



ВСЕУКРАЇНСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ «АСОЦІАЦІЯ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ»

вул. Межигірська, 5, оф. 15, м. Київ, 04071, Україна • +38 (044) 492-88-48 • info@uba.ua • www.uba.ua

Комітет з конкуренційного права

Проект

КОНЦЕПЦІЯ УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУЦІЙНОЇ ОСНОВИ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В УКРАЇНІ

1. ПРИЧИНИ І ЦІЛІ УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУЦІЙНОЇ ОСНОВИ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Вільна ефективна конкуренція між учасниками ринків стимулює оптимальний розподіл ресурсів, розвиток нових технологій, підвищення конкурентоспроможності товарів, збалансування їх якості та цін та суспільному добробуту в цілому.

Саме тому конкуренційні відомства різних країн світу, у тому числі Антимонопольний комітет України (далі – "АМКУ"), спрямовують свої зусилля на збереження ефективної економічної конкуренції шляхом запобігання та припинення антиконкурентної поведінки суб'єктів господарювання та антиконкурентного втручання державних органів.

Для виконання таких функцій АМКУ наділений широкими повноваженнями для проведення розслідувань щодо відповідності поведінки суб'єктів господарювання правилам конкуренції, та прийняття рішень про припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції та застосування штрафних санкцій, які за своїми розмірами є найсуворішими серед всіх тих, що застосовуються в публічно-правових відносинах.

Загалом, ефективність виконання конкуренційними відомствами своїх функцій, а відтак, ефективність всієї системи захисту економічної конкуренції, значною мірою залежить, зокрема, від того, наскільки організація конкурентного відомства в системі державного механізму дозволяє йому бути незалежним від зовнішнього політичного впливу та наскільки внутрішні механізми діяльності конкуренційного відомства забезпечують фахову, неупереджену і об'єктивну оцінку впливу поведінки підприємств чи державних органів на конкуренцію. В обох випадках важливе значення має те, що в основі оцінки антиконкурентного впливу поведінки підприємств чи державних органів на конкуренцію лежить розуміння конкуренції як інструменту забезпечення *ефективності ринків*. Проте оцінка цієї ефективності, внаслідок її багатофакторності та практичних проблем її вимірювання, була і залишається одним з найскладніших завдань, яке повинні вирішувати конкуренційні відомства. Але складність такої оцінки в будь-якому випадку не нівелює того факту, що у разі невиправданого, з точки зору досягнення мети такої ефективності, втручання конкуренційних відомств в ринкові процеси, означає руйнування об'єктивних механізмів саморегулювання ринку, обмеження свободи та ініціативності підприємництва, посилює правову невизначеність щодо меж дозволеної і забороненої поведінки і має розглядатися як невиправдане обмеження вказаних прав та свобод. Через це, втручання конкуренційних відомств в ринкові процеси має бути в кожному випадку надзвичайно

ГЕНЕРАЛЬНІ ПАРТНЕРИ АСОЦІАЦІЇ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ В 2016 РОЦІ



ГЕНЕРАЛЬНИЙ
ЕКСКЛЮЗИВНИЙ
ПАРТНЕР – БАНК

ПАРТНЕРИ



SAYENKO KHARENKO

виваженим і обґрунтованим. А успішність вирішення цього завдання залежить, в першу чергу, від того, наскільки внутрішні та зовнішні умови діяльності конкурентного відомства сприяють або заважають цьому.

Перебування конкурентного відомства під відчутним політичним тиском легко може призвести до того, що такі об'єктивні ринкові явища, як зростання цін, дефіцит товарів чи інші, що викликають певну соціальну напругу, викликають політичний інтерес їх швидкого врегулювання і можуть ставати приводом для використання конкурентного відомства як засобу впливу на поведінку учасників ринку для стримування цін тощо. Такий вплив, при більш уважному погляді, не забезпечує виграшу ні споживачам, ні підприємствам, ні економіці в цілому. В цьому контексті варто навести слова німецького Канцлера Людвіга Ерхарда, які відображають один з принципів побудови і діяльності ефективного конкурентного відомства: *"Мені потрібне картельне відомство для того, щоб захистити мене від самого себе. Реалізація принципу захисту конкуренції іноді є болючою. І уряд, який хоче бути переобраним кожні чотири роки, легко піддається спокусі змиритися зі шкодою для структури ринку заради тактичної переваги на виборах. Ми маємо навіть приклади такої ситуації... Тому установа, яка займається питаннями конкуренції, має проводити наступальну політику. Тільки тоді, коли її рішення прояснюють ситуацію, коли вона зазнає критики і готова витримати конфлікт навіть з урядом, лише тоді вона зможе надійно захищати конкуренцію".*

Іншим важливим системним фактором, що впливає на ефективність конкурентного відомства, має бути вдала організаційна та процедурна основа його діяльності, яка забезпечує умови для прийняття об'єктивних, неупереджених рішень при оцінці правомірності поведінки підприємств.

Будучи, уповноваженим на діяльність з виявлення і припинення антиконкурентних порушень, до того ж політично зобов'язаним щорічно звітувати перед вищими органами державної влади про результативність своєї діяльності, конкурентне відомство об'єктивно націлено саме на встановлення таких порушень і виправдання витрачених ресурсів на проведені розслідування. В умовах, коли процедура контролю і прийняття рішень зосереджена в одному адміністративному органі, який виступає в ролі і слідчого, і судді, надзвичайно складно забезпечити неупередженість та об'єктивність вирішення публічно-правового спору, на відміну від того, як це дозволяє забезпечити змагальний процес, заснований на принципах рівності сторін і незалежності арбітра, який здійснює таку оцінку. Крім того, проблема загострюється тим, що судовий контроль в цьому випадку не забезпечує належним чином функцію компенсаторного механізму для забезпечення справедливого вирішення спорів, причини чого лежать як у фактичних умовах функціонування судів, так і в інституційно-правовій моделі вирішення таких спорів в порядку саме господарського судочинства.

Як один з шляхів до вирішення, принаймні часткового, вказаної проблеми, є імплементація згаданих елементів/принципів змагального процесу в адміністративну процедуру, наскільки це можливо. Такий досвід є, хоча варіанти їх втілення в певну організаційну модель конкурентного відомства та процедуру його діяльності не є однаковими, що пов'язано, зокрема, з різною організацією механізму державної влади, правових традицій, рівня правової свідомості та політичної культури в країні, ефективності судової системи, професійного рівня службовців конкурентного відомства тощо.

Антимонопольний комітет України був створений у 1991 році і з того часу така модель його діяльності як колегіального адміністративного органу практично не зазнала змін. В той же час, за ці, майже як чверть століття, стали очевидними певні недоліки в організації АМКУ і процедурі його діяльності та необхідність їх удосконалення для підвищення ефективності виконання АМК своїх функцій. За вказаний період багато конкурентних відомств Європи вже зазнали таких еволюційних змін, адаптуючись відповідним чином до свого зовнішнього оточення для збереження і підвищення ефективності правового регулювання і правозастосування. Про важливість вчасної адаптації конкурентних відомств сучасним

викликам зазначив, зокрема, у своїй доповіді¹ колишній Генеральний директор Європейської Комісії (далі – "ЄК") Філіп Лоу (*Philip Lowe*): "для того, щоб держава ефективно захищала конкуренцію, конкуренційні відомства повинні постійно оцінювати та переглядати свої завдання, цілі, організаційну структуру, порядок розслідування справ. Тільки завдяки адаптації конкуренційних відомств до змін у навколишньому середовищі, а також відповідного вдосконалення повноважень, порядку розслідування справ та організаційної структури, існування та фінансування цього органу може бути виправдане суспільством."

Вказані вище два фактори не є єдиними, але є визначальними для ефективності діяльності конкуренційного відомства і, відповідно, побудови ефективної системи захисту економічної конкуренції. Тому їх якісному вирішенню має приділятися не менше уваги, ніж іншим елементам системи захисту економічної конкуренції. В той же час, існуюча модель організації АМКУ та його процесуальної діяльності (далі – "**Інституційна основа**"), на відміну від регулювання правил конкуренції, суттєво змінених ще у 2001 році з прийняттям Закону України "Про захист економічної конкуренції", зазнала, фактично, лише косметичних змін, і все ще залишає значний потенціал для її удосконалення, посилення імунітету АМКУ від політичного впливу та забезпечення умов для неупередженого і об'єктивного виконання АМКУ своїх функцій. Така модель організації і діяльності АМКУ має автоматично забезпечувати його ефективність, в меншій мірі залежати від зміни складу АМКУ та не залежати від політичної кон'юнктури. Лише за таких умов інституційна основа захисту економічної конкуренції здатна забезпечувати досягнення цієї мети – гарантувати ефективність ринків та добробут суспільства.

2. МОДЕЛІ ІНСТИТУЦІЙНОЇ ОСНОВИ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

В цілому досвід організації інституційної основи системи захисту економічної конкуренції дозволяє визначити три моделі організації діяльності конкуренційного відомства, що, зокрема, відображають різні підходи до вирішення двох наведених вище проблемних питань²:

- 1) змагальна судова модель** (конкуренційне відомство здійснює розслідування, в той час як рішення приймається судом в змагальному процесі між конкуренційним відомством та обвинуваченою стороною) – застосовується у США (в частині виконання функцій Департаментом юстиції США), Ірландії, Австрії, Швеції, Данії, Ірландії, Естонії, Фінляндії – в цих країнах справи розслідують конкуренційні відомства, які виступають в якості прокурора та представляють обвинувачення в суді, який приймає рішення.
- 2) змагальна модель** (конкуренційне відомство здійснює розслідування, в той час як рішення приймаються спеціалізованими трибуналами (квазісудовими органами, які є незалежними від конкуренційних відомств) – застосовується у Канаді, ПАР, Чилі;
- 3) об'єднана (адміністративна) модель** (розслідування здійснюються і рішення приймаються в межах конкуренційного відомства) – застосовується в США (Федеральна торгова Комісія США), ЄС, Німеччині, Франції, Іспанії та більшості інших країн-членів ЄС, а також в Україні.

Загалом, вважається, що в країнах з сильними, незалежними та ефективними судами, змагальна судова модель має ряд істотних переваг, таких, зокрема, як забезпечення максимальної неупередженості і об'єктивності розгляду публічно-правового спору, гарантування рівності прав його учасників і серед існуючих моделей побудови інституційної основи захисту економічної конкуренції саме змагальні моделі найбільше забезпечують принципи верховенства права та правової держави. В той же час, судова модель має свої недоліки, пов'язані із труднощами професійного забезпечення судів для первинного розгляду таких спорів.

¹ Можна знайти за посиланням: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_3_1.pdf.

² "The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project", сторінка 9 (можна знайти за посиланням: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913).

В країнах зі слабкою судовою системою змагальна та об'єднана моделі мають свої переваги, вирішуючи питання необхідного рівня професійності при вирішенні таких складних правовідносин, оптимального витрачання ресурсів та дозволяючи знайти прийнятний баланс між досягненням цілі захисту конкуренції та недоліками, які несе в собі адміністративна процедура. В той же час, в умовах, коли санкції за порушення правил конкуренції стають все більш суворими, знаходження такого балансу, як свідчить досвід країн-членів ЄС, стає все більш гострим і актуальним питанням, та вимагає пошуку рішень для все більш чіткого розмежування функцій розслідування та прийняття рішень в межах конкурентного відомства, дозволяючи кожній такій інституційній частині діяти максимально незалежно одна від одної.

Приклади побудови інституційної основи системи захисту конкуренції наведені у **Додатку**.

3. ОРГАНІЗАЦІЙНА СТРУКТУРА КОНКУРЕНЦІЙНИХ ВІДОМСТВ КРАЇН-ЧЛЕНІВ ЄС (ОБ'ЄДНАНА АДМІНІСТРАТИВНА МОДЕЛЬ)

ЄК в своїх документах розрізняє наступні адміністративні об'єднані моделі конкурентних відомств³:

- 1) Моністична адміністративна модель** – розслідування справ та прийняття рішень здійснюється в межах одного адміністративного органу.
- 2) Дуалістична адміністративна модель** – повноваження щодо розслідування справ та прийняття рішень розділені між двома незалежними один від одного органами: один орган здійснює розслідування справи та передає її іншому органу для прийняття рішення.

Моністична адміністративна модель

Модель передбачає здійснення розслідування справ та прийняття рішень в межах одного адміністративного органу. В рамках цієї моделі виділяють наступні види:

- 1) Конкурентні відомства, у структурі яких існує чіткий розподіл повноважень із розслідування та прийняття рішень у справі (розслідування здійснюються департаментами розслідувань, а рішення приймаються колегією/радою, члени якої не мають відношення до розслідування).

Наприклад, у Франції та Іспанії система конкурентних відомств забезпечує повний функціональний розподіл виконання функцій розслідування та прийняття рішень, що дозволяє відповідним органам в структурі єдиного конкурентного відомства здійснювати повноваження незалежно один від одного⁴.

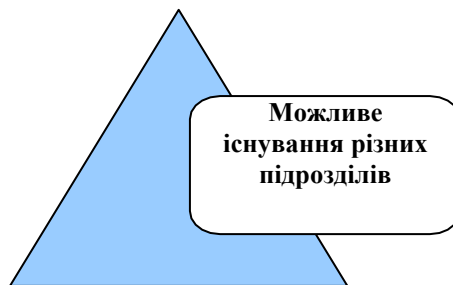


**Болгарія, Греція, Данія, ЄС, Іспанія, Італія, Кіпр, Латвія, Литва,
Люксембург, Португалія, Румунія, Угорщина, Франція,**

³ Інформаційний лист ЄК щодо співпраці з конкурентними відомствами, пункт 2 (можна знайти за посиланням: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(02))).

⁴ Звіт Європейської конкурентної мережі від 31 квітня 2012 року "Повноваження конкурентних відомств щодо прийняття рішень", пункт 2.1. (можна знайти за посиланням: http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf).

- 2) Конкуренційні відомства, що мають єдину структуру, у якій повноваження із розслідування та прийняття рішень функціонально не розподілені між різними підрозділами. При цьому, у структуру відомства можуть існувати різні підрозділи (наприклад, відділ конкуренції і юридичний відділ), що займаються окремими аспектами однієї і тієї ж справи.



Велика Британія, Естонія, Мальта, Нідерланди, Німеччина, Польща, Словаччина, Словенія, Фінляндія, Чеська Республіка, Швеція

При цьому, у деяких із вищевказаних країн існують такі особливості⁵:

- У Чеській Республіці та Словаччині існує особлива процедура прийняття рішень у двох інстанціях. У Чеській Республіці рішення першої інстанції приймається Віце-головою і може бути оскаржене до Голови, який приймає остаточне рішення. В Словаччині рішення першої інстанції приймає директор виконавчого відділу і оскарження можливе у Раді, яка складається з 2 внутрішніх (Голови і Віце-Голови) та 5 зовнішніх членів.
- У Німеччині антимонопольний орган розділений на 12 керівних відділів, кожен з яких проводить розслідування та бере участь у прийнятті рішень. В той же час, у процедурах накладення штрафу (справи щодо картелів) остаточне рішення у випадку його оскарження має статус обвинувального акту, а судом здійснює повний перегляд справи.
- У Нідерландах процедурні повноваження розподілені між відділом конкуренції і юридичним відділом; діяльність цих двох відділів не перетинається.
- У Великобританії рішення у справі приймають три особи, які призначаються після підготовки подання про попередні висновки окремо від органу розслідування. Такі особи діють окремо від слідчої групи і несуть відповідальність за остаточне рішення у справі та призначення покарання.

Дуалістична адміністративна модель

"Подвійна" адміністративна модель передбачає розподіл повноважень щодо розслідування справ та прийняття рішень між двома *незалежними один від одного* органами. В такій моделі за розслідування справ відповідає один орган, який на кінцевому етапі розслідування передає справи іншому органу, уповноваженому приймати рішення.

Така модель раніше існувала в багатьох країнах, але наразі всі вони перейшли до моністичної адміністративної моделі⁵. Прикладом такої моделі була Рада конкуренції Бельгії (до 2013 року), яка складалася з Колегії прокурорів (орган розслідування) та Генеральної Асамблеї (орган прийняття рішення).

⁵ На момент публікації Звіту за 2009 рік про функціонування Регламенту 1/2003 Естонія, Франція та Іспанія відійшли від такої системи. Бельгія, Люксембург та Мальта також нещодавно змінили організаційну структуру конкуренційних відомств на моністичну модель.



Розподіл функцій прийняття рішень та розслідування в адміністративних моделях

Як зазначалося вище, в рамках моністичної та дуалістичної адміністративних моделей існують моделі конкурентних відомств з функціональним розподілом між розслідуванням справ та прийняттям рішень, які мають такі переваги для процесу правозастосування та підвищення якості прийнятих рішень:

- 1) можливість уникати помилок при дослідженні доказів та кваліфікації можливих порушень завдяки наявності другого рівня перевірки;
- 2) особам, уповноваженим на прийняття рішень, надається значно більше інформації для прийняття рішення (при цьому, у сторін не буде підстав для приховування доказів чи іншої інформації);
- 3) розподіл функцій розслідування та прийняття рішення зменшує ризики випадків, коли конкурентне відомство, використавши ресурси на розслідування, матиме схильність до визнання порушення з метою виправдання цих витрат.

При цьому використання адміністративної моделі з функціональним розподілом розслідування та прийняття рішення можуть мати певні недоліки, пов'язані з тим, що орган, який приймає рішення, може не мати достатніх засобів контролю за якісними та кількісними показниками діяльності конкурентного відомства в цілому. Відсутність взаємодії між органом розслідування та органом прийняття рішень може призвести до нерационального використання ресурсів та/або неефективного захисту конкуренції, якщо дві функціональні частини органу не розділяють єдиного бачення його мети та завдань. Крім того, існують ризики, що особи, які прийматимуть рішення у справі, але не брали участі у розслідуванні, не у повному обсязі розумітимуть результати розслідування (порівняно з експертами, які протягом тривалого періоду розслідували справу).

ОРГАНІЗАЦІЙНА СТРУКТУРА ОРГАНУ, ЯКИЙ ПРИЙМАЄ РІШЕННЯ: КОЛЕГІАЛЬНИЙ ЧИ ОДНООСОВОБИЙ

Органи конкурентних відомств, уповноважені на прийняття рішень, можуть бути одноособовими (наприклад, конкурентне відомство Канади) або колегіальними (наприклад, Департамент юстиції США).

Колегіальні органи можуть бути адміністративними радами (наприклад, конкурентне відомство Великобританії) або радами з прийняття рішень у справах (конкурентне

відомство Франції). Перевагою колегіального органу є можливість залучення для прийняття рішень осіб, які є експертами у різних сферах (юриспруденція, економіка, енергетика), що робить такий орган більш ефективним у прийнятті рішень, які вимагають поєднання знань з різних сфер.

Порівняно з колегіальним органом одноособовий орган характеризується меншим поєднання знань з різних сфер, а тому обмежений здатністю враховувати всі необхідні елементи для прийняття правильного рішення. Крім того, той факт, що орган є колегіальним, створюватиме додаткові перешкоди для впливу на нього (з боку представників бізнесу або органів влади) порівняно з одноособовим органом.

5. Пропозиції

Очевидно, що не існує ідеальної моделі організаційної структури конкурентного відомства, застосування якої виправдане для всіх ситуацій. Досвід країн ЄС свідчить про обрання як оптимального варіанту вирішення питання ефективності – удосконалення моністичної моделі конкурентних відомств⁶.

Наразі організаційна структура АМКУ належить до моністичної адміністративної моделі. Така модель організаційної структури АМКУ може бути вдосконалена для підвищення її ефективності завдяки функціональному розподілу функцій розслідування та прийняття рішень. Досвід Франції та Іспанії свідчить, що в умовах існування моністичної адміністративної моделі конкурентного відомства такий розподіл цілком можливий.

Враховуючи викладене, вдосконалення існуючої моделі організаційної структури АМКУ може полягати у наступному:

1. Забезпечення у системі АМКУ повного функціонального розподілу функцій розслідування та прийняття рішення шляхом:
 - а. Організаційного виділення апарату АМКУ як достатньо самостійної і незалежної від функцій членів АМКУ структури в системі АМКУ, підпорядкованої керівнику апарату АМКУ. Механізм призначення керівника апарату має забезпечувати його відповідальність за якість роботи апарату та взаємну незалежність від членів АМКУ;
 - б. Особи, які виконують функції розслідувань і досліджень призначаються на посади та звільняються Головою АМКУ за поданням керівника апарату.
 - в. Рішення у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, концентрації тощо приймаються колегіальним органом АМКУ, до складу якого входить Голова АМКУ та 8 державних уповноважених, які не здійснюють функцій розслідувань і досліджень.
 - г. Підвищення незалежності колегіального органу може бути досягнуто завдяки законодавчому визначенню різних професійних джерел (наприклад, від наукових установ, від судів (колишні чи діючі судді) чи інші варіанти, які застосовуються у досвіді інших країн) визначення кандидатур на посади членів АМКУ, які призначаються на посади Президентом України.
2. Удосконалення процесуальної бази діяльності АМКУ, зокрема, з урахуванням пропозицій у відповідному законопроекті АПУ).

⁶ The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends (можна знайти за посиланням: <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/e557fdce-07bc-44f5-8a8d-8cad9081803b/Frederic%20Jenny%20The%20institutional%20design%20of%20Competition%20Authorities.pdf>).