної поведінки, вона [Комісія] не може за допомогою рішення, що вимагає інформацію, підірвати права на захист відповідного суб'єкта*

## Requests for information

1. In order to carry out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may, by simple request or by decision, require undertakings and associations of undertakings to provide all necessary information.
2. **When sending a simple request for information to an undertaking or association of undertakings, the Commission shall state the legal basis and the purpose of the request, specify what information is required and fix the time-limit within which the information is to be provided**, and the penalties provided for in Article 23 for supplying incorrect or misleading information. L 1/14 EN Official Journal of the European Communities 4.1.2003
3. **Where the Commission requires undertakings and associations of undertakings to supply information by decision, it shall state the legal basis and the purpose of the request, specify what information is required and fix the time-limit within which it is to be provided**. It shall also indicate the penalties provided for in Article 23 and indicate or impose the penalties provided for in Article 24. It shall further indicate the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.
4. The owners of the undertakings or their representatives and, in the case of legal persons, companies or firms, or associations having no legal personality, the persons authorised to represent them by law or by their constitution shall supply the information requested on behalf of the undertaking or the association of undertakings concerned. Lawyers duly authorised to act may supply the information on behalf of their clients. The latter shall remain fully responsible if the information supplied is incomplete, incorrect or misleading.
5. The Commission shall without delay forward a copy of the simple request or of the decision to the competition authority of the Member State in whose territory the seat of the undertaking or association of undertakings is situated and the competition authority of the Member State whose territory is affected.

*господарювання." (Case C-374/87, Orkem v Commission, ECLI:EU:C:1989:387, paras 34)*

На відміну від *acquis* ЄС, закони у сфері захисту економічної конкуренції і діяльності АМКУ не містять навіть цієї мінімальної сукупності юридичних вимог. Єдиним елементом з усіх перелічених, який є предметом регулювання в українському законі – це визначення підстав витребування АМКУ інформації у п. 5 ч 1, п. 5 ч. 2 та п. 1 ч. 3 Ст. 7 Закону "Про Антимонопольний комітет України". Однак, як підтверджується судовою практикою, навіть ці підстави витребування інформації визначені такими чином, що залишають перелік таких підстав залишають відкритим і дозволяють витребувати інформацію посилаючись, фактично, лише на наявність самого такого повноваження, без пояснення обставин, які виправдовують втручання держави в діяльність підприємств і забезпечують підприємству можливість оцінити законність такого витребування інформації, його пропорційність, відсутність зловживання конкурційним відомством своїм повноваженням та можливість захистити свої права у суді на підставі закону.

Показовим в контексті неефективного врегулювання підстав для витребування інформації є наступні висновки Верховного Суду, на які посилається АМК щодо тлумачення відповідних положень ст. 7 Закону "Про Антимонопольний комітет України":

Постанова ВС від 01.08.2019 у справі № 910/15697/18, "Законодавство про захист економічної конкуренції не

**Окремі положення Висновку****Коментарі Асоціації правників України**

6. At the request of the Commission the governments and competition authorities of the Member States shall provide the Commission with all necessary information to carry out the duties assigned to it by this Regulation.

*містить вичерпного переліку випадків, у яких органи АМК мають право вимагати відповідну інформацію у суб`єктів господарювання. Однак суб`єкти господарювання зобов`язані надавати інформацію на запит (вимогу) голови (державного уповноваженого) АМК". Аналогічна позиція підтримана ВС у Постанові від 17.09.2019 у справі № 904/332/19, Постанові від 23.01.2020 у справі №910/13204/18, Постанові від 16.01.2020 у справі №910/12392/18, Постанові від 20.05.2021 у справі № 915/112/20.*

*Постанова ВС від 07.08.2019 у справі № 910/13472/18 "Саме орган Антимонопольного комітету України визначає форму, спосіб та строк надання інформації, необхідної для виконання завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції". Аналогічна позиція підтримана ВС у Постанові від 23.04.2019 у справі №915/827/18, у Постанові від 01.08.2019 у справі №910/15697/18, Постанові ВС від 26.09.2019 у справі № 910/12393/18, Постанові від 21.11.2019 у справі № 908/24/19, Постанові від 23.01.2020 у справі №910/13204/18, Постанові від 16.01.2020 у справі №910/12392/18, Постанові від 20.01.2021 у справі №910/9166/19.*

*Постанова від 17.09.2019 у справі № 904/332/19 "Закон України "Про Антимонопольний комітет України" та інші нормативно-правові акти не містять положень про право суб`єктів господарювання на відмову від виконання вимоги уповноваженої особи Комітету щодо подання інформації, необхідної для реалізації завдань, покладених на органи Комітету." Аналогічна позиція підтримана ВС у Постанові*

Окремі положення Висновку

Коментарі Асоціації правників України

від 23.01.2020 у справі № 910/13204/18 та Постанова від 20.05.2021 у справі № 915/112/20.

Також ВС у Постанові від 20.05.2021 у справі № 915/112/20 зазначив, що *"Виходячи зі змісту статей 22, 22-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» розпорядження, рішення та вимоги органу Антимонопольного комітету України, голови територіального відділення Антимонопольного комітету України щодо подання суб'єктами господарювання та інших документів, інформації тощо, необхідних для виконання цими органами завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції, є обов'язковими для виконання у визначені ними строки"*, що фактично надає АМК право витребувати інформацію лише на підставі цих статей.

При цьому, ні діючий Закон "Про Антимонопольний комітет України", ні Закон "Про захист економічної конкуренції" не визначають меж і способів здійснення такого повноваження, які би, у сукупності, забезпечували обґрунтованість і пропорційність втручання держави в діяльність підприємств і виключали свавільність при використанні такого повноваження.

У зв'язку з цим відсутні достатні підстави вважати, що положення ст. 22-1 Закону стосовно повноваження АМКУ витребувати інформацію відповідають Acquis ЄС. Пропонуємо доопрацювати Законопроект з метою забезпечення належного врегулювання повноваження АМК

**Окремі положення Висновку**

**Коментарі Асоціації правників України**

виребувати інформацію і гармонізацію правового регулювання цих відносин із законодавством ЄС.



## Слухання

## Hard law

## Ст. 27 Регламенту 1/2003

Hearing of the parties, complainants and others

1. Before taking decisions as provided for Articles 7, 8, 23 and Article 24(2), *the Commission shall give* the undertakings or associations of undertakings which are the subject of the proceedings conducted by the Commission *the opportunity of being heard* on the matters to which the Commission has taken objection. The Commission shall base its decisions only on objections on which the parties concerned have been able to comment. Complainants shall be associated closely with the proceedings.

...

3. If the Commission considers it necessary, it *may also hear other natural or legal persons*. Applications to be heard on the part of such persons shall, *where they show a sufficient interest*, be granted. The competition authorities of the Member States may also ask the Commission to hear other natural or legal persons.

## Стаття 18 Регламенту Ради 139/2004

Hearing of the parties and of third persons

1. Before taking any decision provided for in Article 6(3), Article 7(3), Article 8(2) to (6), and Articles 14 and 15, the Commission *shall give* the persons, undertakings and associations of undertakings concerned the *opportunity, at every stage of the procedure* up to the consultation of the Advisory Committee, *of making known their views on the objections against them*.

- Положення ст. 23-1 Законопроекту не в повній мірі відповідають *acquis* ЄС

Ст. 23-1 Законопроекту закріплює право особи бути заслуханою (по-суті – права бути почутою) до прийняття щодо такої особи рішення про її права та обов'язки. Однак, Законопроект, декларуючи таке, право, не врегульовує навіть найменшою мірою тих практичних проблем, які зумовлюють неефективність реалізації цього права у випадках прийняття адміністративним органом рішень, які передбачають застосування суворих санкцій, в т.ч. штрафів у значних розмірах.

В контексті порівняння з відповідним правовим інститутом в законодавстві ЄС для оцінки відповідності положень Законопроекту щодо слухання *acquis* ЄС обов'язково слід враховувати щонайменше, таке.

Забезпечення умов для ефективного реалізації особою права бути вислуханою органом, який приймає рішення щодо такої особи, є одним із стандартів забезпечення справедливого процесу. А ключовою умовою для забезпечення ефективності реалізації такого права є безсторонність (неупередженість) органу чи посадової особи, яка приймає вказане рішення і вислуховує особу до його прийняття. Зокрема, така умова закріплена у ст. 6 Європейської конвенції із захисту прав людини та основних свобод (ЄКПЛ), положення якої

...

3. The Commission *shall base its decision only on objections on which the parties have been able to submit their observations*. The rights of the defence shall be fully respected in the proceedings. *Access to the file shall be open at least to the parties directly involved, subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets*.

4. In so far as *the Commission or the competent authorities of the Member States deem it necessary, they may also hear other natural or legal persons*. Natural or legal persons showing a sufficient interest and especially members of the administrative or management bodies of the undertakings concerned or the recognised representatives of their employees shall be entitled, upon application, to be heard.

### Регламент Комісії №802/2004 (розділ 4)

#### Soft law, яке регламентує проведення слухань

- Notice on Best Practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU;
- Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases;
- Decision of the President of the European Commission of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings;

#### постанова Президента ЄК від 13.10.2011 "Про функції та компетенцію спеціально уповноваженої особи, призначеної для проведення слухань"

#### п.3 Преамбули

*Mema: In order to ensure the effective exercise of the procedural rights* of the parties concerned, other involved parties within the meaning of Article 11(b) of Regulation (EC) No 802/2004 (hereinafter 'other involved parties'), complainants within the meaning of Article 7(2) of Regulation (EC) No 1/2003 (hereinafter 'complainants') and persons other than those referred to in Articles 5 and 11 of Regulation (EC) No 773/2004 and third persons within the meaning of Article 11 of Regulation (EC) No 802/2004 (hereinafter 'third persons') involved in competition proceedings, *responsibility for safeguarding the observance of such rights should be entrusted to an independent person experienced in competition*

поширюються і на правовідносини у сфері захисту економічної конкуренції. Хоча ст. 6 ЄКПЛ вимагає щоб таким органом був незалежний і безсторонній суд, певною мірою допускається, з метою більш швидкого реагування на певні правопорушення, прийняття рішення адміністративним органом. Але такий відступ все одно не повинен порушувати умову щодо забезпечення незалежності і безсторонності при розгляді справи.

Якщо адміністративний орган, а особливо його посадові особи, одночасно поєднують функції розслідування порушень і прийняття рішення про такі порушення для досягнення завдань такого органу, це об'єктивно виключає умову неупередженості, яка притаманна особі, яка не зацікавлена у результатах розслідування, а незалежно оцінює докази кожної із сторін приватно-правового чи публічно-правового спору і межах змагального процесу. Тому, у випадках прийняття рішення адміністративним органом, поперше, необхідні спеціальні процедурні механізми в середині самого адміністративного органу, які дозволяють частково вирішити цю проблему, наприклад, залучення кваліфікованої незалежної від функцій розслідування і прийняття рішень особи як певного арбітра, який має дати попередню оцінку дотриманню адміністративним органом процесуальних прав особи та об'єктивності провадження, дозволить своєчасно запобігти прийняттю адміністративним органом у разі порушення прав особи і необ'єктивності провадження. По-друге, потрібно щоб особа мала ефективне право оскаржити рішення адміністративного органу до суду, устаненого законом, який відповідає вимогам незалежності, неупередженості і має повну юрисдикцію щодо перевірки

**matters who has the integrity necessary to contribute to the objectivity, transparency and efficiency of those proceedings.**

#### п.5 Преамбули

The function of the hearing officer has been generally perceived as an important contribution to the competition proceedings before the Commission due to the independence and expertise that hearing officers have brought to these proceedings. **In order to ensure the continued independence of the hearing officer from the Directorate-General for Competition, he or she should be attached, for administrative purposes, to the member of the Commission with special responsibility for competition.**

#### п.8 Преамбули

The hearing officer should operate as an **independent arbiter** who **seeks to resolve issues affecting the effective exercise of the procedural rights** of the parties concerned, other involved parties, complainants or interested third persons where such issues could not be resolved through prior contacts with the Commission services responsible for the conduct of competition proceedings, which must respect these procedural rights.

#### п.10 Преамбули

**Функції:** In order to strengthen this role, the hearing officer should be attributed with the function of safeguarding the effective exercise of procedural rights of undertakings and associations of undertakings in the context of the Commission's powers of investigation under Chapter V of Regulation (EC) No 1/2003, as well as pursuant to Article 14 of Regulation (EC) No 139/2004 which empowers the Commission to impose fines on undertakings and associations of undertakings. The hearing officer should also **be attributed with specific functions during this investigative phase in relation to claims for legal professional privilege, the privilege against self-incrimination, deadlines for replying to decisions requesting information** pursuant to Article 18(3) of Regulation (EC) No 1/2003, as well as with regard **to the right of undertakings and associations of undertakings subject** to an investigative measure by the Commission under Chapter V of Regulation (EC) No 1/2003 **to be informed of their procedural status**, namely whether they are subject to an investigation and, if so, **the subject matter and purpose of that investigation**. In assessing claims made in relation to privilege against self-

такого рішення – як щодо питань права, так і щодо питань фактів.

Натомість, на відміну в ЄС, в Україні повністю відсутнє перше і істотно обмежено друге, і Законопроект жодної з цих серйозних проблем не вирішує.

Так, Законопроект передбачає проведення слухання тими ж службовими особами, які проводили розслідування та які приймають рішення за його результатами. Це робить право бути вислуханим ілюзорним правом.

Що стосується перегляду рішення АМКУ судами, то суди на практиці уникають оцінки багатьох фактичних обставин при оскарженні рішень АМКУ, посилаючись на те, що відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону "Про Антимонопольний комітет України" АМКУ має виключні повноваження розглядати справи про порушення, надавати висновки щодо кваліфікації дій, визначати межі товарних ринків і становище суб'єктів господарювання на них, визначати розмір штрафів за порушення тощо.

На необхідність вирішення Україною цих проблем прямо вказано у ч. 3 ст. 255 Угоди про Асоціацію, проте Законопроект не вирішує їх, в т.ч. у відповідності до *acquis* ЄС.

Фактично, спільним між процесуальними інститутами слухання у Законопроекті та *acquis* ЄС є лише його назва, в той час, як механізм, умови і здатність забезпечити досягнення його мети істотно відрізняються, а тому відсутні

## Окремі положення Висновку

## Коментарі Асоціації правників України

incrimination, the hearing officer **may consider whether undertakings make clearly unfounded claims for protection merely as a delaying tactic.**

### п.18 Преамбули

The hearing officer should **promote the effectiveness of the oral hearing**, by, inter alia, taking all appropriate preparatory measures, including the circulation, in due time before the hearing, of a provisional list of participants and a provisional agenda.

### п.22 Преамбули (+розділ 6)

The hearing officer should report on the respect for the effective exercise of procedural rights throughout competition proceedings. Moreover, and separately from his or her reporting function, **the hearing officer should also be able to make observations on the further progress and objectivity of the proceedings** and thereby contribute to ensuring that competition proceedings are concluded on the basis of a sound assessment of all relevant facts.

## Доктрина

### The Hearing Officers

The Hearing Officer is responsible for organising and conducting oral hearings and **acting as an independent arbiter when a dispute about the effective exercise of procedural rights between parties and DG Competition arises** in antitrust and merger proceedings. In such matters, the Hearing Officer generally intervenes only when a dispute cannot be resolved by the parties and DG Competition. The Hearing Officer also decides on applications to be heard by third parties in the proceedings. Such applications must be submitted directly to the Hearing Officer.

...

These parties may refer to the Hearing Officer for independent review any issues regarding the effective exercise of their procedural rights that could not be resolved through prior contact with DG Competition.

підстави вважати, що положення Законопроекту в цій частині відповідають acquis ЄС.

THE EUROPEAN COMMISSION'S NEW PROCEDURAL PACKAGE: INCREASING INTERACTION WITH PARTIES AND ENHANCING THE ROLE OF THE HEARING OFFICER

Мета: The Commission undertook this exercise because it wanted to ***improve the transparency of its procedures***, so that parties to its cases know clearly what to expect and understand the path that these cases follow, step by step and from an early stage. Experience shows that ***more interaction with parties enhances fact-finding, making the Commission a more proficient agency***. In particular, this interaction gives a better understanding of the products, the players and the markets at hand. It also helps the Commission to ***avoid factual errors or to ensure their swift rectification***.

An important part of this package also concerns the ***strengthening of the role of the Hearing Officer as the guardian of procedural rights*** throughout the entirety of our antitrust and merger proceedings.

....

***Once the investigation is complete*** and the Commission reaches a preliminary position that the parties may have infringed Article 101 and/ or 102 TFEU or that a proposed concentration may significantly impede effective competition in the EU, ***the parties have the right to be heard***. Indeed, the Commission cannot base a decision on objections that the parties have not had the opportunity to comment upon. Parties receive a Statement of Objections – i.e. a written formal document setting out the Commission's objections to their conduct, the reasons for these objections and the evidence on which these objections are founded. The parties have the right of access to the Commission's investigation file in order to enable them to prepare their written and oral defence. ***This consists of the right to submit comments in writing on the Commission's objections***. Parties can raise any point they deem appropriate, including contesting facts or evidence relied on and can submit any expert opinion they like to produce.

***Parties also have the right to a formal Oral Hearing – chaired by the Hearing Officer***, who is an independent official – at which the parties can further develop their defence.

....

***Over and above the fundamental procedural rights which are entrenched in law, the Commission has comprehensive internal checks and balances to ensure a sound outcome in its cases***.

....

This means that parties now have a *right of independent review of their procedural claims over the entire process.*

A significant development concerning the investigation phase is to allow the Hearing Officer to resolve legal professional privilege issues (PPI)... A party that claims this privilege can now *ask the Hearing Officer to review the document and formulate a view on whether it is privileged or not.*

*Parties* will also be able to call upon the Hearing Officer if they feel that they *should not be compelled to reply to questions that might force them to admit to an infringement.*

The Hearing Officer is given a new role with regard to disputes about *extensions of the deadline to reply to decisions requiring information* in antitrust investigations.

The new terms of reference clarify the Hearing Officer's dispute resolution role with regard to parties' *access to the Commission's file.* The Hearing Officer will *continue to verify that only the objections on which parties had an opportunity to comment are relied upon by the Commission in the decision.*

the revised mandate strengthens the key role of the Hearing Officer regarding the conduct of *the Oral Hearing*

The Hearing Officer also *continues to have the right to make observations on substance on any matter arising out of any competition proceeding* to the Competition Commissioner. This includes the right to suggest further investigative measures in antitrust proceedings.<sup>28</sup> This complements the other checks and balances within the Commission's enforcement system. Under the new Terms of Reference, the reporting obligations of the Hearing Officer regarding their core function – safeguarding the effective exercise of procedural rights – and further observations are more clearly separated. This is linked to the fact that the fundamental mission of the Hearing Officer remains in place the Hearing Officer is a guarantor of procedural rights he or she will not act as a judge on the substance of the case.

## Відшкодування шкоди

## Директива Парламенту та Ради 2014/104

## П. 11 преамбули

... All national rules governing the exercise of the right to compensation for harm resulting from an infringement of Article 101 or 102 TFEU, including those concerning aspects not dealt with in this Directive such as the notion of causal relationship between the infringement and the harm, must observe the principles of effectiveness and equivalence. This means that they should not be formulated or applied in a way that makes it excessively difficult or practically impossible to exercise the right to compensation guaranteed by the TFEU or less favourably than those applicable to similar domestic actions. Where Member States provide other conditions for compensation under national law, such as imputability, adequacy or culpability, they should be able to maintain such conditions in so far as they comply with the case-law of the Court of Justice, the principles of effectiveness and equivalence, and this Directive.

## П. 14 преамбули

Actions for damages for infringements of Union or national competition law typically require a complex factual and economic analysis. The evidence necessary to prove a claim for damages is often held exclusively by the opposing party or by third parties, and is not sufficiently known by, or accessible to, the claimant. In such circumstances, strict legal requirements for claimants to assert in detail all the facts of their case at the beginning of an action and to proffer precisely specified items of supporting evidence can unduly impede the effective exercise of the right to compensation guaranteed by the TFEU.

## Ст. 3

## Right to full compensation

1. Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm.

- Положення ст. 55 Законопроєкту не відповідають у *acquis* ЄС

Відшкодування шкоди у ЄС регулюється, зокрема, Директивою Парламенту та Ради ЄС 2014/104 (надалі – «Директива»). Директивою передбачено створення комплексу умов, які би забезпечували ефективну, дієву правову основу для відшкодування шкоди, завданої порушенням правил конкуренції, встановлених у ст. 101 та 102 ДФЄС. Така ефективність, серед іншого, включає також закріплення компенсаторного характеру інституту відшкодування шкоди, а не кратного (у подвійному чи іншому кратному розмірі, як, наприклад, запроваджено в США, Україні та ряді інших країн).

Тягар доказування шкоди та її розміру лежить на потерпілих, які в силу багатьох факторів знаходяться в нерівному становищі із порушниками і це істотно перешкоджає їм ефективно реалізувати своє право на компенсацію шкоди. Зокрема, факт порушення звичайно встановлюється конкуренційним відомством, порушник обізнаний з обставинами порушення значно краще, ніж потерпілий, порушник знає слабкі і сильні сторони свого захисту, оскільки обізнаний з матеріалами справи конкуренційного відомства, за якими встановлено порушення, але до яких звичайно потерпілі не мають доступу. До того ж, потерпілих зазвичай досить багато і розмір шкоди, завданий кожному з них, може бути відносно невеликим. Тому без створення спеціальних правових і процесуальних умов для подання колективного позову ризик неуспішності подання окремих

2. **Full compensation shall place a person** who has suffered harm in the position **in which that person would have been had the infringement of competition law not been committed**. It shall therefore cover the **right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus the payment of interest**.

## II. 12 Преамбули

...The payment of **interest is an essential component of compensation** to make good the damage sustained by taking into account the effluxion of time and should be due from the time when the harm occurred until the time when compensation is paid, without prejudice to the qualification of such interest as compensatory or default interest under national law and to whether effluxion of time is taken into account as a separate category (interest) or as a constituent part of actual loss or loss of profit. It is incumbent on the Member States to lay down the rules to be applied for that purpose.

### Ст. 4

Principles of effectiveness and equivalence

In accordance with the principle of effectiveness, **Member States shall ensure that all national rules and procedures relating to the exercise of claims for damages are designed and applied in such a way that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the Union right to full compensation for harm caused by an infringement of competition law. In accordance with the principle of equivalence, national rules and procedures relating to actions for damages** resulting from infringements of Article 101 or 102 TFEU **shall not be less favourable to the alleged injured parties than those governing similar actions for damages resulting from infringements of national law**.

### Ст. 5

Disclosure of evidence

1. Member States shall ensure that in proceedings relating to an action for damages in the Union, upon request of a claimant who has presented a reasoned justification containing reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages, national courts are able to order the defendant or a third party to disclose relevant evidence which lies in their control, subject to the conditions set out in this

позовів зазвичай дуже високий. Для подолання цих та інших перешкод для ефективного відшкодування шкоди Комісія ЄС рекомендувала врегулювати широкий комплекс цих та пов'язаних з ними питань. І, наголошуємо, що питання компенсаційного характеру відшкодування шкоди є лише одним з цього комплексу пов'язаних і переважно більш важливих питань правового регулювання.

Зокрема, Директива 2014/104 передбачає врегулювання таких матеріально-правових, процесуальних та інших питань для ефективного відшкодування шкоди. Зокрема закріплення:

- 1) права як прямих так і непрямих покупців на відшкодування шкоди;
- 2) права на відшкодування збитків, упущеної вигоди та відсотків;
- 3) недопущення компенсації понад розмір завданої шкоди;
- 4) презумпції шкоди, заподіяної картелями;
- 5) права потерпілих на подачу клопотання про витребування доказів;
- 6) вимог до клопотання про витребування доказів, зокрема щодо їх пропорційності;
- 7) обов'язку суду оцінювати пропорційність з урахуванням інтересів інших осіб, зокрема беручи до уваги факти та доводи, які виправдовують необхідність витребування доказів, обсяг доказів, які необхідно розкрити та вартість розкриття, наявність конфіденційної інформації у таких доказах;



Chapter. Member States shall ensure that national courts are able, upon request of the defendant, to order the claimant or a third party to disclose relevant evidence.

....

5. The interest of undertakings to avoid actions for damages following an infringement of competition law shall not constitute an interest that warrants protection.

## П. 15 преамбули

...it is appropriate to ensure that claimants are afforded the right to obtain the disclosure of evidence relevant to their claim, without it being necessary for them to specify individual items of evidence....

## П. 27 преамбули

The rules in this Directive on the disclosure of documents other than leniency statements and settlement submissions ensure that injured parties retain sufficient alternative means by which to obtain access to the relevant evidence that they need in order to prepare their actions for damages.

## П. 28 преамбули

National courts should be able, at any time, to order, in the context of an action for damages, the disclosure of evidence that exists independently of the proceedings of a competition authority ('pre-existing information').

## Ст. 8

Penalties

1. Member States shall ensure that national courts are able effectively to impose penalties on parties, third parties and their legal representatives in the event of any of the following:

- (a) their failure or refusal to comply with the disclosure order of any national court;

- 8) обов'язку суду витребувати докази із конфіденційною інформацією лише у випадку можливості забезпечити ефективні заходи захисту такої інформації;
- 9) права особи, у якої витребуються докази бути заслуханою;
- 10) права суду витребувати докази у конкуренційного відомства;
- 11) категорій доказів, які можуть бути витребувані у конкурентного відомства та підстави на яких вони можуть бути витребувані;
- 12) недопустимості витребування угод про визнання винуватості отриманих в ході програмами звільнення від відповідальності ("Leniency") та процедурами врегулювання у справах ("Settlement");
- 13) строків давності для позовів про відшкодування шкоди;
- 14) солідарної відповідальності порушників;
- 15) особливостей відповідальності малих та середніх суб'єктів господарювання;
- 16) недопустимості встановлення таких меж та стандартів доказування розміру шкоди, які роблять доказування практично неможливим або ускладнюють його;
- 17) право суду самостійно оцінювати розмір шкоди, коли її наявність була доведена, однак складно оцінити точний розмір на основі наявних доказів,

Ці та інші положення Директиви 2014/104 в комплексі спрямовані на те, щоб створити умови для ефективної реалізації права на відшкодування шкоди завданої антиконкурентними правопорушеннями.

- (b) their destruction of relevant evidence;
- (c) their failure or refusal to comply with the obligations imposed by a national court order protecting confidential information;
- (d) their breach of the limits on the use of evidence provided for in this Chapter.

**Ст. 10**

Limitation periods

...

2. Limitation periods shall not begin to run before the infringement of competition law has ceased and the claimant knows, or can reasonably be expected to know:

- (a) of the behaviour and the fact that it constitutes an infringement of competition law;
- (b) of the fact that the infringement of competition law caused harm to it; and
- (c) the identity of the infringer.

3. Member States shall ensure that the limitation periods for bringing actions for damages are at least five years.

**П. 36 Преамбули**

Member States should be able to maintain or introduce absolute limitation periods that are of general application, provided that the duration of such absolute limitation periods does not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the right to full compensation.

**Ст. 11**

Joint and several liability

На жаль, до цього часу переважна більшість цих проблемних питань в українському законодавстві не врегульована (зокрема, п.п. 1), 3), 4), 6), 7), 8), 9), 11), 12), 14), 15), 16), 17). Натомість, замість того, щоб врегулювати ці питання, Законопроектом пропонується вилучити існуючу сьогодні єдину норму – щодо подвійного розміру відшкодування шкоди, яка хоча створює би створбе стимул подати позов про відшкодування шкоди в умовах відсутності належного правового регулювання. Цей подвійний розмір відшкодування залишається для більшості потерпілих єдиним фактором, який їм дає певну надію на економічну раціональність судових процесів про відшкодування, навіть якщо потерпілий зможе довести її незначну частину. При цьому навіть подвійний розмір такої доведеної шкоди не означає, що його сума перевищує ті економічні вигоди, які ордержав порушник. Прийняття Законопроекту у запропонованій редакції грає на користь порушникам і означає рух держави у напрямку відмови від виконання позитивного обов'язку забезпечити громадянам ефективну реалізацію їхнього права на захист власності.

Враховуючи викладене, відсутні підстави вважати, що Законопроект відповідає Директиві 2014/104 та *acquis* ЄС.

1. Member States shall ensure that undertakings which have infringed competition law through joint behaviour are jointly and severally liable for the harm caused by the infringement of competition law; with the effect that each of those undertakings is bound to compensate for the harm in full, and **the injured party has the right to require full compensation from any of them until he has been fully compensated.**

## Ст. 12

Passing-on of overcharges and the right to full compensation

1. To ensure the full effectiveness of the right to full compensation as laid down in Article 3, Member States shall ensure that, in accordance with the rules laid down in this Chapter, **compensation of harm can be claimed by anyone who suffered it**, irrespective of whether they are direct or indirect purchasers from an infringer, and that compensation of harm exceeding that caused by the infringement of competition law to the claimant, as well as the absence of liability of the infringer, are avoided.

...

3. This Chapter shall be without prejudice to the right of an injured party to claim and obtain compensation for loss of profits due to a full or partial passing-on of the overcharge.

## П. 40 преамбули

**In situations where the passing-on resulted in reduced sales and thus harm in the form of a loss of profit, the right to claim compensation for such loss of profit should remain unaffected.**

## Ст. 17

Quantification of harm

1. Member States shall ensure that neither **the burden nor the standard of proof required for the quantification of harm renders the exercise of the right to damages practically impossible or excessively difficult.** Member States shall ensure that the national courts are empowered, in accordance with national procedures, to estimate the amount of harm if it is established that a claimant suffered harm but it is practically impossible or excessively difficult precisely to quantify the harm suffered on the basis of the evidence available.

2. **It shall be presumed that cartel infringements cause harm.** The infringer shall have the right to rebut that presumption.

#### **П. 45 преамбули**

...Quantifying harm in competition law cases is a very fact-intensive process and may require the application of complex economic models. This is often very costly, and claimants have difficulties in obtaining the data necessary to substantiate their claims. **The quantification of harm in competition law cases can thus constitute a substantial barrier preventing effective claims for compensation.**

#### **П. 46 преамбули**

... **it is for the domestic legal system of each Member State to determine its own rules on quantifying harm,** and for the Member States and for the national courts to determine what requirements the claimant has to meet when proving the amount of the harm suffered, the methods that can be used in quantifying the amount, and the consequences of not being able to fully meet those requirements. However, the requirements of national law regarding the quantification of harm in competition law cases should not be less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence), nor should they render the exercise of the Union right to damages practically impossible or excessively difficult (principle of effectiveness). Regard should be had to any information asymmetries between the parties and to the fact that quantifying the harm means assessing how the market in question would have evolved had there been no infringement ...