



**Конференция Организации
Объединенных Наций
по торговле и развитию**

Distr.: Limited
26 May 2015
Russian
Original: English

**Седьмая Конференция Организации
Объединенных Наций по рассмотрению
всех аспектов Комплекса согласованных
на многосторонней основе справедливых
принципов и правил для контроля
за ограничительной деловой практикой**
Женева, 6–10 июля 2015 года
Пункт 6 а) предварительной повестки дня
Обзор опыта применения и осуществления Комплекса

**Типовой закон о конкуренции (2015 год) –
Пересмотренная статья XI***

* Настоящий документ является пересмотренным вариантом документа TD/RBP/CONF.7/L.11.

GE.15-08185 (R) 150615 170615



* 1 5 0 8 1 8 5 *

Просьба отправить на вторичную переработку 



Санкции и средства правовой защиты

- I. Наложение соответствующих санкций за:
- i) нарушение положений закона;
 - ii) невыполнение решений или постановлений административного органа или соответствующего судебного органа;
 - iii) непредставление требуемой информации или документации в пределах установленного срока;
 - iv) представление информации или выступление с заявлениями, которые, как известно предприятию или как оно имеет основания полагать, являются ложными или вводящими в заблуждение с точки зрения существа.
- II. Санкции могли бы включать:
- i) штрафы (соразмерно утаиванию, тяжести и очевидной незаконности правонарушений или с учетом незаконной прибыли, полученной в результате рассматриваемой деятельности);
 - ii) лишение свободы (в случае грубого и намеренного серьезного нарушения закона или правоприменительного постановления физическим лицом);
 - iii) временные постановления или запреты;
 - iv) постоянные или долгосрочные постановления о прекращении и недопущении или об исправлении нарушения посредством позитивного поведения, публичного сообщения или извинения и т.д.;
 - v) изъятие активов (в отношении завершенных слияний или приобретений) или расторжение (в отношении некоторых слияний, приобретений или ограничительных контрактов);
 - vi) возмещение ущерба пострадавшим потребителям;
 - vii) использование административного или судебного решения о незаконности в качестве доказательства *prima facie* в отношении ответственности по всем искам потерпевших.

Комментарии к статье XI и различные подходы в действующем законодательстве**Введение¹**

1. Статья XI Типового закона о конкуренции посвящена инструментам обеспечения соблюдения законодательства о конкуренции, а именно, санкциям и средствам правовой защиты. Последние чаще называют средствами судебной защиты. С учетом целей и обязательной силы законов о конкуренции, а также коммерческих мотивов их нарушения санкции и средства правовой защиты приобретают особое значение. Для защиты конкуренции – главной цели боль-

¹ См. TD/RBP/CONF.7/5.

шинства законов о конкуренции – компании должны соблюдать обязательные требования процедуры и существа. В то же время опыт показывает, что предприятия соблюдают обязательные требования лишь в том случае, когда высока вероятность того, что их несоблюдение вскроется, а когда оно вскроется, за этим, по всей видимости, последуют санкции, прямой и косвенный ущерб от которых будет коммерчески ощутимым. Сама по себе угроза применения существенных санкций представляется важнейшим стимулом к соблюдению требований законов о конкуренции. Если говорить об основной цели большинства законов о конкуренции – защите процесса конкуренции, – то санкции дополняются средствами правовой защиты, направленными на защиту или восстановление конкуренции в тех случаях, когда компании нарушили или намереваются нарушить ее.

2. Хотя из текста части II статьи XI можно сделать вывод, что она посвящена лишь санкциям, перечисленные примеры говорят о том, что речь в ней идет и о средствах правовой защиты. Например, запреты, упоминаемые в пункте iii) части II, и постановления об исправлении нарушения посредством позитивного поведения, о которых говорится в пункте IV части II, обычно относятся к средствам правовой защиты. Кроме того, в большинстве законов о конкуренции предусмотрены оба правоприменительных инструмента, которые дополняют друг друга.

3. Санкции и средства правовой защиты являются публичными инструментами обеспечения применения законов о конкуренции, т.е. инструментами, предназначенными для применения публичными структурами, такими как органы по вопросам конкуренции и суды. В последнее время в странах с давно сформировавшимися режимами защиты конкуренции стало практиковаться частное правоприменение в форме частных исков жертв нарушений законов о конкуренции, которое дополняет публичную правоприменительную работу. Этот аспект деятельности по обеспечению применения законодательства о конкуренции рассматривается не в рамках статьи XI, а в комментариях к статье XIII.

I. Наложение санкций

Правоприменительный орган, наделенный правом налагать санкции

4. Правом налагать санкции может быть наделен либо административный, либо судебный орган, либо эти полномочия могут быть разделены между ними. В последнем случае, например, полномочия административного органа налагать санкции могут быть ограничены такими правонарушениями, как отказ от представления информации, представление ложных сведений или неуведомление о соглашении.

5. В Индии, Пакистане, Панаме, Перу, Российской Федерации и Швейцарии, а также в Европейском союзе административным органам предоставлено право налагать штрафы. В Австралии, Таиланде и Соединенных Штатах Америки правом налагать штрафы и иные санкции обладают суды.

Различные виды санкций

6. Санкции могут быть наложены как в случае нарушения существенных положений законодательства о конкуренции, так и в случае процессуальных нарушений, упоминаемых в пунктах iii) и iv) части I статьи XI. Например, в австрийском законе о конкуренции предусмотрены процессуальные санкции в случаях представления недостоверной и/или вводящей в заблуждение информации при подаче уведомления о слиянии и недостоверной и/или вводящей в заблуждение или неполной информации или невыполнения постановления суда по картелям о представлении информации. Согласно венгерскому закону о конкуренции, процессуальный штраф может быть наложен на участника рассматриваемого дела о конкуренции или на других причастных к нему лиц, а также на лиц, обязанных содействовать прояснению обстоятельств дела, если их действия или поведение имеют целью или следствием затягивание процедуры рассмотрения дела или воспрепятствование установлению фактов.

7. Санкции за нарушение существенных положений могут носить гражданско-правовой, административный или уголовно-правовой характер. Административные санкции, в частности штрафы, являются наиболее распространенным видом санкций в делах, связанных с картельной практикой. В некоторых правовых системах предусмотрена возможность наложения штрафов на нарушивших закон о конкуренции физических лиц в дополнение к штрафам, налагаемым на предприятия, от имени которых они действуют. Например, в Германии ответственность предприятия за нарушение законодательства о конкуренции вытекает из факта его нарушения руководителями или сотрудниками. В других странах законы о конкуренции предусматривают возможность взыскания штрафа лишь с нарушивших его компаний. Помимо штрафов, административные санкции могут предусматривать также запрет тем или иным лицам занимать должности в публичных корпорациях и исключение замеченных в сговоре компаний из списка участников будущих государственных торгов.

8. В отличие от административных санкций, которые могут налагаться органами по вопросам конкуренции, решения о наложении гражданско-правовых или уголовно-правовых санкций могут приниматься исключительно судами. Штрафы могут налагаться в гражданско-правовом, административном или уголовно-правовом порядке, в то время как лишение свободы представляет собой исключительно уголовное наказание. Некоторые страны, избравшие систему административных санкций, предусмотрели возможность назначения уголовных наказаний лишь в отдельных связанных с конкуренцией делах, например виновным во вступлении в сговор на торгах, организуемых государственными органами.

Различные подходы в действующем законодательстве

9. В таблице 1 изложены различные подходы в действующем законодательстве в отношении видов санкций.

Таблица 1
Различные подходы в действующем законодательстве: виды санкций

Страна или группа стран	Санкции						
	Гражданско-правовые		Административные		Уголовно-правовые		
	Штрафы	Прочее	Штрафы	Прочее	Штрафы	Лишение свободы	Прочее
Армения			X	X	Лишь в случаи серьезной антиконкурентной практики		
Австралия	X	X			X	X	
Бразилия			X	X	X	X	
Канада			X	X	Лишь в случае фиксации цен, раздела рынка и ограничения производства		
Китай			X	X			
Коста-Рика			X	X			
Венгрия			X	X			
Египет		X	X	X	X		X
Эфиопия			X	X			
Франция			X	X	X	X	
Германия			X	X	Лишь в случае сговора на торгах		
Индия		X	X	X			
Индонезия			X	X	Закон № 5/1999 предусматривает несколько видов уголовного наказания, которые, однако, на практике не применяются		
Япония			X	X	X	X	
Кения			X	X	X	X	
Мексика		X	X	X	Лишь в случае серьезной антиконкурентной практики		
Перу			X	X			
Республика Корея			X	X	X	X	
Российская Федерация			X	X			Федеральный закон № 216-ФЗ "О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса"

Страна или группа стран	Санкции							
	Гражданско-правовые		Административные		Уголовно-правовые			
	Штрафы	Прочее	Штрафы	Прочее	Штрафы	Лишение свободы	Прочее	
Южная Африка			X	X	X	X		
Таиланд		X			X	X		
Тунис			X	X	X	X	X	
Турция			X	X				
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии			X	X	X	X	X	
Соединенные Штаты	X	X		X	X	X		
Замбия			X		X	X		
Европейский союз			Применяются лишь к пред-приятиям; не предусматри-вают личной ответственности					

10. В части II статьи XI Типового закона о конкуренции перечисляются разные виды возможных санкций. Хотя в ней и упоминаются наиболее распространенные виды санкций, этот перечень не следует считать исчерпывающим.

Штрафы (соразмерно утаиванию, тяжести и очевидной незаконности правонарушений или с учетом незаконной прибыли, полученной в результате рассматриваемой деятельности)

11. Как отмечалось выше, штрафы могут налагаться в гражданско-правовом, административном или уголовно-правовом порядке. В силу разных причин, в том числе сравнительно низких административных расходов, они занимают центральное место в правоприменительной системе каждого государства. Во многих странах само законодательство о конкуренции наделяет административные или судебные органы правом налагать штрафы, максимальный размер которых устанавливается законодательно. Максимальный размер штрафов должен быть достаточно высоким для того, чтобы их превентивное воздействие было достаточно ощутимым. Он может устанавливаться в виде процента от выручки нарушителя закона о конкуренции, в абсолютном выражении или в привязке к какой-нибудь переменной величине, например к минимальному размеру оплаты труда в стране.

Различные подходы в действующем законодательстве

12. В таблице 2 изложены различные подходы в действующем законодательстве применительно к максимальному размеру штрафов.

Таблица 2

Различные подходы в действующем законодательстве: максимальный размер штрафов*Страна или группа стран***Максимальный размер штрафов в виде процента от выручки нарушителя законодательства о конкуренции**

Австралия Что касается гражданско-правовых санкций в виде штрафов, то в соответствии с Законом о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года на предприятие, нарушившее положение законодательства о конкуренции, может налагаться штраф в гражданско-правовом порядке, максимальный размер которого не может быть больше 10 млн. австралийских долларов; или трехкратной общей суммы выгоды, полученной в результате совершения правонарушения или действия или бездействия в нарушение гражданско-правового запрета; или в том случае, когда размер полученной выгоды не может быть полностью установлен, 10% от общей годовой выручки корпоративной группы за 12-месячный период, предшествующий совершению преступления или правонарушения. На физических лиц, непосредственно вовлеченных в нарушение положений законодательства о конкуренции, может быть наложен штраф в размере до 500 000 австралийских долларов.

В качестве уголовного наказания на предприятие, нарушившее уголовно-правовые положения, касающиеся картелей, может быть наложен штраф в уголовно-правовом порядке. Максимальный размер этого штрафа является таким же, как и в случае штрафа, налагаемого в гражданско-правовом порядке. Физическим лицам, чья сопричастность с нарушением положений о преступной картельной деятельности была установлена судом, могут быть предъявлены уголовные обвинения, и они могут быть наказаны штрафом в размере до 2 000 штрафных единиц (в настоящее время 340 000 австралийских долларов) за каждое уголовное преступление, связанное с картельной практикой, и/или лишением свободы на срок до 10 лет.

Китай В отношении штрафов в статье 48 Антимонопольного закона предусматривается, что в тех случаях, когда хозяйствующие субъекты злоупотребляют своим доминирующим положением на рынке в нарушение этого закона, орган по применению Антимонопольного закона налагает на них штрафы, размер которых может составлять от 1 до 10% от выручки за предыдущий год. В тех случаях, когда не было заключено монопольное соглашение или когда хозяйствующие субъекты создают объединение в нарушение положений этого закона (статья 48), орган по применению Антимонопольного закона может налагать на них штраф в размере до 500 000 юаней. При определении размера штрафа (в соответствии со статьями 46–48) принимаются во внимание такие факторы, как характер, масштабы и продолжительность правонарушений.

Страна или группа стран

- Хорватия** Закон о конкуренции был принят в июне 2009 года и вступил в силу 1 октября 2010 года. Согласно закону штрафы в размере до 10% от суммарной выручки предприятия могут налагаться в случае наиболее серьезных нарушений положений закона (совершение любых действий, запрещенных законом, или невыполнение требований, предусмотренных законом), а штрафы в размере до 1% – за другие, менее серьезные нарушения положений законодательства о конкуренции.
- Эфиопия** В статье 26 Указа о торговой практике № 329/2003 предусматривается, что максимальный размер штрафа за нарушение законодательства о конкуренции составляет 10% от стоимости всех активов нарушителя или 15% от его совокупного годового объема продаж. В 2014 году был принят Указ № 823/2013 о коммерческой конкуренции и защите прав потребителей. В новом законодательстве о конкуренции предусматриваются различные санкции за различные правонарушения. Размер штрафа рассчитывается только на основе годовой выручки. Его размер составляет от 5 до 10%, за исключением антиконкурентных или вертикальных соглашений, в случае которых применяется штраф в размере 10% от годовой выручки. Размер штрафов для физических лиц, непосредственно или косвенно сопричастных с любой запрещенной практикой, был увеличен с 5 000–50 000 эфиопских быров до 10 000–100 000 эфиопских быров.
- Венгрия** Согласно законодательству о конкуренции Исполнительный совет по вопросам конкуренции может налагать штраф на лиц, нарушающих положения законодательства. Максимальный размер штрафа не превышает 10% от чистой выручки предприятия за финансовый год, предшествующий году, когда был установлен факт нарушения, или, если предприятие входит в группу предприятий, признанную виновной в правонарушении, от выручки такой группы предприятий. Максимальный размер штрафа, налагаемого на социальные организации предприятий, общественные корпорации, ассоциации или другие аналогичные организации, не превышает 10% от совокупной чистой выручки предприятий, входящих в группу, за предшествующий финансовый год.
- Индия** Закон о конкуренции предусматривает наложение крупных штрафов в случае правонарушения. Комиссия по вопросам конкуренции может налагать штраф в размере до 10% от средней выручки за последние три финансовых года в случае злоупотребления доминирующим положением или любого соглашения, направленного против конкуренции. В случае картелей Комиссия может налагать на каждого участника штраф в размере трехкратной суммы его прибыли за каждый год существования картеля.
- Япония** В соответствии с Антимонопольным законом сумма штрафов рассчитывается на основе объема продаж соответствующих товаров или услуг в период противоправной деятельности

Страна или группа стран

	(но не более чем за три года) путем умножения общего объема продаж в стоимостном выражении на процентный показатель, устанавливаемый в зависимости от вида правонарушения, масштаба и категории хозяйственной деятельности. Для производственных компаний этот процентный показатель составляет от 1 до 20%, для предприятий оптовой торговли – от 1 до 2%, а для предприятий розничной торговли – от 1 до 3%.
Европейский союз	Согласно пункту 2 статьи 23 Постановления 1/2003 Комиссия может налагать административный штраф на предприятие-нарушитель, в размере до 10% от его годовой глобальной выручки за предыдущий финансовый год.
Максимальный размер штрафов, установленный в абсолютном выражении	
Бенин	Согласно закону № 90-005 от 15 мая 2010 года, определяющему условия занятия коммерческой деятельностью, за нарушение закона могут налагаться штрафы в размере от 500 000 до 10 млн. франков КФА. В проекте нового законодательства о конкуренции, вынесенного на обсуждение в 2010 году, предусматриваются существенно более высокие штрафы.
Канада	Согласно Закону о конкуренции административные штрафы не могут превышать 750 000 канадских долларов (или 1 млн. канадских долларов в случае каждого последующего взыскания) в отношении физических лиц или 10 млн. канадских долларов (или 15 млн. канадских долларов в случае каждого последующего взыскания) в отношении компаний. Уголовные преступления, например картельные соглашения, наказываются лишением свободы на срок до 14 лет и/или штрафом в размере до 25 млн. канадских долларов.
Чили	Суд по вопросам конкуренции может налагать штрафы в размере, не превышающем в эквиваленте 20 000 годовых налоговых единиц, или, в качестве наказания за деятельность, запрещенную Законом о конкуренции, не превышающем в эквиваленте 30 000 годовых налоговых единиц, которые являются официально установленными расчетными единицами для налоговых целей и соответствуют стоимости месячных налоговых единиц в последнем месяце финансового года, умноженной на 12. Стоимость этих расчетных единиц меняется.
Таиланд	Согласно Закону о коммерческой конкуренции 1999 года все правонарушения, связанные с антиконкурентными действиями, наказываются лишением свободы на срок до 3 лет и/или штрафом в размере до 6 млн. батов. В случае повторного совершения правонарушения предусматривается удвоение наказания.
Соединенные Штаты	Антитрестовский закон Шермана предусматривает наказание в уголовном порядке в виде штрафа в размере до 1 млн. долл. США в отношении физических лиц и 100 млн. долл. США в отношении компаний наряду с лишением свободы на срок до 10 лет. В соответствии с федеральным законом максимальный

Страна или группа стран

размер штрафа может быть увеличен до двукратной суммы выручки, полученной соучастниками от незаконных действий, или двукратной суммы ущерба жертв преступления, если хотя бы одна из этих сумм превышает 100 млн. долл. США.

Замбия

Закон о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года предусматривает общую санкцию в отношении лица, нарушающего положения закона, в отношении которых в законе не предусмотрено специальной санкции, в частности такое лицо может быть наказано штрафом в размере до 100 000 штрафных единиц и/или лишением свободы на срок до одного года.

Максимальный размер штрафов, установленный в привязке к переменной величине**Бразилия**

Закон № 12.529/2011 вступил в силу 29 мая 2012 года. В новом законодательстве о конкуренции были пересмотрены размеры штрафов, которые составляют теперь от 0,1% до 20% от валовой выручки компании, экономической группы и конгломерата за год, предшествующий году, в котором было начато расследование, при этом при определении размера штрафа во внимание принимается только экономический сектор, в котором было совершено правонарушение. В соответствии с новым законом при определении размера штрафа учитывается не совокупная валовая выручка компании, а лишь ее выручка в экономическом секторе, где имело место противоправное поведение. Для физических лиц размеры штрафов были изменены с 10–50% от штрафа, наложенного на соответствующую компанию, как было предусмотрено в старом законодательстве, до 1–20% в соответствии с новым законом.

Перу

В законодательстве о конкуренции проводятся различия между нарушениями различной степени тяжести. За наиболее серьезные правонарушения в законе предусматривается наложение штрафа в размере от 1 000 налоговых единиц (справочных единиц, привязанных к индексу потребительских цен) до 12% годовой выручки группы компаний, в которую входит правонарушитель. Закон предусматривает установление размера штрафа в зависимости от степени тяжести правонарушения. В случае менее серьезных правонарушений Комиссия может налагать штрафы в размере от 50 налоговых единиц (но не более 10% валового дохода, полученного правонарушителем) до 250 налоговых единиц (но не более 10% валового дохода, полученного правонарушителем). За более серьезные правонарушения размер штрафа может достигать 700 налоговых единиц (но не более 10% валовой выручки, полученной правонарушителем). В качестве обеспечительной меры Комиссия или суд может налагать штраф в размере от 10 до 125 налоговых единиц. При продолжении противоправных действий может налагаться штраф в размере до 700 налоговых единиц. В случае невыполнения исправительных мер Комиссия или суд может налагать штраф в размере 25% от суммы ранее наложенных штрафов. При дальнейшем продолжении противоправных действий может налагаться штраф в размере до 16-кратной суммы первоначального принудительного штрафа.

13. В ряде стран административные органы издали руководящие принципы с описанием тех факторов, которые учитывают при расчете размера штрафа. Такие отягчающие обстоятельства, как продолжение или повторение противоправной деятельности или важная роль в ее осуществлении, могут стать основанием для увеличения размера штрафа. В этом отношении незаконное получение высокой прибыли может представлять собой отягчающее обстоятельство. Напротив, смягчающие обстоятельства позволяют снизить размер штрафов. Следует особо отметить, что в некоторых странах основанием для уменьшения штрафа может служить сотрудничество нарушителя закона о конкуренции в рамках программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество. Например, в Венгрии Совет по конкуренции предоставляет иммунитет от штрафных санкций или снижает размер штрафов, налагаемых на предприятия, которые в порядке, установленном в Законе о запрещении недобросовестной торговой практики и несправедливой конкуренции, информируют орган по вопросам конкуренции о соглашениях или согласованных действиях конкурентов, прямо или косвенно направленных на фиксацию закупочных или продажных цен, раздел рынков, включая сговор на торгах, или распределение производственных или сбытовых квот (Закон № LVII, 1996 год, статьи 78/A–78/B и 88/D). 1 апреля 2010 года вступила в силу поправка, институционально закрепляющая программу вознаграждения информаторов. В соответствии с этой поправкой лица, представляющие важные сведения о злостных формах картельной практики, могут получить предусмотренную законом компенсацию (которая не должна превышать 1% от штрафа). Помимо этого, орган по вопросам конкуренции может вознаградить готовность компании урегулировать картельное дело во внесудебном порядке, снизив налагаемый на нее штраф, поскольку такое урегулирование помогает сократить сроки рассмотрения дела и сэкономить средства. Кроме того, к числу смягчающих обстоятельств может относиться незамедлительное прекращение противоправной деятельности после вмешательства органа по вопросам конкуренции, а также нарушение закона о конкуренции по неосторожности в отличие от преднамеренного противоправного деяния. В исключительных случаях орган по вопросам конкуренции может принять также во внимание неплатежеспособность предприятия, вызванную конкретным социально-экономическим контекстом, и снизить размер штрафа или предоставить более льготные условия для его выплаты. Доведение компании штрафами до банкротства и вынужденного ухода с рынка противоречит главной цели законодательства о конкуренции, заключающейся в защите конкурентного процесса.

Лишение свободы (в случае грубого и намеренного серьезного нарушения закона или правоприменительного постановления физическим лицом)

14. В последнее время для борьбы с антиконкурентными соглашениями в странах со сформировавшимися правовыми режимами регулирования конкуренции используются такие средства, как очень крупные штрафы для компаний. Например, в 2008 году Европейская комиссия оштрафовала французскую компанию "Сен-Гобэн" на 896 млн. евро за вступление в картельный сговор с другими производителями стекла в целях раздела рынка. В 2009 году производитель микросхем компания "Интел" была признана виновной в нарушении статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза, и на нее был наложен штраф в размере свыше 1 млрд. евро. Тенденция к увеличению размера штрафов наблюдается и в некоторых странах с более молодыми режимами ре-

гулирования конкуренции. Например, Комиссия по вопросам конкуренции Индии наложила кумулятивный штраф в размере более 1 млрд. долл. США на компании по производству цемента и торговую ассоциацию производителей цемента (дело № 29/2010 "Ассоциация строительных компаний Индии против Ассоциации производителей цемента и других").

15. Хотя большинство законов о конкуренции предусматривают гражданско-правовую или административную ответственность за антиконкурентную практику, налицо тенденция к более частому применению уголовных санкций. До последнего времени уголовные наказания за нарушение законодательства о конкуренции вплоть до лишения свободы применялись лишь в Соединенных Штатах. Антитрестовский закон Шермана устанавливает уголовные санкции (за нарушение статей 1 и 2), и совершенные деяния могут преследоваться в качестве преступлений, наказуемых штрафом с юридических лиц и лишением свободы сроком до десяти лет применительно к физическим лицам. Аналогичные положения существуют и в ряде других стран, хотя на практике они не применяются. В настоящее время все больше стран, включая Канаду, Израиль, Японию и Соединенное Королевство, преследуют лиц, виновных в участии в злостных формах картельной практики, в уголовном порядке. В Соединенном Королевстве в соответствии с Законом о предпринимательстве 2002 года введены уголовные санкции для физических лиц, участвующих в совершении некоторых четко определенных антиконкурентных правонарушений. В 1999 году Таиланд ввел наказание за все правонарушения, связанные с антиконкурентной практикой, в виде лишения свободы на срок до трех лет при удвоении срока в случае повторного совершения таких правонарушений. В 2008 году суды Соединенного Королевства впервые приговорили к тюремному заключению лиц, участвовавших в международном картеле. В 2009 году парламент Австралии принял законодательство (Закон о внесении поправок в Закон о торговой практике (картельные действия и иные меры)) об уголовном преследовании некоторых видов картельной практики, таких как фиксация цен; ограничение предложения в производственной или сбытовой цепочке; распределение клиентуры, поставщиков или территории; и сговор на торгах.

16. Сторонники уголовных наказаний для физических лиц утверждают, что такие наказания представляют собой наиболее действенный стимул для соблюдения требований закона руководителями корпораций, а следовательно, и самими корпорациями. Поскольку нынешний уровень штрафов, налагаемых на компании, например в Соединенных Штатах и Европейском союзе, невозможно дополнительно повысить, не причинив ущерба экономике, и поскольку штрафы в конечном счете ложатся на плечи потребителей, для борьбы с нарушениями закона необходимо активнее использовать другие инструменты. В этой связи на более видное место должна выйти персональная ответственность правонарушителей. В данном контексте утверждается также, что наложение денежных штрафов на физических лиц не дает желаемого результата, поскольку за своих сотрудников их вполне могут заплатить компании. Этого можно избежать, наложив соответствующий запрет на компании.

17. В то же время в силу ряда причин государство может не пойти на уголовное преследование виновных в нарушении законодательства о конкуренции. Во-первых, применение уголовно-правовых санкций может быть неоправданным, когда законодательство о конкуренции является новым и деловые круги не имели достаточного времени для ознакомления со своими новыми юридическими обязанностями. Во-вторых, пока принципы законодательства о конкуренции не получили широкого признания в качестве важной составляющей нормативно-правового и экономического климата, уголовное преследование их

нарушителей может противоречить социальным и правовым нормам. В-третьих, издержки уголовных наказаний, в частности в виде лишения свободы, могут оказаться слишком высокими по сравнению с издержками иных санкций. Еще один аргумент против использования уголовно-правовых санкций в связанных с конкуренцией делах касается необходимости ужесточения процессуальных требований, например использования в уголовных делах более высоких доказательственных стандартов. Все это может сделать уголовное преследование нарушителей законодательства о конкуренции слишком сложным и дорогостоящим и привести к уменьшению числа успешных дел. Каждый из этих аргументов имеет под собой определенные основания.

18. Правом лишать свободы обычно наделены судебные органы. В некоторых странах, таких как Япония и Норвегия, эти полномочия судебные органы осуществляют по представлению административного органа.

Средства правовой защиты

19. В отличие от санкций средства правовой защиты, направленные на сохранение или восстановление конкуренции, не имеют карательной направленности. Они направлены на то, чтобы положить конец нарушению законодательства о конкуренции, возместить нанесенный жертвам ущерб и устранить тот вред, который был причинен конкуренции. Средства правовой защиты традиционно подразделяются на структурные и поведенческие. Структурные средства, как правило, применяются одновременно для восстановления конкурентной структуры рынка. Поведенческие средства правовой защиты, которые могут быть как бессрочными, так и срочными, призваны изменить поведение компаний или оказать на него сдерживающее влияние (в некоторых странах такие средства правовой защиты именуется также сопроводительными). Когда их применение требует непрерывного надзора или мониторинга, это может быть чревато высокими издержками как для соответствующего органа, так и для предприятий. Некоторые средства правовой защиты, например касающиеся доступа к правам интеллектуальной собственности, очень трудно отнести к той или иной категории.

20. В зависимости от нормативно-правового режима органы по вопросам конкуренции могут использовать средства правовой защиты в одностороннем порядке или согласовывать их с заинтересованными сторонами по их предложению (в форме договоренностей или обязательств). Такие договоренности или обязательства иногда воспринимаются как санкции. В то же время, поскольку главная цель таких договоренностей или обязательств заключается в восстановлении конкуренции, нарушенной в результате антиконкурентной практики, их можно отнести к средствам правовой защиты.

21. Помимо штрафов и наказаний в виде лишения свободы, в части II статьи XI Типового закона о конкуренции перечисляется ряд мер, которые в свете современного толкования большинства законов о конкуренции квалифицируются как средства правовой защиты.

Временные постановления или запреты

22. Временные постановления или запреты, как правило, относятся к категории поведенческих средств правовой защиты. Они могут приниматься в качестве предварительной меры в ходе рассмотрения дела о конкуренции, с тем

чтобы не допустить нарушения или продолжения нарушения компанией законодательства о конкуренции. В странах с разными режимами регулирования конкуренции правом принимать временные постановления или запреты обладают разные правоприменительные органы. В странах общего права этим правом в основном обладают суды. Например, в Канаде Генеральный прокурор может в экстренных ситуациях обратиться в компетентный суд для введения временного запрета, призванного приостановить действия, носящие противоправный характер или направленные на совершение правонарушения. В странах континентального права такими полномочиями могут обладать органы по вопросам конкуренции. Например, в Германии Федеральное ведомство по делам картелей может принимать временные меры на основании пункта а) статьи 32 Закона о борьбе с ограничениями конкуренции. В Венгрии Совет по конкуренции может в качестве временной меры запретить продолжение незаконного поведения или предписать устранить незаконную ситуацию, если безотлагательные действия необходимы для защиты юридических или экономических интересов заинтересованных лиц или из-за угрозы формированию, развитию или сохранению экономической конкуренции. В соответствии с Законом о запрещении недобросовестной торговой практики и несправедливой конкуренции Совет по конкуренции может также потребовать предоставления гарантийного залога в качестве временной меры, принимаемой по ходатайству стороны, в отношении которой проводится расследование (подпункт с) пункта 1 статьи 71 и пункт 2 статьи 72). Хотя в Индии действует система общего права, Комиссия по вопросам конкуренции может выносить временные постановления, если удостоверится в том, что правонарушение было совершено и продолжает совершаться или существует вероятность совершения аналогичных действий, и она может вносить временные запретительные постановления. Такие постановления могут оставаться в силе до завершения расследования или до вынесения дальнейших постановлений даже без уведомления соответствующих сторон в тех случаях, когда она считает это необходимым.

Постоянные или долгосрочные постановления о прекращении и недопущении или об исправлении нарушения посредством позитивного поведения, публичного сообщения или извинения и т.д.

23. Постановления о прекращении и недопущении по сути схожи с запретами и направлены на то, чтобы немедленно прекратить нарушение закона о конкуренции. Например, орган по вопросам конкуренции может потребовать от участников картеля прекратить фиксацию цен или потребовать от занимающего доминирующее положение предприятия прекратить антиконкурентную практику реализации определенных товаров в принудительном ассортименте. Постановления о прекращении и недопущении предусмотрены в законодательстве о конкуренции большинства стран.

24. В то же время в некоторых случаях расследуемые действия уже причинили вред конкуренции, что может потребовать принятия конкретных мер для ее восстановления. Для таких случаев в пункте iv) части II статьи XI Типового закона о конкуренции предусмотрена возможность исправления нарушения посредством позитивного поведения, публичного сообщения или извинения и т.д. Цель использования поведенческих средств правовой защиты заключается в том, чтобы заставить предприятие действовать определенным образом, например изменить систему скидок, структуру цен или условия торговли, предоставить доступ к инфраструктуре или интеллектуальной собственности.

25. Хотя поведенческие средства правовой защиты можно использовать для решения конкретных проблем в сфере конкуренции, они часто считаются неудобными в плане мониторинга, так как требуют непрерывного контроля, отвлекающего ресурсы органа по вопросам конкуренции.

Изъятие активов (в отношении завершённых слияний или приобретений) или расторжение (в отношении некоторых слияний, приобретений или ограничительных контрактов)

26. Изъятие активов в связанных со слияниями делах является наиболее часто используемым структурным средством правовой защиты. В рамках системы, требующей уведомлять о предстоящих слияниях, органы по вопросам конкуренции обычно оценивают вероятное влияние планируемого слияния на конкуренцию. Если сделанный прогноз позволяет выявить возможные проблемы для конкуренции, они могут решаться при помощи адекватных средств правовой защиты, например путем изъятия предприятием своих инвестиций, вложенных в определенные активы, такие как производственные мощности или распределительная сеть. Законы о конкуренции расходятся в решении вопроса о том, должны ли активы для изъятия предлагаться уведомляющими о слиянии сторонами и затем оцениваться органами по вопросам конкуренции или же таким органам должно быть предоставлено право в одностороннем порядке принимать решение об изъятии активов в процессе утверждения предлагаемого слияния. Поскольку участники предлагаемого слияния несут главную ответственность за его организацию, органам по вопросам конкуренции, возможно, следовало бы предлагать его участникам выбор оптимальных средств правовой защиты в диалоге с органами.

27. В Японии, например, участники планируемого слияния до подачи официального уведомления часто проводят предварительные консультации с Комиссией по справедливой торговле. Комиссия проводит проверку на раннем этапе, и, если она сочтет, что предлагаемое слияние сопряжено с проблемами для конкуренции, она уведомит об этом стороны, не принимая какого-либо окончательного решения относительно разрешения слияния. Затем стороны добровольно предлагают корректировочные меры, эффективность которых оценивается Комиссией.

28. В рамках системы подачи уведомлений об уже проведенных слияниях органы по вопросам конкуренции имеют возможность вмешаться лишь после того, как соответствующая сделка уже завершена. Таким образом, средства правовой защиты от антиконкурентных последствий можно проработать и утвердить лишь после слияния, что сопряжено с рядом практических неудобств. В ситуации, когда изъятие активов не позволяет устранить негативные последствия слияния для конкуренции, орган по вопросам конкуренции может потребовать расторжения сделки или роспуска возникшей структуры, что иногда сделать крайне сложно.

29. В делах о слияниях решение о расторжении является крайней мерой, к которой прибегают, если защитить конкуренцию иными способами невозможно. Обычно такая мера принимается тогда, когда участники антиконкурентного слияния не соблюли официально установленный период после подачи предварительного уведомления и провели запланированное слияние, не дождавшись одобрения со стороны компетентного органа. Как отмечалось выше, решения о расторжении могут приниматься и в системах подачи уведомлений об уже проведенных слияниях.

Различные подходы в действующем законодательстве

30. В таблице 3 изложены различные подходы в действующем законодательстве применительно к структурным средствам правовой защиты в делах о слияниях.

Таблица 3

Различные подходы в действующем законодательстве: структурные средства правовой защиты в делах о слияниях

<i>Страна или группы стран</i>	<i>Структурные средства правовой защиты в делах о слияниях</i>
Канада	<p>Если Бюро по вопросам конкуренции считает, что слияние может препятствовать конкуренции или существенно ослабить ее, Комиссар по вопросам конкуренции может либо оспорить слияние в суде на основании применимых положений Закона о конкуренции, либо согласовать с участниками слияния такие средства правовой защиты, которые позволят устранить проблемы, создаваемые для конкуренции, к взаимному согласию (статья 105). Если суд придет к выводу, что слияние препятствует конкуренции или ослабляет ее или, вероятно, будет препятствовать конкуренции или существенно ослабит ее, он может запретить слияние либо принять постановление, обязывающее стороны расформировать образовавшееся в результате слияния предприятие, или изъять свои инвестиции из части активов. Ненаправление предварительного уведомления о слиянии (без достаточно веской причины) в тех случаях, когда оно требуется, является уголовным преступлением, наказуемым штрафом в размере до 50 000 канадских долларов. Участники предлагаемой сделки, превышающей установленный денежный потолок, должны уведомить о ней Комиссара по конкуренции и дождаться предусмотренного законом срока для ее изучения, прежде чем завершить сделку. В случае несоблюдения установленного срока участникам сделки может быть предписано распустить появившуюся в результате слияния структуру, продать часть ее активов или уплатить административный штраф в размере до 10 000 канадских долларов за каждый день несоблюдения установленного срока. Кроме того, суд может вынести временное постановление, не разрешающее сторонам завершить слияние, если они не направили предварительное уведомление о слиянии.</p>
Маврикий	<p>Комиссия по вопросам конкуренции оценивает последствия слияния для конкуренции в обозримом будущем. В случае большинства отраслей такая оценка охватывает период от двух до пяти лет. Если ожидается, что возможные негативные последствия для конкуренции будут проявляться в течение менее чем двух лет, Комиссия, как правило, дает согласие на слияние, хотя в случае значительных последствий, позволяющих предположить существенное ослабление конкуренции, Комиссия может принять решение о применении временных средств правовой защиты.</p>

В некоторых случаях, например в отраслях с длительными сроками реализации проектов и долгосрочными контрактами, обозримое будущее может означать сроки, превышающие пять лет. Предлагаемые слияния, о которых была уведомлена Комиссия, могут быть заблокированы при наличии подозрений, что они могут привести к существенному ослаблению конкуренции, и при отсутствии других, более эффективных средств правовой защиты. Если существенное ослабление конкуренции ожидается лишь на отдельных рынках, Комиссия может заблокировать сделку лишь частично, разрешив слияние при том условии, что некоторые подразделения образованного в результате слияния предприятия останутся самостоятельными. В качестве альтернативы слияние может быть разрешено в полном объеме, однако в этом случае образованное в результате слияния предприятие должно будет продать часть своих активов в течение оговоренного периода. В обоих случаях при определении пакета активов, которые должны быть изъяты у образованного в результате слияния предприятия, Комиссия руководствуется одними и теми же принципами, которые излагаются ниже.

При выборе средства правовой защиты или набора таких средств Комиссия учитывает эффективность, своевременность и соразмерность затрат, связанных с их применением, и ожидаемые выгоды от их применения. Средства правовой защиты, используемые органами по вопросам конкуренции, обычно подразделяются на структурные меры, такие как изъятие активов, цель которых состоит в восстановлении или усилении конкуренции путем изменения структуры рынка, и меры, направленные на изменение поведения предприятий с помощью постановлений или договорных обязательств. В целом структурные меры, если и требуют, то лишь незначительного контроля после осуществления соответствующих структурных изменений, тогда как меры, предписывающие определенное поведение, обычно предполагают, что Комиссия или уполномоченное лицо будут следить за их выполнением. Комиссия может также выносить не носящие обязательного характера рекомендации в адрес правительства.

Изъятие активов может являться высокоэффективным средством создания более конкурентной рыночной структуры по сравнению с той, которая сформировалась бы в противном случае. В то же время Комиссия признает, что принудительное изъятие активов представляет собой значительное вмешательство в имущественные права. Поэтому она настаивает на изъятии активов лишь при отсутствии других столь же эффективных средств правовой защиты и лишь в том случае, когда такое вмешательство пропорционально ожидаемым результатам. Пакет изымаемых активов

Страна или
группы стран

Структурные средства правовой защиты в делах о слияниях

должен быть жизнеспособным как в форме самостоятельной структуры, так и под контролем уже существующего на рынке субъекта. Принцип жизнеспособности предполагает, что выделенный коммерческий сегмент должен представлять реальную конкурентную угрозу для других производителей на рынке, оставаясь при этом прибыльным. Комиссия предоставляет предприятиям максимально широкую свободу выбора способа отчуждения активов при условии сохранения эффективности данной меры правовой защиты и проведения операции в отведенные сроки. Комиссия может также указать, какие категории покупателей или какие конкретные покупатели могут претендовать на отторгаемые активы. Прежде чем проводить аудит предприятия, продающие часть своих активов, должны дожидаться выбора Комиссией предпочтительного покупателя. Комиссия скорее всего отклонит кандидатуры потенциальных покупателей, если у нее возникнут сомнения в том, что они будут использовать полученные активы для эффективной конкуренции на рынках, положение на которых вызывает у нее озабоченность. Такое средство правовой защиты, как изъятие активов, как правило, не требует от Комиссии мониторинга или принятия правоприменительных мер после завершения продажи активов. В то же время в постановлении об отчуждении активов или в одобренных ею обязательствах со стороны соответствующего предприятия Комиссия обычно указывает, что отчужденные активы не могут быть вновь приобретены продавшим их предприятием или поступить под его контроль каким-либо иным образом. Этот запрет имеет срок действия, составляющий, как правило, 10 лет.

**Соединенные
Штаты**

В Соединенных Штатах изъятие активов является средством правовой защиты в случае незаконных слияний и приобретений. Считаясь структурной мерой, изъятие активов требует ликвидации или продажи тех или иных корпоративных структур или собственности, существование которых устойчиво ограничивало торговлю, приводило к монополизации или приобретению новых активов. Структурную реорганизацию можно подразделить на три категории: роспуск, разукрупнение и раздел.

Под роспуском обычно понимается роспуск предположительно незаконного объединения или ассоциации; для достижения этой цели могут использоваться и такие методы, как разукрупнение и раздел. Под разукрупнением понимается такая ситуация, когда ответчики вынуждены разукрупнить свою собственность, портфель ценных бумаг или другие активы. Раздел, как правило, является следствием решения о проведении некоторых видов разукрупнения; он в первую очередь применяется в тех случаях, когда цель заключается в обеспечении защиты от антитрестовских

Страна или
группы стран

Структурные средства правовой защиты в делах о слияниях

злоупотреблений, связанных со слиянием собственности или контроля, например в случаях вертикальной интеграции производства и распределения или интеграции производства и реализации диверсифицированных товаров, не связанных между собой по назначению или виду использования. Эти средства правовой защиты конкретно не предусматриваются законодательством.

Средства правовой защиты могут включать заключение соглашений правоприменительными учреждениями с целью решения проблем, связанных с конкуренцией, при предоставлении разрешения на завершение сделки. Обычно принимается решение об изъятии перекрестных активов, установлении ограничений, принятии позитивных обязательств или лицензировании прав интеллектуальной собственности. Однако статья 4 Антитрестовского закона Шермана и статья 5 Антитрестовского закона Клейтона уполномочивают Генерального прокурора определять процессуальное действие на основании права справедливости в целях "недопущения и пресечения" нарушений антитрестовского законодательства. В них говорится, что "подобная процедура может носить форму ходатайства с изложением сути дела об объявлении данного нарушения запрещенным в отсутствие иных предписаний". Кроме того, помимо этих общих законодательных полномочий, суть юрисдикции справедливости заключается в наличии у судебных органов права формулировать решения исходя из потребностей конкретного дела. Таким образом, задействование правительством общих полномочий суда справедливости на основании Антитрестовского закона Шермана и Антитрестовского закона Клейтона предоставляет судебным органам большую свободу в вынесении решений в интересах обеспечения действенной и адекватной правовой защиты (см. С Oppenheim, GE Weston and JT McCarthy, 1981, *Federal Antitrust Laws: Cases, Text and Commentary* (Saint Paul, Minnesota, West Publishing Company) и Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, 1999, A study of the commission's divestiture process, см. веб-сайт <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf> (дата доступа 18 мая 2015 года)).

Европейский союз

Постановление Европейского союза № 139/2004 о контроле за концентрацией предприятий является правовой базой для осуществления контроля за слияниями в Европейском союзе. Постановление запрещает слияния и приобретения, приводящие к существенному снижению конкуренции на едином рынке, например, если они приводят к созданию доминирующих компаний, которые, вероятно, будут повышать цены для потребителей.

Страна или
группы стран

Структурные средства правовой защиты в делах о слияниях

В отношении слияний в постановлении конкретно предусматривается, что Европейская комиссия может признать экономическую концентрацию совместимой с требованиями рынка Европейского союза. В ходе первого или второго этапа расследования при существовании опасений в отношении конкуренции сливающиеся компании могут предложить меры, гарантирующие сохранение конкуренции на рынке. Вместе с тем Европейская комиссия не может обусловить свое решение, разрешающее слияние, какими-либо односторонними требованиями. Европейская комиссия лишь оценивает, являются ли предлагаемые меры правовой защиты действенными и достаточными для устранения опасений, возникающих в отношении конкуренции. Она также принимает во внимание мнения участников рынка при оценке его состояния. Если средства правовой защиты признаются приемлемыми, они становятся обязательными для компаний. После этого назначается независимая доверенная сторона, следящая за выполнением этих обязательств. После расследования Европейская комиссия может либо дать безоговорочное согласие на осуществление слияния, либо одобрить слияние с применением средств правовой защиты, либо запретить слияние, если сливающиеся компании не предложили надлежащих средств правовой защиты для устранения опасений, возникающих в отношении конкуренции.

Возмещение ущерба пострадавшим потребителям

31. Законы о конкуренции некоторых стран разрешают компетентным органам требовать возмещения ущерба жертвам антиконкурентной практики. Например, в Индонезии административные меры, предусмотренные в статье 47 Закона № 5/1999 о запрете монопольной практики и недобросовестной экономической конкуренции, предусматривают предъявление органом по вопросам конкуренции требования о выплате компенсации. Такое взыскание компенсации государственным органом отличается от возмещения ущерба по решению гражданского суда в рамках обеспечения применения законодательства о конкуренции в частно-правовом порядке, о котором идет речь в статье XIII Типового закона о конкуренции.

Использование административного или судебного решения о незаконности в качестве доказательства *prima facie* в отношении ответственности по всем искам потерпевших

32. Как уже отмечалось, страны с устоявшимися системами законодательства о конкуренции стали поощрять обеспечение применения этого законодательства в частно-правовом порядке, т.е. в рамках частных исков по взысканию убытков жертв антиконкурентной практики, в частности злостных форм карательной практики. Такие частные иски, как правило, подаются в гражданские суды

обычно по итогам рассмотрения дел, возбужденных против картелей государственными органами.

33. В интересах процессуальной эффективности законодательство о конкуренции может предусматривать, что заключение органа по вопросам конкуренции или суда, установивших факт антиконкурентной практики, должно обязательно учитываться в ходе рассмотрения последующих исков по взысканию убытков. Это означает, что истцам, обращающимся в суд с иском о возмещении причиненного им ущерба, не нужно вновь доказывать антиконкурентное поведение ответчика; им требуется лишь обосновать и доказать тот ущерб, который они понесли в результате нарушения закона о конкуренции. Например, в Германии согласно Закону о борьбе с ограничениями конкуренции при рассмотрении исков о возмещении ущерба, причиненного в результате нарушения законодательства о конкуренции, суд обязан исходить из признания такого нарушения в окончательном решении национального антикартельного органа любого государства – члена Европейского союза или Европейской комиссии. В некоторых странах, например в Коста-Рике, Японии и Южной Африке, частный иск по взысканию убытков может быть подан только после вынесения решения органом по вопросам конкуренции.
