

Рішення задля прозорості

Щодо методики розрахунку штрафів Антимонопольного комітету України



Олексій КОТ, керуючий партнер юридичної фірми «Антика», член Громадської ради при Антимонопольному комітеті України

Останнім часом питання визначення розміру штрафів є одним з найбільш проблемних в українському антимонопольному регулюванні. Положення ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначають надзвичайно широкі дискреційні повноваження Антимонопольного комітету України щодо встановлення розміру штрафів за порушення. Досить тривалий період Комітет використовував це з метою недопущення накладення на українські компанії завищених штрафів, які фактично ставили б під загрозу існування компанії.

На жаль, надалі така практика стала підставою для численних звинувачень АМКУ у корупції, політичній заангажованості та непрозорості. Слід констатувати, що певні підозри для таких звинувачень були. Адже, якщо, зазвичай, Комітетом накладаються штрафи навіть за значні порушення в розмірі декількох сотень тисяч гривень, то при накладенні штрафу в десятки або сотні мільйонів (як це в окремих випадках робив АМКУ у найбільш гучних справах) у будь-якої особи будуть сумніви щодо його об'єктивності. Без наявності чітких критеріїв визначення розміру штрафу неможливо сказати, чи порушник дійсно заслуговував на багатомільйонний штраф через тяжкість порушення або перепони у розслідуванні, чи при визначенні розміру покарання державними уповноваженими брались до уваги інші, більш суб'єктивні міркування. Той факт, що АМКУ у черговому гучному скандалі або розслідуванні з гордістю оголошував про новий рекордний розмір штрафу, який надалі або заперечувався в суді, або знижувався у десятках разів

самим Комітетом при перегляді рішення, ніяк не сприяв доведенню протилежного.

Саме з цієї причини і бізнес, і юридична спільнота вже довгий час наполягають на необхідності прийняття методики розрахунку штрафів. З одного боку, вона повинна була стати чітким орієнтиром для бізнесу щодо «ціни» їх протиправних дій, а з іншого – підвищити прозорість рішень Комітету. Не дивлячись на значний тиск зі сторони бізнесу, Комітет затягував питання з прийняттям методики, що тільки давало нові приводи для звинувачень.

Нарешті, 15.09.2015 Антимонопольний комітет України опублікував на сайті рекомендаційні роз'яснення №16-р Щодо застосування положень ч. 2, 5 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ч. 1, 2 ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Цей документ і є давно очікуваною методикою розрахунку штрафів, на прийнятті якої вже давно наполягали представники юридичної спільноти та бізнесу.

Слід зазначити, що положення Роз'яснень не зазнали суттєвих змін у порівнянні з проектом, що оприлюднювався Комітетом для громадського обговорення у серпні 2015 р. Основні принципи та підходи, які були закладені у проекті, залишилися без змін. На жаль, фінальний документ успадкував також і певні недоліки проекту.

Однак, прийняття цього документу, безумовно, має значно підвищити прозорість АМКУ та зробити його рішення прогнозованими для бізнесу.

Три принципи розрахунку штрафів: прозорість, недискримінаційність та розумність

Серед позитивних нововведень слід зазначити те, що рекомендаційними роз'ясненнями чітко встановлюються основні принципи розрахунку штрафів, а саме: прозорість, недискримінаційність та розумність. Під прозорістю розуміється співмірність розміру санкції характеру та масштабу правопорушення. Під недискримінаційністю – застосування однакових підходів визначення розміру штрафу до різних суб'єктів. Під розумністю – врахування фактичних обставин справи при визначенні розміру штрафу.

Роз'ясненнями вперше були чітко сформульовані критерії розподілу порушень на порушення найбільшої тяжкості (картельні змови про фіксування цін, розподіл ринків, обсягів виробництва та умови участі у тендерах, зловживання монополією

становищем, які призвели або могли призвести до усунення чи суттєвого обмеження конкуренції), значної тяжкості (інші випадки узгоджених дій та зловживання монополією становищем, невиконання рішень АМКУ та концентрація, яка призвела до монополізації ринку), середньої тяжкості (обмежувальна та дискримінаційна діяльність, концентрація без дозволу, невиконання умов узгоджених дій чи концентрації, випадки недобросовісної конкуренції) та помірної тяжкості (порушення, пов'язані з поданням недостовірної інформації, створення перешкод при перевірках, обмеження у діяльності суб'єкта у відповідь на його звернення до Комітету і т.д.). Відповідним чином були розподілені й розміри штрафів за такі порушення.

Як розрахувати розмір штрафу?

Іншим, досить суттєвим нововведенням, стало визначення чіткого порядку калькуляції штрафу. Антимонопольний комітет України скористався європейським досвідом і встановив двоступеневу процедуру визначення розміру штрафу:

На першому етапі, залежно від виду порушення, визначається базовий розмір штрафу. Базовий розмір чітко встановлений у Рекомендаційних роз'ясненнях із застосуванням мінімальної дискреції та визначається у відсотках від доходу від реалізації товару на ринку, на якому сталося порушення, за час тривалості порушення або у фіксованому розмірі – у неоподаткованих мінімумах доходів громадян. При цьому в Роз'ясненнях досить детально описується, яким чином має визначатися дохід від реалізації товару на ринку, на якому сталося порушення, які суб'єкти господарювання з групи компаній можуть бути оштрафовані, як визначається база для розрахунку штрафу при порушенні, що зачіпає суміжні ринки товарів, як визначати тривалість порушення тощо.

Фактично, за винятком окремих видів порушень, базовий розмір штрафу, який визначається у рекомендаційних роз'ясненнях, є єдиним для будь-якого порушника.

Наприклад, за найбільш тяжкі порушення встановлюється штраф у розмірі 45% від доходу від реалізації товару на ринку, де відбулося порушення, за значні – 30%. За порушення середньої тяжкості штраф коливається від 10 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до 5% від доходу залежно від порушення, а за помірні порушення – від 6 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до 1% від доходу від реалізації

товару на ринку, де відбулося порушення. При цьому за «інформаційні порушення» (тобто, за неподання інформації, порушення строку її подання або за неповну чи неправдиву інформацію) штрафи визначаються фіксованому розмірі у гривнях, згідно з таблицями, які є додатками до роз'яснень, і чітко розподілені залежно від суб'єкта, який вчинив порушення, характеру порушення, строку затримки тощо.

На другому етапі Комітет, базуючись на визначених у Роз'ясненнях критеріях, зменшує чи збільшує розмір штрафу виходячи з наявності обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин (при цьому перелік останніх не є вичерпним).

Важливою зміною, у порівнянні з проектом рекомендаційних роз'яснень, стало встановлення у прийнятому тексті документу розміру збільшення чи зменшення штрафу на підставі обтяжуючих чи пом'якшуючих обставин. Зокрема, у випадках ініціювання та/чи керівництва діями, створення перешкод у розслідуванні та відмові від співпраці, базовий розмір може збільшуватись до 50% сукупно. При вчиненні порушення повторно – до двох разів. У випадку пом'якшуючих обставин базовий розмір зменшується до 50% сукупно.

Таким чином, в остаточному тексті документа була значною мірою зменшена дискреційність дій Комітету при застосуванні пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин. Як мінімум, суб'єкт господарювання тепер чітко розуміє граничні розміри можливого збільшення чи зменшення штрафу, що є надзвичайно важливим.

Варто зазначити, що Комітетом у Роз'ясненнях визначається два інших дуже важливих принципи щодо розрахунку базового розміру штрафів:

1) З метою врахування обтяжуючих обставин, базовий розмір штрафу, який розрахований на підставі норм Роз'яснень, визначається у 2/3 від максимального розміру, передбаченого ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

2) Якщо порушник надав докази, що порушення призвело чи могло призвести до разового утиску прав окремого суб'єкта господарювання і розмір неправомірно отриманої вигоди при цьому може бути визначений у грошовому вигляді, базовий розмір штрафу визначається у двократному розмірі такої вигоди.

Зазначені положення, насправді, будуть позитивно впливати на прозорість та прогнозованість рішень

Антимонопольного комітету України. У будь-якому випадку, тепер Комітет буде змушений чітко визначати обтяжуючі обставини при накладенні штрафу в максимальному розмірі, який передбачений законом.

Безумовно, Роз'ясненнями допускається можливість АМКУ у виняткових випадках перевищувати чи зменшувати (навіть до символічного) розмір штрафу, у порівнянні зі штрафом, який визначений відповідно до їх положень. Однак у всіх таких випадках Комітет має обґрунтувати застосування підвищеного чи зменшеного розміру штрафу.

Амністія за концентрацію без дозволу АМКУ

Окремо слід зазначити і введення рекомендаційними роз'ясненнями своєрідної амністії за порушення у вигляді концентрації без дозволу АМКУ. Так, п. 14 Роз'яснень встановлено, що у разі вчинення концентрації до їх опублікування та подання порушником відповідної заяви на концентрацію протягом перших 6 місяців з дати опублікування Роз'яснень, штраф встановлюється в розмірі 1200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (20 400 грн),

Така амністія, на нашу думку, є дуже позитивним кроком Антимонопольного комітету України на зустріч бізнесу. Не секрет, що у значній кількості холдингів та груп компаній в Україні за час своєї діяльності «набиралося» порушень у вигляді здійснення концентрацій без дозволу АМКУ. До того ж, у більшості випадків порушення були допущені через нерозуміння законодавства або у зв'язку з дуже стислими строками угоди, тобто вони не призвели до монополізації чи створення панівного положення на ринку. При цьому фактичній легалізації таких порушень та актуальній структурі групи заважали, насамперед, невизначеність Комітету у питанні накладення штрафів.

Безумовно, попередня практика Комітету у таких випадках досить лояльно ставилася до порушника – штрафи призначалися у значно зменшеному розмірі. Тим не менше, саме відсутність чітких критеріїв та гарантій того, що накладений Комітетом штраф буде зменшений, тобто відсутність механізму гарантованого прогнозування ризиків та фінансових втрат, перешкоджала зверненню суб'єктів для легалізації здійснених у минулому концентрацій.

ми, слід зазначити й окремі недоліки документа.

Так, перш за все, багато питань виникає щодо юридичного статусу рекомендаційних роз'яснень, а саме їх не обов'язковості. Справді, Антимонопольний комітет теоретично може відхилитись від положень Роз'яснень, проте така ситуація, на нашу думку, є мало ймовірною. Зокрема, практика роботи Комітету в минулому щодо роз'яснень, які публікувалися з інших питань, свідчить про те, що і сам АМКУ, і його територіальні відділення наслідували їх положення.

Водночас, постає важливе питання щодо можливості суб'єкта господарювання оскаржити рішення Комітету в суді на підставі того, що на нього був накладений неправильно розрахований штраф. Наразі практика судів однозначно стоїть на позиції, що Антимонопольний комітет України має абсолютну свободу у визначенні розміру штрафу, поки цей розмір залишається у рамках максимальної межі, встановленої ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» чи ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Враховуючи рекомендаційний характер прийнятого доку-

ринку, де відбулася концентрація. Очевидно, що розмір штрафу буде залежати від фактичних обставин справи та тяжкості порушення. Разом з тим, критерії визначення його розміру рекомендаційні роз'яснення не містять, отже це питання в майбутньому може стати новим приводом для звинувачень у непрозорості.

Саме тому надзвичайно важливим є забезпечення прозорості у прийнятті рішень та розрахунку штрафів. Зокрема, наявність можливості у Європейській комісії на свій розсуд визначати розмір «знижки» чи збільшення штрафу, залежно від пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин, не призводить до зменшення ефективності її роботи чи звинувачень у непрозорості. Отже, не можна вважати, що можливість вибору Комітетом при розрахунку штрафу є однозначно недоліком.

З іншого боку, слід зазначити, що прийняття рекомендаційних роз'яснень для їх ефективної дії та забезпечення прозорості буде потребувати й зміни підходів Антимонопольного комітету України щодо викладення мотивувальної частини рішення.

Наразі Комітет у рішеннях лише зазначає розмір доходу суб'єкта господарювання та перелік обтяжуючих і пом'якшуючих обставин, після чого у регулятивній частині вказується розмір штрафу. У той же час, для ефективної дії Роз'яснень та формування однозначної практики, вкрай необхідно, щоб у рішеннях АМКУ окремо прописував розмір розрахованого базового штрафу та надавав перелік відповідних обтяжуючих і пом'якшуючих обставин із зазначенням коефіцієнту збільшення/зменшення, який фактично був застосований при розрахунку остаточної суми санкції. У протилежному випадку, питання прозорості Комітету при накладенні штрафу буде залишатись відкритим.

На жаль, рекомендаційні роз'яснення не дають відповіді на питання зазначення розрахунку штрафу у рішеннях, а аналіз рішень АМКУ, прийнятих після 15.09.2015 та опублікованих на його сайті, свідчить, що підхід Комітету до викладення мотивувальної частини не змінився.

Тим не менше, прийняття рекомендаційних роз'яснень має надзвичайно важливе значення для розвитку антимонопольного регулювання в Україні. Враховуючи складність документа та важливість питання як для Комітету, так і для бізнесу, не можна очікувати, що прийняті Роз'яснення будуть бездоганними. Так само очевидним є і те, що за результатами практичного застосування Роз'яснень виникне потреба у їх уточненні, доповненні та внесенні змін.

А тому, саме практика застосування Комітетом положень прийнятого документу, оперативність його зміни у разі виникнення необхідності, на нашу думку, стане основним критерієм для оцінки ефективності як запропонованої методики підрахунку розміру штрафу, так і роботи Комітету в цілому.



а у разі подання заяви протягом наступних 6 місяців – 6000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (102 000 грн). Фактично, враховуючи сьогодишню економічну ситуацію в Україні, вказані розміри штрафів можна вважати є символічними.

Не менш важливо і те, що розмір штрафу чітко обмежується фіксованою сумою, а отже навіть суб'єкти господарювання з дуже високим доходом можуть не турбуватись про суттєві збитки від штрафу.

Введення амністії має вирішити цю проблему, а беручи до уваги дуже низький розмір штрафу, слід очікувати достатньо значної кількості звернень з відповідними заявами. Цьому має сприяти і норма, яка рекомендує Комітету задовольняти клопотання про закриття інформації щодо прийнятого рішення, що має мінімізувати репутаційні ризики для заявників.

Інша сторона медалі

Попри всі позитивні нововведення, які запроваджуються Роз'яснення-

менту, вірогідність того, що рішення Комітету буде скасоване на підставі того, що розмір штрафу був визначений неправильно, досить низька.

Також, на думку окремих експертів, іншим недоліком прийнятих рекомендаційних роз'яснень є можливість Комітету визначати розмір штрафу в окремих порушеннях у досить широких межах. Наприклад, штраф за концентрацію може коливатись від 30 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до 5% від доходу від реалізації товарів на