



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

Distr.: General
17 August 2016
Russian
Original: English

**Совет по торговле и развитию
Комиссия по торговле и развитию
Межправительственная группа экспертов
по законодательству и политике
в области конкуренции
Пятнадцатая сессия
Женева, 19–21 октября 2016 года
Пункт 3 а) предварительной повестки дня
Консультации и обсуждения, посвященные
экспертным обзорам по законодательству и политике
в области конкуренции; рассмотрению Типового закона;
а также исследованиям, касающимся положений
Комплекса принципов и правил**

**Повышение правовой определенности в отношениях
между органами по конкуренции и судебными
органами**

Записка секретариата ЮНКТАД

Резюме

Правовая определенность рассматривается в качестве основополагающего принципа, признаваемого в большинстве правовых систем во всем мире. Для хозяйствующих субъектов, взаимодействующих на том или ином рынке, эта составляющая законности является практической необходимостью, ограждая их законные ожидания. Таким образом, повышение правовой определенности в отношениях между органами по конкуренции и судебными органами требует, чтобы решения, принимаемые регулируемыми конкуренцию органами (наделенными судебными функциями) и судьями, были последовательными, повышали эффективность законодательства по вопросам конкуренции и, что особенно важно, обеспечивали легитимность системы в глазах участников рынка, о чем говорится в настоящей записке¹.

¹ Настоящий документ официального редактирования не проходил.

GE.16-14248 (R) 070916 090916



* 1 6 1 4 2 4 8 *

Просьба отправить на вторичную переработку



В этой связи перед новыми режимами конкуренции стоят, в частности, следующие задачи: добиться формирования у судебных органов более целостного взгляда как на законодательство о конкуренции, так и на политику, которая служит опорой этого законодательства; обеспечить, чтобы новые органы лучше разбирались в соответствующих правовых процедурах и представляли сложные экономические доказательства таким образом, что облегчать их оценку теми, кто не является специалистом в вопросах экономики.

Работа ЮНКТАД по вопросам законодательства и политики в области конкуренции направлена на оказание молодым антимонопольным режимам помощи в решении этих задач.

Введение

1. В июле 2015 года участники седьмой Конференции Организации Объединенных Наций по рассмотрению всех аспектов Комплекса согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой выделили вопрос повышения правовой определенности в отношениях между органами по конкуренции и судебными органами в качестве темы для рассмотрения Межправительственной группой экспертов по законодательству и политике в области конкуренции. Правовая определенность рассматривается в качестве основополагающего принципа, признаваемого в большинстве правовых систем во всем мире. В основе рабочего определения правовой определенности, связанного с прагматичным применением закона, лежит руководящий принцип – обеспечивать предсказуемость решений, которая включает в себя понятия как законных ожиданий, так и отсутствия у закона обратной силы (ретроактивности). С точки зрения этой концепции, правовую определенность в отношениях между органами по вопросам конкуренции и судебными органами можно повысить, требуя от них принятия последовательных решений, поскольку предсказуемость таких решений может гарантировать эффективность системы законодательства о конкуренции и, что особенно важно, обеспечить легитимность системы в глазах участников рынка.

2. Органы по вопросам конкуренции и судебные инстанции могут взаимодействовать на этапе расследования, в процессе принятия решений или на этапе после принятия решения таким органом. Содержащийся в настоящей записке анализ касается взаимодействия на этапе после принятия решения органом по вопросам конкуренции в силу его сложности и актуальности с точки зрения эффективности и продуктивности системы конкуренции, а также возможностей судебных органов влиять на стратегии и политику антимонопольных органов в интересах своевременного и последовательного выполнения принятых решений.

I. Правовая определенность

3. Учреждения, наделенные директивными полномочиями, несут ответственность за принятие решений, которые в конечном итоге должны быть одобрены судебными инстанциями в целях создания эффективного и предсказуемого режима конкуренции. В Типовом законе Организации Объединенных Наций о конкуренции такие учреждения относятся к третьей категории². Для начала необходимо добиться согласованности в рабочем определении конкуренции, используемом практикующими юристами, сотрудниками органов по конкуренции

² Для организации процесса принятия решений органы по конкуренции в основном используют три разных институциональных модели: двухступенчатую судебную модель, в рамках которой орган имеет полномочия на проведение расследований, добиваясь принятия правоприменительных мер в судах общей юрисдикции; двухступенчатую институциональную модель, в рамках которой орган имеет право на проведение расследований, а принятия правоприменительных мер он должен добиваться в специализированных органах по конкуренции, наделенных судебными функциями, имея при этом возможность подать апелляцию в другой специализированный апелляционный орган или в обычный апелляционный суд, а также интегрированную институциональную модель, в которой орган имеет как следственные, так и судебные полномочия, а также право подать апелляцию в апелляционный орган общей или специальной юрисдикции.

ции (юристами и экономистами) и судьями, и тем самым обеспечить определенную степень правовой определенности в применении правил конкуренции. Например, экономисты могут рассматривать конкуренцию как процесс повышения эффективности распределения, способный дать потребителям максимум товаров и услуг по минимальной цене, в то время как для юристов конкуренция может являться одной из форм соперничества, требующего таких норм, которые гарантировали бы минимум добросовестности в отношениях между конкурентами, как крупными, так и мелкими. Есть и такие, кто не обожествляет конкуренцию, а видит в ней разрушительную силу, способную нарушить работу компаний и выбросить на улицу работников, причиняя колоссальный вред как обществу, так и отдельным людям.

А. Формальный и экономический подход

4. В некоторых правовых системах, независимо от того, является ли созданный в их рамках режим защиты конкуренции молодым или зрелым, законодательство и политика в области конкуренции превратились в инструмент повышения благосостояния потребителей и эффективности распределения ресурсов. Заинтересованные стороны все чаще рассматривают конкуренцию как динамичный процесс, который происходит на конкретных рынках. Это диктует необходимость более глубокого понимания характера процесса конкуренции и функционирования рынков, позволяющего правильно диагностировать случаи использования рыночного влияния или злоупотребления им.

5. Экономический подход требует от директивных органов анализировать, что могло бы произойти с рынком в отсутствие рассматриваемой ситуации или вмешательства с их стороны, и принимать решения на основании доказательств, фактов и данных, а не на предположений или чисто формального анализа, оторванного от рыночного контекста. В этой связи необходимо установить критерии, которые позволяли бы судить о том, насколько органы по конкуренции, наделенные правом принимать решения на административном уровне, соблюдают принцип правовой определенности, а также решить, какой подход – формальный или экономический – будет применяться ими и каков будет подход соответствующих судов, призванных обеспечивать правовую определенность для бизнеса.

6. В странах с молодыми режимами защиты конкуренции судьи, прежде чем переходить от формального подхода к экономическому, должны усвоить экономические принципы и основы законодательства о конкуренции. Например, в Европейском союзе формальный подход к законодательству в области конкуренции применялся на протяжении 40 лет, прежде чем Европейский союз стал переходить к более экономическому подходу, о чем подробно говорится во вставке 1. Однако молодые режимы защиты конкуренции могут столкнуться с недостатком судей, которые понимали бы экономику рынков и конкуренции. В этой связи предпочтительным может оказаться двухступенчатый подход: на начальном этапе можно было бы придерживаться формального подхода, а затем начать переход к экономической модели. В условиях молодых антимонопольных режимов, где принимающие административные решения органы руководствуются экономическими принципами, это может помочь судебным инстанциям лучше понять их логику. Для того чтобы в отношениях между органами по конкуренции и судебными инстанциями существовала правовая определенность, при проведении анализа следует принимать во внимание как материальные (расчет размера штрафов), так и процессуальные (стандарт доказанности и

другие аспекты) соображения. Об этих аспектах речь пойдет в следующих ниже пунктах.

Вставка 1

Применение правил конкуренции Европейского союза: изменение подхода

До 2003 года Европейский союз в значительной мере опирался на систему защиты конкуренции, работающую по принципу *ex ante*. Законность той или иной практики, как правило, проверяется с помощью перечня, в котором перечислены, в частности, запрещенные (такие, как клаузула о «наиболее благоприятном клиенте») и разрешенные (например, соглашения, предусматривающие избирательный подход к организации распределения) виды практики. Экономические соображения, касающиеся конкретных обстоятельств той или иной рассматриваемой ситуации, такие как определение рынка и рыночного влияния, если не отсутствовали полностью, то, по крайней мере, не играли столь заметной роли, как это могло бы быть.

В переходе к более широкому использованию экономического подхода особую роль сыграли судьи. В таких ставших поворотными делах, как дела компаний «Делимитис» и «Вудпалп», особое внимание было обращено на экономические мотивы принятых Европейской комиссией решений. Например, в последнем деле суд выразил сомнения в том, что утверждений о существовании параллельной ценовой динамики в условиях олигополии на рынке достаточно для признания факта сговора. В 2002 году Генеральный суд Европейского союза отменил ряд важных решений Европейской комиссии, в частности в области контроля за слияниями.

Источник: Материалы, представленные в ходе проводившихся ЮНКТАД в 2012 году мероприятий по наращиванию потенциала судебных органов.

В. Расчет штрафов

7. В ходе обследования, охватывавшего 17 антимонопольных органов, Международная сеть конкуренции изучила роль судебных инстанций и их взаимодействие с органами по конкуренции в процессе проведения антимонопольной политики. Охваченные обследованием органы сообщили, что существует ряд главных оснований для отмены судами их решений, начиная с «проблем, связанных с расчетом штрафов» и «неадекватности стандартов доказанности в делах, касающихся конкуренции», и кончая «процессуальными проблемами»³. Органы по конкуренции, как правило, отмечают, что они не имеют возможности оперативно взыскивать штрафы, ожидая итогов рассмотрения дел в судах. Поэтому крайне важно ускорить процесс рассмотрения дел по вопросам конкуренции, научив судей лучше разбираться в методике расчета штрафов и в признанных критериях оценки их соразмерности, а также в других соответствующих принципах.

³ International Competition Network, 2006, Report on a survey on the relationship between competition authorities and the judiciary.

1. Выбор надлежащих правовых санкций

8. Для выбора надлежащих правовых санкций необходимо на законодательном уровне определиться с применимой системой санкций (административных или уголовных санкций или частноправовых инструментов), а также с уровнем правоприменения (применение санкций в конкретном деле, касающемся конкуренции)⁴. Вместе с тем независимо от характера санкций они дают желаемый сдерживающий эффект лишь в том случае, когда вероятность того, что противоправное поведение будет выявлено и пресечено, является достаточно высокой и когда уровень штрафов является значительным. Нормативно-правовая база должна предусматривать такой размер штрафов, который как минимум сводил бы на нет выгоды, полученные в результате антиконкурентного поведения.

2. Надлежащие санкции в том или ином конкретном случае

9. Определение надлежащего размера штрафов является ответственным мероприятием. Для того чтобы они служили действенным инструментом сдерживания, штрафы должны как минимум сводить на нет те финансовые выгоды, которые были получены в результате антиконкурентных действий. В законодательстве большинства стран предусмотрен не фиксированный размер штрафов, а лишь их максимальный уровень, что дает органам по конкуренции определенную свободу в определении надлежащего уровня штрафов с учетом обстоятельств каждого конкретного дела⁵. В ряде органов по конкуренции приняты руководящие принципы определения размера штрафов, которые служат инструментом обеспечения прозрачности и равноправия. Отправной точкой в определении надлежащего размера штрафа в таких руководящих принципах зачастую является стоимостной объем продаж товаров или услуг, с которыми прямо или косвенно связано конкретное нарушение. Такие отягчающие обстоятельства, как продолжение или повторение противоправной деятельности или важная роль в ее осуществлении, могут стать основанием для увеличения размера штрафа, в то время как наличие смягчающих обстоятельств может послужить основанием для его снижения. Следует особо отметить, что основанием для уменьшения штрафа может стать сотрудничество нарушителя закона о конкуренции в рамках программы уменьшения наказания в обмен на сотрудничество.

⁴ Хотя большинство законов о конкуренции предусматривают гражданско-правовую или административную ответственность за антиконкурентную практику, налицо тенденция к более частому применению уголовных санкций. Исторически сложилось так, что уголовные наказания в виде тюремного заключения за нарушение законодательства о конкуренции действуют лишь в Соединенных Штатах Америки, хотя аналогичные положения существуют и в ряде других стран, но не находят практического применения. В настоящее время все больше стран, включая Израиль, Канаду, Соединенное Королевство и Японию, преследуют в уголовном порядке лиц, виновных в участии в злостных формах картельной практики. Обсуждение этого вопроса продолжается.

⁵ Например, в соответствии с законодательством о конкуренции Европейского союза окончательная сумма штрафа не должна превышать 10% от общего оборота причастного к нарушению предприятия или объединения предприятий за предыдущий финансовый год.

3. Возможности действенного применения санкций

10. Молодые органы по вопросам конкуренции, в частности в развивающихся странах, сталкиваются с большими трудностями в обеспечении выполнения своих решений. Некоторые органы не обладают юридическими полномочиями принимать правоприменительные меры в случае несоблюдения наложенных санкций. Например, в Индонезии и на Маврикии такие органы полагаются на вмешательство судов в случае уклонения компании от выплаты штрафа. В таких ситуациях функционирование судебной системы страны также влияет на способность органа по конкуренции добиваться исполнения своих решений. Это означает, что плохая работа судебной системы в целом может стать препятствием для действенного применения законов о конкуренции. Например, Кения сообщила, что ее орган по конкуренции не обладает полномочиями принимать обязательные к исполнению решения в случаях нарушения законодательства о конкуренции и зависит в этом отношении от действий министерств, в то время как Перу отметила, что продолжительность судебных разбирательств, в ходе которых судья может вынести постановление об отсрочке исполнения решения, представляет собой серьезную проблему для действенного применения законодательства о конкуренции. Даже когда орган по конкуренции наделен юридическими полномочиями добиваться исполнения своих решений, на практике у него могут отсутствовать необходимые для этого «ноу-хау» и другие ресурсы.

С. Стандарт доказанности в делах о конкуренции

11. В процессуальных нормах находят отражение принципы надлежащей правовой процедуры и процессуальной справедливости. Таким образом, процессуальные и доказательственные нормы нельзя рассматривать отдельно от материальных аспектов законодательства о конкуренции. Основным инструментом, которым руководствуются суды, являются правила процедуры, среди которых самыми важными, возможно, являются нормы доказательственного права. Процедура диктует результат, и выигравших и проигравших в судах зачастую определяют при помощи норм доказательственного права. Законодательство о конкуренции и экономические доказательства могут не убеждать; вынесение решений по вопросам конкуренции является не более проблематичным или трудным, чем по любым другим сложным судебным делам, связанным, например, с экологическими, медицинскими или запутанными налоговыми вопросами. Прежде чем делать выводы и заключения, суды должны получать необходимые консультации от экспертов, например, от экономистов, следуя надлежащей правовой процедуре и разрешая споры в соответствии с законом.

12. Одна из главных целей политики конкуренции во всем мире (в частности, в Европейском союзе) заключается в том, чтобы привести законодательство о конкуренции в соответствие с экономическими реалиями, что существенным образом отражается на содержании закона, вызывая переход от формального, юридического – практически умозрительного – подхода к более контекстуальному, динамичному экономическому анализу с опорой на доказательства и данные. Некоторые виды практики, которые ранее считались препятствующими конкуренции и, следовательно, противозаконными, в настоящее время считаются вполне правомерными или, по крайней мере, не заслуживающими государственного вмешательства. В то же время благодаря современным экономическим инструментам те виды антиконкурентной практики, которые ранее могли остаться незамеченными или вообще не привлечь внимания, в настоящее время считаются незаконными.

13. Согласование законодательства о конкуренции с экономическими требованиями является лишь частью проблемы, поскольку в этой сфере существуют и другие противоречивые интересы. Толкование закона о конкуренции нельзя превращать в упражнение в казуистике; закон должен быть предсказуемым и прозрачным, чтобы его можно было легко понять и действенным образом применять, в первую очередь в судах. Например, картели в настоящее время рассматриваются как одна из форм квазипреступного сговора (в некоторых государствах они уголовно наказуемы) и влекут суровые наказания. С учетом репрессивного характера антикартельного законодательства судебные дела в этой области ограничиваются процессуальной стороной или соблюдением надлежащей правовой процедуры без учета экономических соображений. Суды должны стремиться применять закон так, чтобы система оставалась целостной, последовательной, эффективной, предсказуемой и справедливой.

14. В других областях функция стандарта доказанности заключается в том, чтобы «проинструктировать изучающую факты сторону относительно того, какую степень доверия, по мнению нашего общества, должны вызывать у него основанные на фактах выводы для целей того или иного вида судебного разбирательства» (Supreme Court in re 397 Winship US358 370 (1970)). Цель стандарта доказанности состоит в том, чтобы распределить риск ошибки между участниками судебного процесса и обратить внимание на относительную важность конечного решения. Степень убедительности, которую должно иметь доказательство, для того чтобы считаться доказывающим нарушение антимонопольного законодательства и отвечающим обычным требованиям суда и демонстрируемой им степени тщательности, зависит от вида процедуры. Бремя доказывания различается в административных процедурах (рассмотрение законности актов административных органов), квазиуголовных делах (вынесение наказаний нарушителям антитрестовского законодательства) и гражданском судопроизводстве (рассмотрение требований о возмещении ущерба на основе закона о конкуренции, например потерпевшим от картеля).

1. Определение стандарта доказанности в делах о конкуренции

15. Определение стандарта доказанности, применимого в том или ином конкретном деле, связанном с конкуренцией, приводит к разногласиям и академическим спорам в развитых странах. Использование таких понятий, как баланс вероятностей (стандарт доказывания в гражданских делах), отсутствие обоснованного сомнения (в уголовных делах) и убедительные и неоспоримые доказательства (в промежуточных областях), представляет собой попытки экстраполировать англо-американские правовые традиции на страны с романо-германской правовой системой⁶.

2. Представление экономических доказательств в суде

16. Судьи, получившие правовое образование, могут иметь ограниченные экономические знания, и по этой причине экономический анализ и доказатель-

⁶ Существование понятия стандарта доказанности отвергается некоторыми правоведами, поскольку оно не используется в некоторых странах европейской правовой традиции. См. H Legal, 2006, Standards of proof and standards of judicial review in European Union competition law, in B Hawk, ed., *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law 2005* (Juris Publishing); и E Gippini-Fournier, 2011, The elusive standard of proof in European Union competition cases, и F Castillo de la Torre, Evidence, proof and judicial review in cartel cases, в CD Ehlermann and M Marquis, eds., *European Competition Law Annual 2009* (Hart Publishing, Oxford).

ства должны представляться им в четкой и простой форме. Смысл теоретических моделей и статистических данных должен быть доходчиво объяснен. Рекомендуется иллюстрировать экономические доказательства при помощи графиков и другими способами. Экономические доказательства подкрепляют юридическую аргументацию, но не подменяют ее. В своем решении по делу «Пюб-лигрупп» от 29 июня 2012 года Верховный суд Швейцарии отметил, что «рыночный анализ не отличается простотой, а базы данных часто неполны. В этой связи не следует чрезмерно опираться на доказательства, демонстрирующие экономические и/или статистические зависимости. Таким образом, доказательства в строгом смысле этого слова получить невозможно. При этом логика экономического анализа и вероятность его точности должны быть убедительными и понятными». В деле «Рон-Пуленк СА» против Комиссии Европейских сообществ (1991 год) Генеральный прокурор отметил, что «в делах о конкуренции экономический анализ зачастую составляет важную часть доказательств и может иметь огромную ценность для суда, помогая ему понять соответствующий экономический контекст. Поэтому важно располагать информацией о том, какой могла бы быть реакция олигопольного рынка в иных ситуациях. В то же время выводы экспертов-экономистов не могут подменять юридические оценки и решения».

3. Прямые и косвенные доказательства в делах о конкуренции

17. При анализе конкуренции одни виды поведения считаются запрещенными как таковые, а к другим применяется правило «здравого смысла». Косвенные доказательства могут иметь второстепенный характер, и к ним могут относиться сведения о контактах или экономические доказательства; к первым относятся доказательства того, что участники картеля встречались или поддерживали контакты иным образом, без описания содержания таких контактов. Доказательства поведения имеют огромное значение, демонстрируя параллельные действия участников предполагаемого картеля, например одновременное или соразмерное повышение цен и подозрительное поведение на торгах.

4. Прямые доказательства в картельных делах

18. Прямых доказательств молчаливого соглашения (контракта) между конкурентами не может быть по определению. В большинстве случаев отсутствуют и прямые доказательства прямого антиконкурентного сговора. Если закон о конкуренции не запрещает тот или иной вид горизонтального соглашения как таковой, оно должно быть оценено на предмет антиконкурентных последствий. Например, обмен одними видами информации может носить антиконкурентный характер, а другими – отвечать интересам эффективности, в то время как соглашение о сотрудничестве в области исследований и разработок может как ущемлять, так и не ущемлять конкуренцию. Дополнительные (косвенные) доказательства используются в картельных делах. Экономические доказательства могут быть двусмысленными и должны правильно истолковываться следователями, органами по конкуренции и судами⁷.

⁷ На вопрос о том, должны ли суды Европейского союза полагаться исключительно на прямые доказательства или же они могут строить свои выводы и на основе косвенных доказательств, как представляется, был дан окончательный ответ: в квазиуголовном контексте картелей, где этот вопрос встает в первую очередь, суды, как правило, соглашаются принимать во внимание дополнительные или косвенные доказательства.

II. Стандарты судебного контроля в делах о конкуренции

19. В своих исследованиях ЮНКТАД оценивала судебную практику с точки зрения соблюдения надлежащей правовой процедуры и верховенства права, что должно препятствовать принятию ошибочных решений в делах о конкуренции и ущемлению прав участников процесса и третьих сторон⁸.

A. Различные подходы к судебному контролю дел о конкуренции

20. Как видно из таблицы, рассмотрение дел о конкуренции во многих юрисдикциях ограничивается либо административными инстанциями, либо административный суд играет роль первой инстанции. Некоторые страны (такие, как Сингапур и Южная Африка) учредили специализированные апелляционные суды по делам о конкуренции. В некоторых случаях судебные решения, вынесенные по делам о конкуренции, отменялись исполнительной властью в силу исключительных обстоятельств, как, например, в Хорватии⁹.

Различные видов судебных органов, рассматривающих дела о конкуренции

<i>Административные суды</i>	<i>Суды общей юрисдикции</i>	<i>Специализированные суды или трибуналы по делам о конкуренции</i>	<i>Суд или трибунал последней инстанции</i>
Колумбия	Алжир	Австралия	Болгария
Хорватия	Австралия	Австрия	Кипр
Эстония	Бельгия	Канада	Франция
Греция	Бразилия	Чешская Республика	Турция
Италия	Франция	Дания	
Латвия	Германия	Сальвадор	
Словения	Кот-д'Ивуар	Индия	
Швейцария	Мальта	Финляндия	
Тунис	Панама	Кения	
Венесуэла (Боливарианская Республика)	Румыния	Перу	
	Словакия	Польша	
	Нидерланды	Португалия	
		Соединенное Королевство	

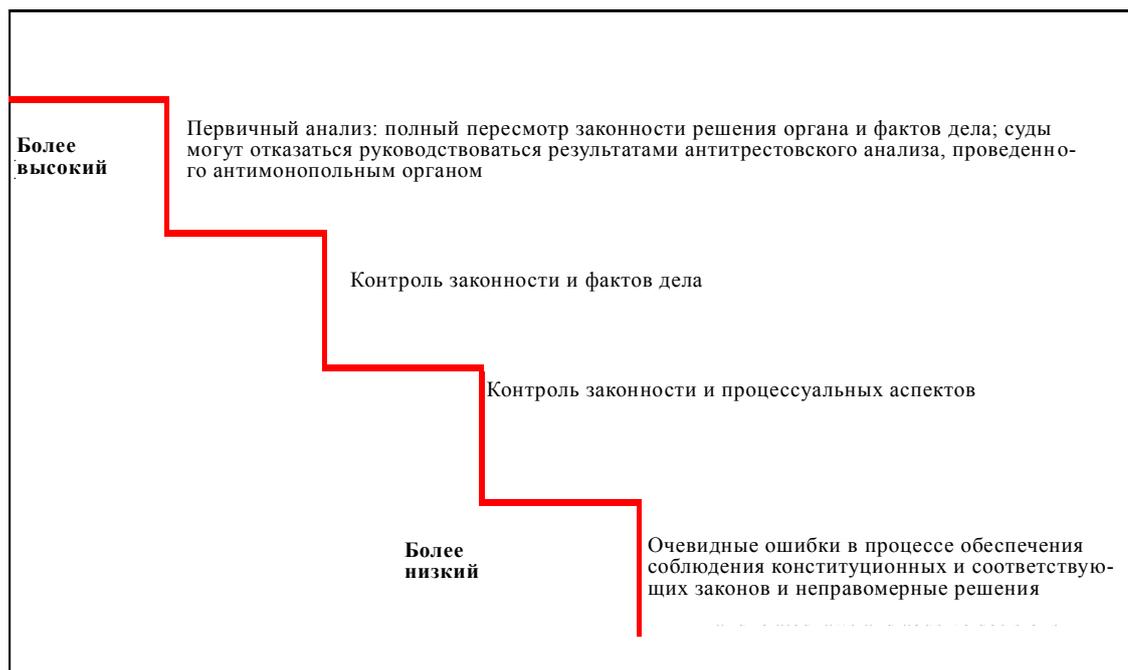
Источник: ЮНКТАД, 2007 год, *Типовой закон о конкуренции* (издание Организации Объединенных Наций, Нью-Йорк и Женева).

⁸ См. TD/RBP/CONF.7/3 и TD/RBP/CONF.7/5.

⁹ См. TD/RBP/CONF.7/5.

21. В любом случае, принципы независимости и разделения властей, а также наличие судебных механизмов контроля решений, выносимых органами по конкуренции, будь то в судах общей юрисдикции или в административных судах, должны обеспечивать справедливость и добросовестность принимаемых решений. Вместе с тем стандарты судебного контроля в разных правовых системах сильно различаются. ЮНКТАД отметила существование в национальных системах защиты конкуренции по крайней мере четырех разных уровней контроля, которые схематично отражены на диаграмме. Четыре уровня судебного контроля описываются в следующих пунктах.

Уровни судебного контроля в делах о конкуренции



22. Первичный анализ предполагает полный пересмотр законности решения органа по конкуренции и фактов, на которых оно основано. Суды могут, например, отказаться руководствоваться результатами антитрестовского анализа, проведенного антимонопольным органом. Принцип уважения решения, принятого в иной инстанции, на данном уровне не особенно применим¹⁰. Вехой в этом отношении, а также примером взглядов частного сектора, ожидающего полноценного судебного разбирательства, стало дело «Менарини», о котором

¹⁰ Принцип уважения судебными инстанциями толкований закона административными органами связан с разделением полномочий и свидетельствует о том, что в некоторых случаях толкование технических правил административными органами является более предпочтительным, чем общее типовое толкование судебных инстанций. В подобных случаях суды стараются следовать решению другой легитимной стороны, например, органу исполнительной власти, когда речь идет о применении законодательства о конкуренции (см. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>).

подробно говорится во вставке 2 (в том числе о его влиянии на обеспечение соблюдения правил конкуренции в Европейском союзе)¹¹.

Вставка 2

Стандарт судебного контроля, применяемый Судом Европейского союза в делах о конкуренции

Вопрос о применении Европейской конвенции по правам человека для обеспечения соблюдения правил конкуренции в Европе остается непростым и продолжает вызывать споры. Этот вопрос встал после решения Европейского суда по правам человека в деле *«А. Менарини дайагностикс» против Италии* (решение от 27 сентября 2011 года), в котором устанавливается, что основное право на справедливое судебное разбирательство требует от судов изучать без каких-либо ограничений решения органов по конкуренции, в которых были назначены уголовные и квазиуголовные наказания. Европейский суд по правам человека взял на вооружение прагматический подход, отметив, что даже в том случае, когда правила процедуры в той или иной мере требуют проявлять уважение к решениям органов по конкуренции и не ставить под сомнение их усмотрение, применение таких правил на практике имеет для судов большое значение.

В соответствии со сложившейся в Европейском союзе правовой практикой, когда речь идет о сложных технических или экономических оценках, суды, как правило, обращаются к Европейской комиссии, поскольку закон предоставляет Комиссии широкую свободу действий в вопросах применения норм конкуренции, и суды стараются не вмешиваться в проводимую Комиссией политику. Несмотря на это, когда в 2011 году Суду Европейского союза было предложено пересмотреть эту позицию в свете решения Европейского суда по правам человека в деле *«Менарини»*, он вполне прагматично заявил, что обязанность суда первой инстанции Европейского союза состоит в том, чтобы рассматривать решения о наложении штрафов, невзирая на уже принятые по этому поводу административные решения, и в случае необходимости самостоятельно установить размер штрафов, руководствуясь собственными представлениями. Таким образом, речь идет о формировании стандарта нового анализа.

В результате при рассмотрении дел, в которых речь идет о квазиуголовных наказаниях, суды Европейского союза стали отказываться от принципа уважения административных решений и влияние Европейского суда по

¹¹ «Для того чтобы судебный контроль выполнял свою функцию и помогал решать проблемы, возникающие в делах о конкуренции, в которых речь идет не только о насущных интересах сторон, но зачастую и об их основных правах, он должен предусматривать подробное и активное рассмотрение фактической и юридической обоснованности обжалуемого решения. В частности, поскольку в наших делах обжалование решения административного органа является первой возможностью, когда спорный вопрос может быть рассмотрен независимой судебным органом, целесообразно, чтобы, рассматривая дело в апелляционной инстанции, суд обладал всеми необходимыми полномочиями без каких-либо ограничений. Всестороннее рассмотрение позволяет суду оценить не только законность принятого административным органом решения, но и его обоснованность по существу. Это также позволяет суду досконально изучить вынесенное наказание» (Business and Industry Advisory Committee, 2011, Organization for Economic Cooperation and Development Competition Committee, DAF/COMP(2011)122).

правам человека привело к тому, что на практике суды стали применять стандарт, мало чем отличающийся от стандарта доказанности «без доли обоснованного сомнения», и иногда даже конкретно ссылаются на него, как, например, в деле «Дрезднер банк» и другие против Комиссии, в котором суд установил, что «любые сомнения, с точки зрения суда, должны толковаться в пользу хозяйствующего субъекта, в отношении которого принимается решение, свидетельствующее о совершении правонарушения. Таким образом, суд не может заключить, что Комиссия установила нарушение существующего правового стандарта, если он по-прежнему имеет сомнения на этот счет», в частности при рассмотрении ходатайств об отмене решения о взыскании штрафа.

С учетом акцента на правозащитные договоры, такие как Европейская конвенция по правам человека и Хартия основных прав Европейского союза, после вступления в силу Лиссабонского договора представляется маловероятным, что суды Европейского союза в будущем дистанцируются от такого подхода.

Источник: Материалы, представленные в ходе проводившихся ЮНКТАД в 2012 году мероприятий по наращиванию потенциала судебных органов.

24. Оценка законности и фактов. Этот стандарт отличается от нового анализа тем, что суды не меняют решение органа по вопросам конкуренции, а поручают ему пересмотреть дело в соответствии с руководящими указаниями и инструкциями суда. Суды подходят к этому вопросу по-разному; в некоторых правовых системах используется более целостный подход, который предусматривает получение административным органом четких инструкций, как ему следует пересматривать то или иное дело, в то время как в других системах выбор подхода к пересмотру дела оставляется на усмотрение органа. Например, Болгария (как государство – член Европейского союза) сообщила, что в последние годы суды редко отменяли решения. Это происходило в основном по причине несоблюдения стандартов доказанности факта нарушения конкуренции, когда дело возвращалось Комиссии по конкуренции, поскольку в ходе пересмотра дела суд подтверждал, что в ходе его рассмотрения Комиссией были нарушены процессуальные нормы¹².

25. Контроль законности и процессуальных аспектов. Реже функции судов сводятся к проверке того, согласуется ли административная мера, принимаемая на основании решения административного органа, с принципами законности и процессуальной справедливости. Во многих правовых системах молодые антимонопольные органы предпочитают этот стандарт в силу отсутствия у судей достаточных знаний законодательства в области конкуренции и экономики. Принцип уважения решения другой инстанции используется для оправдания той свободы действий, которую административный орган должен иметь при вынесении решения по делу о конкуренции. По результатам проведенного опроса Международная сеть конкуренции отметила, что в большинстве стран пересмотр касающихся конкуренции дел в основном осуществляется по процессуальным мотивам; апелляционный орган не изучает доказательства и правовую аргументацию заново, а ограничивается рассмотрением правовой стороны дела, в том числе процессуальных действий органа по конкуренции при

¹² Материалы, представленные Болгарией Комиссии по конкуренции в 2016 году.

осуществлении тем своих следственных и директивных полномочий¹³. Например, в Чили орган по конкуренции делится на подразделение, осуществляющее преследование, и на специальный трибунал по вопросам конкуренции (специализированная палата Верховного суда) и, работая в рамках такого институционального механизма, специалисты, занимающиеся практическими вопросами законодательства в области конкуренции, понимают, что пересмотр дел Верховным судом может сводиться к контролю законности решений трибунала¹⁴.

26. Очевидные ошибки в процессе обеспечения соблюдения конституционных и соответствующих законов и неправомерные решения. Применимость этого подхода и его предпочтение являются следствием классического, более формального подхода юристов к практическим аспектам конкуренции. В соответствии с этим стандартом судьи обязаны вмешиваться на субсидиарной основе лишь в том случае, когда в процессе применения законодательства о конкуренции имеет место очевидная и вопиющая конституционная ошибка или неправомерное решение органа по конкуренции. Основаниями для пересмотра часто являются отсутствие необходимых полномочий, процессуальные нарушения, правовые ошибки, недостаточное обоснование и явные ошибки в суждениях или в фактах. Хотя этот стандарт свойственен ранним формам защиты конкуренции в зрелых правовых системах, интерес к нему продолжает проявляться и в других юрисдикциях, где судьи и практикующие юристы не столь хорошо знакомы со спецификой законодательства и политики в области конкуренции. В таких случаях ЮНКТАД стремится к созданию программ наращивания потенциала и проектов технической помощи (см. главу III). Примером такого судебного подхода может служить оценка Судом Европейского союза обязательных решений, принятых Европейской комиссией¹⁵. В своем решении от 29 июня 2010 года по делу «Алроса компани лтд.» против Комиссии Европейских сообществ суд пояснил, что суд общей юрисдикции не может самостоятельно анализировать сложные экономические обстоятельства и тем самым подменять своей оценкой оценку Комиссии, что стало бы посягательством на полномочия Комиссии, а не оценкой законности ее выводов или разъяснением того, что в связи со статьей 9 постановления Европейского совета № 1/2003 от 16 декабря 2002 года о применении правил конкуренции, закрепленных в статьях 81 и 82 Договора, судебный контроль сводится к выявлению очевидных ошибок. В ос-

¹³ Таким образом, цель судов заключается не в том, чтобы навязать свою точку зрения, а в том, чтобы удостовериться, что орган по конкуренции не злоупотребил своими дискреционными полномочиями. В этой связи судебный контроль обычно рассматривается в качестве конечной стадии процесса, в рамках которой постановление суда выносится по результатам или по уже принятым мерам, т.е. по тем решениям, которые были приняты отвечающим за конкуренцию директивным органом – главой исполнительной власти, специальной комиссией или самостоятельной квазисудебной структурой в форме специализированного трибунала по вопросам конкуренции (как, например, в Бразилии, Перу, Соединенном Королевстве и Южной Африке). См. International Competition Network 2006.

¹⁴ Это понимание находит подтверждение в толковании законодательства о конкуренции, где перечисляются вопросы, которые могут быть обжалованы. Однако решения Верховного суда свидетельствуют о том, что он может отменить решение любого трибунала как по существу, так и опираясь на иные критерии, а также изменить (увеличить или уменьшить) назначенное наказание.

¹⁵ N Harsdorf, 2011, Article 9 commitment decisions: Some comments on key questions in light of the recent case law of the Court of Justice of the European Union, *Austrian Competition Journal*, 3 (5).

нову решения суда, как представляется, легли добровольный характер обязательств и принцип процессуальной экономии¹⁶.

В. Проблемы, возникающие в связи с рассмотрением дел о конкуренции в судах, и последствия для принципа правовой определенности

27. Судебный контроль позитивно влияет на принцип правовой определенности. Первый вопрос, на который необходимо дать ответ, заключается в том, является ли правовая и институциональная база страны достаточно четкой и понятной для того, чтобы разделять работу судов и административных органов по обеспечению соблюдения правил конкуренции. Это имеет жизненно важное значение для вновь созданных режимов конкуренции, устанавливающих те пути и средства, с помощью которых следует обеспечивать соблюдение правила конкуренции и добиваться признания легитимности системы на практике.

28. В некоторых правовых системах стандарт рассмотрения дел о конкуренции может быть недостаточно четким. Существуют разные заинтересованные субъекты, претендующие на законное право заниматься делами о конкуренции, и различия состоят в том, кому из них система предоставляет необходимые полномочия. В связи с этим органы по конкуренции часто настаивают на том, чтобы суды в полной мере уважали их решения и контролировали лишь законность административных актов, о чем подробно говорится в пункте 25. В свою очередь, несмотря на то, что суды недостаточно хорошо разбираются в динамике конкуренции и антитрестовском анализе, например, когда необходимо определить соответствующий рынок в конкретном деле, они часто настаивают на том, что рассмотрение дела на судебном уровне должно заключаться в изучении не только законности, но и обстоятельств дела. ЮНКТАД считает это одним из серьезных вызовов для молодых режимов защиты конкуренции, особенно в тех случаях, когда судьи с традиционными правовой подготовкой слабо разбираются в экономических концепциях законодательства о конкуренции, таких как ограничение конкуренции, отчуждение собственности, злоупотребление рыночным влиянием и т.д. Не имея достаточных знаний, судьи стремятся использовать традиционные нормы толкования, например, полагаясь на определения терминов или на строгие законодательные формулировки, что вряд ли уместно при анализе связанных с конкуренцией дел и применении законодательства о конкуренции. В результате между органами по конкуренции и судебными инстанциями нередко возникают разногласия в отношении толкования правил конкуренции в том или ином конкретном случае. Другими источниками проблем являются процессуальные недостатки, а также стандарты доказанности, с которыми периодически приходится сталкиваться судьям при рассмотрении дел о конкуренции.

III. Техническая помощь судебным органам со стороны ЮНКТАД

29. Благодаря своим программам технической помощи и укрепления потенциала ЮНКТАД оказывает поддержку судебным органам развивающихся стран

¹⁶ Определяется как эффективность правоприменительных мер в плане издержек и затрат времени не только для сторон, но и для судебной системы, а следовательно, и для государственных ресурсов в целом.

и стран с переходной экономикой с момента принятия Комплекса согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой в 1980 году. С учетом специфики работы судебных органов и взглядов на экономическую подготовку разрабатывается подробный план программных мероприятий. В частности, при подготовке и проведении учебных мероприятий необходимо соблюдать принцип разделения полномочий между административными учреждениями и судебными органами. Стратегии ЮНКТАД сосредоточены на выработке конкретных институциональных механизмов работы с судебными органами, не требующей обращения к антимонопольному органу той или иной страны, поскольку не всегда уместно, чтобы такие органы контактировали в рамках учебной работы с представителями судебных инстанций, которые будут рассматривать их решения¹⁷. Подготовка зачастую проводится специальными учебными структурами, существующими в рамках судебной системы, например школами судей или магистратов, которые преподают им ряд предметов, представляющих интерес и имеющих отношение к их работе, причем в качестве преподавателей выступают судьи, занимающие более высокое положение в судебной иерархии. Помощь со стороны ЮНКТАД включает подготовку учебных мероприятий в рамках официальных учебных программ таких школ.

30. В сотрудничестве и/или партнерстве с местными судебными органами ЮНКТАД на основе трехэтапного подхода помогает обеспечить прозрачность и легитимность учебных мероприятий для судей. На первом этапе с одной из школ судей в той или иной стране подписывается меморандум о сотрудничестве в организации подготовки судей по вопросам применения законодательства в области конкуренции. На втором этапе в ходе виртуальных совещаний проводится анализ тем, из которых выбираются те, которые актуальны для работы судей. Темы, как правило, охватывают четыре широкие области, а именно: обзор роли судей в применении законодательства о конкуренции; комплексное использование критериев при рассмотрении дел о конкуренции; стандарт доказанности в делах о конкуренции; методы определения надлежащих санкций и штрафов. Третий этап посвящен стратегии организации профессиональной подготовки, в том числе необходимым стимулам для участников и выбору преподавателей (ими обычно являются судьи того же уровня из органа, согласованного с проводящим мероприятием учреждением). От выбора преподавателей и участников во многом зависит реальная отдача от программы укрепления потенциала. Например, стратегия организации подготовки судей вышестоящих инстан-

¹⁷ Однако верховные суды иногда готовы перенимать конкретный опыт органов по конкуренции, как, например, в Индонезии и Никарагуа. Верховный суд Индонезии оказал поддержку агентству по конкуренции, неофициально разрешив окружным судьям, рассматривающим возражения против применения закона о конкуренции, участвовать в организуемых агентством семинарах (по окончании которых судьи получают от Верховного суда и органа по конкуренции соответствующее свидетельство, подтверждающее их участие). На сегодняшний день участие в таких семинарах приняли более 300 судей. В Никарагуа агентство принимает активное участие в организации рабочих совещаний совместно с представителями Верховного суда и другими высокопоставленными судьями. В обоих государствах судьи приветствуют участие агентства в разработке и проведении учебных курсов. Помощь в выработке стратегий взаимодействия с судебными органами оказывают и добровольные экспертные обзоры ЮНКТАД по вопросам законодательства и политики в области конкуренции. Например, по итогам экспертного обзора по Албании был выработан ряд рекомендаций, помогающих налаживать контакты с судьями, и впоследствии, в 2015–2016 годах, в стране было организовано несколько учебных семинаров.

ций отличается от той, которая применяется при подготовке судей окружных судов. Кроме того, с учетом местной специфики и динамики в стране – получателе помощи ЮНКТАД разработала специальную стратегию подготовки судей верховного суда.

IV. Заключение

31. В следующем ниже списке перечислены те шаги, при помощи которых судьи должны обеспечивать соблюдение норм конкуренции, гарантируя достаточную правовую определенность в отношениях между органами по конкуренции и судебными инстанциями:

Самостоятельно оценивать доказательства в поддержку обвинения и соотносить их с доказательствами защиты. Чтобы прийти к своим собственным выводам, суд должен иметь максимальные полномочия сопоставлять и проверять доказательства, допускаемые национальными процессуальными нормами, например, вызывая свидетелей для их допроса и перекрестного допроса; оценивать факты в контексте правовых и экономических составляющих нарушения, включая всестороннее рассмотрение экономических доказательств и анализа; удостоверяться в соблюдении требования в отношении бремени доказывания; удостоверяться в соблюдении требований к надлежащей правовой процедуре и обеспечению прозрачности; удостоверяться в том, что наказание является надлежащим (справедливым и соразмерным тяжести правонарушения и роли обвиняемого в правонарушении), сопоставимым с наказаниями за аналогичные экономические преступления и оправданным с точки зрения фактического ущерба, причиненного потребителям, или доказанной необходимости принятия мер пресечения¹⁸.

32. В то же время роль судей в обеспечении соблюдения правил конкуренции сильно различается в зависимости от стандарта судебного рассмотрения дел по вопросам конкуренции и институциональных условий в той или иной стране. В этом отношении невозможно опираться на какой-либо единый подход, хотя законные ожидания практикующих юристов могут стать тем фундаментом, на котором можно строить работу по повышению правовой определенности и стимулированию эффективного и продуктивного разделения труда, обеспечивающего гармоничные взаимоотношения между судебными инстанциями и органами по конкуренции¹⁹. Вне зависимости от того, является ли режим конкуренции молодым или зрелым, судебным органам следует играть важную роль в разработке законодательства о конкуренции, поскольку это может способствовать

¹⁸ Business and Industry Advisory Committee, 2011.

¹⁹ Например, в 2011 году Мексика приступила к проведению реформ, призванных обеспечить оптимальный баланс в разделении труда между судебной властью и органом по конкуренции. Система законодательного обеспечения конкуренции сегодня предусматривает более сбалансированные и более строгие правоприменительные рамки, отводя более важную роль судебному контролю. С одной стороны, орган по конкуренции имеет право проводить внезапные проверки и налагать более высокие штрафы и уголовные санкции. С другой стороны, был усовершенствован механизм судебного рассмотрения дел о конкуренции специализированными судами, допускающий полный пересмотр дел по существу и возможность передачи дела в суд, минуя промежуточную стадию его рассмотрения в административном порядке (Mexico, 2011, Organization for Economic Cooperation and Development Competition Committee, DAF/COMP(2011)122).

повышению качества аналитической работы органа по конкуренции и принимаемых им решений, равно как и взаимодействия между ним и судебными инстанциями, которое наиболее эффективно тогда, когда соблюдаются все юридические процедуры и когда в основе принимаемых таким органом решений лежат результаты четкого и вызывающего доверие правового и экономического анализа.

33. Принимая во внимание связанные с этим вызовы, в частности для молодых режимов защиты конкуренции, на пятнадцатой сессии Межправительственной группы экспертов по законодательству и политике в области конкуренции делегаты, возможно, решат вынести на обсуждение следующие вопросы:

а) Как лучше оценивать эффективность режима конкуренции (решения административного органа должны быть взвешенными и убедительными, опирающимися на серьезные экономические и правовые концепции, а судьи должны обладать всем необходимым для рассмотрения дел о конкуренции)?

б) Как добиться более глубокого понимания экономических концепций судьями (принцип уважения решений иных инстанций должен опираться на такую базу, чтобы судьи не чувствовали необходимость в рассмотрении дел о конкуренции по существу)? Существует ли в этом необходимость?

в) Является ли рассмотрение дел в первой инстанции специализирующимся на этих вопросах судьей решением для стран, желающих рационализировать процедуру судебного контроля? Следует ли странам с молодыми режимами конкуренции включать вопросы права и экономики в экзамены для судей?

г) Если страна идет по пути создания специализированного суда по экономическим вопросам, реформа процедур судебного контроля может способствовать повышению эффективности, однако каковы риски, связанные с этой стратегией?

д) Поскольку специализация судов позволяет рассматривать дела о конкуренции более углубленно, с какими затратами и выгодами сопряжен этот путь для стран с молодыми режимами защиты конкуренции?

е) С какими дополнительными рисками сопряжено для стран с молодыми режимами защиты конкуренции создание специализированных судов по делам о конкуренции (учитывая, что специальные процессуальные нормы могут не только обеспечить ясность, но и замедлить рассмотрение дел в случае, если они пересматриваются в нескольких инстанциях, в том числе в конституционном суде; рассмотрение дел в суде по существу может привести к переориентации с формального правового подхода на изучение обстоятельств дела, в то время как лоббирование корыстных интересов может изменить расстановку сил в пользу частных сторон)?