



ASSESSMENT OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION COMPETITION RULES AND REGULATIONS





ASSESSMENT OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION COMPETITION RULES AND REGULATIONS



© 2020, United Nations

This work is available through open access, by complying with the Creative Commons licence created for intergovernmental organizations, at <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

The findings, interpretations and conclusions expressed herein are those of the author and do not necessarily reflect the views of the United Nations or its officials or Member States.

The designations employed and the presentation of material on any map in this work do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of the United Nations concerning the legal status of any country, territory, city or area or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers or boundaries.

Mention of any firm or licensed process does not imply the endorsement of the United Nations.

This publication has not been formally edited.

Photocopies and reproductions of excerpts are allowed with proper credits. United Nations publication issued by the United Nations Conference on Trade and Development.

UNCTAD/DITC/CLP/2020/1

eISBN: 978-92-1-004941-2

NOTE

UNCTAD serves as the focal point within the United Nations Secretariat for all matters related to competition law and policy. UNCTAD promotes the United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices adopted by the General Assembly Resolution 35/63 on 5 December 1980. The work of UNCTAD is carried out through intergovernmental deliberations, technical cooperation activities, policy advice, and research and analysis on the interface between competition law and policy and development, as well as for consumer protection law and policy.

UNCTAD assists developing countries and countries with economies in transition in adopting or revising competition and consumer protection legislation and policies, to align with international best practices, as well as supports the establishment of regional frameworks in these areas. Competition and consumer protection policies are complementary to trade and industrial policies. They play an important role in achieving the Sustainable Development Goals.

UNCTAD has considerable expertise in competition and consumer protection policies and has been working in the field of competition since the 1980s. Competition and consumer policies are crucial for inclusive and sustainable development. In the current global economy, with highly concentrated markets, competition policy is even more relevant. On the demand side, consumers need more effective protection and appropriate remedies in the digitalizing world.

UNCTAD also has a strong record of accomplishments in assisting developing countries and countries with economies in transition across the world in building capacities to adopt and implement competition and consumer protection laws and policies.¹

This assessment was prepared by Pierre Horna, Legal Affairs Officer at the Competition and Consumer Policies Branch (CCPB) of UNCTAD with the valuable support of Sung-Keun Kim, officer from the Korea Fair Trade Commission seconded to CCPB/UNCTAD, under the overall guidance of Teresa Moreira, Head of the Competition and Consumer Policies Branch, Division on International Trade and Commodities (DITC).

UNCTAD would like to express their appreciation to Ms. Armine Hakobyan, Deputy Director, Department for Competition and Public Procurement Policy of the Eurasian Economic Commission (EEC); and Ms. Nadezda Pustovalova, Counsel, International Cooperation Division, Department for Competition and Public Procurement Policy, EEC. UNCTAD would also like to acknowledge the following representatives of the EEC who with the above mentioned officials attended the UNCTAD-EEC meeting held in Geneva in December 2018, whose objective was to address all the questions and clarifications requested by UNCTAD during the preparation of the report: Mr. Hrayr Aramyan, Deputy Director, Department for Antitrust Regulation, EEC; Ms. Tatiana Chesnokova, Head, Division for Legal Support and Methodology in the Sphere of Competition, Department for Competition and Public Procurement Policy.

¹ SOURCE: UNCTAD TOOLBOX “Fostering economic efficiency, improving governance” Competition and Consumer Policies and Frameworks. Improving Market Efficiency and Consumer Welfare. Available at: https://unctad.org/en/PublicationChapters/tc2015d1rev1_S03_P01.pdf

TABLE OF CONTENTS

A.	INTRODUCTION.....	1
B.	SCOPE AND LIMITATIONS	2
C.	OVERALL COMMENTS TO THE SECTION XVIII ENTITLED “GENERAL PRINCIPLES AND RULES OF COMPETITION” OF THE EEC TREATY AND ANNEX 19 TO THE TREATY ENTITLED “PROTOCOL ON GENERAL PRINCIPLES AND RULES OF COMPETITION”	4
	a. The importance of leniency in the identification of cartels at the regional level	12
	b. Merger control for the Eurasian Union	14
D.	ANALYSIS OF THE EEC SPECIFIC REGULATIONS.....	15
	a. Criteria of market classification as cross-border market.....	15
	b. Procedures to protect confidential information.....	18
	c. Procedures for considering applications, investigating violations and considering cases of violation of competition rules	21
	d. Methods of evaluation of the competitive situation.....	23
	e. Methods of identifying monopolistic high (low) prices.....	26
	f. Methods of calculation and procedure for imposition of fines	28
E.	CONCLUSIONS	29
F.	RECOMMENDATIONS	30
	REFERENCES	34

A. INTRODUCTION

The Competition Branch of the Eurasian Economic Commission (herein after referred as EEC) requested UNCTAD to undertake an assessment of their EAEU competition regulations based on the UNCTAD Model Law on Competition, UNCTAD previous research on competition law topics, as well as the relevant international best practices on competition law and policy from advanced jurisdictions.

The Eurasian Economic Union (EAEU) was established in 2014 by a treaty signed initially by the Russian Federation, Belarus and Kazakhstan, followed by Armenia and Kyrgyzstan, member States that accessed to EAEU soon after the entry into force of the treaty in January 2015.²

The EAEU is an international organization of regional economic integration and has international legal personality (Article 1 of the Treaty). Its main objectives are (i) to create proper conditions for sustainable economic development of the member States in order to improve the living standards of their population; (ii) to seek the creation of a common market for goods, services, capital and labour within the Union; (iii) to ensure comprehensive modernisation, cooperation and competitiveness of national economies within the global economy. (article 4 of the Treaty).

As per article 8 of the Treaty, EAEU's bodies of the Union are the following: (1) the Supreme Eurasian Economic Council; (2) the Eurasian Intergovernmental Council; (3) the Eurasian Economic Commission; and (4) the Court of the Eurasian Economic Union.

The Treaty establishes general principles and rules of competition ensuring detection and elimination of anti-competitive behaviour on the territories of the member States and actions producing a negative impact on competition in cross-border markets on the territory of two or more member States (article 74).

The general principles and rules of competition shall apply to the implementation of competition policy

within the member States as well with economic entities where their business practices have a cross-border impact across member States' markets. In this sense, there is an allocation of responsibilities between the Eurasian Economic Commission and the authorised bodies (national competition authorities - NCAs) of its member States.

In this regard, in accordance to article 75 of the Treaty, member States shall apply their rules of competition (antitrust) legislation to economic entities (market participants) of the member States based on the prohibitions set out in article 75(2) of the Treaty. According to article 74 (3), member States may determine in their legislation any further prohibitions, as well as additional requirements and restrictions with regard to the prohibitions set out in articles 75 and 76. In fact, these rules should be respected by the national competition laws of the five Eurasian member States, otherwise the Treaty's international provisions should prevail.

Within the Eurasian Competition system, NCAs have no mechanisms and seem not to be able to apply EAEU competition rules directly, only their national laws. In contrast, in the European Union, member States' NCAs are entitled to apply articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union when the relevant requirements are met, according to the EC Regulation 1/2003.³

The EEC has the power to fight violations of the general rules of competition on the territories of the member States **only if such violations have or may have an adverse effect on competition in cross-border markets** (article 76), except for violations adversely affecting competition in transboundary financial markets, which are tackled in accordance with the legislation of the Member States.⁴

All Eurasian member States have enacted their national competition laws and established their respective NCAs. Belarus's first competition law was enacted in 1992 and it is the latest amendments to its competition law were adopted in 2013;⁵ Armenia's

² Source: Eurasian Economic Commission website at: <http://www.eaeunion.org/?lang=en#about-countries>

³ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA Relevance), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>.

⁴ Eurasian Economic Commission, Annex 19 to the Treaty on the Eurasian Economic Union - Protocol on General Principles and Rules of Competition, 2014, p. 19.

⁵ House of Representatives of the Republic of Belarus, Law on Counteraction to Monopolistic Activities and Promotion of Competition, Law of the Republic of Belarus December 12, 2013 No 94-Z, 12 December 2013.

competition law was enacted in 2000,⁶ the Russian Federation's first law in 1992 (amended in 2006, 2016 and 2018),⁷ Kazakhstan's first law in 1998, then in 2008 (now part of its Commercial Code in October 2015),⁸ Kyrgyzstan's in 1994, then in 2011.⁹ Some of these NCAs have an important enforcement record due to the fact that they have gathered significant experience, such as is the case of the Federal Antimonopoly Service (FAS) of the Russian Federation.¹⁰ These enforcement records have been assessed through voluntary Competition peer reviews such as is the case of Armenia with UNCTAD in 2010¹¹ and Kazakhstan with the OECD in 2016.¹²

Section V of Annex 19 of the Treaty relates to the "Cooperation between authorised bodies of the member States" for the purposes of implementing the Treaty's general principles and rules of competition. Under this framework, an NCA is bound to notify its counterparts when it becomes aware that its domestic law enforcement may affect the interests of another member State.¹³

Finally, Section VI of Annex 19 addresses the cooperation between the Eurasian Economic Commission (EEC) and the NCAs regarding the monitoring of the compliance with the Treaty's general principles and rules of competition. There are two basic circumstances in which this cooperation could take place:

1. when the NCAs are interested in the discussion of pressing issues of law enforcement, information exchange and harmonisation of the legislation of

the member States, the EEC, in cooperation with the NCAs, shall organise meetings at the level of the heads of the NCAs and the Member of the Board of the Commission in charge of competition and antitrust regulation;¹⁴

2. when investigating a violation of the general rules of competition and conducting proceedings, the EEC sends a request for information and documents to Government bodies of a member State and to legal and/or natural persons of a member State, and the EEC simultaneously sends a copy of such request to the NCA of the member State at stake.¹⁵

The assessment's scope was previously discussed and agreed with the Eurasian Economic Commission due to the extensive competition-related legal provisions and regulations of the EEC framework, being limited to the following issues: (1) scope and limitations; (2) overall comments to the EAEU Treaty and its annex 19; (3) analysis of some specific EEC regulations; (4) conclusions.

B. SCOPE AND LIMITATIONS

The assessment focused exclusively on the following documentation provided by EEC:

- Treaty of the EAEU and its annex 19 (signed by Belarus, Kazakhstan and the Russian Federation in Astana on 29 May 2014);
- Criteria of market classification as cross-border market (Decision No. 29 of the Supreme Eurasian Economic Council of 19 December 2012);

⁶ State Commission for the Protection of Economic Competition, *Law of the Republic of Armenia on Protection of Economic Competition*, 11 June 2000, available at <http://www.competition.am/index.php?menu=147&lng=2> (last visited 31 May 2019).

⁷ *Federal Law 'On Protection of Competition' (as Amended in 2016), Adopted by the State Duma on July 8, 2006, Approved by the Federation Council on July 14, 2006* | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России, available at <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14737> (last visited 16 April 2019).

⁸ *The Law of the Republic of Kazakhstan No. 112 – IV.*, 25 December 2008, available at http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z080000112_ (last visited 30 May 2019).

⁹ State Service of Intellectual Property and Innovation under the Government of the Kyrgyz Republic, *Law of the Kyrgyz Republic "On Competition"*, available at <http://test.patent.kg/index.php/en/legislation/67-laws/codes-and-laws-of-the-kyrgyz-republic/909-law-of-the-kyrgyz-republic-on-competition.html> (last visited 31 May 2019).

¹⁰ Federal Antimonopoly Service (FAS) official site, *Cases & Decisions* | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России, available at <http://en.fas.gov.ru/documents/cases-decisions/> (last visited 30 May 2019).

¹¹ UNCTAD, *Voluntary Peer Review of Competition Policy: Armenia*, 2010, available at https://unctad.org/en/Docs/ditccpl20101-overview_en.pdf (last visited 31 May 2019).

¹² OECD, *Competition Law and Policy in Kazakhstan. A Peer Review*, 2016, available at https://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_ENG.pdf (last visited 31 May 2019).

¹³ Paragraph 23 Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at 19.

¹⁴ Paragraph 57 *Ibid.*, at 29.

¹⁵ Paragraph 78 *Ibid.*, at 37.

- Agreement on the procedure for protecting confidential information and liability for its disclosure upon exercise by the Eurasian Economic Commission of powers to control compliance with single competition rules. (Agreement signed by Belarus, Kazakhstan and the Russian Federation in Moscow on 12 November 2014);
- Procedures to consider applications on violations of the general rules of competition in cross-border markets (Decision No. 97 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 23 November 2012);
- Procedures to investigate violations of the general rules of competition in cross-border markets (Decision No. 98 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 23 November 2012);
- Procedures to consider cases of violation of competition rules (Decision No. 99 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 23 November 2012);
- Methods of evaluation of competitive situation (Decision No. 7 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 30 January 2013);
- Methods of identifying monopolistic high (low) prices (Decision No. 117 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 17 December 2012);
- Methods of calculation and procedure for imposition of fines for violation of common competition rules at cross-border markets (Decision No. 118 of the Council of the Eurasian Economic Commission of 17 December 2012)

These documents were discussed with the EEC representatives, involving an initial exchange of views and subsequent interactions for clarification. A meeting was organized between UNCTAD and EEC officials in Geneva, Switzerland (December 2018), for the discussion of the structure and focus of the assessment as well as of the details of the EAEU competition rules and regulations. A presentation of the draft report took place in Moscow, the Russian Federation. (June 2019), before its validation by the EEC. The highlights of the report were presented at the 18th session of the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts meeting on Competition Law and Policy (July 2019).

In accordance with the terms of the assessment agreed, the following issues were especially looked into:

- How to define a cross-border market (see section on the market classification as cross-border);
- Merger control regime and respective institutional powers (see section on methods of evaluating competitive situations and procedures to submit, consider cases);
- Leniency program as an enforcement tool;
- Information sharing (see section on procedures to protect confidential information);
- Market analysis used in enforcement cases;
- Circumstances which mitigate and aggravate sanctions (see section on methods of calculation and procedure for imposition of fines);
- Extraterritoriality of the competition regime (see section on the overall comments on the Treaty and Annex);
- Interaction between the EEC and its member States' national competition authorities (see introduction of the section on the market classification as cross-border);
- Coordination of economic activities of third companies as a specific violation (assessed in the overall comments of the Treaty and Annex)

Furthermore, it is worth noting that the assessment was confined by the following circumstances:

- a. The assessment was based on the English version of the ten documents mentioned (legal acts, regulations, guidelines) received from EEC (September 2018);
- b. Neither the institutional framework nor the enforcement work of the EEC was analyzed, as this would have required additional information gathered through activities (fact-finding missions, stakeholders' interviews, etc.) that were not considered for this exercise;
- c. A more comprehensive and detailed analysis of the EAEU's competition law and policy may be organized at a later stage if the EEC requests the UNCTAD secretariat to facilitate a Voluntary Peer Review of

Competition Law and Policy.¹⁶ In 2007, the UNCTAD secretariat undertook a Peer Review of a regional economic organization in West Africa: the West African Economic and Monetary Union (WAEMU), Benin and Senegal,¹⁷ which may be a reference for a similar exercise of the EEC.

C. OVERALL COMMENTS TO THE SECTION XVIII ENTITLED “GENERAL PRINCIPLES AND RULES OF COMPETITION” OF THE EEC TREATY AND ANNEX 19 TO THE TREATY ENTITLED “PROTOCOL ON GENERAL PRINCIPLES AND RULES OF COMPETITION”

The creation of the Eurasian regional institutions dates back to 2000 when the Economic Community was established. Later in 2003, the member States reached another milestone by establishing the Common Economic Space (CES¹⁸)¹⁹. In addition, other objectives were agreed upon such as the Customs Union in 2006-2010, the Commonwealth of Independent States (CIS) Free Trade Area in 2011, and the strengthened CES in 2012.²⁰ In May 2014, the heads of member States signed a new Treaty creating the Eurasian Economic Union (EAEU) with the aim of establishing the principles of free movement of goods, services, capital and workforce, thereby creating a single market similarly to the European Union's single market.²¹ Because of this more ambitious objective, it was decided to adopt regional competition rules and its respective institutional framework embodied by the EEC. Particularly, through the Decision of the

Supreme Eurasian Economic Council of December 2014, the EEC was granted the power to control compliance with regional competition rules at cross-border markets of the Custom Union and the CES.²²

Section XVIII of the Treaty on the Eurasian Economic Union on competition, (herein after referred as the EAEU Treaty²³) is composed by articles 74 to 77 which comprise general provisions, general principles of competition, general rules of competition and state price regulation. Annex 19²⁴ provides further explanations on the scope of these Treaty provisions, including on the sanctions applicable in case of infringement of the general rules of competition in cross-border markets and the interaction between the relevant authorities that deal with competition issues. It likewise provides guidance on the possibility of State price regulation, including on the possibility of challenging decisions of the member States in this area. In what follows, some clauses of articles 74-76 will be assessed together with Annex 19 of the EAEU treaty accordingly.

Clauses 1 to 6 of article 74 state how the general principles and rules of competition should be applied as regional law and its interaction with national competition laws of its member States. Clause 2 defines the scope of Section XVIII and Annex 19, viz: “...*The provisions of this Section shall be applied to relations connected to the implementation of competition (antitrust) policy within the Member States and to relations with economic entities (market participants) of the Member States which produce or may produce an adverse effect on competition in*

¹⁶ The peer review process provides a unique opportunity to examine and draw lessons from experiences of, and challenges faced by, countries in the implementation of competition policies. The reports produced during the process regarding the state of competition law and enforcement in reviewed countries are impartial and rigorous, and are undertaken by competition policy experts from both developed and developing countries who have practical experience in implementing competition law. See more at: UNCTAD secretariat, *UNCTAD | Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy*, available at <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Voluntary-Peer-Review-of-Competition-Law-and-Policy.aspx> (last visited 17 April 2019).

¹⁷ See more at: UNCTAD, *Voluntary Peer Review of Competition Policy: West African Economic and Monetary Union, Benin and Senegal. Overview*, UNCTAD/DITC/CLP/2007/1(Overview) (2007), available at https://unctad.org/en/Docs/ditcclp20071overview_en.pdf (last visited 17 April 2019).

¹⁸ The CES is an integration milestone ensuring free movement of goods, services, capital and labor. See at: The Eurasian Economic Union: Facts and Figures. Library of Eurasian Integration. Eurasian Economic Commission, 2018. At page 30.

¹⁹ Aleksandra Klofat, ‘Regulatory Competition Within the Eurasian Economic Union and the European Union: A Comparative Legal Analysis’, 44 *Legal Issues of Economic Integration* (2017) 173 , at P. 196.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, at P. 173-174.

²² The Eurasian Economic Union: Facts and Figures. Library of Eurasian Integration. Eurasian Economic Commission, 2018. At page 31

²³ Eurasian Economic Commission, *Treaty on the Eurasian Economic Union*, 29 May 2014, available at http://www.un.org/en/ga/sixth/70/docs/treaty_on_eeu.pdf (last visited 6 February 2019).

²⁴ Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at 19.

General Provisions
Section XVIII
GENERAL PRINCIPLES AND RULES OF COMPETITION

Article 74

General provisions

1. *This Section determines the general principles and rules of competition ensuring detection and elimination of anti-competitive behavior on the territories of the Member States and actions producing a negative impact on competition in transboundary markets on the territory of two or more Member States.*
2. *The provisions of this Section shall be applied to relations connected to the implementation of competition (antitrust) policy within the Member States and to relations with economic entities (market participants) of the Member States which produce or may produce an adverse effect on competition in transboundary markets on the territories of two or more Member States. The criteria of transboundary markets required for determining the jurisdiction of the Commission shall be determined by decision of the Supreme Council.*
3. *The Member States may determine in their legislation any further prohibitions, as well as additional requirements and restrictions with regard to the prohibitions set out in Articles 75 and 76 of this Treaty.*
4. *The Member States shall conduct agreed competition (antitrust) policy in relation to actions of economic entities (market participants) of third countries, if such actions may negatively affect the competition in commodity markets of the Member States.*
5. *Nothing in this Section shall be construed so as to prevent any Member State from taking any action it deems necessary to protect the fundamental interests of national defence or national security.*
6. *The provisions of this Section shall be applied to the natural monopoly entities with account of the specific features provided for by this Treaty.*
7. *The provisions of this Section shall be implemented in accordance with Annex 19 to this Treaty.*

transboundary markets on the territories of two or more Member States..."²⁵ [emphasis made].

An additional observation can be made: this provision specifically prescribes a general obligation of the member States of the EAEU to respect the Treaty competition provisions. Read in connection with article 75 (as indicated below) that addresses general principles of competition, this obligation of the EAEU member States requires that national legislation conforms with the Treaty provisions (articles 74 to 77 of the Treaty). In other words, the regional competition framework prevails over member States' legislation. The Treaty comprises not only regional rules to address cross-border anticompetitive practices affecting two or more member States of the EAEU, but also includes a specific obligation for its member States to observe and not contradict the Treaty's general principles and rules on competition.

The concept of economic entities as provided by Annex 19's glossary, defines an economic entity as "...a commercial organisation or a non-profit organisation operating with generation of profit, an individual entrepreneur, as well as a natural person whose professional income-generating activities are subject to state registration and/or licensing under the legislation of the Member States..."²⁶ Consequently, if the definition of "economic entities" is to cover the activities of State-own enterprises (SOEs), it should be clear that the SOE should conduct business activities aiming at making profits, therefore being caught within the scope of article 74.

In this regard, the definition provided by Article 74 is consistent with the European Union definition of economic entity or the so-called undertaking. The applicability of rules differs between the EEC and the European Union on the point of intention of earnings.

²⁵ Eurasian Economic Commission, *supra* note 23, at 77.

²⁶ Page 7 of Annex 19.

While “economic entities” and “undertakings” might refer to the same concept, an “economic entity” as defined by the EEC in annex 19 requires an intention of earnings even for SOE, which is not the case for the European Union. Therefore, there are slight differences between the European Union and EEC concepts.

It should also be noted that there is extensive case law²⁷ regarding the definition of an economic entity or “undertaking” under the European Competition

law. In fact, only “undertakings” are the addressees of European competition provisions, articles 101 and 102 of the Treaty on the functioning of the European Union (hereinafter referred as TFEU). For instance, under the definition of ‘economic entity’ provided by the Annex 19, it is noted that an economic entity would comprise a “...commercial organization or a non-profit organization operating with generation of profit...”²⁸ For the European competition legislation, the intention to earn profits is not a specific requirement.²⁹

Article 75

General Principles of Competition

1. *The Member States shall apply their rules of competition (antitrust) legislation to economic entities (market participants) of the Member States in an equitable manner and to the equal extent irrespective of the legal form and place of registration of such economic entities (market participants) on equal terms.*
2. *The Member States shall, in particular, determine in their legislation prohibitions of:*
 - 1) *agreements between state government authorities, local authorities and other agencies or organisations exercising their functions or agreements between them and economic entities (market participants), if such agreements result or can lead to any prevention, restriction or elimination of competition, except in cases provided for by this Treaty and/or other international treaties of the Member States;*
 - 2) *provision of state or municipal preferences, except as provided by the legislation of the Member States, and with account of the specifications set out in this Treaty and/or other international treaties of the Member States.*
3. *The Member States shall take effective measures to prevent, detect and combat actions (omission) specified in sub-paragraph 1 of paragraph 2 of this Article.*
4. *The Member States shall, in accordance with their legislation, ensure efficient control over the economic concentration to the extent required for the protection and development of competition on the territory of each Member State.*
5. *Each Member State shall ensure availability of a state government authority in charge of the implementation and/or enforcement of competition (antitrust) policy, which implies, among other things, vesting such authority with the powers to monitor the compliance with the prohibition of anti-competitive practices and unfair competition and economic concentration, as well as to prevent and to detect violations of competition (antitrust) legislation, to take measures to stop these violations and prosecute such violations (hereinafter “the authorised authority of the Member State”).*
6. *The Member States shall determine in their legislation penalties for economic entities (market participants) and public officials with regard to all anti-competitive behaviour, based on the principles of efficiency,*

²⁷ Although articles 101 and 102 of the TFEU don't define “undertaking”, the European Court of Justice has developed this concept. On the basis of established jurisprudence, the European Commission notice on the concept of undertakings concerned under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings (98/C 66/03), establishes that an “undertaking” is any entity engaged in an economic activity, offering goods or services on a given market, regardless of its legal status and the way in which it is financed.

²⁸ Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at 7.

²⁹ See paragraph 43 of the Decision at EUR LEX, ECJ, 92/521/EEC: *Commission Decision of 27 October 1992 Relating to a Proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup)*, 27 October 1992, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31992D0521> (last visited 7 February 2019).

proportionality, security, inevitability and certainty, and shall ensure control over their enforcement. The Member States recognise that in case of penalties, the highest penalty rates shall be set for violations representing the greatest threat to competition (anti-competitive agreements, abuse of dominance by economic entities (market participants) of the Member States). Penalties calculated on the basis of the income generated by the violator in selling goods or on the cost of purchase of goods by the violator in the market where the violation occurred shall be preferred

7. *The Member States shall, in accordance with their legislation, ensure permanent informational transparency of their current competition (antitrust) policy, including by posting information on activities of their authorised authorities in the media and on the Internet.*
8. *Authorised authorities of the Member States shall, in accordance with their state legislation and this Treaty, interact with each other by sending notices and requests for information, holding consultations, sending notifications on investigations (examination of cases) affecting the interests of another Member State, conducting investigations (examination of cases) by request of an authorised authority of any Member State and providing information on their results.*

Consequently, a clarification regarding all the concept of economic entity inspired by the European Union experience could be considered, in order to avoid uncertainty as to the specific scope of the regional laws in the Eurasian region.

Article 75 sets out a framework for harmonizing national competition laws of the Eurasian Union member States, in accordance with international best practices. Indeed, this article establishes that national legislations shall be applied in a non-discriminatory manner to all undertakings regardless of their legal form and place of registration, following the recommendations of the United Nations Set on Competition;³⁰ it expands the prohibition of agreements to those concluded by public bodies at state and local levels, underlining that competition law applies to all; it recommends merger control at national level; it refers to the institutional setting for enforcement purposes, including sanctions' framework, along the lines of the UNCTAD Model Law on Competition (chapters X and XI³¹); and it encourages cooperation between national authorities

again as recommended by the United Nations Set. Hence, article 75 provides a good basis for a similar competition legal framework of its member States.

Nevertheless, UNCTAD suggests extending the scope of article 75 beyond substantive harmonization provisions. The harmonization of competition laws and policies may take place in three different areas: substantive law, procedural law, and implementing guidelines.³² All provisions at stake relate to substantive law provisions that any national competition laws in the EAEU area must observe. It would be appropriate to consider if it is necessary also to foresee the harmonization of procedural rules and of implementing guidelines.

Annex 19 provides more details on the matter of harmonization through the cooperation between member States at the horizontal level - Section V³³ "*Cooperation between authorized authorities of the member States*" - and under Section VI - "*Cooperation between the Commission and the Authorized Authorities of the Member States for*

³⁰ The United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2), adopted by resolution 35/63 of 5 December 1980 of the United Nations General Assembly, Section E. Principles and Rules for States at National, Regional and Subregional levels, point 3: "States, in their control of restrictive business practices should ensure treatment of enterprises which is fair, equitable on the same basis to all enterprises, and in accordance with established procedures of law. The laws and regulations should be publicly and readily available."

³¹ "The Administering Authority and its organization"; "Functions and powers of the Administering Authority"; "Sanctions and relief". Recent Part 2- Commentaries to the UNCTAD Model Law on Competition, regularly updated, cover Chapters IX and X (2019), available at <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>.

³² Cunningham and LaRocca, 'Harmonization of Competition Policies in a Regional Economic Integration Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade: Panel I: Regional Economic Cooperation in Non-Trade Areas', *27 Law and Policy in International Business* (1995) 879, at 881.

³³ Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at 18.

*Monitoring Compliance with the General Rules of Competition*³⁴. In fact, the latter framework would be most suitable to address this issue and address harmonizing procedural efforts and implementing guidelines as the section in question deals with the investigation process that the EEC undertakes with the assistance of the NCAs. However, if the harmonization of rules on substantive issues or common substantive rules have been adopted by regional economic organizations³⁵, the harmonization of procedural law as well as harmonized implementing guidelines may require additional efforts as member States may have different legal systems and these will affect the enforcement of competition law. In any case, harmonizing these rules and guidelines often

requires continuous work and close monitoring after an agreed decision to pursue it.

To sum up, while article 75 is an important provision for substantive harmonization of competition rules across Eurasian countries, there are still challenges when it comes to the level of harmonization in the area of procedural law and even implementing guidelines for effective enforcement of competition rules at the national and regional levels. Annex 19 provides a platform for further harmonization at the procedural or implementation levels to be reflected upon, this remaining an open question for the EEC to consider.

As seen in the box above, Article 76 covers the general rules of competition with five substantive categories

GENERAL RULES OF COMPETITION

Article 76

General Rules of Competition

1. Any actions (omission) of dominant economic entities (market participants) that result or may result in prevention, restriction or elimination of competition and/or infringement of interests of other persons shall be prohibited, including the following actions (omission):
 - 1) setting and maintaining monopolistically high or low prices of goods;
 - 2) withdrawal of goods from circulation resulting in an increase in the price of such goods;
 - 3) forced imposition of any economically or technologically unjustified contract conditions to contractors that are unfavourable for the latter or not related to the subject matter of the agreement;
 - 4) economically or technologically unjustified reduction or cessation of production of goods, if the goods are in demand or orders for their delivery have been placed and their production is feasible, as well as if such reduction or cessation of production of the goods is not explicitly provided for by this Treaty and/or other international treaties of the Member States;
 - 5) economically or technologically unjustified refusal to enter or evasion from concluding agreements with individual buyers (customers) capable of manufacturing or supplying the relevant goods with account of the specifications set out in this Treaty and/or other international treaties of the Member States;
 - 6) economically, technologically or otherwise unjustified setting different prices (tariffs) for the same products, thus creating discriminatory conditions, with account of the specifications set out in this Treaty and/or other international treaties of the Member States;
 - 7) creating barriers to entry into the commodity market or exit from the commodity market for other economic entities (market participants).

³⁴ *Ibid.*, at P. 28.

³⁵ The European competition rules, articles 101 and 102 of the TFEU, are applied by the European Commission and by the European Union national competition authorities when anticompetitive practices significantly affect trade member States, even though the European Competition Network established a system of division of work, providing for a consistent application of the rules. See Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, p.1-25, and the Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, Official Journal C 101, 27.04.2004, p. 43-53.

- 2.** Any unfair competition shall be prohibited, including:
 - 1) dissemination of false, inaccurate or distorted information, which may inflict damage to an economic entity (market participant) or damage its business reputation;
 - 2) misleading as to the nature, method and place of manufacture, consumer properties, quality and quantity of goods or their manufacturers;
 - 3) incorrect comparison by an economic entity (market participant) of goods manufactured or sold by the entity with goods manufactured or sold by other economic entities (market participants).
- 3.** Any agreements between economic entities (market participants) of the Member States shall be prohibited if these entities are competitors operating in the same product market and such agreements lead or may lead to:
 - 1) setting or maintaining prices (tariffs), discounts, allowances (surcharges), extra charges;
 - 2) increasing, decreasing or maintaining prices in tenders;
 - 3) dividing the commodity market in the territorial principle, by the volume of sales or purchases of goods, by the range of products sold or composition of sellers or buyers (customers);
 - 4) reduction in or cessation of the production of goods;
 - 5) refusal to conclude agreements with certain sellers or buyers (customers).
- 4.** "Vertical" agreements between economic entities (market participants) shall be prohibited, with the exception of "vertical" agreements recognised as admissible in accordance with the admissibility criteria determined by Annex 19 to this Treaty, if:
 - 1) such agreements lead or may lead to setting a resale price of goods, except in the case where the seller sets to the buyer the maximum resale price of goods;
 - 2) such agreements obligate the buyer not to sell goods of any economic entity (market participant) that is a competitor of the seller. This prohibition shall not apply to agreements implying organisation by the buyer of the sale of goods under the trademark or other identifications of the seller or manufacturer.
- 5.** Other agreements between economic entities (market participants) shall be prohibited, except for "vertical" agreements recognised as admissible in accordance with the admissibility criteria determined in Annex 19 to this Treaty, if it is determined that such agreements lead or may lead to any restriction of competition.
- 6.** It shall not be allowed for natural persons, business and non-profit organisations to coordinate economic activities of economic entities (market participants) of the Member States, if such coordination leads or may lead to any of the consequences set out in paragraphs 3 and 4 of this Article that may not be recognised as admissible in accordance with the admissibility criteria determined in Annex 19 to this Treaty. The Member States may determine in their legislation a ban on coordination of economic activities if such coordination leads or may lead to the consequences specified in paragraph 5 of this Article that may not be recognised as admissible in accordance with the admissibility criteria determined by Annex 19 to this Treaty.
- 7.** All violations of the general rules of competition determined in this Section by economic entities (market participants) of the Member States, as well as by natural persons and non-profit organisations of the Member States not carrying out any business activity, if such violations have or may have an adverse effect on competition in transboundary markets on the territories of two or more Member States, with the exception of financial markets, shall be stopped by the Commission in the procedure provided for by Annex 19 to this Treaty.

as follows: (i) unilateral conduct (dominant positions); (ii) unfair competition; (iii) horizontal agreements; (iv) vertical agreements; (v) other agreements between economic entities, and (vi) coordination of economic activities.³⁶ According to international best practices, competition legislation usually comprises three of the practices named as in points (i), (iii) and (iv). The remaining above-mentioned practice of unfair competition is not necessarily a part of competition legislation at national or regional levels but can be recognized on an *ad hoc* basis.

Furthermore, Clause 2 of Article 74 refers to unfair competition. Unfair competition comprises deceptive practices that cause economic injury to a business but cannot be confused with anticompetitive practices that restraint competition in the market. While competition law protects the process of competition itself, unfair competition provisions are driven by the protection of competitors. Hence, most competition laws don't address unfair competition practices, even though these may be the subject of autonomous pieces of legislation. While there is substantive literature to suggest that unfair competition should be outside the scope of competition rules,³⁷ some competition laws have included unfair competition considerations in exceptional circumstances, when the business practice at stake affects the general interest. This is the case of the Spanish competition law of 2007.

Indeed article 3 of the Competition Act of Spain states as follows:

"...Distortion of free competition by unfair acts

*Article 3: The National Competition Commission or the competent bodies of the Autonomous Communities shall hear under the terms that this Act establishes for prohibited conduct the acts of unfair competition which **affect the public interest** by the distortion of free competition."*³⁸

At the European Union level, there are rules on agreements and unilateral conduct practices that

can be anti-competitive practices that affect trade in the Single Market. However, these rules do not preclude European Union member States to include additional rules to their national competition laws such as is the case of the Spanish law provisions on unfair competition. As a result, if the EAEU Treaty includes unfair competition provisions, it may be timely to take into account the experience of other regional economic organizations such as the European Union in terms of leaving this specific provisions to national legislations, if needed, in accordance with clause 3 Article 74 of the Treaty when referring to the fact that Eurasian member States may determine in their legislation any further prohibitions, as well as additional requirements and restrictions with regard to the prohibitions set out in Articles 75 and 76 of the Treaty.

On the issue of dominant position, clause 1 of Art. 76 includes seven detailed actions that shall be prohibited if these actions lead to the prevention, restriction or elimination of competition and/or infringement of interests of other persons. Consequently, it reads that Article 76 includes an additional requirement (harmful to the interests of other persons) to be taken into account in the analysis when assessing whether an action undertaken by a dominant economic entity falls under the scope of abuse. These requirements have the advantage of providing additional elements of prohibited practices, which may be useful for business guidance. However, international best practices gathered under the commentaries of Part 2 of UNCTAD Model on Competition suggest otherwise the inclusion of a rather restrictive view of abuse of dominant position concept. See for instance chapter IV of the UNCTAD Model Law on Competition which details that "*where the acts or behaviour of a dominant enterprise limit access to a relevant market or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on trade or economic development.*"³⁹

Clause 6 refers to the "coordination of economic activities". According to Annex 19 the coordination of economic activities corresponds to an "*...agreement of actions of economic entities (market participants)*

³⁶ Eurasian Economic Commission, *supra* note 23, at P. 80-83.

³⁷ For more information see at : Ullrich, 'Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?', *SSRN Electronic Journal* (2005) , available at <http://www.ssrn.com/abstract=837086> (last visited 7 February 2019).

³⁸ Kingdom of Spain, *Competition Act No. 15/2007*, 3 July 2007, available at <https://www.cnmec.es/file/64176/download> (last visited 7 February 2019).

³⁹ UNCTAD *Model Law on Competition. Revised Chapter IV: Acts or Behaviour Constituting an Abuse of a Dominant Position of Market Power*, TD/RBP/CONF.8/L.2 (2015) 30, available at https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/trdbpconf8l2_en.pdf (last visited 11 January 2019), at P. 2.

*by a third person, not included in the same group of persons with any of these economic entities and not operating in that commodity market where the market participants agreed...*⁴⁰ The third person alluded in Annex 19 can be natural persons, business and non-profit organizations in line with the clause 6 of article 76 of the EAEU Treaty.

This concept encompasses the following three main elements: (i) an agreement of market players, (2) the participation of a third person (economic entity), and (3) a different market from the one where the economic entities operate. This definition is similar to the provision of the Russian Competition Law related to « Basic Definitions Used in this Federal Law » (clause 14, article 4): « coordination of actions of economic entities by a third person, that is not a member of the same group with any of such economic entities and is not involved in activities on the market, where actions of economic entities are coordinated. Actions of economic entities exercised as part of “vertical” agreements do not constitute coordination of economic activities; »⁴¹ Similar provisions exist in others Member States’ laws.

To sum up, the application of coordination of economic entities as envisaged in clause 6 of article 74 remains unclear from the perspective of what entails and how case law has been shaped the application of this provision. In addition, besides Eurasian member States and unless otherwise it is informed to the Secretariat by any member State, there is no such provision anywhere in competition laws and regulations worldwide.

This new category provided by clause 6 of article 76 cannot be regarded as a *concerted practice* as per the legal definition established in the European legislation because it would require that; first, the

economic entities should be part of the same relevant market (commodity market); second, there should not be a formal agreement between the parties; and third, the existence of an external economic entity that does not operate in the same relevant market as the others.⁴² Under United States case law on the other hand an agreement is not a prerequisite to an unlawful conspiracy where an implied agreement would be enough to ascertain the existence of a conspiracy (cartel).⁴³ In any event, this category provided by the EAEU Treaty might not be common in other jurisdictions worldwide.

Clause 7 of article 76 refers to the principle of territoriality of regional competition rules as its wording clearly stipulates that the EEC can only prosecute “*economic entities (market participants) of the Member States...*” and individuals and non-profit organizations “*...of the Member States*”. In this regard, the interpretation given to this wording is that the EEC shall limit investigation of economic entities that are registered within the member States and cannot open investigations against market participants operating outside the regional jurisdiction of the EAEU.⁴⁴ The latter merits a discussion whether the principle of territoriality vs. extra-territoriality can be further explored.

On this topic, two important cases in Europe and the United States of America should be mentioned.⁴⁵ The European wood pulp cartel ruling of 1988⁴⁶ (which established the “implementation principle”) and the American Hartford Fire Ins. Co. v. California of 1993⁴⁷ (which established a more expansive approach of the effects doctrine). The European Court of Justice ruling in the wood pulp case held that “The Community’ s jurisdiction to apply its competition rules to such conduct is covered by the territoriality principle as universally recognized in public international law.

⁴⁰ Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at P. 5.

⁴¹ *Supra* note 7.

⁴² See the Judgment of the European Court of Justice in Case C-8/08 - *T-Mobile Netherlands BV and Others v Raad van bestuur van der Nederlandse Mededingingsautoriteit* <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-8/08> : “a single meeting between companies may constitute a concerted practice in breach of Community competition law”.

⁴³ Citing the case *Interstate Circuit Inc v. United States of 1939*. E. M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context* (3rd ed, 2012), at P. 131-135.

⁴⁴ Eurasian Economic Commission, *supra* note 23, at P. 83.

⁴⁵ For a comprehensive study of this principle , See: Griffin, ‘EXTRATERRITORIALITY IN U.S. AND EU ANTITRUST ENFORCEMENT’, 67 *Antitrust Law Journal* (1999) 159.

⁴⁶ ECR, *Ahlstrom v Commission*, 27 September 1988 5233, available at http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5ed612ae-790c-4091-bf05-0a6d7cbd9142.0002.06/DOC_1&format=PDF (last visited 6 April 2017).

⁴⁷ United States, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 509 U.S. 764 (1993), 28 June 1993, available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html> (last visited 6 April 2017).

Under the rules against agreements, decisions or concerted practices, the decisive factor is where the agreement, decision or concerted practice is implemented rather than where it is formed. It is immaterial whether or not the producers had recourse to subsidiaries, agents, sub-agents, or branches within the Community in order to make their contacts with purchasers within the Community “ (summary, point 1, third paragraph). The European Court of First Instance ruling of 25 March 1999, *Gencor Ltd. vs. Commission of the European Communities*⁴⁸ underlined the same principle regarding merger control (“3. Application of Regulation No 4064/89 is justified under public international law when it is foreseeable that a proposed concentration between undertakings established outside the Community will have an immediate and substantial effect within the Community. The fact that, in a world market, other parts of the world are affected by the concentration cannot prevent the Community from exercising its control over a concentration which substantially affects competition within the common market by creating a dominant position.”, summary, point 3), in accordance to the so-called “effects doctrine”.

The Hartford Fire case, on the other hand, provided a rather aggressive stance on the extraterritorial application of United States antitrust laws by stating that a United States Court “should not consider the interests of a foreign sovereign unless there is a true conflict between United States Law and the Law of the foreign state”.⁴⁹ This judgment, which was considered a disturbance of the established trend of comity, made the extraterritoriality rule highly controversial as it swept away the notion of comity, which “holds that a nation with lesser interests at stake should normally defer to a nation with greater interests at stake of conflict”.⁵⁰ As a result, many countries issued diplomatic protests and some even enacted blocking legislations since

they considered it an excessive application of United States antitrust laws.⁵¹

Thanks to the *Empagran* case, the negative trend has been gradually softened by the doctrine of comity.⁵² United States lower courts can adopt an approach based on both *Hartford* and *Empagran*, and introduce comity analysis into global cartel cases by developing their own comity-based limitations on jurisdiction.

The fact that clause 7 of the Treaty may not clearly foresee/allow the extra-territorial application of these rules to foreign companies limits substantially the enforcement activities of the EEC. Additional guidance by the EEC could provide the necessary elements to address and overcome this limitation, this comment being subject to the consideration of the EEC in the near future.

Two final points regarding the overall assessment of the EAEU treaty competition-related provisions. First, the absence of a common Eurasian leniency regime; and, second the long-term need to consider a merger control regime for the Union.

a. The importance of leniency in the identification of cartels at the regional level

As cartels are considered worldwide as the most egregious offence against competition laws, all competition laws whether they are national or regional aim to deter cartel formation and achieve their dissolution. Given that cartels are usually secret, and hence difficult to identify and prosecute, the most effective tool for detecting cartels and obtaining the necessary evidence to stop them is through leniency programmes. These programmes give incentives (fines’ immunity or reduction) to members of cartels to self-report the practice to the competition law enforcement authority.⁵³

⁴⁸ CFI, Court of First Instance, *EU Case Gencor v. Commission*, 25 March 1999, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996TJ0102&from=EN> (last visited 6 April 2017).

⁴⁹ United States, *supra* note 48, at P. 2919.

⁵⁰ Burr, ‘The Application of US Antitrust Law to Foreign Conduct: Has Hartford Fire Extinguished Considerations of Comity?’, 15 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (1994) , available at http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr70§ion=59 (last visited 6 April 2017) , at P. 223.

⁵¹ Kojima, ‘International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy’, *Weatherhead Center for International Affairs* (2002) 2001 , at P. 4.

⁵² Fox and Fox, *supra* note 44, at P. 178.

⁵³ UNCTAD, *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries*, TD/RBP/CONF.7/4 (2010), available at http://unctad.org/en/Docs/trdbpconf7d4_en.pdf (last visited 17 February 2017).

Leniency programmes in regional settings such as the case of Eurasian Union require additional cooperation mechanisms between regional and national authorities in charge of competition and also the homologation that granting immunity will be recognized at regional and national level indistinctively. The challenge within the Eurasian region is that not all EAEU member states have implemented leniency programmes into their national legislation, which, in turn, may become a problem in the situation of identifying a cartel in the cross-border market of the member States.⁵⁴

As referred above, the main objectives of implementing leniency programme are detection and consequent deterrence and enforcement efficiency: therefore, the key factors for the effectiveness and efficiency of the leniency programme are (1) incentives for submitting applications as early as possible and (2) incentives for cooperation with competition authority's investigation. These can be broken down into the specific elements as follows:

- Marker system, which guarantees the leniency applicant's position for a limited period of time, so that it may gather additional information required to complete the application, can increase incentives to the use the leniency programme by lowering the initial barrier to apply and providing predictability and certainty of the procedure.
- Leniency for subsequent applicants. Competition Authorities can detect cases by the first application, however, information and evidence from other cartel members, i.e. subsequent applicants, is sometimes necessary to draw the whole picture of the prohibited practices. In addition, rewarding subsequent applicants generates investigation efficiency, as the Competition Authority can receive information and evidence from them without carrying out full investigations. Most jurisdictions with

leniency programmes provide incentives for subsequent applicants in one way or another.

- Protecting confidentiality of leniency information is one of the most important elements for maintaining incentives for submitting applications⁵⁵. The possibility that leniency information would be disclosed to third parties or used against them in private civil actions, or conveyed to other jurisdictions without their consent, can discourage companies from applying for leniency. In this regard, some Competition Authorities accept not only written leniency application but also oral statements, in order to provide greater confidentiality protection, especially in cases where applicants are at risk of being accessed by discovery process.
- Leniency procedure must be transparent and predictable⁵⁶ so that potential applicants can anticipate how they will be treated, whether they will be granted leniency, what they can receive in return for applying and providing cartel information or evidence, or what they are required in order to receive leniency, in advance. Many Competition Authorities have explained the steps of the process and the conditions for granting leniency in written rules or regulations.

For the Eurasian Commission to consider an effective regional leniency programme, the system should create the necessary incentives on companies to cooperate with EEC's investigation, namely an obligation of continuous cooperation should be put on applicants as a requirement for receiving leniency. In this regard, any breach of the obligation such as refusing to provide information and providing false information should disqualify leniency. Also, flexibility in applying fines' reduction rates is desirable. The Competition Authority needs to be able to decide the level of reduction for each applicant within a certain

⁵⁴ Russian Federation, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes. The Roundtable "Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes" Working Group No. 3 on Cooperation and Enforcement OECD Competition Commission*, 5 June 2018, available at [https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20\(Russian%20Contributions\).pdf](https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20(Russian%20Contributions).pdf) (last visited 17 July 2019).

⁵⁵ ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual Chapter 2: Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy* (2014), available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf> (last visited 17 February 2017), at P. 15.

⁵⁶ There must be transparency and certainty in the operation of a leniency policy. [...] A leniency applicant needs to be able to predict with a high degree of certainty how it will be treated if it reports anticompetitive conduct and what the consequences will be if it does not come forward". "It is good practice to have maximum transparency and certainty with respect to the requirements for leniency and the application of policies, procedures and practices governing applications for leniency, the conditions for granting leniency and the roles, responsibilities and contact information for competition agency [...]". *Ibid.*, at 6 and 16.

scope, according to the degree of cooperation and/or the value of information submitted.

Furthermore, a country cannot rely on others' anti-cartel actions or leniency programmes. Foreign countries' actions do not help against purely domestic cartels. Regional and international cartels impacting the Eurasian markets can operate globally except for those jurisdictions where they perceive the antitrust risk to be too great, and there is evidence suggesting that their overcharges are larger in countries not actively fighting cartels. Thus, one country cannot rely on another's anti-cartel proceedings. With respect to leniency programmes, the trend is towards restricting information originating, ultimately, from leniency applicants. Thus, one country cannot rely on another to generate information for follow-on domestic proceedings. In summary, fighting cartels may not be left to others.⁵⁷

Finally, strong and effective law enforcement by a Competition Authority is a pre-requisite of an efficient leniency programme. In other words, companies would not come forward to use a leniency system without any fear of being detected and severely sanctioned. In this regard, UNCTAD previous research has pointed out that *to benefit from a leniency programme, a jurisdiction must actively fight against cartels. Absent this, effort expended in instituting a leniency programme would likely be wasted.*⁵⁸ Hence, national or regional competition authorities should be equipped with a strong ability to detect cartels by its own (*ex-officio* detection) and to impose significant sanctions and should enforce its competition law actively.

b. Merger control for the Eurasian Union

Merger control is one of the main pillars of a competition system, aiming to preserve the competitive structure of markets: "Mergers affect market composition and structure and impact policy areas beyond competition. For example, a large proportion of foreign

direct investment (FDI) takes the form of mergers and acquisitions and is often encouraged by governments, particularly in developing countries seeking growth."⁵⁹

Most developing countries and countries with economies in transition "...have been subject to government intervention and be in a transitional phase of liberalization, privatization and deregulation, while facing the introduction of new technologies in the productive process. Accordingly, the stage of transition of each economy and the degree of implementation of liberalization principles are a key factor when introducing and applying competition law."⁶⁰

Therefore, merger control is an important instrument for Competition Authorities, allowing them to prevent and protect competition in the markets. Due to globalization, international cooperation in merger cases, either when involving developed countries' jurisdictions or developed and developing countries, has raised attention across the world for several years. UNCTAD drafted a background note⁶¹ for the discussion of this topic in the Seventh United Nations Conference to Review the Set on Competition in 2015⁶².

Most competition regimes around the world include merger control provisions. However, the content and enforcement of these provisions vary across different jurisdictions in accordance to the following variables:⁶³

- Legal provisions and enforcement policy relating to the different types of merger;
- Structural and behavioural factors that are taken into account and their relative importance, including the market share and/or turnover thresholds to trigger scrutiny by competition authorities, and the anticompetitive criteria to be met before an arrangement would be forbidden in principle;
- Treatment of efficiency gains and of non-competition criteria;

⁵⁷ UNCTAD, *supra* note 54, at P. 16.

⁵⁸ *Ibid.*, at 15.

⁵⁹ UNCTAD, *The role of competition advocacy, merger control and the effective enforcement of law in times of economic trouble*, TD/RBP/CONF.7/6 (2010), available at https://unctad.org/en/Docs/trbrpconf7d6_en.pdf, page 4.

⁶⁰ UNCTAD, *Challenges in the Design of a Merger Control Regime for Young and Small Competition Authorities*, TD/B/C.I/CLP/45 (2017), available at http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd45_en.pdf, page 3.

⁶¹ UNCTAD, *International cooperation in merger cases as a tool for effective enforcement of competition law*, TD/RBP/CONF.8/4, available at https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/trbrpconf8d4_en.pdf.

⁶² Agenda and documents available at <https://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=609>.

⁶³ UNCTAD, *Model Law on Competition - Part 2, Commentaries (2018): Revised Chapter VI*, TD/B/C.I/CLP/L.10 (2018) 17, available at https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpL10_en.pdf (last visited 1 March 2019), at P. 3.

- Coverage and structure of exemptions;
- Procedural arrangements, such as voluntary or compulsory notifications concerning mergers of firms meeting certain turnover or market share requirements, or ex post facto possibilities for intervening against mergers, and remedies or sanctions.

Despite the above, there are more similarities than differences among most competition regimes relating to the treatment of mergers. In recent years, several countries have adopted separate provisions in their competition laws to cover mergers, and as part of this general trend towards the adoption or reform of competition legislation, many countries have adopted or reformed merger controls following the same broad orientations.

In any event, merger control is indeed one of the main pillars of a competition system as it aims to preserve the competitive structure of markets despite takeover operations or mergers. Mergers analysis requires a dialogue with the parties throughout the procedure, often encouraging third interested parties to provide comments and information that may prove to be useful to the assessment undertaken by the Competition Authority. Furthermore, the possibility of imposing remedies to authorize mergers allows the Competition Authority to preserve and promote competition in the markets in question.

The credibility of any competition authority, especially crucial for young or small authorities, is at stake and hence merger control rules should therefore be carefully drafted.⁶⁴

There are basic elements in the design of merger control regimes for young authorities such as the regional commission in the Eurasian region. First, the definition of mergers using the criteria particularly relevant in identifying operations that within certain limits and circumstances of the Eurasian union. Second, definition whether the merger control regime would be ex-ante, ex-post or a voluntary control system based on the particular regional circumstances and the way business operate in the Eurasian region. A final basic third point relates to the criteria applicable

to merger notification (thresholds) that would need to be clear, accessible and based on objectively quantifiable criteria.⁶⁵

Recent research by UNCTAD has also pointed out the principles to be followed in procedure design which relate to celerity, transparency and respect of rights of defense. In this regard, aspects related to deadlines and form of notification; review periods; access to files; and transparency should be taken into account when designing an effective merger control regime whether it is to be applied at the national or regional level.⁶⁶

Finally, UNCTAD highlights that the models of merger control applied in developed countries are an important reference, but none provides the best fit for young and small authorities in developing countries. In fact, models designed for developing economies have some advantages, but may be most useful as a source to be consulted rather than as the basis of law. In turn, it is recommended in designing a merger control system for young and small agencies, that legislators should consider the best ways to defend the general interest, market structures and consumers. The economic, political, social and institutional characteristics of each jurisdiction condition the designs of such regimes. However, the search for efficiency in a system should respect the principles of legal security and due process.⁶⁷

D. ANALYSIS OF THE EEC SPECIFIC REGULATIONS

a. Criteria of market classification as cross-border market

Introduction

As referred earlier, clause 2 of Article 74 sets two different rules: the second rule states that “...*The provisions of this Section shall be applied to relations connected to [...] relations with economic entities (market participants) of the Member States which produce or may produce an adverse effect on competition in transboundary markets on the territories of two or more Member States...*”⁶⁸ [emphasis made]

⁶⁴ *Ibid.*, at 3.

⁶⁵ *Ibid.*, at 4–7.

⁶⁶ *Ibid.*, at 7–9.

⁶⁷ *Ibid.*, at 13.

⁶⁸ Eurasian Economic Commission, *supra* note 23, at 77.

The decision N29 of the Supreme Eurasian Economic Council on “Approving criteria of market classification as cross-border market” (2012) determines the competence of the Eurasian Economic Commission on restraint of violations of common competition rules if it adversely affects two or more-member States’ relevant market within the EAEU region as per Decision 29. In this regard, the EEC has exclusive competence to deal with cross-border competition issues and the NCAs of the EAEU member States have their own prerogative to investigate their competition cases affecting only their own domestic markets.

The attribution of competence to two institutions within the region is first established by clauses 8 and 9 of Annex 19.⁶⁹ Clause 9 establishes the allocation of competence to the EEC when the infringement has cross-border effect within the Eurasian region, except for financial markets whereby national legislation of the member States should apply.

The Supreme Eurasian Economic Council can define to some extent the frameworks as well as limits of specific decisions instead of the Eurasian Economic Commission as per it.2 of article12 EAEU Treaty. Decision 29 related to the “Criteria of market classification as cross-border market” exemplifies this point.

Conversely, at the level of the European Union, the European Commission issued a notice to provide additional guidance about the concept of effect on trade as contained in articles 101 and 102 of the TFEU.⁷⁰

UNCTAD research has addressed the issue of division of competences between regional and national Competition authorities. Two types of structures

(centralized and decentralized) have been identified, having positive or negative externalities when it comes to an effective regional competition law enforcement.⁷¹ For example, it has been said that decentralization schemes may better address informational asymmetries between competition authorities and enterprises as it would be easier for firms to provide information to national authorities as opposed to supranational authorities.⁷² In turn, when enforcement of regional rules is centralized such as the case of the EAEU, it may reduce or eliminate externalities. There are economies of scale and transaction cost savings due to the uniform application of common competition rules by supranational authorities acting as one-stop shops in dealing with anticompetitive cases.

The regional competition authority in the EAEU acts within a centralized enforcement mechanism (exclusive competence in dealing with anticompetitive practices in the regional markets) as indicated in the Supreme Eurasian Decision Council under review. But the experience of other regional economic organizations, such as the European Competition system may be of relevance when improvements are being sought.

It is also worth noting the experience of the West Africa Economic and Monetary Union (WAEMU) in the Sub-Saharan Africa. When UNCTAD undertook a Peer Review to the WAEMU as well as to Benin and Senegal⁷³ in 2007, the report mentioned the reasons why the regional authority did not prosecute cases at the regional level, among which was its exclusivity.⁷⁴

To sum up, one needs to be cautious as to how to empower a regional authority with exclusive competence and with a centralized enforcement of regional competition rules. In what follows, an

⁶⁹ Eurasian Economic Commission, *supra* note 4, at P. 10.

⁷⁰ European Union Commission, *Commission Notice — Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA Relevance)*, Official Journal C 101, 27/04/2004 P. 0081 - 0096, available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN) (last visited 12 March 2019).

⁷¹ In centralized structures, the central competition authority has exclusive enforcement power. In decentralized structures, competition authorities delegate part of their enforcement power to national/State competition authorities. See UNCTAD, *supra* note 48, at p. 3.

⁷² This is known as the principal-agent relationship. In the context of competition, national and supranational competition authorities are considered as principals, whereas enterprises are considered as agents. The agents may either conceal or provide false information to the authorities to protect their interests. *Ibid.*

⁷³ UNCTAD, *supra* note 17. Indeed, the report stated that: “...the system has been strongly criticized by certain actors with regard to the relationship between the two legislative levels, particularly in countries where competition legislation and policy exist. These observations may also explain the reluctance to actually bring community legislation into force. In Senegal, in particular, the fact that the principle of exclusivity is perceived as an obstacle to the emerging work in this area of both the Ministry of Trade and the Competition Commission in itself constitutes a psychological barrier...” A recent analysis of competition in Sub-Saharan African countries confirms this conclusion (E. M. Fox and M. Bakhoun, *Making Markets Work for Africa: Markets, Development, and Competition Law in Sub-Saharan Africa* (2019).

⁷⁴ Fox and Bakhoun, *supra* note 74.

assessment of some key provisions of the Decision on cross-border market is presented.

Specific provisions of the Eurasian Decision under review

2. For the purposes of application of common competition rules set forth in article 76 of the Treaty a market is classified as a cross-border market, if geographical boundaries of the commodity market encompass the territories of two or more Member States.⁷⁵

The definition for “cross-border market” follows the benchmark established by the concept of geographical relevant market and the definition of “effects on trade between member States” of the European Competition law. Indeed, based on the decisional practice of the European Commission regarding the enforcement of European Competition rules, “the effect on trade between Member States” criterion involve three elements: (a) “trade between Member States”, (b) understanding the meaning of “may affect”, and, (c) the concept of “appreciability”.⁷⁶

Regarding the first element, and pursuant to the European Commission Notice referred to, the requirement of an “effect on trade between Member States “... implies that there must be an impact on cross-border economic activity involving at least two Member States.⁷⁷ In this regard, it is worth noting how the Eurasian Economic Commission (EEC) has carried out its own analysis based on the different markets within the EAEU territories. For the EEC, the concept is similar to the definition of cross-border market.

Furthermore, in accordance to the European Union Competition rules the third criteria relates to the relevance of trade within the European Union single market. In this case, the effect on trade criteria is an autonomous jurisdictional criteria, which must be assessed separately in each case.⁷⁸ Turning to the EEC, it seems from the “geographical boundaries of the commodity market encompass the territories of two or more Member States” criteria that the

EEC should clarify the issue of jurisdiction given the centralization scheme of the Treaty.

“... 3. Restraint of violations by Economic Entities <*> of prohibitions set forth in clause 2 of article 76 of the Treaty shall be accomplished by the Eurasian Economic Commission, if (...) an Economic Entity whose actions violate the established prohibition and a competing Economic Entity (entities) who is (are) inflicted or may be inflicted damage or whose goodwill may be harmed as a result of performance of such actions are registered on the territories of different Member States...⁷⁹

This provision above needs to be read in connection with clause 2 of Article 74 which defines the scope of the EAEU treaty provisions. Indeed, the provision outlined in Article 74 clause 2 says that the provisions shall be applied to relations connected to the implementation of competition (antitrust) policy within the Member States and to relations with economic entities (market participants) of the Member States which produce or may produce an adverse effect on competition in transboundary markets on the territories of two or more Member States...” as referred to Article 76 clause 7. In addition, Annex 19 clause 9 said that “...the Commission shall be in charge of suppression of violations by economic entities (market participants), as well as by natural persons and non-profit organisations **of the Member States** that are not economic entities (market participants), of the general rules of competition determined in Article 76 of the Treaty **on the territories** of the Member States...”

Furthermore, Annex 19, clause 14 says: “...Decisions of the Commission on the imposition of a penalty, decisions of the Commission binding the offender to perform certain actions shall be deemed enforcement documents and shall be enforceable by authorities enforcing judicial acts and acts of other authorities and officials of the Member State of registration of the offending economic entity (market participant),

⁷⁵ Supreme Eurasian Economic Council, DECISION No. 29 ON APPROVING CRITERIA OF MARKET CLASSIFICATION AS CROSS-BORDER MARKET, 19 December 2012.

⁷⁶ European Union Commission, *supra* note 71, at Paragraph 18.

⁷⁷ It is not required that the agreement or practice affect trade between the whole of one Member State and the whole of another Member State. Current articles 101 and 102 may be applicable also in cases involving part of a Member State, provided that the effect on trade is appreciable (13) See at: *Ibid.*, at Paragraph 21.

⁷⁸ *Ibid.*, at Paragraph 12.

⁷⁹ Supreme Eurasian Economic Council, *supra* note 77.

non-profit organization that is not an economic entity (market participant), or of the Member State of permanent or temporary residence of the offending natural person....” Following the joint reading of all these provisions including Annex 19, it is concluded that the EEC does not have power to prosecute entities that are not registered within the territories of the Eurasian member States.

5. *Restraint of violations by Economic Entities of prohibitions set forth in clause 1 of article 76 of the Treaty is accomplished by the Eurasian Economic Commission, if the below conditions are met in their entirety:*

(...)

or

total share of volume of sale or purchase of several Economic Entities each of them taking the dominant position at the commodity market meeting criteria set forth in clause 2 of these Criteria and whose actions result in violation of the established prohibition of the volume of product circulating on the territory of each Member State affected by the violation is for at most three Economic Entities no less than 50 per cent or for at most four Economic Entities no less than 70 per cent (this Provision shall not apply, if share of at least one of the above Economic Entities is less than 15 per cent on the territory of each Member State);

(...)

The criteria set out in article 5 seem to be detailed enough to facilitate the definition of the Eurasian regional market affected by anticompetitive practices. Nevertheless, according to European Union case law⁸⁰ in assessing the relevant market at the regional level, it should be relevant to incorporate an additional criterion

related to the “product market” in the assessment of the relevant market, whereby the volume of sales is only determined by the definition of the relevant market of merely the product that was affected by the anticompetitive practice itself.

For instance, in the decision of the European Commission condemning a cartel in the market of “small hermetic reciprocating compressors”, the product market was defined specifically and was used to calculate the fines imposed on the infringers based only on the product market sales and not on the overall market of compressors.⁸¹ Recently, in a merger decision of April 2019, the Commission approved a merger of producers in the market of refrigeration compressors based on the specificities of the product market and its uses of the product in the line of business for which it was intended to be.⁸² However, in this case, the interpretation given by the Commission of the relevant market was to provide a broader scope of the use of the product, as indicated by the European Union Commissioner on Competition: “Most people have at least one refrigeration compressor at home, in a fridge or a freezer. They are also used in restaurants or shops, inside beverage coolers or ice cream cabinets. The conditions under which we have approved Nidec’s acquisition of Embraco ensure that effective competition will continue in this sector, so that industrial customers and final consumers will not be harmed due to higher prices or less choice. We have also worked to ensure the viability of the plants to be divested by Nidec.”⁸³

b. Procedures to protect confidential information ⁸⁴

The protection of confidential information is important for the implementation of the Eurasian regional competition rules. However, access to files in anticompetitive practices cases is usually guaranteed by competition law under the principle of due process to allow the exercise of rights of defence of the parties as well to allow for contributions of interested third

⁸⁰ European Commission, *Commission Decision Relating to a Proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (COMP/39600 - Refrigeration Compressors)*, 12 July 2011, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39600/39600_2147_3.pdf (last visited 3 June 2019) PRESS RELEASES - Press Release - Mergers: Commission Approves Nidec’s Acquisition of Embraco, Subject to Conditions, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2136_en.htm (last visited 3 June 2019).

⁸¹ European Commission, *supra* note 83, at P. 4.

⁸² European Commission, *supra* note 83.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ EEC, Agreement on the procedure for protecting confidential information and liability for its disclosure upon exercise by the Eurasian Economic Commission of powers to control compliance with single competition rules, November 2014.

parties (complainant).⁸⁵ Furthermore, in order to facilitate cooperation within the Eurasian framework, the procedures established should allow the possibility of information-sharing between national competition authorities of the Eurasian member States (in line with Chapter V of Annex 19) as well as information sharing between the EEC and national competition authorities (pursuant Chapter VI of Annex 19).⁸⁶

Regarding the definition of confidential information, article 2 of the procedures under assessment includes in this definition: “...all types of information protected by regulatory legal acts of the Parties without the prejudice of clause 2 of article 1 of this Agreement ».⁸⁷ In this regard, the exception included in clause 2 of article 1 of the same procedures refers to “relations connected with the protection of information constituting in compliance with the legislation of the Parties state secrecy (state secrets)”. In any event, it seems that the definition of confidential information

is referred to the different national legislations of the member States of the Eurasian Union.

In fact, there doesn't seem to be a common understanding at the international level of what is confidential for the purposes of exchanges between different competition authorities as the standards and methods for such determination differ across countries and legal systems. In 2013 a OECD/ICN survey concluded that jurisdictions applied one or more of the following criteria to define confidential information related to competition law enforcement: the nature and type of information, the way in which the information is collected, the purpose for which it was collected or submitted, and the way in which the parties define it.⁸⁸

The procedures under question include several provisions to protect confidential information, safeguarding the integrity of investigations and proceedings. Some of these provisions are included in clause 2 of article 3. (see box below)

2. Measures to protect confidential information must ensure:

- 1) prevention from the possibility to violate the procedure for accessing confidential information and the procedure of treatment of the same;
- 2) avoiding unauthorized access to confidential information and (or) transfer thereof to persons without the right of access to confidential information;
- 3) timely detection and constraint of unauthorized access to confidential information;
- 4) continuous control over securing the level of protection of confidential information;
- 5) avoiding impact on technical means of processing of confidential information resulting in interference with their operation;
- 6) accounting of persons having obtained access to confidential information and persons to whom confidential information was submitted or handed over

⁸⁵ The UN Set on Competition Principles and Rules (1985) recognizes the need for due process in section E. Principles and Rules for States at National, Regional and Subregional levels, number 3: “ States ,in their control of restrictive business practices, should ensure treatment of enterprises which is fair, equitable, on the same basis to all enterprises, and in accordance with established procedures of law. The laws and regulations should be publicly and readily available.” Furthermore, this section addresses the protection of confidential information in number 5: “ Where, for the purposes of the control of restrictive business practices, a State obtains information from enterprises containing legitimate business secrets, it should accord such information reasonable safeguards normally applicable in this field, particularly to protect its confidentiality.”. Available at <https://unctad.org/en/docs/trbpconf10r2.en.pdf>. The UNCTAD Model Law also addresses this issue in Chapter II: “ Confidentiality 1. According information obtained from enterprises containing legitimate business secrets reasonable safeguards to protect its confidentiality. 2. Protecting the identity of persons who provide information to competition authorities and who need confidentiality to protect themselves against economic retaliation. 3. Protecting the deliberations of government in regard to current or still uncompleted matters”.

⁸⁶ The United Nations Set on Competition Principles and Rules also recognizes the need for exchange of information as a means to effectively enforce competition legislation in Section C, number 1, (3).

⁸⁷ EEC, *supra* note 87.

⁸⁸ OECD & ICN, *Secretariat Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-Operation*, International Enforcement Co-operation (2013), available at <http://www.oecd.org/daf/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf> [last visited 25 February 2017].

While these provisions provide extensive protection for the handling confidential information in articles 4 and 5, including on the responsibility for the disclosure of confidential information under article 6, there is no specific provision to ascertain how the EEC will determine the level of confidentiality when receiving information from the private companies. The only related reference is when the “information” provided “loses its confidential status, if its holder has granted uninhibited access to such information to the public...” as per clause 6 of article 3. However, another EEC decision 97 of 23 November 2012 related to the procedure for considering applications, says in its article 9 the following:

9. *The confidential information contained in documents and data shall not serve as the grounds for refusal to submit them to the Commission. In this case, the application (materials) shall indicate an exhaustive list of documents and data containing confidential information.*

The procedure for protecting confidential information submitted to the Commission and liability of the Board members, officers and employees of the Commission for its disclosure shall be set out by an international treaty within the framework of the Eurasian Economic Union stipulated by paragraph 80 of the Protocol on General Principles and Rules of Competition (Annex No. 19 to the Treaty).

In any event, it seems that the confidentiality test to be undertaken by the EEC could be further detailed, seeking to promote harmonized approaches with member States’ competition authorities. Hence, the following elements could be considered in a future harmonized understanding of confidential information:

- **The nature and type of the information:** this pertains to whether the information if disclosed

would harm the commercial interests of the information provider/source. In the OECD/ICN survey mentioned, the majority of respondents considered business secrets to be confidential but other authorities differed from that particular benchmark.⁸⁹ For instance, in European Union laws and regulations, confidential information is linked to the term “professional secrecy” which every European Union official must observe and which covers all kinds of information related to companies (undertakings as the meaning provided under European Union Competition Law), their business relations or their cost components.⁹⁰ By this definition the term “business secrets” covers technical or financial information relating to an “undertaking’s know-how, methods of assessing costs, production secrets and processes, supply sources, quantities produced and sold, market shares, customer and distributor lists, marketing plans, cost and price structure and sales strategy”.⁹¹ Furthermore, the notion of confidential information under European Union law includes other types of sensitive information that needs protection such as “information that would enable the parties to identify complainants or other third parties where those have a justified wish to remain anonymous.” The category of other confidential information also includes military secrets.

- **The way in which the information is collected:** the majority of OECD/ICN respondents said that they would “consider confidential any information obtained by the competition authority in the course of performance of its official duties and functions” unless it refers to key features of the infringement that are necessary to ensure rights of defense.⁹²
- **The purpose for which the information was collected or submitted:** if the information

⁸⁹ Other survey respondents considered confidential any information which is prejudicial to the commercial position of the subject matter *ibid.*, at P. 128. Isn’t there a connection?

⁹⁰ See EC Regulation No 1/2003, article 12 - Exchange of information; article 28 - Professional secrecy; see also DG COMPETITION Best Practices on the Disclosure of Information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the European Union Merger Regulation, available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf.

⁹¹ *Contribution from the European Union - Discussion on How to Define Confidential Information*, DAF/COMP/WP3/WD(2013)57 (2013), available at http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013_oct_confidential%20information_en.pdf (last visited 24 March 2017), at P. 3.

⁹² OECD & ICN, *supra* note 91, at P. 128.

is submitted for a merger notification, it shouldn't be used by the authority for other proceedings that the authority is undertaking, such as a cartel investigation.⁹³ However, some of the information provided by the merging parties may need to be made available for competitors and/or third parties that can claim a legitimate interest to have access to the files.

- **The way the parties define it:** in the course of an investigation, despite what the parties may qualify as confidential, it is for the enforcement authority to assess the existence and the extent of confidential information, bearing in mind the need to strike a balance between the parties' rights regarding the protection and parties right to access confidential information. Furthermore, the authority may need to protect crucial information directly related to the secrecy of the investigation stage, thereby having necessarily a judgement on each case. This element should definitely be considered if the EEC defines a harmonized test that member States' authorities may follow to ensure a more similar practice.

c. Procedures for considering applications, investigating violations and considering cases of violation of competition rules

Introduction

Decisions 97, 98 and 99 (adopted on 23 November 2012) of the Council of the EEC address three different stages of investigation of competition cases by the Commission: 1) submission of complaints and their consideration [Decision 97]; 2) investigation [Decision 98]; and 3) considering cases (adjudication) [Decision 99].

While the three documents are interrelated and could have been adopted as a single document, the Council decided to adopt three separate decisions to provide a clear understanding of the stages involved. It was reported by the EEC that this has not yielded any difficulties for economic entities nor raised any issue for the Eurasian member States. At the international level, the regional competition framework of the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), includes the procedural assessment of regional anticompetitive practices within its competition rules, which could be considered by the EEC to facilitate a comprehensive reading of the competition rules' enforcement.⁹⁴

The UNCTAD Model Law on Competition on its Chapter X, addresses the "Functions and powers of the Administering Authority", that is to say, of the Competition Authorities. Commentaries on the UNCTAD Model Law on Competition⁹⁵ (Part 2, Chapter X) suggest that the competition laws should describe the functions and powers related to the competition authority's mandate, underlining the importance of the legislation enforcement being based on the principles of rule of law, due process and transparency.⁹⁶

Decision 97 relates to the procedures established for considering applications, that is to say, complaints, including the requirements that applicants should fulfil so the application can be admitted by the Commission. Other criteria are provided by Decision 98 for the Commission to investigate cases based on specific grounds and Decision 99 addresses the process of adjudication through a hearing.

While at the surface the EEC gathers both the investigative and the adjudicative functions within one single regional entity, in practice the investigation is carried out by a certain EEC Department and the case is considered by a special commission which is formed

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Official Gazette of COMESA, *COMESA Competition Regulations as at December 2004*, 20 November 2012, available at https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf (last visited 18 April 2019).

⁹⁵ Part 2 refers to commentaries gathered and regularly updated on the basis of literature and the enforcement records of Competition authorities across the world.

⁹⁶ UNCTAD secretariat, *Model Law Competition. Chapter X. Functions and Powers of the Administering Authority*, "I. The functions and powers of the Administering Authority could include (illustrative): (a) Making inquiries and investigations, including as a result of receipt of complaints; (b) Taking the necessary decisions, including the imposition of sanctions, or recommending same to a responsible minister; (c) Undertaking studies, publishing reports and providing information to the public; (d) Issuing forms and maintaining a register, or registers, for notifications; (e) Making and issuing regulations; (f) Assisting in the preparation, amending or review of legislation on restrictive business practices, or on related areas of regulation and competition policy; (g) Promoting exchange of information with other States" and Part 2 Commentaries on Chapter X (2011) (TD/B/C.I/CLP/L.3 (2011), available at http://unctad.org/en/Docs/ciclpL3_en.pdf), at P. 2.

for each case. Later, a final decision on violation is taken by the EEC Board of ten Ministers. At the same time the final EEC decision may be appealed in the Court of the EAEU, which is the same as in the European Union framework. The latter is similar to the European Union model, where the European Commission is competent to investigate and decide on anti-competitive practices that infringe European competition rules (but carried out by *check and balances mechanisms* across different departments and units), its decisions being nonetheless subject to appeals to and reviewed by the European Court of Justice.⁹⁷

The United Nations Set of Principles and Rules on Competition recognizes the national aims of economic and social development and existing economic structures of the member States wishing to implement competition policies in their jurisdiction. Furthermore, the UNCTAD Model Law on Competition suggests that in most jurisdictions, the institutional design greatly depends on the specific State's context and there is no single model that is optimal for all countries and regions.⁹⁸ However, judicial review of law enforcement decisions of the competition authorities is recommended as an independent judicial review, whether through civil or commercial courts or through specialized courts is necessary to ensure respect by the rule of law and due process. (Chapter XII - Appeals).⁹⁹

Analysis of specific provisions
Decision 97

12.(...) *An application (materials) sent to the Commission in violation of the requirements for their registration specified in paragraphs 5 - 8 of this Procedure shall not be considered on the substance and within a period not exceeding five(5) business days from the date of their receipt by the Commission's authorized structural unit, and shall be returned to the applicant with the indication of the grounds for leaving the application (materials) without consideration.*

Decision 97 establishes when complaints will not be considered, setting a deadline for the reply from the EEC. The reference to "substance" (paragraph 12) may cause some confusion in this context as only the compliance with procedural requirements is being assessed. For this reason, it would be preferable to delete it.

Comments on the issue of "signs of violation"
Decision 98

2. *The investigation of violations of the general rules of competition in transboundary markets (hereinafter - the investigation) shall be conducted with a view to:*

- 1) **identify the signs of violation** of the general rules of competition in transboundary markets

Decision 98 includes some phrases that raise comments regarding the wording of paragraph 2.1): it suggests the identification of "signs of violation" of the general rules of competition, as paragraph 13.1 of Decision 97. However, the term is not clearly defined anywhere in the Eurasian legislation. Concerns were expressed as to what could its legal meaning be; how it needs to be substantiated; what the specific reasoning behind it and whether case law has already addressed this issue. The EEC understands that the term "signs of violation" refers to some information which will identify a possible violation but without being accompanied by significant evidence.¹⁰⁰

Paragraph 13.2. of Decision 97 goes further in developing the relevance of identifying the "signs of violation" when accepting or not the "proposal".

⁹⁷ See Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁹⁸ UNCTAD secretariat, *supra* note 87.

⁹⁹ UNCTAD Model Law, Chapter XII - "Appeals" - "1. Request for review by the Administering Authority of its decisions in the light of changed circumstances. 2. Affording the possibility for any enterprise or individual to appeal within () days to the (appropriate judicial authority) against the whole or any part of the decision of the Administering Authority, (or) on any substantive point of law."

¹⁰⁰ This information has been provided by the Eurasian Economic Commission.

Decision 97

13.2 *The proposal is not developed in one of the following cases:*

- 1) *the detection of **signs** of agreements between the Member States' economic entities (market entities) prohibited in accordance with Article 76 of the Treaty;*
- 2) *the detection of **signs** of abuse of the dominant position of an economic entity (market entity) in terms of fixing, maintaining a monopolistically high or monopolistically low price of the goods;*
- 3) *the detection in the actions (omission) of an economic entity (market entity) of the **signs** of violation of the general rules of competition in transboundary markets for which a proposal was issued within the preceding 24 months or a decision was adopted following the consideration of the case of violation of the general rules of competition in transboundary markets.*

Given the recurrence of the term “signs” in at least two of the three decisions (97 and 98), additional guidance could be provided to improve coherence, transparency and legal certainty of the Eurasian competition system.

*Comments on the issue of “drafting proposals”
Decision 97*

13.1. *If possible signs of violation of the general rules of competition in transboundary markets have been revealed , the Commission's authorized structural unit shall, (...) develop a **draft proposal on taking actions** aimed at eliminating such signs and ensuring competition in the transboundary markets (hereinafter - the proposal), and send it **for approval to the authorized bodies and to the applicant** (if available), as well as, for the sake of notification, to the person which actions (omission) demonstrate possible violations of the general rules of competition in transboundary markets, and to the Member States' public authorities in charge of interaction with the Commission.*

According to Decision 97 under review, proposals drafted by the EEC need to be *accepted* by the national competition authorities. The communication to the complainant and to the alleged infringer may be justified to allow them the opportunity of commenting on it.

Accepted proposals are an instrument that will save administrative resources for both the EEC and the national competition authorities because it could end proceedings, ceasing the anticompetitive practices even though without fines. This is possible because the proposal procedure allows the EEC, the national competition authorities and investigated companies to interact, which may be easier to administer and implement. The EEC, which is resource-constrained, can make an efficient use of its resources and close the case swiftly.

Finally, accepted proposals may be better adjusted to the circumstances of the market. At the same time, the EEC maintains its ability to impose fines, as well as periodic penalty payments, in case of non-compliance with the accepted decision.

Despite the benefits underlined, the lack of a full legal and economic assessment of the anticompetitive practices at stake of such decisions prevents the EEC from fully developing its approach and does not allow the market to learn from it either. Hence, this instrument may affect the consolidation of the EEC's decisional practice.

In any case, the EEC could consider a wide range of measures to monitor the cease of the anticompetitive practices in question: starting with a mandatory reporting by the undertaking(s) that are the addressees of the agreed proposals; the introduction of an express review clause to safeguard any possible change of circumstances; the consideration of possible use of trustees and/or external experts to provide opinions if necessary; and planning EEC market monitoring in cooperation with relevant national public bodies such as sectoral regulators.

d. Methods of evaluation of the competitive situation

The evaluation of the current competitive situation of markets is the first step in enforcing competition law, because relevant market should be defined in order to decide which players are competing in the market in question and it is necessary to determine whether some business practices restrict competition in this market. If a relevant market is defined narrowly, the

market power of a company may be increased and, in the opposite situation the contrary, the market power of a company can be decreased.

From the perspective of policy makers and of enforcing authorities, various measures may be established for facilitating competition in the market such as the removal of entry barriers, opening market to foreigners, supporting newcomers through advantages granted. Furthermore, Governments can implement economic restructuring when there are several players in a given market after the evaluation of competition in this market.

The decision of the EEC on methods of evaluation of competitive situations is very timely and appropriate since the EEC presented the economic analysis method and evaluated market concentration ratio in its regulations. However, the complexity of legal provisions can sometimes raise confusion to stakeholders and hence there are times where further clarification and brevity is needed.

However, regarding the determination of "...the geographical boundaries of the commodity market" (reference), this provision has been widely regarded as common in many jurisdictions and most of competition authorities accept this concept.¹⁰¹ But this provision can lead to complex interpretations of its scope and extent in practice. Therefore, for clarification purposes, the EEC could consider instead the following factors when determining a geographical market:

- Characteristics of goods or services (septicity, transmutability, fragility); and market player's business capacity (production capacity, distribution network, etc.);

- Transportation costs;
- Perception of purchasers from different regions and related purchasing behavior;
- Perception of sellers from different sales regions and related business behavior;
- Other relevant factors such as diverse applicable regulatory frameworks.

The *Small but significant and non-transitory increase in price* (SSNIP) test is being used for the definition of relevant product market as well as relevant geographical market. However, SSNIP test is a mathematical analytical tool for mainly defining relevant product market rather than relevant geographical market. Furthermore, the SSNIP test should be modified for Critical Loss Analysis, instead of original form. Also, Elginga-Horgaty (E-H) test prevails for the definition of a relevant geographical market. In this regard, the SSNIP test reference could be removed because it is not the only method for the definition of a relevant geographical market.

28. *The geographical boundaries of the commodity market shall be determined using the methods as follows: a) a "hypothetical monopolist" test which is held in compliance with clause 29 of these Methods;*

The box below illustrates the suggested references for the EEC to follow:

¹⁰¹ See the paper "Defining geographic markets across national borders" (DAF/COMP/WP3(2016)5) September 30, 2016, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement of OECD Competition Committee, available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)5/en/pdf).

① **Critical Loss Analysis (CLA)** ¹⁰²

CLA is an economic analysis tool used to define relevant product market and geographical market based on SSNIP test.

A. Basic Concept

- If a company increase the price the sales will usually be decreased, however nobody knows whether profits will be increased or decreased
- Critical loss analysis estimates how much the hypothetical monopolist's sales would have to fall in order to make the hypothetical price increase unprofitable. In other words, "Critical Loss" is the number of lost unit sales that would leave profits unchanged

B. How to calculate Critical Loss (Formula):

CL =

X: increase % by price

M: increase % by margin

C. Interpretation: If actual loss is larger than critical loss, they can raise price and should stop extending the scope of relevant market, because they have a market power.

② **Elzinga-Hogarty (E-H) test** ¹⁰³

The Elzinga-Hogarty (E-H) test is a geographical market definition proposed in 1984 by Elzinga and Horgarty and a tool to analyse patterns of consumer origin and destination

A. Basic Concept

The E-H test is a matter of looking at how many consumers leave an area to get goods and services (outflow) and how many consumers come into an area to get goods and services (inflow). Both inflow and outflow are important in determining how much prices would have to increase within that area before business would make the price increase unprofitable

B. How to define geographical market with E-H test ^{104,105}

For the definition of relevant geographical market, two concepts, LOFI and LIFO are used in E-H test.

- LIFO ("Little In From Outside") = production in a specific area / consumption in a specific area. In other words, if $1 - LIFO \geq 75\%$ or 90% ,¹⁰⁶ the competition authority should expand the relevant geographical market. As you can see, as imports fall, LIFO approaches unity.
- LOFI ("Little Out From Inside") = consumption in a specific area / production in a specific area. In other words, if $1 - LOFI \geq 75\%$ or 90% , competition authority should expand the relevant geographical market as you can see, as exports fall, LOFI also approaches unity.

C. Interpretation

A specific area is the relevant geographical market if both LIFO and LOFI exceed a prescribed threshold, 75% or 90%. So, competition authority should expand the relevant geographical market.

¹⁰² For a detailed technique and recent cases, see "Recent Observations About Critical Loss Analysis" written by Barry C. Harris*.

¹⁰³ H.E. Frech III. & James Langenfeld R. & Forrest McCluer, "Elzinga-Hogarty tests and alternative Approaches for market share calculations in hospital markets", *Antitrust Law Journal* (2004), p. 924-932.

¹⁰⁴ See the USDOJ & Oracle Co. (2003) case, <https://www.justice.gov/atr/case-document/findings-fact-conclusions-law-and-order-thereon>.

¹⁰⁵ See KFTC, Acquisition of Jinro Distillers Co. by Hite Brewery Co.(2006), file:///C:/Local%20Folder/Downloads/7.%20Acquisition%20of%20Jinro%20Distillers%20Co.%20by%20Hite%20Brewery%20Co..pdf.

¹⁰⁶ Elzinga and Hogarty have proposed two thresholds: 75% ("weak" market) and 90% ("strong" market).is a commonly accepted measure of market concentration. The HHI is calculated by squaring the market share of each firm competing in the market and then summing the resulting numbers. See more at: *Herfindahl-Hirschman Index*, 25 June 2015, available at <https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index> (last visited 30 December 2019).

In Clause VII. on “Determining the level of commodity market concentration”, EEC selected CR_3 and Herfindahl–Hirschman Index¹⁰⁷ (HHI) as indicators of commodity market concentration. However, CR_3 assumes that there are only three players in the market, when in reality there are markets where only one player is present or only two players compete. For this reason, it is suggested that the EEC chooses CR_1 and CR_2 as the criteria of monopoly or duopoly markets.

41. *To determine the level of commodity market concentration the below indicators are used: a) market concentration ratio (CR_3) – a sum of shares (expressed as a percentage) of the 3 largest Economic Entities carrying out their activity at the commodity market (D_1, D_2, D_3)*

For further references the Republic of Korea’s competition law¹⁰⁸ addresses the market concentration ratio as follows:

A. *In case of abuse of market dominant position*

Article 4 *(Presumption of Market-Dominating Enterpriser) An enterprise (excluding the enterprise whose annual amount of sales or purchase in a particular business area is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterprise referred to in subparagraph 7 of Article 2: 1. Market share of one enterprise is 50/100 or more; 2. The total market share of not more than three enterprises is 75/100 or more: provided that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded here from.*

According to paragraph 42, the EEC classifies markets which have $70\% \leq CR_3 \leq 100\%$ and $2,000 \leq HHI \leq 10,000$, as highly concentrated. However, in a high concentrated market, $CR_3 = 70\%$ when each company has the same market share of 23.3%,

the market is the most competitive among the high concentrated markets. In this case when the HHI is calculated, the HHI is equal to 1,628. Therefore, minimum HHI of a highly concentrated market should not be 2000 but 1650 instead.

e. Methods of identifying monopolistic high (low) prices

It is natural that prices are determined by the market forces, demand and supply, and yet they may be considered high or low. Some would argue that high prices should be regulated without any conditions, especially when prices are being set in a monopolistic market.

There are some industries which require price regulation regardless of the level of economic development of the countries. For example, price regulation can be justified in natural monopoly industries such as telecommunications, electricity, highway concessions. Price regulation is also required in industries (such as public transportation, petrol services) which provide public goods or services. In the perspective of competition policy there are some cases when price regulations are justified when prices are significantly high or low. To be more precise, even though competition authorities intervene in the price regulation, they do not actually set the concrete level of prices but frame the intentions and/or behaviors of companies.

In Clause “II. Identifying monopolistically high and monopolistically low prices”, the EEC may regulate monopolistically high prices fixed by the economic entity with the dominant position exceeding the amount of expenses necessary for manufacture and sale of such product and profit.

However, this intervention may be questioned as it is not justified that the competition authority regulates all prices exceeding the amount of expenses necessary for manufacture and sale of product and profit. Because the profit exceeding the amount of expenses necessary for manufacture and sale of such a product may need to be guaranteed to monopolistic companies as a reward for innovation efforts (research and development activities). In this regard, high prices should be regulated only when the behavior at stake is qualified as abusive and therefore the word

¹⁰⁷ For a detailed technique and recent cases, see “Recent Observations About Critical Loss Analysis” written by Barry C. Harris*.

¹⁰⁸ Republic of Korea’s Monopoly Regulation and Fair-Trade Act (1980).

“significantly”¹⁰⁹ should be added (between “exceeds” and “the amount”) to appropriately justify an exceptional intervention.

1. General provisions.3. a) if such price exceeds the amount of expenses necessary for manufacture and sale of such product and profit

Furthermore, the EEC needs to clarify the definition of “expenses” in this context. As it is known, “expenses” may not be the most appropriate word for the purposes of competition law enforcement, because this definition is used in accounting. Hence, the term “expenses” could be replaced by the “costs”, to be more accurate in this context.

In any case it would also be necessary to further explain what types of “expenses” (hereinafter “costs”) are included. Indeed, some costs are used by the competition authority to analyze if monopolistic high or low prices restrict competition in the market. Namely, most competition authorities use some types of costs as below to assess whether the alleged behaviour is anti-competitive. The most commonly cited costs are the following:¹¹⁰

- Marginal cost (“MC”) is the increase in total cost attributable to producing the last unit actually produced. MC is almost never used as a benchmark for a number of reasons, including the complexity of its calculation.
- Average variable cost (“AVC”) is the total variable cost divided by the number of units produced. Almost all jurisdictions use or have used this cost.
- Average avoidable cost (“AAC”) consists of the costs that can be avoided by not

producing any given number of units divided by that number of units.. Average avoidable cost of incremental output was used by the United States Department of Justice’s (DOJ) case against American Airlines.¹¹¹

- Average total cost (“ATC”) is total cost divided by units produced. It equals the sum of AVC plus average fixed cost.

The costs used generally in competition regime are different from the industry to industry under investigation. However, most competition authorities generally accept AVC in order to determine if the price is monopolistically high or not¹¹².

According to the draft, EEC seems to regulate monopolistically low price that does not restrict competition in the market without the intention of competition restriction.

5. A monopolistically low price means the price fixed by the economic entity (market entity) taking the dominant position, provided that the below conditions are met in their entirety: a) if such price is less than the amount of expenses necessary for manufacture and sale of such product and profit; b) if this price is less than the price which was formed in a competitive environment at the Comparable Commodity Market, if such market exists on the territory of the Union or outside the same

But lowering prices of products may actually enhance consumer welfare because consumers can purchase more products with lower prices. So, even when dominant players sell some products with low price, in principal competition authorities should not

¹⁰⁹ The Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position enacted by the Korea Fair Trade Commission says that “significant increase or slight decrease of price” shall be determined considering the changes in the price and supply and demand, the producer price index of the Subparagraph, price increase percentage of the undertaking in the export market, and position of the undertaking to lead the increase in the price in the market (Article IV-1(Unjust determination, maintenance, or change of price)-(6)). On the other hand, European competition authorities, such as the United Kingdom competition authority, select ‘excessive’ instead of ‘significant’. In Flynn/Pfizer case in June 2018, the United Kingdom Competition Appeals Tribunal stated that authorities should ‘consider a range of possible analyses, reflecting market conditions and the extent and quality of the data that can be obtained, to establish a benchmark price, or range, that reflects the price that would pertain under conditions of normal and sufficiently effective competition, and this benchmark price should be compared with the actual price of the product to determine if it is excessive (Claudio Calcagno, Antoine Chapsal, and Joshua White, Economics of Excessive Pricing: An Application to the Pharmaceutical Industry, Journal of European Competition Law and Practice, 2019, Vol. 10, No 3, p168).

¹¹⁰ Report on Predatory Pricing Prepared by the ICN Unilateral Conduct Working Group (2008, Kyoto), p. 9-11.

¹¹¹ United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

¹¹² UNCTAD Model Law on Competition, Part 2, Commentaries, revised chapter IV, (2015), p.13.

intervene the markets¹¹³. In this regard, the regulation on monopolistically low price can be justified only when a dominant player has the intentions to restrict competition in the market through predatory pricing and when competition is restricted in reality.

f. Methods of calculation and procedure for imposition of fines

Sanctions are ultimately aimed at preventing illegal behaviors and must hence have a deterrence effect.¹¹⁴ Sanctions imposed to anticompetitive practices include fines and periodic penalty payments (monetary penalties) but may also encompass other measures, namely imposed on individuals, such as the

prohibition to perform certain functions and criminal jail sentences.¹¹⁵ The level of fines may differ according to the anti-competitive practices in question and from country to country.¹¹⁶

Competition laws often set only a general framework for the imposition of sanctions, highlighting just two criteria to be observed when concretely fixing the amount of a fine: the gravity and the duration of the infringement.¹¹⁷ Most Competition Authorities draft guidelines for the imposition of sanctions after having some experience deciding anticompetitive cases and learning from judicial review on this issue,¹¹⁸ as the concrete amount of the fine imposed is typically subject to appeal.

Aggravating elements	Mitigating Elements
Recidivism	Effective compliance policy
Leading role or instigation of the infringement	Minor role
Coercion or retaliatory measures to ensure continuation of the infringement	Pressure suffered from other infringers
Refusal to co-operate	Co-operation with the Competition Authority
Continuation of the infringement after start of the Competition Authority's investigation	Immediate termination of the infringement
Awareness of the illegal nature of the conduct	Uncertainty as to existence of an infringement
Institutionalized nature of the infringement	Conduct motivated by public authorization
Significance of the industry influenced	Non-implementation of the infringement
Involvement of director and/or high-level executives	Slow reaction/excessive length of procedures of the Competition Authority
Violation of an injunction or condition of probation	Compensation of injured parties
Size of firm	Acceptance of responsibility

Source: ICN Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions (2008)

¹¹³ Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corporation, Supreme Court of the United States, 509 United States 209, 113 S. Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

¹¹⁴ See Wouter P.J. Wils, "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice" in World Competition, Vol. 29, No 2, June 2006: "the imposition of fines on companies that are found to have breached the antitrust prohibitions could in **three ways contribute to preventing such violations**. First, it may have **a deterrent effect**, by creating a credible threat of being prosecuted and fined which weighs sufficiently in the balance of expected costs and benefits to deter calculating companies from committing antitrust violations. Secondly, it may at the same time have **a moral effect**, in that it sends a message to the spontaneously law-abiding, reinforcing their moral commitment to the antitrust prohibitions. Thirdly, through leniency policies and through the use of other aggravating or attenuating circumstances affecting the amount of the fine imposed, **the cost of setting up and running cartels can be raised.**"

¹¹⁵ UNCTAD, *Appropriate Sanctions and Remedies*, TD/RBP/CONF.7/5 (2010), available at http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d5_en.pdf.

¹¹⁶ See Model Law on Competition, Part 2 Commentaries, revised chapter XI (2015), p. 6-8.

¹¹⁷ See EC Regulation no. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, article 23, (3).

¹¹⁸ See the European Commission's Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, J C 210, 1.9.2006, p. 2-5.

Even the same anti-competitive practices in a single jurisdiction may lead to different fines due to the mandatory consideration of other relevant factors that may be established by criminal law (responsibility of the infringer, benefits obtained by the infringer). As we can see the below table, most competition authorities start with a basic fine, after generally adjusted by considering aggravating and/or mitigating elements¹¹⁹

It is suggested that the EEC reflects on the above international trends and considers referring some when addressing the methods of calculating fines (Annex) to provide further guidance on their decisional practice. However, there are some additional considerations to reflect upon.

Firstly, the guidelines only stipulate the methods of calculation and the procedure for imposition of fines, but there is no reference on the possible reimbursement of fines in case the EEC's decision is judicially reviewed or even annulled. With this additional reference, including the mention of reimbursement interests if applicable, these guidelines will be much more transparent and helpful regarding the competition law enforcement of the EEC.

Secondly, despite the sanctions' main objectives, fines do not aim to bankrupt infringing companies after the payment of fines. In this regard, it is suggested that the EEC considers introducing a provision allowing the extension of deadlines for payment of fines and payment in installments in exceptional circumstances. For reference, in the Republic of Korea companies are allowed to extend the payment of fines or pay the fines in installments on the basis of the following grounds:

- Where it has sustained a substantial property loss because of a fire, theft, etc.;
- Where its business is at considerable risk because of worsening business conditions;
- Where the lump sum payment of penalty surcharges is likely to bring substantial financial difficulties;
- Where there exist other grounds equivalent to those referred to the above three considerations.

Thirdly, it is recommended that the EEC strike a balance between transparency in calculating and imposing fines and the complexity entailed by too detailed explanations on the calculation and imposition

of fines. Too detailed descriptions may backfire at enforcers and lead to companies' difficulties in understanding how the fines were calculated. In addition, the Competition Authority may not be able to consider the specific situations of companies and of national economy if aggravating factors and mitigating factors are stipulated with extensive detail.

E. CONCLUSIONS

The Eurasian Economic Union comprises an effective regional competition regime since the entry into force of the EAEU Treaty in 2015. Several national laws of its member States have been amended in that respect in order to comply with the new sets of rules for competition as per the Section XVIII of the Treaty together with its Annex 19.

The effectiveness of the Eurasian regional competition law system can be assessed according to a combination of factors, both endogenous and exogenous. The design of the legal framework has entrusted the EEC with exclusive competencies regarding anticompetitive practices affecting cross-border markets of the region.

In the Proposed timeline and description of work agreed between UNCTAD and EEC, it was stated as follows:

1. Treaty on the Eurasian Economic Union (Section XVIII of the Treaty "Common Principles and Rules of Competition" and Annex #19 to the Treaty "Protocol on the Common Principles and Rules of Competition");
2. Criteria to classify markets as trans-border ones;
3. Procedures for assessment of competition condition;
4. Procedures for determination of excessively high (low) prices;
5. Procedures for calculation and imposition of fines;
6. Procedures for consideration of applications (files) on violations of competition rules;
7. Procedures for carrying out investigations of competition rules violations;
8. Procedures for considering cases of competition rules violations;
9. Procedures for protecting confidential information and liability for its disclosure;

¹¹⁹ OECD, Sanctions in Antitrust Cases, 14. October 2016, p.15 (DAF/COMP/GF(2016)6), available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf).

10. Procedures for handling restricted distribution (confidential and official use) documents in the Eurasian Economic Commission;
11. Procedures for applying to the EEC by the Member States regarding the cases of introduction of governmental price regulation and consideration of them;
12. EEC Competition branch organigram.

While the present report includes comments on the ten EEC regulations and procedures as requested by the EEC, the report addresses the following issues without any further assessment of the enforcement record of the EEC as it was not part of the scope of the assessment. The following topics were addressed throughout the document.

1. How to define a trans-border market;
2. Powers to consider mergers;
3. Leniency program;
4. Circumstances mitigating and aggravating penalties;
5. Extraterritorial powers;
6. Interaction between the Commission and national competition authorities;
7. Full and shortened market research for different violations;
8. Coordination of economic activities of third companies as a self-contained violation.

F. RECOMMENDATIONS

Starting with the EEC provisions' aspects highlighted, the report concludes with the following recommendations:

Treaty of the EAEU and its annex

- i. As mentioned in the report, equal treatment for economic entities and SOEs is crucial to enable a healthy market functioning and to promote a competitive environment where all players are subject to competition law. Therefore, clarification is required with regards to the submission of SOEs to the competition framework.
- ii. The report suggests the need to incorporate public interest criterion for the purpose of applying unfair competition clauses within the competition law framework. Otherwise and contrary to international best practices, competition law will protect competitors, thereby undermine market dynamics. Reference to a national interest requirement should

be introduced in relation to the provision on unfair competition.

- iii. Another recommendation is to extend the powers of the EEC to prosecute economic entities that are not registered within the Eurasian region, that is to say, to allow the EEC to prosecute any foreign entity active in the Eurasian market, whose business activities impact the EAEU market and its territories, conferring extra-territorial powers to the EEC, in line with international best practices.
- iv. Horizontal cooperation of NCAs and vertical cooperation between NCAs and the EEC should be improved with expanded harmonization efforts. The report suggests that substantive harmonization should come from supranational law but also that procedural harmonization, which may be critical for effective law enforcement, may be pursued, facilitating horizontal coordination of competition authorities of the Union.

Criteria of market classification

- v. For the full assessment of the concept of "coordination of economic activities by third companies" as a self-contained violation, additional information on enforcement is essential to allow for an in-depth assessment as this concept is not used in in other jurisdictions.
- vi. The consideration of a new criterion related to product market to define relevant market is suggested, in view of additional flexibility in the analysis of competition cases by the Commission. The report recommends widening the interpretation of the definition of a relevant market to include product market consideration in line with international best practices case.
- vii. It is necessary to be cautious as to how to empower a regional authority with exclusive competence and with a centralized enforcement of regional competition rules. It is recommended to further explore the best approach in terms of centralized or decentralized enforcement given the relevant experience of other regional economic organizations, such as WAEMU and the European Union.

Procedures to protect confidentiality

- viii. It is recommended that the EEC considers drafting guidance to clarify the interpretation of confidential information and to promote consistency at regional

level, bearing in mind its interpretations by business and other relevant stakeholders.

- ix. The consideration of a confidentiality test seems relevant to enhance transparency. The Commission may wish to consider including guidelines on how to assess the confidentiality of the information received from parties or member States' bodies for the benefit of increased legal certainty and market players' trust in the Commission's analysis.

Procedures dealing with violations

- x. Regarding EEC regulations, clarity is of essence to strengthen legal certainty and it requires to consolidate the three decisions addressed into one. The report concluded that having three consecutive decisions which describe the process of investigations is perhaps cumbersome for the parties and member States' authorities. The commission itself would benefit when investigating a case.
- xi. It is also suggested to consider drafting guidelines based on cases' experience for further consistency and certainty.
- xii. It is recommended that the Commission considers fully exploring commitment decisions, hearing from the parties on the proposals' content to benefit from their inputs and achieve a better outcome.
- xiii. Given the recurrence of the term "signs of violation" in at least two of the three decisions (97 and 98), additional guidance could be provided to improve coherence, transparency and legal certainty of the Eurasian competition system.
- xiv. It is recommended to consider referring proposals to the private parties (applicant or possible violator) to benefit from their inputs and achieve a better outcome.

Procedures for assessment of competition condition, determination of excessively high (low) prices, calculation and imposition of fines

- xv. Drafting guidelines are suggested to increase transparency and ensure consistency of the decisional practice of the Commission regarding the imposition of fines. This is a critical matter for enforcing competition law since fines are a key deterrent of anti-competitive agreements.
- xvi. Regulation of excessively high/low prices by a competition authority is difficult to understand since competition authorities monitor markets but don't

usually intervene directly in the markets. Furthermore, price regulation if needed may be conferred to other body. However, in transitioning economies like the Eurasian member States, this issue is not straight forward because price regulation and competition oversight might be conducted by the same public body for temporary and exceptional reasons, unlike in developed economies. So, the report suggests clarifying why does the EEC needs to dispose of such an instrument to regulate excessively high/low prices when they exceed the amount of expenses necessary for manufacture and sale of product and profit.

- xvii. Since the SSNIP test is one of the most common methods to determine dominance in the market, it is also the most transparent and objective test to undertake by competition authorities, being therefore recommended. However, the Commission has developed a complex framework to implement the SSNIP test in given competition cases. The report suggests clarifying how to undertake the SSNIP Test and to simplify the determination of the geographical boundaries of the commodity (relevant) market.

Leniency and merger control

Apart from commenting on the Eurasian Union's rules and regulations on Competition and on some specific key provisions, the report addresses two important instruments that are missing from the EAEU existing competition framework: a leniency programme and merger control:

- xviii. Drafting a regional leniency programme is pivotal to coordinate efforts of the various national leniency programmes in order to facilitate automatic homologation for such programmes. Such programmes could work as a regional entry point to coordinate the different national leniency programmes. In this vein, while some EAEU member States have already implemented national leniency programmes successfully (e.g. the Russian Federation), this experience could be instrumental in putting together an *ad-hoc* regional instrument that will facilitate automatic homologation of the different national programmes.
- xix. This report suggests that the EEC should look into the adoption of a merger control regime based on a national case-studies.

The recommendations are briefly presented in the table below:

Recommendation	Short to Medium Term	Medium to Long Term
Treaty of the EAEU and its annex 19		
Definition of economic entity	Clarification about the inclusion of SOEs as per the glossary section of Annex 19	
Harmonization efforts	Clarification as to whether harmonization is envisaged also at the procedural and implementation levels	To harmonize procedural and/ or implementation regulations of member States, while the EEC should consider strengthening horizontal cooperation of NCAs and vertical cooperation between NCAs and the EEC.
Unfair Competition	Revise or introduce reference to national interest requirement.	
Coordination of economic activities of third companies as a self-contained violation	Due to the lack of international benchmark on this practice, the suggestion is to have additional enforcement record to support an accurate assessment of this provision. However, the scope of the report does not deal with the enforcement experience of EEC.	
Extraterritorial powers	Using the experience of member States on of the extraterritorial application of national rules such as in Belarus.	Amend the Treaty provisions to clarify the possible extra-territorial application of competition rules.
Criteria of market classification as cross-border market		
Centralized vs. decentralized enforcement of competition rules		Need to further explore the best approach in terms of centralized or decentralized enforcement given the relevant national experience of some members of the Union. This should be done taking into account lessons learned from other regional economic organizations, such as WAEMU and the European Union.
Inclusion of a new criterion to establish the relevant market	An additional criterion connected to the "product market"	

Procedures to protect confidential information		
Regional definition of confidential information in the Treaty provisions		Draft guidance to clarify the interpretation and to promote consistency at regional level – Amendment of Article 2.
Include a confidentiality test	The EEC may wish to consider drafting guidelines on how the confidentiality of documents provided by the parties may be deemed as such. The latter will add further transparency and allow to better inform member States and private parties.	
Procedures for Considering Applications, investigating violations and considering cases of violation of competition rules		
Excessive regulation of three different decisions	For the sake of transparency and clarity, consolidate the 3 decisions into one.	
Need to define the term “signs of violation”	Draft guidelines based on cases’ experience for further clarity	
Commitments decisions vs. proposals	Consider referring proposals to the private parties to benefit from their inputs and achieve a better outcome.	
Methods of evaluation of competitive situation		
Methods of identifying monopolistic high (low) prices		
Methods of calculation and procedure for imposition of fines		
Excessive complexity of the provisions	Clarification of how to undertake the SSNIP Test and simplify the determination of the geographical boundaries of the commodity (relevant) market.	
Regulation of prices	Clarification as to why the EEC needs to regulate prices when they exceed the amount of expenses necessary for manufacture and sale of product and profit.	
Complexity in the calculation and imposition of fines	Draft guidelines to increase transparency and ensure consistency regarding the imposition of fines.	

REFERENCES

- Aleksandra Klofat, <Regulatory Competition Within the Eurasian Economic Union and the European Union: A Comparative Legal Analysis>, 44 *Legal Issues of Economic Integration* (2017) 173.
- Burr, <The Application of US Antitrust Law to Foreign Conduct: Has Hartford Fire Extinguished Considerations of Comity?>, 15 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (1994), available at http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr70§ion=59 (last visited 6 April 2017).
- Court of First Instance, CFI, *EU Case Gencor v. Commission*, 25 March 1999, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996TJ0102&from=EN> (last visited 6 April 2017).
- Cunningham and LaRocca, <Harmonization of Competition Policies in a Regional Economic Integration Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade: Panel I: Regional Economic Cooperation in Non-Trade Areas>, 27 *Law and Policy in International Business* (1995) 879.
- EEC, Agreement on the procedure for protecting confidential information and liability for its disclosure upon exercise by the Eurasian Economic Commission of powers to control compliance with single Competition rules, November 2014.
- European Union Commission, *Commission Notice – Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA Relevance)*, Official Journal C 101, 27/04/2004 P. 0081 - 0096, available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN) (last visited 12 March 2019).
- ECJ, EUR LEX, 92/521/EEC: *Commission Decision of 27 October 1992 Relating to a Proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup)*, 27 October 1992, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31992D0521> (last visited 7 February 2019).
- Eurasian Economic Commission, Annex 19 to the Treaty on the Eurasian Economic Union - Protocol on General Principles and Rules of Competition, 2014.
- Eurasian Economic Commission, *Treaty on the Eurasian Economic Union*, 29 May 2014, available at http://www.un.org/en/ga/sixth/70/docs/treaty_on_eeu.pdf (last visited 6 February 2019).
- European Commission, *Commission Decision Relating to a Proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (COMP/39600 - Refrigeration Compressors)*, 12 July 2011, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39600/39600_2147_3.pdf (last visited 3 June 2019).
- European Commission, *PRESS RELEASES - Press Release - Mergers: Commission Approves Nidec's Acquisition of Embraco, Subject to Conditions*, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2136_en.htm (last visited 3 June 2019).
- Ezrachi A., *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (2016).
- Federal Antimonopoly Service (FAS) official site, *Cases & Decisions* | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России, available at <http://en.fas.gov.ru/documents/cases-decisions/> (last visited 30 May 2019).
- Fox E.M. and Bakhom M., *Making Markets Work for Africa: Markets, Development, and Competition Law in Sub-Saharan Africa* (2019).
- Fox E.M., *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context* (3rd ed, 2012).
- Griffin, 'EXTRATERRITORIALITY IN U.S. AND EU ANTITRUST ENFORCEMENT', 67 *Antitrust Law Journal* (1999) 159.
- House of Representatives of the Republic of Belarus, Law on Counteraction to Monopolistic Activities and Promotion of Competition, Law of the Republic of Belarus December 12, 2013 No 94-Z, 12 December 2013.

- ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual Chapter 2: Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy* (2014), available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf> (last visited 17 February 2017).
- Kingdom of Spain, *Competition Act No. 15/2007*, 3 July 2007, available at <https://www.cnmc.es/file/64176/download> (last visited 7 February 2019).
- Kojima, 'International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy', *Weatherhead Center for International Affairs* (2002) 2001.
- OECD, *Competition Law and Policy in Kazakhstan. A Peer Review*, 2016, available at https://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_ENG.pdf (last visited 31 May 2019).
- OECD & ICN, *Secretariat Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Co-Operation, International Enforcement Co-operation* (2013), available at <http://www.oecd.org/daf/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf> (last visited 25 February 2017).
- Official Gazette of COMESA, *COMESA Competition Regulations as at December 2004*, 20 November 2012, available at https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf (last visited 18 April 2019).
- Russian Federation, *Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes. The Roundtable "Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes" Working Group No. 3 on Cooperation and Enforcement OECD Competition Commission*, 5 June 2018, available at [https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20\(Russian%20Contributions\).pdf](https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20(Russian%20Contributions).pdf) (last visited 17 July 2019).
- State Commission for the Protection of Economic Competition, *Law of the Republic of Armenia on Protection of Economic Competition*, 11 June 2000, available at <http://www.competition.am/index.php?menu=147&lng=2> (last visited 31 May 2019).
- State Service of Intellectual Property and Innovation under the Government of the Kyrgyz Republic, *Law of the Kyrgyz Republic "On Competition"*, available at <http://test.patent.kg/index.php/en/legislation/67-laws/codes-and-laws-of-the-kyrgyz-republic/909-law-of-the-kyrgyz-republic-on-competition.html> (last visited 31 May 2019).
- Supreme Eurasian Economic Council, *DECISION No. 29 ON APPROVING CRITERIA OF MARKET CLASSIFICATION AS CROSS-BORDER MARKET*, 19 December 2012.
- Ullrich, 'Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?', *SSRN Electronic Journal* (2005), available at <http://www.ssrn.com/abstract=837086> (last visited 7 February 2019).
- UNCTAD, *Appropriate Sanctions and Remedies*, TD/RBP/CONF.7/5 (2010), available at http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d5_en.pdf (last visited 21 February 2017).
- UNCTAD, *Challenges in the Design of a Merger Control Regime for Young and Small Competition Authorities*, TD/B/C.I/CLP/45 (2017), available at http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd45_en.pdf.
- UNCTAD, *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries*, TD/RBP/CONF.7/4 (2010), available at http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4_en.pdf (last visited 17 February 2017).
- UNCTAD, *Voluntary Peer Review of Competition Policy: Armenia*, 2010, available at https://unctad.org/en/Docs/ditcclp20101overview_en.pdf (last visited 31 May 2019).
- UNCTAD, *Model Law Competition. Chapter IX. The Competition Authority and Its Organisation*, TD/B/C.I/CLP/L.2 (2011), available at http://unctad.org/en/Docs/ciclpL2_en.pdf (last visited 17 January 2019).
- UNCTAD, *Model Law Competition. Chapter X. Functions and Powers of the Administering Authority*, TD/B/C.I/CLP/L.3 (2011), available at http://unctad.org/en/Docs/ciclpL3_en.pdf (last visited 17 January 2019).

- UNCTAD, *Model Law on Competition (2018): Revised Chapter VI*, TD/B/C.I/CLP/L.10 (2018) 17, available at https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpL10_en.pdf (last visited 1 March 2019).
- UNCTAD, *Model Law on Competition. Revised Chapter IV: Acts or Behaviour Constituting an Abuse of a Dominant Position of Market Power*, TD/RBP/CONF.8/L.2 (2015) 30, available at https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8l2_en.pdf (last visited 11 January 2019).
- UNCTAD, *The Attribution of Competence to Community and National Competition Authorities in the Application of Competition Rules*, TD/B/COM.2/CLP/69 (2008), available at https://unctad.org/en/Docs/c2clpd69_en.pdf (last visited 12 March 2019).
- UNCTAD, *UNCTAD | Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy*, available at <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Voluntary-Peer-Review-of-Competition-Law-and-Policy.aspx> (last visited 17 April 2019).
- UNCTAD, *Voluntary Peer Review of Competition Policy: West African Economic and Monetary Union, Benin and Senegal. Overview*, UNCTAD/DITC/CLP/2007/1(Overview) (2007), available at https://unctad.org/en/Docs/ditclp20071overview_en.pdf (last visited 17 April 2019).
- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, United States, *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 509 U.S. 764 (1993), 28 June 1993, available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html> (last visited 6 April 2017).
- ECR, *Ahlstrom v Commission*, 27 September 1988 5233, available at http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5ed612ae-790c-4091-bf05-0a6d7cbd9142.0002.06/DOC_1&format=PDF (last visited 6 April 2017).
- Contribution from the European Union - Discussion on How to Define Confidential Information*, DAF/COMP/WP3/WD(2013)57 (2013), available at http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013_oct_confidential%20information_en.pdf (last visited 24 March 2017).
- Federal Law 'On Protection of Competition' (as Amended in 2016), Adopted by the State Duma on July 8, 2006, Approved by the Federation Council on July 14, 2006 | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России*, available at <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14737> (last visited 16 April 2019).
- The Law of the Republic of Kazakhstan No.112 – IV.*, 25 December 2008, available at http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z080000112_ (last visited 30 May 2019).



ОБЗОР КОНКУРЕНТНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА





ОБЗОР КОНКУРЕНТНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА



© 2020, Организация Объединенных Наций

Данная работа доступна в открытом доступе в соответствии с лицензией Creative Commons, созданной для межправительственных организаций, информация по ссылке <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>

Выводы, толкования и заключения, приведенные в настоящем документе, принадлежат автору и не обязательно отражают точку зрения Организации Объединенных Наций или ее должностных лиц или государств-членов.

Употребляемые обозначения и представление материала в настоящей работе не означают выражения со стороны Организации Объединенных Наций какого бы то ни было мнения относительно правового статуса любой страны, территории, города или района или их властей или относительно делимитации их границ.

Перевод на русский язык финансировался Евразийской экономической комиссией. Любые запросы будут рассмотрены г-жой Армине Акопян, заместителем директора Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии и г-жой Надеждой Пустоваловой, советником отдела международного сотрудничества Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии, которые принимают на себя ответственность за корректность перевода.

Данная публикация официально не редактировалась.

Копирование и воспроизведение отрывков возможно при наличии соответствующих разрешений.

Публикация Организации Объединенных Наций, выпущенная Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию.

UNCTAD/DITC/CLP/2020/1
eISBN: 978-92-1-004942-9

ПРИМЕЧАНИЕ

ЮНКТАД играет роль координационного центра в Секретариате ООН в отношении всех вопросов, относящихся к конкурентному законодательству и политике. ЮНКТАД продвигает Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля ограничительной деловой практики, принятый Решением Генеральной Ассамблеи 35/63 от 5 декабря 1980 года. Работа ЮНКТАД осуществляется посредством межправительственных дискуссий, деятельности по техническому сотрудничеству, рекомендаций в отношении политики, а также исследований и анализа взаимосвязи между конкурентным законодательством и политикой и их развития, а также анализа законодательства и политики по защите прав потребителей.

ЮНКТАД помогает развивающимся странам и странам с переходной экономикой внедрять и развивать конкурентное законодательство и политику, а также законодательство и политику по защите прав потребителей, использовать передовой международный опыт, а также поддерживает создание региональной политики в данных областях. Конкурентная политика и политика по защите прав потребителей дополняют торгово-промышленную политику. Они играют важную роль в достижении Целей устойчивого развития.

ЮНКТАД обладает существенным опытом в области конкурентной политики и политики по защите прав потребителей и работает в сфере конкуренции с 1980-х. Конкурентная политика и политика в области защиты потребителей принципиально важны для инклюзивного и устойчивого развития. В условиях нынешней глобальной экономики с высококонцентрированными рынками конкурентная политика приобретает еще большее значение. С точки зрения спроса потребители нуждаются в более эффективной защите и подходящих средствах защиты своих прав в мире, идущем по пути цифровизации.

ЮНКТАД также добилась значительных успехов в оказании помощи развивающимся странам и странам с переходной экономикой во всем мире в создании потенциала для внедрения и реализации законодательства и политики в области конкуренции и защиты потребителей¹.

Данный обзор подготовлен Пьером Орна, сотрудником по правовым вопросам подразделения ЮНКТАД по конкурентной политике и политике по защите прав потребителей (ПКПЗПП), при ценной поддержке со стороны Сун-Кеун Кима, сотрудника Комиссии по справедливой торговле Республики Корея, проходящего стажировку в ПКПЗПП/ЮНКТАД, под общим руководством Терезы Морейра, руководителя подразделения по конкурентной политике и политике по защите прав потребителей Департамента международной торговли и товаров (ДМТТ).

ЮНКТАД хотела бы выразить свою признательность г-же Армине Акопян, заместителю директора Департамента конкурентной политики и политике в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) и г-же Надежде Пустоваловой, советнику отдела международного сотрудничества Департамента конкурентной политики и политике в области государственных закупок ЕЭК. ЮНКТАД также хотела бы выразить благодарность следующим представителям ЕЭК, которые вместе с вышеупомянутыми представителями приняли участие в совещании ЮНКТАД-ЕЭК, которое состоялось в г. Женеве в декабре 2018 года с целью разъяснения всех возникших у ЮНКТАД в ходе подготовки экспертного обзора вопросов: г-ну Грайру Арамяну, заместителю директора Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК; г-же Татьяне Чесноковой, начальнику отдела правового обеспечения и методологии в сфере конкуренции Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок ЕЭК.

¹ ИСТОЧНИК: ИНСТРУМЕНТАРИЙ ЮНКТАД «Содействие повышению экономической эффективности, совершенствованию управления» Политика и законодательство в области конкуренции и защиты прав потребителей. Повышение рыночной эффективности и благосостояния потребителей. Доступен по ссылке: https://unctad.org/en/PublicationChapters/tc2015d1rev1_S03_P01.pdf 4

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРИМЕЧАНИЕ	III
A. ВВЕДЕНИЕ	1
B. ОБЪЕМ ОБЗОРА И ОГРАНИЧЕНИЯ	3
C. ОБЩИЕ КОММЕНТАРИИ К РАЗДЕЛУ XVIII «ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ И ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИИ» ДОГОВОРА О ЕАЭС И К ПРИЛОЖЕНИЮ 19 К ДОГОВОРУ, ИМЕНУЕМОМУ «ПРОТОКОЛ ОБ ОБЩИХ ПРИНЦИПАХ И ПРАВИЛАХ КОНКУРЕНЦИИ»	4
a. Важность программы освобождения от ответственности (смягчения наказания) при выявлении картелей на региональном уровне	13
b. Контроль за экономической концентрацией для Евразийского союза	15
D. АНАЛИЗ СПЕЦИАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЕЭК	17
a. Критерии отнесения рынка к трансграничному	17
b. Порядок защиты конфиденциальной информации	20
c. Порядки рассмотрения заявлений, проведения расследования нарушений и рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции.....	23
d. Методика оценки состояния конкуренции	26
e. Методика определения монопольно высоких (низких) цен.....	28
f. Методика расчета и порядок наложения штрафов	30
E. ВЫВОДЫ	31
F. РЕКОМЕНДАЦИИ	32
БИБЛИОГРАФИЯ	37

А. ВВЕДЕНИЕ

Блок по конкуренции Евразийской экономической комиссии (далее – ЕЭК) направил запрос в Секретариат ЮНКТАД о проведении оценки конкурентного права ЕАЭС, основываясь на Модельном законе ЮНКТАД о конкуренции, предыдущих исследованиях ЮНКТАД по вопросам конкурентного права, а также лучших международных практиках в области конкурентного законодательства развитых стран.

Евразийский экономический союз (далее - ЕАЭС) был учрежден в 2014 году договором, первоначально подписанным Российской Федерацией, Республикой Беларусь и Республикой Казахстан, к которому впоследствии присоединились Республика Армения и Кыргызская Республика, ставшие членами ЕАЭС вскоре после вступления договора в силу в январе 2015 года².

ЕАЭС является международной организацией региональной экономической интеграции, обладающей международной правосубъектностью (статья 1 Договора). Его основными целями являются (i) создание надлежащих условий для устойчивого экономического развития государств-членов в интересах повышения жизненного уровня их населения; (ii) стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза; (iii) обеспечение всесторонней модернизации, кооперации и повышения конкурентоспособности национальных экономик в условиях глобальной экономики (статья 4 Договора).

В соответствии со статьей 8 Договора, органами ЕАЭС являются: (1) Высший евразийский экономический совет; (2) Евразийский межправительственный совет; (3) Евразийская экономическая комиссия; и (4) Суд Евразийского экономического союза.

Договор устанавливает общие принципы и правила конкуренции, обеспечивающие выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств-членов, и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов (статья 74).

Общие принципы и правила конкуренции распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной политики на территориях

государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов, деловая практика которых осуществляется на трансграничных рынках государств-членов. В данном смысле предусмотрено распределение обязанностей между Евразийской экономической комиссией и уполномоченными органами (национальными конкурентными ведомствами далее - НКВ) государств-членов.

В данной связи, в соответствии со статьей 75 Договора государства-члены применяют нормы своего конкурентного (антимонопольного) законодательства к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) государств-членов с учетом запретов, предусмотренных статьей 75(2) Договора. В соответствии со статьей 74(3), государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных статьями 75 и 76. Фактически, данные нормы должны соблюдаться в национальном конкурентном законодательстве пяти государств-членов, в противном случае преимущественную силу имеют международные положения Договора.

В рамках Евразийской конкурентной системы НКВ не имеют механизмов и, кажется, не могут применять общие правила конкуренции ЕАЭС напрямую, только свое национальное законодательство. В Европейском Союзе, напротив, НКВ государств-членов вправе применять статьи 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза, если соблюдены определенные требования, в соответствии с Регламентом ЕС 1/2003³.

ЕЭК имеет полномочия по пресечению нарушений общих правил конкуренции на территории государств-членов **только в том случае, если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках** (статья 76), за исключением нарушений, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных финансовых рынках, которые рассматриваются в соответствии с законодательством государств-членов⁴.

Все государства-члены ЕАЭС приняли национальное законодательство о конкуренции и учредили

² Источник: Вебсайт Евразийской экономической комиссии: <http://www.eaunion.org/?lang=en#about-countries>

³ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16 декабря 2002 года о Применении правил конкуренции, предусмотренных статьями 81 и 82 Договора (Текст применим в ЕЭЗ), доступно по ссылке <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>.

⁴ Евразийская экономическая комиссия, Приложение 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе - Протокол об общих принципах и правилах конкуренции, 2014, с. 19.

соответствующие НКВ. Первый закон о конкуренции Республики Беларусь был принят в 1992 году, а последние поправки в ее конкурентное законодательство были внесены в 2013 году⁵; закон о конкуренции Республики Армения был принят в 2000 году⁶, первый закон Российской Федерации - в 1992 году (с поправками, внесенными в 2006, 2016 и 2018 годах⁷), закон Республики Казахстан - в 2008 году (с октября 2015 года является частью Предпринимательского кодекса)⁸, закон Кыргызской Республики - в 1994 году, затем в 2011 году⁹. Некоторые из данных НКВ имеют значительный опыт правоприменения в связи с тем, что они накопили значительную практику в этой области, как, например, Федеральная антимонопольная служба (ФАС) Российской Федерации¹⁰. Правоприменительная практика также оценивалась в рамках добровольных экспертных обзоров по конкуренции, в случае Армении - обзор ЮНКТАД в 2010 году¹¹ и обзор ОЭСР в Казахстане в 2016 году¹².

Раздел V Приложения 19 к Договору относится к «Взаимодействию уполномоченных органов государств-членов» в целях реализации общих принципов и правил конкуренции, предусмотренных Договором. В соответствии с данными нормами НКВ обязано уведомлять уполномоченные органы другого государства-члена в случае, если ему станет известно, что его внутренняя правоприменительная деятельность может затронуть интересы другого государства-члена¹³.

И, наконец, Раздел VI Приложения 19 посвящен взаимодействию Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) и НКВ при осуществлении контроля за соблюдением общих принципов и правил конкуренции, предусмотренных Договором. Взаимодействие осуществляется в двух основных случаях:

1. при наличии заинтересованности НКВ государств-членов в обсуждении наиболее актуальных вопросов правоприменительной практики, обмена информацией и проблем гармонизации законодательства государств-членов Комиссия совместно с НКВ проводит совещания на уровне руководителей НКВ и члена Коллегии Комиссии, курирующего вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования¹⁴;
2. при проведении расследований нарушений общих правил конкуренции и рассмотрении дел ЕЭК запрашивает информацию и документы у органов власти государства-члена, а также у юридических и/или физических лиц государства-члена, и параллельно отправляет копию такого запроса в НКВ заинтересованного государства-члена¹⁵.

Объем обзора обсуждался и был согласован с ЕЭК; в связи с широким спектром законодательных положений и нормативно-правовых актов ЕЭК в области конкуренции, обзор ограничивается следующим: (1) объем и ограничения; (2) общие комментарии к Договору о ЕАЭС и Приложению 19 к нему; (3) анализ специального регулирования ЕЭК; (4) выводы.

⁵ Палата представителей Республики Беларусь, Закон «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции», Закон Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года № 94-3, 12 декабря 2013 г.

⁶ Государственная комиссия по защите экономической конкуренции, Закон Республики Армения «О защите экономической конкуренции», 11 июня 2000 г., доступно по ссылке <http://www.competition.am/index.php?menu=147&lng=2> (последнее посещение 31 мая 2019 г.).

⁷ Федеральный закон «О защите конкуренции» (в редакции 2016 г.), принятый Государственной думой 8 июля 2006 года, утвержденный Советом Федерации 14 июля 2006 года | Федеральная антимонопольная служба - ФАС России, доступно по ссылке <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14737> (последнее посещение 16 апреля 2019 г.).

⁸ Закон Республики Казахстан № 112 - IV, 25 декабря 2008 г., доступен по ссылке: http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z080000112_ (последнее посещение 30 мая 2019 г.).

⁹ Государственная служба интеллектуальной собственности и инноваций при правительстве Кыргызской Республики, Закон Кыргызской Республики «О конкуренции», доступно по ссылке <http://test.patent.kg/index.php/en/legislation/67-laws/codes-and-laws-of-the-kyrgyz-republic/909-law-of-the-kyrgyz-republic-on-competition.html> (последнее посещение 31 мая 2019 г.).

¹⁰ Официальный сайт Федеральной антимонопольной службы (ФАС), Дела и решения, доступно по ссылке <http://en.fas.gov.ru/documents/cases-decisions/> (последнее посещение 30 мая 2019 г.).

¹¹ ЮНКТАД, Добровольный экспертный обзор конкурентной политики: Армения, 2010 г., доступно по ссылке https://unctad.org/en/Docs/ditccpr20101overview_en.pdf (последнее посещение 31 мая 2019 г.).

¹² ОЭСР, Конкурентное законодательство и политика в Казахстане. Экспертный обзор, 2016г., доступно по ссылке https://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_ENG.pdf (последнее посещение 31 мая 2019 г.).

¹³ пункт 23 Евразийская экономическая комиссия, см. сноска 4 выше, в 19.

¹⁴ пункт 57 там же, в 29.

¹⁵ пункт 78 там же, в 37.

В. ОБЪЕМ ОБЗОРА И ОГРАНИЧЕНИЯ

Анализ ограничивался следующими нормативно-правовыми актами, представленными ЕЭК:

- Договор о ЕАЭС и Приложение 19 к нему (подписанные Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией в г. Астане 29 мая 2014 г.);
- Критерии отнесения рынка к трансграничному (Решение Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. №29);
- Соглашение о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении Евразийской экономической комиссией полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции (Соглашение подписано Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией в г. Москве 12 ноября 2014 года);
- Порядок рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 г. № 97);
- Порядок проведения расследования нарушений правил конкуренции (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 г. № 98);
- Порядок рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 г. № 99);
- Методика оценки состояния конкуренции (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 30 января 2013 г. № 7);
- Методика определения монопольно высоких и монопольно низких цен (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 г. № 117);
- Методике расчета и порядке наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках (Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 г. № 118).

Данные документы обсуждались с представителями ЕЭК, включая первоначальный обмен мнениями и последующее взаимодействие в целях уточнения отдельных вопросов. Была организована встреча представителей ЮНКТАД и ЕЭК в г. Женеве, Швейцария (декабрь 2018 г.) для обсуждения структуры

и направленности проводимого анализа, а также деталей конкурентного законодательства ЕАЭС. Отчет был презентован в г. Москве, Российская Федерация (июнь 2019 г.), до его одобрения ЕЭК. Основные моменты доклада были представлены на 18-й сессии Межправительственной группы экспертов по конкурентному законодательству и политике (июль 2019 г.).

В соответствии с согласованными условиями обзора особое внимание уделялось следующим вопросам:

- Как определять трансграничный рынок (см. раздел об отнесения рынка к трансграничному);
- Режим контроля за экономической концентрацией и соответствующие институциональные полномочия (см. раздел о методике оценки состояния конкуренции, подаче заявлений и рассмотрения дел);
- Программа освобождения от ответственности как инструмент правоприменения;
- Обмен информацией (см. раздел о порядке защиты конфиденциальной информации);
- Анализ рынка, используемый при проведении расследований;
- Обстоятельства, смягчающие и отягощающие ответственность (см. раздел о методиках расчета и порядке наложения штрафов);
- Экстерриториальность режима конкуренции (см. раздел общих комментариев к Договору и Приложению);
- Взаимодействие ЕЭК и национальных конкурентных ведомств государств-членов (см. введение к разделу об отнесении рынка к трансграничному);
- Координация экономической деятельности сторонних компаний как отдельное нарушение (оценивается в общих комментариях к Договору и Приложению).

Кроме того, следует отметить, что оценка ограничивалась следующими обстоятельствами:

- а. Оценка проводилась на основании английского перевода десяти упомянутых документов (нормативно-правовые акты, методические рекомендации), полученных от ЕЭК (в сентябре 2018 года).
- б. Ни институциональная основа, ни работа ЕЭК по правоприменению не подвергались анализу, поскольку это потребовало бы дополнительной информации, которую можно собрать только в ходе активных действий (выезд на места, беседы с заинтересованными лицами и т.д.), что изначально не рассматривалось для данной работы.

с. Более комплексный и подробный анализ конкурентного права и политики ЕАЭС возможны на более позднем этапе, если ЕЭК обратится в Секретариат ЮНКТАД с просьбой о содействии в организации добровольной экспертной оценки конкурентного законодательства и политики¹⁶. В 2007 году Секретариат ЮНКТАД осуществил экспертную оценку региональной экономической организации в Западной Африке - Западноафриканского экономического и валютного союза (ЗАЭВС), Бенина и Сенегала¹⁷, которая может служить ориентиром для аналогичной работы с ЕЭК.

С. ОБЩИЕ КОММЕНТАРИИ К РАЗДЕЛУ XVIII «ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ И ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИИ» ДОГОВОРА О ЕАЭС И К ПРИЛОЖЕНИЮ 19 К ДОГОВОРУ, ИМЕНУЕМОМУ «ПРОТОКОЛ ОБ ОБЩИХ ПРИНЦИПАХ И ПРАВИЛАХ КОНКУРЕНЦИИ»

Создание Евразийских региональных институтов датируется еще 2000-ными годами, когда было образовано Экономическое сообщество. Позднее, в 2003 году, еще одной важной вехой в деятельности государств-членов стало учреждение Единого экономического пространства (ЕЭП¹⁸)¹⁹. Кроме того, были согласованы иные цели, например, создание Таможенного Союза в 2006-2010 гг., зоны свободной торговли СНГ в 2011 г., а также укрепление ЕЭП в 2012 г.²⁰ В мае 2014 года главы государств-членов подписали новый Договор о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор о ЕАЭС) в целях установления принципов свободного перемещения товаров, услуг,

капитала и рабочей силы, тем самым создавая единый рынок по аналогии с единым рынком Евросоюза²¹. В связи с данной более амбициозной целью было принято решение создать региональные правила конкуренции и соответствующую институциональную базу, которую воплотила ЕЭК. В частности, Решением Высшего Евразийского экономического совета от декабря 2014 года ЕЭК предоставляются полномочия по контролю за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках Таможенного Союза и ЕЭП.²²

Раздел XVIII Договора о ЕАЭС по общим принципам и правилам конкуренции (далее именуемого Договором о ЕАЭС²³) включает статьи с 74 по 77, в которых описываются общие положения, общие принципы конкуренции, общие правила конкуренции и государственного ценового регулирования. В Приложении 19 к Договору²⁴ определены особенности применения положений Договора, в том числе, относительно штрафных санкций за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках и взаимодействие между уполномоченными органами по конкуренции. Также в нем определены особенности введения государственного ценового регулирования и возможности оспаривания решений государств-членов о его введении. Ниже приводится оценка некоторых положений статей 74-76 вместе с Приложением 19 к Договору о ЕАЭС соответственно. В пунктах с 1 по 6 статьи 74 описывается, как общие принципы и правила конкуренции

¹⁶ Процедура проведения экспертного обзора дает уникальную возможность изучить и извлечь уроки из опыта и задач, с которыми сталкиваются страны при реализации конкурентной политики. Отчеты о состоянии конкурентного права и его применения по результатам проведенного обзора в проверяемых странах являются непредвзятыми и тщательными, и готовятся экспертами в области конкурентной политики из развитых и развивающихся стран, обладающих практическим опытом применения конкурентного законодательства и политики. См. дополнительно на: Секретариат ЮНКТАД, ЮНКТАД | Добровольный экспертный обзор конкурентного законодательства и политики, доступно по ссылке: <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Voluntary-Peer-Review-of-Competition-Law-and-Policy.aspx> (последнее посещение 17 апреля 2019 г.).

¹⁷ См. также на: Секретариат ЮНКТАД, Добровольный экспертный обзор конкурентной политики: Западноафриканский экономический и валютный союз, Бенин и Сенегал. Обзор, UNCTAD/DITC/CLP/2007/1(Обзор) (2007), доступно по ссылке https://unctad.org/en/Docs/ditccp20071overview_en.pdf (последнее посещение 17 апреля 2019 г.).

¹⁸ ЕЭП представляет собой важный этап интеграции, обеспечивающий свободное перемещение товаров, услуг, капитала и труда. См. на: Евразийский экономический союз: Факты и цифры: Библиотека евразийской интеграции. Евразийская экономическая комиссия, 2018. На стр. 30.

¹⁹ Александра Клофат, «Нормативная конкуренция в Евразийском экономическом союзе и в Евросоюзе: Сравнительно-правовой анализ», 44 Правовые вопросы экономической интеграции (2017 год) 173, на с. 196.

²⁰ Там же.

²¹ Там же, на с. 173-174.

²² Евразийский экономический союз: Факты и цифры: Библиотека евразийской интеграции. Евразийская экономическая комиссия, 2018. На стр. 31.

²³ Евразийская экономическая комиссия, Договор о Евразийском экономическом союзе, 29 мая 2014 г., доступно по ссылке http://www.un.org/en/ga/sixth/70/docs/treaty_on_eeu.pdf (последнее посещение 6 февраля 2019 г.).

²⁴ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 4 выше, на 19.

Общие положения
Раздел XVIII
ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ И ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИИ

Статья 74

Общие положения

1. Предметом настоящего раздела является установление общих принципов и правил конкуренции, обеспечивающих выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств-членов, и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов.
2. Положения настоящего раздела распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов. Критерии отнесения рынка к трансграничному в целях определения компетенции Комиссии устанавливаются решением Высшего совета.
3. Государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных статьями 75 и 76 настоящего Договора.
4. Государства-члены проводят согласованную конкурентную (антимонопольную) политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.
5. Ничто в настоящем разделе не должно толковаться как препятствие для любого государства-члена предпринимать любые меры, которые оно считает необходимыми для защиты важнейших интересов обороны страны или безопасности государства.
6. Положения настоящего раздела применяются к субъектам естественных монополий с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором.
7. Реализация положений настоящего раздела осуществляется согласно приложению N 19 к настоящему Договору.

должны применяться в качестве регионального законодательства и его взаимодействие с национальным антимонопольным законодательством государств-членов. Пункт 2 определяет область применения Раздела XVIII и Приложения 19, а именно: «...**Положения настоящего раздела распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов,** которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов...»²⁵. [подчеркивается].

Можно сделать дополнительное наблюдение: данное положение предметно описывает общую обязанность государств-членов ЕАЭС соблюдать положения Договора о конкуренции. Если рассматривать ее в сочетании со статьей 75 (как указано ниже), где описываются общие принципы конкуренции, данная обязанность государств-членов ЕАЭС требует признания преимущественной силы регионального антимонопольного регулирования перед национальным законодательством государств-членов. Договор содержит не только региональные нормы, касающиеся трансграничной антиконкурентной практики, затрагивающей два или более государств - членов ЕАЭС, но и конкретное обязательство его государств-членов соблюдать и не противоречить

²⁵ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 23 выше, в 77.

общим принципам и правилам конкуренции, закрепленным в Договоре.

Понятие хозяйствующих субъектов, предусмотренное понятиями Приложения 19, определяет хозяйствующего субъекта как «...коммерческую организацию, некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход, индивидуального предпринимателя, а также физическое лицо, чья профессиональная приносящая доход деятельность в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию...»²⁶ Следовательно, если подразумевается, что определение «хозяйствующего субъекта» охватывает также деятельность государственных предприятий (ГП), то ГП должно вести коммерческую деятельность, направленную на получение прибыли, и поэтому подпадать под сферу действия статьи 74.

В этой связи определение, содержащееся в статье 74, согласуется с определением экономического субъекта или так называемого предприятия в ЕС. Норма о наличии цели в виде получения прибыли в ЕАЭС отличается от ЕС. В то время как «хозяйствующие субъекты» и «предприятия» могут означать одно и то же, «хозяйствующий субъект», как он определен ЕЭК

Приложении 19, требует наличия намерения получать прибыль даже для ГП, чего не происходит в случае ЕС. Поэтому между концепциями ЕС и ЕЭС существуют небольшие различия.

Применительно к определению хозяйствующего субъекта или «предприятия» следует отметить наличие широкой прецедентной практики²⁷ в рамках европейского конкурентного законодательства. На самом деле только «предприятия» являются объектом европейских конкурентных норм, предусмотренных статьями 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза (далее именуемого ДФЕС). Например, в определении «хозяйствующего субъекта», предусмотренном Приложением 19, отмечается, что хозяйствующий субъект является «... коммерческой организацией или некоммерческой организацией, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход...»²⁸ Для европейского конкурентного законодательства цель получения дохода/прибыли не является обязательным требованием.²⁹

Следовательно, во избежание неопределенности в отношении сферы применения регионального законодательства в Евразийском регионе можно было бы рассмотреть вопрос о разъяснении концепции экономического субъекта с учетом опыта Европейского союза.

Статья 75

Общие принципы конкуренции

1. Применение государствами-членами норм своего конкурентного (антимонопольного) законодательства к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) государств-членов осуществляется одинаковым образом и в равной мере независимо от организационно-правовой формы и места регистрации таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) на равных условиях.
2. Государства-члены устанавливают в своем законодательстве в том числе запреты на:
 - 1) соглашения между органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными осуществляющими их функции органами или организациями или между ними и хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), если такие соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов;

²⁶ с. 7 Приложения 19.

²⁷ Хотя статьи 101 и 102 ДФЕС не содержат определения «предприятия», Европейский суд дал свое определение. На основании сложившейся юридической практики в разъяснениях Европейской Комиссии о понятии предприятия, рассматриваемом в соответствии с Регламентом Совета (ЕЕС) № 4064/89 о контроле концентрации между предприятиями (98/С 66/03), устанавливается, что «предприятие» представляет собой организацию, участвующую в хозяйственной деятельности, предлагающую товары или услуги на конкретном рынке, независимо от ее правового статуса и способа финансирования.

²⁸ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 4 выше, в 7.

²⁹ См. пункт 43 Решения в EUR LEX, ЕСJ, 92/521/ЕЕС: Решение Комиссии от 27 октября 1992 года относительно Процедуры согласно статье 85 Договора о ЕЭК (IV/33.384 и IV/33.378 - Распространение пакетных туров во время Кубка мира 1990 года), 27 октября 1992 г., доступно по ссылке <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A1992D0521> (последнее посещение 7 февраля 2019г.).

- 2) предоставление государственных или муниципальных преференций, за исключением случаев, предусмотренных в законодательстве государств-членов и с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов.
- 3.** Государства-члены принимают эффективные меры по предупреждению, выявлению и пресечению действий (бездействия), предусмотренных подпунктом 1 пункта 2 настоящей статьи.
- 4.** Государства-члены в соответствии со своим законодательством обеспечивают эффективный контроль за экономической концентрацией в той мере, в какой это необходимо для защиты и развития конкуренции на территориях каждого государства-члена.
- 5.** Каждое государство-член обеспечивает наличие органа государственной власти, в компетенцию которого входит реализация и (или) проведение конкурентной (антимонопольной) политики, что подразумевает, помимо прочего, наделение такого органа полномочиями по контролю за соблюдением запрета на антиконкурентные действия и запрета на недобросовестную конкуренцию, за экономической концентрацией, а также полномочиями по предупреждению и выявлению нарушений конкурентного (антимонопольного) законодательства, принятию мер по прекращению указанных нарушений и привлечению к ответственности за такие нарушения (далее - уполномоченный орган государства-члена).
- 6.** Государства-члены устанавливают в своем законодательстве штрафные санкции за совершение антиконкурентных действий в отношении хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) и должностных лиц органов власти, исходя из принципов эффективности, соразмерности, обеспеченности, неотвратимости и определенности, и обеспечивают контроль за их применением. При этом государства-члены признают, что в случае применения штрафных санкций наиболее высокие штрафные санкции должны устанавливаться за нарушения, представляющие наибольшую угрозу для конкуренции (ограничивающие конкуренцию соглашения, злоупотребление доминирующим положением хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов), при этом предпочтительны штрафные санкции, исчисляемые исходя из суммы выручки правонарушителя от реализации товара или из суммы расходов правонарушителя на приобретение товара, на рынке которого совершено правонарушение.
- 7.** Государства-члены в соответствии со своим законодательством обеспечивают информационную открытость проводимой ими конкурентной (антимонопольной) политики, в том числе посредством размещения сведений о деятельности уполномоченных органов государств-членов в средствах массовой информации и сети Интернет.
- 8.** Уполномоченные органы государств-членов в соответствии с законодательством своего государства и настоящим Договором осуществляют взаимодействие путем направления уведомлений, запросов о предоставлении информации, проведения консультаций, информирования о расследованиях (рассмотрении дел), затрагивающих интересы другого государства-члена, проведения расследований (рассмотрении дел) по запросу уполномоченного органа одного из государств-членов и информирования о его результатах.

Статья 75 закладывает основу для гармонизации национального законодательства в области конкуренции государств - членов Евразийского союза в соответствии с передовой международной практикой. Действительно, эта статья устанавливает, что национальное законодательство должно применяться недискриминационным образом ко всем предприятиям, независимо от их правовой формы и

места регистрации, что соответствует рекомендациям Комплекса Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции³⁰; она распространяет запрет на антиконкурентные соглашения в том числе на соглашения, заключаемые государственными органами на уровне регионов и местном уровне, подчеркивая, что закон о конкуренции применяется ко всем; в ней рекомендуется осуществлять контроль

³⁰ Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой (UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2), принятый резолюцией 35/63 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 5 декабря 1980 года, раздел E. Принципы и правила для государств на национальном, региональном и субрегиональном уровнях, пункт 3: «Государствам при контроле за ограничительной деловой практикой следует обеспечивать справедливое, равное отношение ко всем предприятиям в соответствии с установленными для них процедурами и на равной основе со всеми предприятиями». Законы и нормативные акты должны быть опубликованы и легкодоступны».

за экономической концентрацией на национальном уровне; в ней говорится об институциональных механизмах правоприменения, включая систему наказания, аналогичную описанной в Модельном законе ЮНКТАД о конкуренции (главы X и XI³¹); и в ней также содержится призыв к сотрудничеству между национальными органами в соответствии с рекомендациями Комплекса ООН. Таким образом, статья 75 закладывает хорошую основу для создания однородного правового регулирования в сфере конкуренции в государствах-членах.

Тем не менее, секретариат ЮНКТАД предлагает расширить сферу применения статьи 75 за рамки положений о гармонизации материального права. Гармонизация законодательства и политики в области конкуренции может происходить в трех различных областях: материальное право, процессуальное право и процедуры правоприменения³². Все положения, которые мы рассмотрели выше, относятся к материальному праву, и должны соблюдаться любым национальным конкурентным законодательством в ЕАЭС. Было бы целесообразно рассмотреть вопрос о том, стоит ли также предусмотреть гармонизацию процессуальных норм и процедур правоприменения.

Приложение 19 более подробно описывает вопросы гармонизации посредством сотрудничества между государствами-членами на горизонтальном уровне - Раздел V³³ «*Взаимодействие уполномоченных органов государств-членов*» - и Раздел VI – «*Взаимодействие Комиссии и уполномоченных органов государств-членов при осуществлении контроля за соблюдением общих правил конкуренции*»³⁴. По существу, последняя норма была бы наиболее уместна для решения данного вопроса, именно в ней можно было бы предусмотреть гармонизацию процессуальных норм и процедур правоприменения, поскольку

рассматриваемый раздел посвящен процедурам поведения расследований ЕЭК при взаимодействии с НКВ. Однако если гармонизация материального права часто используется региональными экономическими организациями³⁵, гармонизация процессуального права, а также процедур правоприменения могут потребовать дополнительных усилий, поскольку государства-члены обычно имеют разные правовые системы, что влияет на практику правоприменения конкурентного законодательства. В любом случае гармонизация данных норм и процедур часто требует длительной работы и тщательного мониторинга после принятия решения о проведении такой гармонизации.

Таким образом, хотя статья 75 является важным положением для гармонизации материальных норм конкуренции между евразийскими странами, гармонизация процессуального права и процедур эффективного правоприменения на национальном и региональном уровнях может столкнуться с проблемами. При этом Приложение 19 дает возможность для дальнейшей гармонизации на процессуальном или правоприменительном уровнях, и этот вопрос остается на усмотрение ЕЭК.

Как видно во вставке выше, статья 76 включает в общие правила конкуренции следующие пять основных категорий: (i) односторонние действия (доминирующее положение); (ii) недобросовестная конкуренция; (iii) горизонтальные соглашения; (iv) вертикальные соглашения; (v) прочие соглашения между хозяйствующими субъектами, и (vi) координация экономической деятельности³⁶. В соответствии с лучшим международным опытом конкурентное законодательство обычно включает в себя три практики, поименованные в пунктах (i), (iii) и (iv). Оставшиеся вышеупомянутые практики, в том числе недобросовестная конкуренция, обычно не являются

³¹ «Административный орган и его организация»; «Функции и полномочия Административного органа»; «Наказание и освобождение». Часть 2 - Комментарии к Модельному закону ЮНКТАД о конкуренции, регулярно обновляемые, охватывают главы IX и X (2019 год), с которыми можно ознакомиться на сайте <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>

³² Каннингем и ЛаРокка, «Гармонизация антимонопольной политики на симпозиуме по региональной экономической интеграции. Зоны свободной торговли. Проблемы и преимущества добросовестной торговли в сравнении со свободной торговлей. Панельная дискуссия I. Региональное экономическое сотрудничество в неторговых зонах», 27 Законодательство и политика в международной торговле (1995 год) 879, в 881.

³³ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 4 выше, на 18.

³⁴ Там же, на с. 28.

³⁵ Европейские правила конкуренции, предусмотренные статьями 101 и 102 ДФЕС, применяются Европейской Комиссией и национальными антимонопольными органами ЕС в том случае, если антиконкурентные действия оказывают существенное влияние на торговлю между государствами-членами, даже если Европейская конкурентная сеть определила систему распределения работы, предусматривающую согласованное применение норм. См. Регламент (ЕС) № 1/2003 от 16 декабря 2002 года о внедрении правил конкуренции, предусмотренных статьями 81 и 82 Договора, Официальный бюллетень L 1, 04.01.2003, с.1-25, и Разъяснение Комиссии о сотрудничестве в рамках конкурентной сети, Официальный бюллетень C 101, 27.04.2004, с. 43-53.

³⁶ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 23 выше, на с. 80-83.

Общие правила конкуренции

Статья 76

Общие правила конкуренции

- 1.** *Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе следующие действия (бездействие):*
 - 1) *установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;*
 - 2) *изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;*
 - 3) *навязывание контрагенту экономически или технологически не обоснованных условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;*
 - 4) *экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов;*
 - 5) *экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов;*
 - 6) *экономически, технологически или иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов;*
 - 7) *создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка).*
- 2.** *Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе:*
 - 1) *распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту (субъекту рынка) либо нанести ущерб его деловой репутации;*
 - 2) *введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей;*
 - 3) *некорректное сравнение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами (субъектами рынка).*
- 3.** *Запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющимися конкурентами, действующими на одном товарном рынке, которые приводят или могут привести к:*
 - 1) *установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;*
 - 2) *повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;*
 - 3) *разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);*
 - 4) *сокращению или прекращению производства товаров;*
 - 5) *отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками).*

- 4.** Запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными приложением N 19 к настоящему Договору, в случае если:
- 1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, когда продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;
 - 2) такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), который является конкурентом продавца. Такой запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.
- 5.** Запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными приложением N 19 к настоящему Договору, в случае если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.
- 6.** Физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещается осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, если такая координация приводит или может привести к любому из указанных в пунктах 3 и 4 настоящей статьи последствий, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными приложением N 19 к настоящему Договору. Государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве запрет на координацию экономической деятельности, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным также в пункте 5 настоящей статьи, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными приложением N 19 к настоящему Договору.
- 7.** Пресечение нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, а также физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов, не осуществляющими предпринимательскую деятельность, общих правил конкуренции, установленных настоящим разделом, в случае если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов, за исключением финансовых рынков, осуществляется Комиссией в порядке, предусмотренном приложением N 19 к настоящему Договору.

частью конкурентного права на национальном и региональном уровнях, но могут быть признаны нормой, принятой *ad hoc*.

Более того, к недобросовестной конкуренции относится пункт 2 статьи 74. Недобросовестная конкуренция является мошеннической практикой, причиняющей экономический ущерб бизнесу, которую, однако, не следует путать с антиконкурентной практикой, ограничивающей конкуренцию на рынке. В то время как конкурентное законодательство защищает сам процесс конкуренции, положения о недобросовестной конкуренции защищают конкурентов. Поэтому

большинство антимонопольных законов не затрагивают практику недобросовестной конкуренции, хотя она может являться предметом отдельных законодательных актов. Несмотря на наличие достаточного количества литературы, позволяющей предположить, что недобросовестная конкуренция не должна входить в область конкурентного регулирования³⁷, некоторые страны включают положения о недобросовестной конкуренции в конкурентное законодательство в исключительных случаях, если соответствующая коммерческая практика влияет на общественный интерес. Примером этого может служить испанский Закон о конкуренции 2007 года.

³⁷ Для более подробной информации см.: Ульрих, «Закон «О борьбе с недобросовестной конкуренцией и антимонопольный закон. Континентальная головоломка?», Электронный бюллетень SSRN (2005), доступно по ссылке <http://www.ssrn.com/abstract=837086> (последнее посещение 7 февраля 2019 г.).

В действительности, статья 3 Закона «О конкуренции» Испании гласит следующее:

«...ограничение свободной конкуренции недобросовестными действиями

*Статья 3: Национальная комиссия по конкуренции или уполномоченные органы Автономных сообществ рассматривают в соответствии с положениями данного Закона о запрещенном поведении действия недобросовестной конкуренции, которые влияют **на общественный интерес** путем нарушения свободной конкуренции.»³⁸*

На уровне ЕС существуют правила относительно соглашений и одностороннего поведения, которые могут являться антиконкурентными и влияют на торговлю на Едином рынке. Однако данные правила не мешают государствам-членам ЕС включать дополнительные нормы в свое национальное законодательство по конкуренции, как в случае с положениями о недобросовестной конкуренции в испанском законодательстве. В результате, если Договор о ЕАЭС включает в себя положения о недобросовестной конкуренции, может оказаться полезным учесть опыт других региональных экономических организаций, например, Евросоюза, которые оставили данные нормы в ведении национальных законодательств, при необходимости, так можно сослаться на п. 3 ст. 74 Договора, в соответствии с которым государства-члены ЕАЭС могут устанавливать в своем законодательстве дополнительные ограничения в отношении запретов, предусмотренных статьями 75 и 76 Договора.

Что касается доминирующего положения, п. 1 ст. 76 включает семь детально описанных действий, которые запрещаются, если эти действия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции и/или ущемлению интересов других лиц. Следовательно, статья 76 включает в себя дополнительное требование (нарушение интересов других лиц), которое должно быть принято во внимание при оценке того, подпадают ли действия доминирующего хозяйствующего субъекта в сферу злоупотребления. Данное требование может быть полезно бизнесу тем, что предоставляют

дополнительный элемент состава нарушения. Однако лучший международный опыт, собранный в комментариях к части 2 Модельного закона ЮНКТАД о конкуренции предлагает другое видение концепции злоупотребления доминирующим положением. См., например, главу IV Модельного закона ЮНКТАД о конкуренции, которая устанавливает, что «если действия или поведение доминирующего субъекта ограничивают доступ к соответствующему рынку или другим образом неправомерно ограничивают конкуренцию, оказывая или имея возможность оказать негативное влияние на торговлю или экономическое развитие.»³⁹

Пункт 6 относится к «координации экономической деятельности». В соответствии с Приложением 19, координация экономической деятельности представляет собой «...согласование действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на том товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий субъектов рынка...»⁴⁰ Третьим лицом, упоминаемым в Приложении 19, может являться физическое лицо, коммерческая и некоммерческая организация в соответствии с пунктом 6 статьи 76 Договора о ЕАЭС.

Данное понятие включает в себя следующие три основных элемента: (1) согласование действий участников рынка, (2) участие третьего лица (хозяйствующего субъекта), и (3) рынок, отличный от того, на котором осуществляют деятельность хозяйствующие субъекты. Данное определение похоже на положение российского Закона «О защите конкуренции», относящееся к «Основным определениям, используемым в настоящем Федеральном законе» (пункт 14 статьи 4): «согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных»

³⁸ Королевство Испания, Закон «О конкуренции» № 15/2007, 3 июля 2007 г., доступно по ссылке <https://www.cnmc.es/file/64176/download> (последнее посещение 7 февраля 2019 г.).

³⁹ Секретариат ЮНКТАД, Модельный закон о конкуренции. Пересмотренная глава IV: Акты или поведение, выражающиеся в злоупотреблении доминирующим положением на рынке, TD/RBP/CONF.8/L.2 (2015) 30, имеется на сайте https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8l2_en.pdf (последнее посещение 11 января 2019 года), на странице 2.

⁴⁰ Евразийская экономическая комиссия, примечание 4 выше, на стр. 5.

соглашений»⁴¹. Похожие нормы существуют в законодательствах других государств-членов.

Одним словом, применение координации экономической деятельности, как это предусмотрено п. 6 статьи 74 остается неясным с точки зрения действия нормы и практики ее применения. В дополнение, помимо государств-членов Евразийского союза, насколько это известно Секретариату, подобной нормы нет ни в одном конкурентном законодательстве мира.

Данная новая категория, предусмотренная пунктом 6 статьи 76, не может считаться *согласованными действиями* в соответствии с определением, закрепленным в европейском законодательстве, поскольку это потребовало бы, чтобы, во-первых, хозяйствующие субъекты были частью одного и того же рынка (товарного рынка); во-вторых, не было формального соглашения между сторонами; и, в третьих, в евразийской норме требуется существование внешнего хозяйствующего субъекта, не осуществляющего деятельность на том же рынке, что и другие⁴². В соответствии с прецедентным правом США соглашение не является обязательным предварительным условием незаконного сговора, и подразумеваемого соглашения достаточно для подтверждения наличия сговора (картеля)⁴³. В любом случае, данная категория, предусмотренная Договором о ЕАЭС, не является общепринятой в иных юрисдикциях по всему миру.

Пункт 7 статьи 76 касается принципа территориальности региональных правил конкуренции, поскольку его формулировка четко гласит, что ЕЭК может привлекать к ответственности только «*хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов...*», а также физических лиц и некоммерческие организации «*...государств-членов*». В данной связи

действующую формулировку можно истолковать следующим образом: ЕЭК ограничивается расследованиями действий хозяйствующих субъектов, зарегистрированных на территориях государств-членов, и не может вести расследования против субъектов рынка, осуществляющих деятельность за пределами региональной юрисдикции ЕАЭС⁴⁴. Последнее заслуживает обсуждения необходимости сравнения принципа территориальности и экстерриториальности.

В данном отношении следует упомянуть два важных дела в Европе и Соединенных Штатах Америки⁴⁵. Постановление 1988 года о картеле производителей древесной целлюлозы⁴⁶ (установившее «принцип применения») и американское дело 1993 года «Hartford Fire Ins. Co. против Калифорнии»⁴⁷ (установившее более широкий подход к доктрине влияния последствий нарушения). В деле о древесной целлюлозе Европейский суд вынес постановление о том, что «юрисдикция Сообщества по применению норм конкуренции к такому поведению подчиняется принципу территориальности, являющемуся общепризнанным в публичном международном праве. Для применения норм, запрещающих соглашения, решения или согласованные действия, решающим фактором является скорее место реализации соглашения, решения или согласованных действий, нежели место их формирования. Не имеет значения, прибежали ли производители к помощи дочерних предприятий, агентов, субагентов или филиалов на территории Сообщества для контактов с покупателями на территории Сообщества» (краткое изложение, пункт 1, третий абзац). В постановлении Европейского суда первой инстанции от 25 марта 1999 г., «Gencor Ltd. против Комиссии Европейского Сообщества»⁴⁸ подчеркивается тот же принцип в отношении контроля за слияниями («3. Применение Регламента

⁴¹ см. сноску 7 выше.

⁴² См. решение Европейского суда по делу C-8/08 - T-Mobile Netherlands BV и другие против Raad van bestuur van der Nederlandse Mededingingsautoriteit <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-8/08> : «одна встреча между компаниями может представлять собой согласованную практику, нарушающую антимонопольное законодательство Сообщества».

⁴³ Цитирование дела 1939 года «Interstate Circuit Inc против Соединенных Штатов». Е. М. Фокс и Е. М. Фокс, Дела и материалы по антимонопольному законодательству США в глобальном контексте (3е изд., 2012 г.), на с. 131-135.

⁴⁴ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 23 выше, на с. 83.

⁴⁵ Для всестороннего изучения данного принципа см.: Гриффин, «ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОСТЬ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В США И ЕС», 67 Бюллетень по антимонопольному законодательству (1999 год) 159.

⁴⁶ ECR, Альстрем против Комиссии, 27 сентября 1988 г. 5233, доступно по ссылке http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5ed612ae-790c-4091-bf05-0a6d7cbd9142.0002.06/DOC_1&format=PDF (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).

⁴⁷ США, Апелляционный суд США по девятому округу, Hartford Fire Ins. Co. против Калифорнии 509 U.S. 764 (1993), 28 июня 1993 г., доступно по ссылке <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html> (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).

⁴⁸ СПИ, Суд первой инстанции, ЕС Дело «Gencor против Комиссии», 25 марта 1999 г., доступно по ссылке <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996TJ0102&from=EN> (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).

№ 4064/89 обосновано публичным международным правом, когда можно предположить, что предлагаемое слияние предприятий, учрежденных за пределами Сообщества, окажет мгновенное и существенное воздействие на территории Сообщества. Тот факт, что слияние повлияет на другие части мирового рынка, не может помешать Сообществу осуществлять контроль за концентрацией, которая оказывает значительное влияние на конкуренцию на общем рынке, создавая доминирующее положение.», краткое изложение, пункт 3), в соответствии с так называемой «доктриной влияния последствий».

В деле *Hartford Fire*, с другой стороны, представлена достаточно агрессивная позиция по экстерриториальному применению антимонопольного законодательства США, утверждающая, что Суд США «не должен учитывать интересы иностранного суверенного государства, за исключением случаев действительного противоречия между правом США и правом иностранного государства»⁴⁹. Данное решение, нарушив установившуюся тенденцию взаимности, сделало правило экстерриториальности крайне противоречивым, поскольку исключило понятие взаимности, которое «предусматривает, что государство с меньшей заинтересованностью, как правило, должно уступать государству с большей заинтересованностью в урегулировании противоречия»⁵⁰. В результате многие страны заявили дипломатические протесты, а некоторые даже ввели в действие блокирующие законы, поскольку посчитали это чрезмерным применением антимонопольного законодательства США.⁵¹

Благодаря делу *Empagran* негативная тенденция постепенно смягчилась доктриной взаимности⁵². Суды низшей инстанции США могут учитывать подход на основании обоих дел (*Hartford* и *Empagran*) и ввести анализ взаимности в международные дела о картелях посредством разработки собственных ограничений юрисдикции на основании принципа взаимности.

При этом тот факт, что пункт 7 Договора четко не предусматривает/допускает экстерриториальное применение данных правил к иностранным компаниям, существенно ограничивает правоприменительную деятельность ЕЭК. Дополнительные нормативные документы ЕЭК могли бы обеспечить необходимые элементы для борьбы с данным ограничением, при этом данные положения должны быть рассмотрены ЕЭК в ближайшем будущем.

Осталось два вопроса, связанных с оценкой общих конкурентных норм Договора о ЕАЭС. Первый – отсутствие общего для евразийского региона режима освобождения от ответственности (смягчения наказания), в международной практике именуемый *leniency regime*; и, второй – необходимость в долгосрочной перспективе внедрить контроль за экономической концентрацией в Союзе.

а. Важность программы освобождения от ответственности (смягчения наказания) при выявлении картелей на региональном уровне

Поскольку картельная деятельность считается во всем мире грубейшим нарушением антимонопольного законодательства, все законы о защите конкуренции – будь то национальное или региональное законодательство – нацелены на противодействие формированию картелей и обеспечение их ликвидации. Учитывая, что картели обычно функционируют тайно, в связи с чем их сложно выявлять и преследовать, наиболее эффективным инструментом для обнаружения картелей и получения необходимых доказательств с целью прекращения их деятельности являются программы освобождения от ответственности (далее – программа освобождения от ответственности или программа смягчения наказания). Такие программы поощряют (в виде полного освобождения от ответственности или снижения размера штрафа) членов картеля в случаях, когда они сообщают в соответствующие конкурентные ведомства о своем участии в картеле⁵³.

⁴⁹ США, см. сноску 48 выше, на с. 2919.

⁵⁰ Берр, «Применение антимонопольного законодательства США к зарубежной деятельности. Исключили ли *Hartford Fire* соображения взаимности?», 15 Бюллетень по международному праву Университета Пенсильвании (1994), доступно по ссылке http://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr70§ion=59 (последнее посещение 6 апреля 2017 г.), на с. 223.

⁵¹ Коджима, «Международные разногласия относительно экстерриториального применения антимонопольного законодательства в экономике без границ», Центр иностранных дел Weatherhead (2002 год) 2001, на с. 4.

⁵² Фокс и Фокс, см. сноску 44 выше, на с. 178.

⁵³ ЮНКТАД, *Использование программ смягчения наказания в качестве инструмента для обеспечения соблюдения антикартельного законодательства в развивающихся странах* TD/RBP/CONF.7/4 (2010), имеется по ссылке: http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4_en.pdf (последнее посещение 17 февраля 2017 года).

Программы освобождения от ответственности в региональных условиях, как, например, в случае Евразийского союза, требуют дополнительных механизмов сотрудничества между региональными и национальными конкурентными органами, а также подтверждения того, что предоставляемый иммунитет будет равным образом признаваться на региональном и национальном уровнях. В евразийском регионе проблема заключается в том, что не все государства-члены ЕАЭС внедрили программы освобождения от ответственности в свое национальное законодательство, что, в свою очередь, может стать проблемой в процессе выявления картелей на трансграничных рынках государств-членов.⁵⁴

Как упоминалось выше, основными целями внедрения программы освобождения от ответственности являются выявление, предотвращение картелей и эффективность правоприменения, поэтому необходимыми факторами результативности и эффективности такой программы являются (1) поощрение за подачу заявлений в кратчайшие возможные сроки, и (2) поощрение за сотрудничество в расследовании, проводимом антимонопольными органами. Их можно разбить на следующие элементы:

- Система маркеров, гарантирующая сохранение места/позиции заявителя по программе освобождения от ответственности в течение ограниченного периода времени, необходимого для сбора дополнительной информации по заявлению, эффективно стимулирует участие в программе освобождения от ответственности, снижая начальный барьер в виде подачи полноценного заявления и обеспечивая предсказуемость и определенность процедуры.
- Смягчение наказания для последующих заявителей. Конкурентные органы могут выявить организованный картель по первому

поданному заявлению, однако информация и доказательства от других членов картеля, т.е. последующих заявителей, иногда необходимы для получения полного представления о характере совершенных действий. Кроме того, поощрение последующих заявителей обеспечивает эффективность расследования, поскольку конкурентный орган может получать от них информацию и доказательства, не проводя полномасштабного расследования. В большинстве юрисдикций, в которых действуют программы освобождения от ответственности, предусмотрены те или иные поощрения для последующих заявителей.

- Защита конфиденциальности информации в рамках программы освобождения от ответственности представляет собой один из наиболее важных элементов стимулирования подачи заявлений⁵⁵. Возможность раскрытия информации, представленной по программе освобождения от ответственности, третьим лицам или ее использования против заявителей в частных гражданских исках, либо ее передачи в другие юрисдикции без их согласия может сдерживать компании от подачи заявлений. В данной связи некоторые конкурентные ведомства принимают не только письменные заявления по программе освобождения от ответственности, но также и устные заявления для обеспечения большей конфиденциальности, особенно в тех случаях, когда есть риск, что к заявителям могут обратиться в процессе сбора и истребования доказательств.
- Процедура освобождения от ответственности должна быть прозрачной и прогнозируемой⁵⁶, чтобы потенциальные заявители своевременно могли предвидеть, как с ними

⁵⁴ Российская Федерация, Проблемы и координация программ смягчения наказания. Круглый стол «Проблемы и координация программ смягчения ответственности» Рабочей группы № 3 по сотрудничеству и правоприменению Комиссии ОЭСР по конкуренции, 5 июня 2018 года, доступен по ссылке [https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20\(Russian%20Contribution\).pdf](https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20(Russian%20Contribution).pdf) (последнее посещение 17 июля 2019 года).

⁵⁵ МКС, Руководство по борьбе с картелями Глава 2: Разработка и реализация эффективной политики смягчения ответственности (2014), доступно по ссылке <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf> (последнее посещение 17 февраля 2017 года), стр. 15.

⁵⁶ При применении политики смягчения наказания должна соблюдаться прозрачность и ясность. [...] Заявитель по программе освобождения от ответственности должен быть способен с высокой степенью ясности предвидеть, как с ним будут обращаться в случае, если он сообщит об антиконкурентном поведении, и каковы будут последствия в случае, если он не проявит такой инициативы. «Надлежащей практикой считается обеспечение максимальной прозрачности и ясности в том, что касается требований к предоставлению заявления по программе и применения политик, процедур и методик, действующих в отношении заявлений о предоставлении освобождения от ответственности, условий предоставления освобождения, а также ролей, сфер ответственности и контактной информации антимонопольных органов [...]». Там же, стр. 6 и 16.

будут обращаться, будет ли им предоставлено освобождение от ответственности, что они могут получить в обмен на заявление и предоставление информации или доказательств в отношении картеля, или что от них потребуется для получения освобождения/смягчения наказания. Многие конкурентные органы разъясняют этапы такой процедуры и условия предоставления освобождения/смягчения наказания в письменном виде в текстах законодательных или нормативных актов.

Чтобы региональная программа освобождения от ответственности Евразийского экономического союза работала эффективно, необходимо стимулировать компании к сотрудничеству в рамках проводимых ЕЭК расследований, а именно: для получения освобождения от ответственности заявителю необходимо взять на себя обязательство о постоянном сотрудничестве. Любое нарушение данного обязательства, например, отказ предоставить информацию и предоставление ложной информации, должно лишать права на освобождение от ответственности. Кроме того, желательна гибкость в применении коэффициентов снижения штрафа. Конкурентное ведомство должно иметь возможность определять уровень снижения для каждого заявителя в заданных пределах в зависимости от степени сотрудничества и/или ценности предоставляемой информации.

При этом одна страна не может опираться на антикартельные меры или программы освобождения от ответственности, действующие в других странах. Принимаемые зарубежными странами меры не помогут против картелей, действующих внутри страны. Региональные и международные картели, влияющие на евразийские рынки, могут оперировать на глобальных рынках, за исключением тех юрисдикций, где риск наказания за антиконкурентные действия слишком высок; также практика свидетельствует, что картели завышают цены в основном в тех странах, которые не ведут с ними активной борьбы. Таким образом, одна страна не может зависеть от антикартельной правоприменительной практики другой страны. Что касается программ освобождения от ответственности, доступ к информации, поступающей от заявителей по таким программам, обычно ограничен. То есть страна не может опираться на

другую в части получения информации, необходимой для последующего ведения расследований внутри государства. Коротко говоря, борьбу с картелями недопустимо препоручать другим⁵⁷.

И, наконец, действенное и эффективное правоприменение со стороны антимонопольных органов является необходимым предварительным условием эффективности программы освобождения от ответственности. Иными словами, компании не станут использовать программу освобождения от ответственности, если они не будут опасаться разоблачения и сурового наказания за незаконную деятельность. В данной связи, исследования ЮНКТАД подчеркивают, что *для извлечения преимуществ от реализации программы освобождения от ответственности соответствующая юрисдикция должна активно бороться с картелями. В отсутствие такой борьбы усилия, потраченные на реализацию программы освобождения от ответственности, могут оказаться напрасными*⁵⁸. Следовательно, национальные или региональные антимонопольные органы должны иметь устойчивую практику выявления картелей (расследования по собственной инициативе) и наложения существенных санкций, а также активно обеспечивать применение своего антимонопольного законодательства.

б. Контроль за экономической концентрацией для Евразийского союза

Контроль за экономической концентрацией представляет собой один из краеугольных камней системы конкурентного регулирования, направленный на сохранение конкурентной структуры рынков: «Экономическая концентрация влияет на состав и структуру рынка, а также на области политики за пределами сферы конкуренции. Например, большая доля прямых иностранных инвестиций (ПИИ) принимает форму слияний и поглощений и часто поощряется правительствами, в частности, в развивающихся странах, стремящихся к экономическому росту»⁵⁹

Большинству развивающихся стран и стран с переходной экономикой «...свойственно государственное вмешательство, они находятся на переходном этапе либерализации, приватизации и децентрализации, сталкиваясь при этом с внедрением

⁵⁷ ЮНКТАД, см. выше примечание 54 на стр. 16.

⁵⁸ Там же, стр. 15.

⁵⁹ ЮНКТАД, Роль адвокатирования в сфере конкуренции, контроля слияний и эффективного правоприменения в период экономических неурядиц, TD/RBP/CONF.7/6 (2010 г.), доступно по ссылке https://unctad.org/en/Docs/trdbpconf7d6_en.pdf, страница 4.

новых технологий в производственный процесс. Соответственно, этап перехода каждой экономики и степень реализации принципов либерализации являются ключевыми факторами при внедрении и применении конкурентного законодательства.»⁶⁰

Таким образом, контроль за экономической концентрацией является важным инструментом для антимонопольных органов, позволяющим им предотвращать нарушения и обеспечивать защиту конкуренции на рынках. Вследствие глобализации международное сотрудничество при контроле за слияниями как в развитых, так и в развивающихся странах, привлекает внимание во всем мире в течение нескольких лет. ЮНКТАД подготовила информационную записку⁶¹ для обсуждения данной темы на Седьмой конференции ООН о пересмотре Комплекса принципов и правил о конкуренции в 2015 году.⁶²

Большинство конкурентных законодательств во всем мире предусматривают положения о контроле за экономической концентрацией. Однако содержание и применение данных положений варьируются в разных юрисдикциях, в том числе различаются следующие факторы⁶³:

- Правовые положения и политика правоприменения в отношении разных типов сделок;
- Учитываемые структурные и поведенческие факторы, а также их относительная важность, включая долю рынка и/или пороговые значения по обороту компаний, которые могут стать основанием для начала проверки со стороны антимонопольных органов, а также критерии антиконкурентного поведения, в соответствии с которыми соглашение может быть запрещено;
- Оценка показателей эффективности и положения об отказе от конкуренции;
- Охват и структура исключений;

- Процедурные формальности, например, добровольные или обязательные уведомления о сделках, удовлетворяющих требованиям определенного оборота или доли рынка, или же возможности последующего вмешательства с целью недопущения сделки, а также средства восстановления конкуренции или санкции.

Несмотря на вышеизложенное, множество конкурентных режимов имеют больше сходств, чем различий в том, что касается вопросов отношения к экономической концентрации. В последние годы некоторые страны внедрили специальные нормы о регулировании экономической концентрации; а также, в русле тенденции по принятию или реформированию конкурентного законодательства, многие страны приняли или реформировали систему контроля за сделками.

В любом случае, контроль за экономической концентрацией действительно является одним из краеугольных камней конкурентной системы, поскольку он имеет целью сохранение конкурентной структуры рынков, несмотря на осуществляемые слияния или поглощения. Анализ экономической концентрации требует диалога со сторонами на протяжении всей процедуры, при этом следует поощрять третьи заинтересованные стороны предоставлять комментарии и информацию, которая может оказаться полезной для оценки, проводимой антимонопольным органом. Кроме того, возможность разрешения сделок под условием позволяет антимонопольному органу сохранять и развивать конкуренцию на рассматриваемых рынках.

Правила контроля за экономической концентрацией следует разрабатывать особенно тщательно, так как от этого вопроса зависит уровень доверия к любому антимонопольному органу, что особенно важно для молодых или небольших ведомств.⁶⁴

⁶⁰ ЮНКТАД, Проблемы, связанные с разработкой законодательства по контролю за экономической концентрацией для молодых и небольших антимонопольных органов, TD/B/C.I/CLP/45 (2017 г.), доступно по ссылке http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd45_en.pdf, страница 3.

⁶¹ ЮНКТАД, Международное сотрудничество при контроле за экономической концентрацией как инструмент эффективного применения антимонопольного законодательства, TD/RBP/CONF.8/4, доступно по ссылке https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpcnf8d4_en.pdf.

⁶² Повестка дня и документы доступны по ссылке: <https://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=609>.

⁶³ ЮНКТАД, Модельный закон о конкуренции - Часть 2, Комментарии (2018 г.): Пересмотренная версия, глава VI, TD/B/C.I/CLP/L.10 (2018 г.) 17, доступно по ссылке https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpL10_en.pdf (дата последнего обращения: 1 марта 2019 года), стр. 3.

⁶⁴ Там же, стр. 3.

Молодые ведомства, такие как Комиссия в евразийском регионе, для разработки законодательства по контролю за экономической концентрацией может принять во внимание следующие базовые элементы. Во-первых, определение экономической концентрации с использованием критериев и определенных порогов, значимых для выявления сделок должно учитывать обстоятельства Евразийского союза. Во-вторых, определение того, будет ли режим контроля за сделками предварительным согласованием, последующим уведомлением или системой добровольного контроля, исходя из конкретных региональных обстоятельств и способов ведения коммерческой деятельности в евразийском регионе. И, наконец, третий аспект относится к критериям, применяемым к уведомлению о сделке (пороговым значениям), которые должны быть четкими, доступными и основанными на объективно измеримых количественных критериях.⁶⁵

В своих последних исследованиях ЮНКТАД описала принципы, связанные со скоростью, прозрачностью и уважением права на защиту, которым необходимо следовать при разработке процедуры. В данной связи, при разработке эффективного режима контроля за экономической концентрацией необходимо учитывать аспекты, связанные со сроками подачи и формой уведомления, сроками анализа сделки, доступом к документам и прозрачностью, независимо от того, на каком уровне применяется данный режим контроля - на национальном или же на региональном.⁶⁶

И, наконец, ЮНКТАД подчеркивает, что модели контроля за экономической концентрацией, применяемые в развитых странах, являются важным ориентиром, но ни одна из них не будет полностью подходить молодым и небольшим ведомствам в развивающихся странах. В действительности, разработанные модели обладают некоторыми преимуществами, но будут полезны скорее как справочный источник, нежели как основа для формирования собственного права. При разработке системы контроля за экономической концентрацией молодым и небольшим ведомствам рекомендуется учитывать наиболее оптимальные способы защиты интересов общества, рыночных структур и потребителей. Разработка таких режимов обуславливается экономическими, политическими,

социальными и институциональными характеристиками каждой юрисдикции. Вместе с тем, стремясь к достижению эффективности системы в целом, следует учитывать принципы правовой защищенности и исполнения надлежащих правовых процедур.⁶⁷

D. АНАЛИЗ СПЕЦИАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЕЭК

а. Критерии отнесения рынка к трансграничному

Введение

Как указывалось ранее, пункт 2 статьи 74 устанавливает два разных правила: второе правило гласит, что «*Положения настоящего раздела распространяются на отношения, связанные с [...] и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов...*»⁶⁸ [подчеркивается]

Решение №29 Высшего Евразийского экономического совета «Об утверждении критериев отнесения рынка к трансграничному» (2012 год) определяет компетенцию Евразийской экономической комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции, если нарушение отрицательно влияет на конкуренцию на соответствующем рынке двух или более государств-членов в ЕАЭС. В данном отношении ЕЭК обладает исключительной компетенцией по рассмотрению конкурентных дел на трансграничных рынках, а НКВ государств-членов ЕАЭС обладают прерогативой по расследованию дел в области конкуренции, затрагивающих только их внутренние рынки.

Отнесение компетенции к двум ведомствам в регионе впервые определяется пунктами 8 и 9 Приложения 19⁶⁹. Пункт 9 определяет отнесение к компетенции ЕЭК, если нарушение имеет влияние на трансграничном уровне в Евразийском регионе, за исключением финансовых рынков, в отношении которых должно применяться национальное законодательство государств-членов.

⁶⁵ Там же, стр. 4–7.

⁶⁶ Там же, стр. 7–9.

⁶⁷ Там же, стр. 13.

⁶⁸ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 23 выше, в 77.

⁶⁹ Евразийская экономическая комиссия, см. сноску 4 выше, на с. 10.

Высший Евразийский экономический совет в некоторых случаях может принимать решения по конкретным направлениям вместо Евразийской экономической комиссии в соответствии с п. 2 статьи 12 Договора о ЕАЭС. Решение 29, связанное с «Критериями отнесения рынка к трансграничному» является примером данного утверждения.

В ЕС, напротив, именно Европейская Комиссия выпустила разъяснение о концепции влияния на торговлю, приведенной в статьях 101 и 102 ДФЕС.⁷⁰

ЮНКТАД проводил исследования, посвященные вопросу разделения компетенций между региональными и национальными конкурентными ведомствами. Было определено два вида структур (централизованные и децентрализованные), имеющих свои положительные или отрицательные стороны с точки зрения эффективности применения регионального антимонопольного права⁷¹. Например, утверждается, что децентрализованные системы могут лучше решать проблему информационной асимметрии между антимонопольными органами и предприятиями, поскольку компаниям было бы легче предоставлять информацию национальным органам, нежели наднациональным⁷². В свою очередь, при централизованном применении региональных норм, как в случае с ЕАЭС, возможно сокращение или исключение внешних факторов. В такой системе действует эффект масштаба и экономия на операционных издержках за счет единообразного применения общих правил конкуренции наднациональными органами, действующими по принципу одного окна при принятии решений по антиконкурентным делам.

Региональное конкурентное ведомство в ЕАЭС действует в рамках централизованного механизма правоприменения (исключительная компетенция в отношении антиконкурентных практик на региональных рынках), как указано в рассматриваемом решении Высшего Евразийского совета. Но если ставить цель усовершенствования норм, может пригодиться опыт других региональных экономических организаций, например, конкурентная система Европейского союза.

Также следует отметить опыт Западноафриканского экономического и валютного союза (ЗАЭВС) в Африке. Отчет ЮНКТАД по результатам проведенного экспертного обзора в ЗАЭВС, а также в Бенине и Сенегале⁷³ в 2007 году, среди причин, по которым региональное ведомство не возбуждало реальных дел на региональном уровне, упоминает исключительную компетенцию.⁷⁴

Иными словами, необходимо проявлять осторожность в вопросе того, как предоставить региональному органу исключительную компетенцию и централизованно применять региональные правила конкуренции. Ниже представлена оценка некоторых основных положений Решения о трансграничных рынках.

Конкретные положения рассматриваемого решения

2. *В целях применения общих правил конкуренции, установленных в статье 76 Договора, рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств-членов.⁷⁵*

⁷⁰ Комиссия ЕС, *Разъяснение Комиссии - Рекомендации по понятию воздействия на торговлю, рассматриваемому в статьях 81 и 82 Договора (Текст применим в ЕЭС), Официальный бюллетень С 101, 27/04/2004 P. 0081 - 0096*, доступно по ссылке [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN) (последнее посещение 12 марта 2019 г.).

⁷¹ В централизованных структурах центральный антимонопольный орган обладает исключительной компетенцией правоприменения. В децентрализованных структурах антимонопольные органы делегируют часть своих полномочий по правоприменению национальным/государственным антимонопольным органам. См. Секретариат ЮНКТАД, см. сноску 48 выше, на с. 3.

⁷² Это называется отношениями принципала и агента. В контексте конкуренции национальные и наднациональные антимонопольные органы считаются принципалами, а предприятия - агентами. Агенты могут скрывать или предоставлять ложную информацию органам в целях защиты своих интересов. Там же.

⁷³ Секретариат ЮНКТАД, сноска 17 выше. Действительно, в докладе говорится следующее: «...система подверглась резкой критике со стороны некоторых субъектов в отношении взаимосвязи между двумя законодательными уровнями, особенно в странах, где законодательство и политика в области конкуренции уже существовали. Эти замечания могут также объяснить нежелание применять местное законодательство. В Сенегале, в частности, принцип эксклюзивности воспринимается как препятствие для работы в этой области Министерства торговли и Комиссии по конкуренции, и представляет собой психологический барьер...» Недавний анализ конкуренции в странах Африки к югу от Сахары подтверждает этот вывод (Е. М. Фокс и М. Бакхоум, Как обеспечить эффективность рынков для Африки.): Рынки, развитие и конкурентное право в странах Африки к югу от Сахары (2019 г.).

⁷⁴ Фокс и Бакхоум, см. ссылку 73.

⁷⁵ Высший Евразийский экономический совет, РЕШЕНИЕ № 29 ОБ УТВЕРЖДЕНИИ КРИТЕРИЕВ ОТНЕСЕНИЯ РЫНКА К ТРАНСГРАНИЧНОМУ, 19 декабря 2012 года.

Понятие «трансграничного рынка» определяется критериями географических границ соответствующего рынка и «воздействия на торговлю между государствами-членами» Европейского конкурентного законодательства. В разъяснениях Европейской Комиссии относительно применения европейских правил конкуренции критерий «воздействия на торговлю между государствами-членами» включает в себя три элемента: (а) «торговлю между государствами-членами», (b) толкование значения фразы «может повлиять», и (с) концепция «возможности оценки влияния».⁷⁶

Что касается первого элемента, в соответствии с упомянутым Разъяснением Европейской Комиссии требование о «воздействии на торговлю между государствами-членами»... подразумевает обязательное влияние на трансграничную экономическую деятельность, в которой участвуют, по меньшей мере, два государства-члена⁷⁷. В данной связи следует упомянуть, что Евразийская экономическая комиссия (ЕЭК) также рассматривает дела, если они касаются рынков разных государств на территории ЕАЭС. Таким образом, данная концепция похожа на определение трансграничного рынка ЕЭК.

Кроме того, в соответствии с конкурентными нормами ЕС третий критерий относится к влиянию на торговлю на едином рынке ЕС. В этом случае критерий воздействия на торговлю является автономным юрисдикционным критерием, который необходимо оценивать отдельно в каждом случае⁷⁸. Возвращаясь к ЕЭК, из критерия «географические границы товарного рынка включают в себя территории двух или более государств-членов» представляется, что ЕЭК должна прояснить вопрос юрисдикции с учетом централизованной системы Договора.

Норму, указанную выше, следует читать в связке с п. 2 статьи 74, которая определяет охват действия норм Договора о ЕАЭС. И действительно, п. 2 статьи 74 предусматривает, что положения распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут

«... 3. Пресечение нарушений хозяйствующими субъектами <*> запретов, установленных в пункте 2 статьи 76 Договора, осуществляется Евразийской экономической комиссией, если (...) хозяйствующий субъект, действия которого нарушают установленный запрет, и хозяйствующий субъект - конкурент (конкуренты), которому (которым) причинен или может быть причинен ущерб либо нанесен или может быть нанесен вред деловой репутации в результате совершения таких действий, зарегистрированы на территориях разных государств-членов...»⁷⁹

оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов... как это сказано и в п.7 статьи 76. В дополнение п. 9 Приложения 19 говорит, что «Пресечение нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) **государств-членов**, а также физическими лицами и некоммерческими организациями **государств-членов**, не являющимися хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), общих правил конкуренции, установленных статьей 76 Договора, осуществляется Комиссией, если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию **на трансграничных рынках**».

Более того, п. 14 Приложения 19 говорит «Решения Комиссии о наложении штрафа, решения Комиссии, обязывающие нарушителя совершать определенные действия, являются исполнительными документами и подлежат исполнению органами принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц государства-члена, на территории которого зарегистрированы совершившие правонарушение хозяйствующий субъект (субъект рынка), некоммерческая организация, не являющаяся хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), или на территории которого постоянно или временно проживает совершившее правонарушение физическое лицо...»

⁷⁶ Комиссия ЕС, см. сноску 71 выше, в пункте 18.

⁷⁷ Не требуется, чтобы соглашение или практика влияли на торговлю между одним целым государством-членом и другим целым государством-членом. Текущие статьи 101 и 102 могут также применяться в случаях, когда участвует какая-либо часть государства-члена, при условии существенного воздействия на торговлю (13) См. в: Там же, в пункте 21.

⁷⁸ Там же, в пункте 12.

⁷⁹ Высший Евразийский Экономический Совет, примечание 77 выше.

После совместного прочтения всех этих норм, включая Приложение 19, можно заключить, что ЕЭК не имеет полномочий преследовать компании, которые не зарегистрированы на территориях государств-членов Союза.

5. Пресечение нарушений хозяйствующими субъектами запретов, установленных в пункте 1 статьи 76 Договора, осуществляется Евразийской экономической комиссией, если в совокупности выполняются следующие условия:

(...)

или

совокупная доля объема реализации или закупки нескольких хозяйствующих субъектов, каждый из которых занимает доминирующее положение на товарном рынке, соответствующем критериям, установленным пунктом 2 настоящих Критериев, и чьи действия приводят к нарушению установленного запрета, от объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов, затронутого нарушением, составляет для не более чем трех хозяйствующих субъектов - не менее 50 процентов, либо не более чем для четырех хозяйствующих субъектов - не менее 70 процентов (настоящее Положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 15 процентов на территории каждого из государств-членов);

(...)

Критерии, изложенные в пункте 5, представляются достаточно подробными для определения регионального рынка, затронутого антиконкурентной практикой. Тем не менее, в соответствии с прецедентным правом ЕС⁸⁰ при оценке соответствующего рынка

на региональном уровне будет уместным включить в оценку соответствующего рынка дополнительный критерий, относящийся к «продуктовым границам рынка», при этом объем продаж должен определяться только после установления соответствующих продуктовых границ рынка и только для товара, на который повлияла антиконкурентная практика.

Например, в решении Европейской Комиссии против картеля на рынке «малых герметичных поршневых компрессоров», продуктовые границы рынка были определены специально для расчета штрафов, налагаемых на нарушителей, исключительно на основании продаж на рынке конкретного товара, а не общего рынка компрессоров⁸¹. Недавно в решении по экономической концентрации от апреля 2019 г. Комиссия одобрила слияние производителей на рынке холодильных компрессоров на основании специфики продуктового рынка и применения товара.⁸² Однако в данном случае определение соответствующего рынка, представленное Комиссией, должно было обеспечить более широкую область применения товара, на что указал Комиссар по конкуренции ЕС: «У большинства людей дома имеется, по меньшей мере, один холодильный компрессор - в холодильнике или в морозилке. Они также используются в ресторанах или магазинах, в аппаратах для охлаждения напитков или охлаждаемых прилавках для мороженого. Условия, на которых мы одобрили приобретение компанией Nidex компании Embraco, обеспечивают сохранение эффективной конкуренции в данной отрасли, поэтому отраслевым заказчикам и конечным потребителям не будет причинен какой-либо ущерб вследствие более высоких цен или меньшего выбора. Мы также хотели обеспечить жизнеспособность заводов, которые перейдут к Nidex.»⁸³

б. Порядок защиты конфиденциальной информации⁸⁴

Защита конфиденциальной информации играет важное значение для применения Евразийских региональных правил конкуренции. При этом, доступ к документам по антимонопольным делам, как правило,

⁸⁰ Европейская Комиссия, Решение Комиссии относительно процедуры в соответствии со статьей 101 Договора о функционировании Европейского Союза и статьи 53 Соглашения о создании ЕЭЗ (COMP/39600 - Холодильные компрессоры), 12 июля 2011 г., доступно по ссылке http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39600/39600_2147_3.pdf (последнее посещение 3 июня 2019 г.) ПРЕСС-РЕЛИЗЫ - Пресс-релиз - Слияния: Комиссия одобряет приобретение компанией Nidex компании Embraco, на определенных условиях, доступно по ссылке http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2136_en.htm (последнее посещение 3 июня 2019 г.).

⁸¹ Европейская комиссия, сноска 83 выше, на стр. 4.

⁸² Европейская комиссия, примечание 83 выше.

⁸³ Там же.

⁸⁴ ЕЭК, Соглашение о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении евразийской экономической комиссией полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции, ноябрь 2014 г.

гарантируется на основании принципа надлежащей правовой процедуры, позволяющего обеспечить право на защиту для сторон, а также участие заинтересованных третьих лиц (истца)⁸⁵. Кроме того, для облегчения взаимодействия в Евразийском регионе установленные процедуры должны обеспечивать возможность обмена информацией между национальными антимонопольными органами государств-членов ЕАЭС (в соответствии с Главой V Приложения 19), а также обмена информацией между ЕЭК и национальными антимонопольными органами (в соответствии с Главой VI Приложения 19).⁸⁶

Что касается определения конфиденциальной информации, в статье 2 рассматриваемого Порядка в него включаются: «...без ущерба для пункта 2 статьи 1 настоящего Соглашения все виды информации, защищаемые нормативными правовыми актами Сторон»⁸⁷. В пункте 2 статьи 1 того же Порядка обозначено исключение, относящееся к

«отношениям, связанным с защитой информации, относящейся в соответствии с законодательством Сторон к государственной тайне (государственным секретам)». В любом случае представляется, что определение конфиденциальной информации дано в различных национальных нормативно-правовых актах государств-членов Евразийского союза.

Кажется, на международном уровне отсутствует общее понимание того, какую информацию считать конфиденциальной при обмене между различными антимонопольными органами, поскольку стандарты и способы такого определения отличаются в разных странах и разных правовых системах. В 2013 году по результатам исследования ОЭСР/МКС были сделаны выводы о том, что в юрисдикциях применяются один или несколько из следующих критериев для определения конфиденциальной информации, относящейся к антимонопольному законодательству: характер и тип информации, способ сбора

2. Меры по защите конфиденциальной информации должны обеспечивать:

- 1) предупреждение возможности нарушения порядка доступа к конфиденциальной информации и порядка обращения с ней;
- 2) предотвращение несанкционированного доступа к конфиденциальной информации и (или) передачи ее лицам, не имеющим права доступа к конфиденциальной информации;
- 3) своевременное обнаружение и пресечение несанкционированного доступа к конфиденциальной информации;
- 4) постоянный контроль за обеспечением уровня защищенности конфиденциальной информации;
- 5) недопущение воздействия на технические средства обработки конфиденциальной информации, в результате которого нарушается их функционирование;
- 6) учет лиц, получивших доступ к конфиденциальной информации, и лиц, которым конфиденциальная информация была предоставлена или передана.

⁸⁵ В Разделе E Комплекса принципов и правил конкуренции ООН (1985) признается необходимость в надлежащем судопроизводстве. Принципы и правила для государств на национальном, региональном и субрегиональном уровнях, номер 3: «Государства, контролируя ограничительную деловую практику, должны обеспечить справедливое и объективное отношение к предприятиям, на одинаковой основе, а также в соответствии с установленным порядком судопроизводства. Законы и нормы должны быть доступны широкой общественности по первому требованию» Кроме того, в пункте 5 данного раздела рассматривается вопрос защиты конфиденциальной информации: «Если в целях контроля ограничительной деловой практики Государство получает информацию от предприятий, законно владеющих коммерческой тайной, оно должно принять разумные меры для защиты такой информации, стандартно принимаемые в данной области, в частности, защищать ее конфиденциальность». Доступно по ссылке <https://unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>. В Модельном законе ЮНКТАД данная проблема также рассматривается в Главе II: «Конфиденциальность 1. Принятие разумных мер для защиты информации, получаемой от предприятий, законно владеющих коммерческой тайной, в целях защиты ее конфиденциальности. 2. Защита лиц, предоставляющих информацию антимонопольным органам, а также тех, кому необходима конфиденциальность для защиты от экономических ответных мер. 3. Защита содержания государственных переговоров по текущим или все еще не завершенным вопросам».

⁸⁶ В пункте 1 Раздела C Комплекса принципов и правил конкуренции ООН также признается необходимость в обмене информацией как способе эффективного применения антимонопольного законодательства (3).

⁸⁷ ЕЭК, см. сноску 87 выше.

информации, цель сбора или предоставления информации и как ее определяют стороны.⁸⁸

Рассматриваемый Порядок включают в себя несколько положений о защите конфиденциальной информации, гарантирующих добросовестность расследования и процессуальных действий. Некоторые из данных положений включены в пункт 2 статьи 3. (см. поле ниже)

Хотя данные положения статей 4 и 5 обеспечивают всестороннюю защиту при обращении с конфиденциальной информацией, в том числе, касательно ответственности за раскрытие конфиденциальной информации в соответствии со статьей 6, не существует специального положения, уточняющего, как ЕЭК будет определять уровень конфиденциальности при получении информации от частных компаний. Единственная связанная ссылка - это что предоставляемая «информация» «утрачивает статус конфиденциальной, если к такой информации ее обладателем предоставлен неопределенному кругу лиц свободный доступ...» в соответствии с пунктом 6 статьи 3. Однако в статье 9 Решения ЕЭК №97 от 23 ноября 2012 года о Порядке рассмотрения заявлений, утверждается следующее:

9. Конфиденциальная информация, содержащаяся в документах и сведениях, не может служить основанием для отказа в их предоставлении в Комиссию. При этом в заявлении (материалах) указывается исчерпывающий перечень документов и сведений, содержащих конфиденциальную информацию.

Порядок защиты представленной в Комиссию конфиденциальной информации и ответственность членов Коллегии, должностных лиц и сотрудников Комиссии за ее разглашение устанавливаются международным договором в рамках Евразийского экономического союза, предусмотренным пунктом 80 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору).

В любом случае, представляется, что проверка конфиденциальности, которую проводит ЕЭК, могла бы быть более тщательной, содействуя гармонизации подходов антимонопольных органов государств-членов. В будущем гармонизированном толковании конфиденциальной информации следует учитывать следующие элементы:

- **Характер и тип информации:** это касается того, повредит ли раскрытие информация коммерческим интересам предоставляющего информацию лица/источника. В упомянутом исследовании ОЭСР/МКС большинство респондентов отнесли коммерческую тайну к конфиденциальной информации, но некоторые ведомства исходили из других ориентиров⁸⁹. Например, в законодательстве ЕС конфиденциальная информация связана с термином «профессиональная тайна», которую должен соблюдать каждый чиновник ЕС и которая распространяется на все виды информации, связанные с компаниями (предприятиями в значении, предусмотренном конкурентным законодательством ЕС), их деловыми отношениями или структурой расходов⁹⁰. При таком определении термин «коммерческие секреты» охватывает техническую или финансовую информацию касательно «ноу-хау предприятий, методов оценки расходов, секретов производства и процессов, источников поставок, производимых и продаваемых объемов, долей рынка, списков заказчиков и дистрибьюторов, маркетинговых планов, структуры издержек и цен, а также стратегии продаж»⁹¹. Кроме того, понятие конфиденциальной информации, принятое в законодательстве ЕС, включает в себя прочие типы информации, требующие защиты, как, например, «информация, которая позволила бы сторонам установить истцов или иных третьих лиц, если они выразили обоснованное

⁸⁸ ОЭСР и МКС, Отчет Секретариата по исследованию ОЭСР/МКС международного сотрудничества в области правоприменения, Международное сотрудничество в области правоприменения (2013 год), доступно по ссылке <http://www.oecd.org/daf/competition/Inter-nEnforcementCooperation2013.pdf> (последнее посещение 25 февраля 2017 г.).

⁸⁹ Прочие респонденты исследования посчитали конфиденциальной любую информацию, наносящую ущерб коммерческой позиции субъекта. Там же, на с. 128. Нет ли связи?

⁹⁰ См. Регламент ЕС № 1/2003, статья 12 - Обмен информацией; статья 28 - Профессиональная тайна; см. также ДИРЕКТОРАТ ЕС ПО КОНКУРЕНЦИИ Лучшие практики раскрытия информации в ознакомительных комнатах в порядке, предусмотренном статьями 101 и 102 ДФЕС, а также в соответствии с Регламентом ЕС о слиянии, доступно по ссылке <http://ec.europa.eu/comDetition/mergers/legislation/disclosure information data rooms en.pdf>.

⁹¹ Документы от Евросоюза - Обсуждение способов определения конфиденциальной информации, DAF/COMP/WP3/WD(2013)57 (2013), доступно по ссылке http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013_oct_confidential%20information_en.pdf (последнее посещение 24 марта 2017 г.), на с. 3.

желание остаться анонимными». Прочая конфиденциальная информация также включает в себя военные тайны.

- **Способ сбора информации:** большинство респондентов ОЭСР/МКС заявили, что они «считали бы конфиденциальной любую информацию, получаемую конкурентным органом в ходе исполнения его официальных обязанностей и функций», если только она не относится к основным признакам нарушения, необходимым для обеспечения права на защиту.⁹²
- **Цель, для которой собиралась или предоставлялась информация:** если информация предоставляется для уведомления о слиянии, она не должна использоваться ведомством в производстве по другим делам, рассматриваемым им, например, в расследовании по картелям⁹³. Однако конкуренты и/или третьи лица могут заявить о законном праве на доступ к части документов и информации, предоставляемой сторонами в ходе согласования сделки.
- **Способ ее определения сторонами:** в ходе расследования, несмотря на то, что стороны могут определить информацию как конфиденциальную, оценка наличия и степени конфиденциальности информации остается на усмотрение правоприменяющего органа; при этом следует помнить о необходимости соблюдения баланса между правом на защиту и правом на доступ к конфиденциальной информации. Кроме того, ведомству может потребоваться защитить важную информацию, например, связанную с секретностью проводимого расследования, о чем должно быть принято отдельное решение. Если для обеспечения единообразной практики ЕЭК планирует разрабатывать единый для государств-членов тест на конфиденциальность

информации, данный элемент должен быть обязательно учтен.

с. **Порядки рассмотрения заявлений, проведения расследования нарушений и рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции**

Введение

В Решениях 97, 98 и 99 (принятых 23 ноября 2012 г.) Совета ЕЭК рассматриваются три разных этапа рассмотрения Комиссией дел о нарушении конкуренции: 1) направление заявлений и их рассмотрение [Решение 97]; 2) проведение расследования [Решение 98]; и 3) рассмотрение дела [Решение 99].

Хотя три данных документа являются взаимосвязанными и могли быть приняты в виде одного документа, Совет решил принять три разных решения для обеспечения четкого понимания входящих в них этапов. ЕЭК сообщила, что это не создает каких-либо трудностей для хозяйствующих субъектов, равно как не ставит каких-либо вопросов для государств-членов ЕАЭС. Что касается международной практики, региональное конкурентное законодательство Общего рынка Восточной и Южной Африки (КОМЕСА) включает в себя процессуальную оценку регионального антиконкурентного поведения, что ЕЭК может принять во внимание для облегчения понимания порядка применения правил конкуренции.⁹⁴

В главе X Модельного закона ЮНКТАД о конкуренции рассматриваются «Функции и полномочия уполномоченного органа», т.е. конкурентных ведомств. В комментариях к Модельному закону ЮНКТАД о конкуренции⁹⁵ (Часть 2, Глава X) предлагается, чтобы функции и полномочия, связанные с мандатом конкурентного органа, были описаны в конкурентном законодательстве, подчеркивая важность применения законодательства на основе принципов верховенства закона, надлежащего производства и прозрачности.⁹⁶

⁹² ОЭСР и МКС, см. сноску 91 выше, на с. 128.

⁹³ Там же.

⁹⁴ Официальный бюллетень КОМЕСА, Конкурентное законодательство КОМЕСА по состоянию на декабрь 2004 г., 20 ноября 2012 г., доступно по ссылке https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf (последнее посещение 18 апреля 2019 г.).

⁹⁵ Часть 2 описывает комментарии, собираемые и регулярно обновляемые на основании публикаций и правоприменительной практики антимонопольных органов во всем мире.

⁹⁶ Секретариат ЮНКТАД, *Модельный закон о конкуренции. Глава X. Функции и полномочия уполномоченного органа*, «I. Функции и полномочия уполномоченного органа могут включать в себя (в качестве примера): (а) направление запросов и проведение расследований, в том числе, в связи с получением жалоб; (б) Принятие необходимых решений, включая наложение санкций или

Решение 97 описывает порядок рассмотрения заявлений, или жалоб, в том числе, требования, которые заявители должны выполнить, чтобы Комиссия могла принять заявление. Решением 98 предусмотрены определенные основания для проведения расследования Комиссией дел, а в Решении 99 рассматривается процесс определения наличия или отсутствия нарушения посредством проведения заседаний.

Если на первый взгляд ЕЭК объединяет как следственные функции, так и функции по вынесению решений в рамках одного регионального ведомства, то на практике расследование проводится определенным департаментом ЕЭК, дело рассматривается специальной комиссией, которая формируется для каждого конкретного случая. В дальнейшем окончательное решение о нарушении принимает Коллегия министров ЕЭК в составе 10 человек. В то же время окончательное решение ЕЭК может быть обжаловано в Суде ЕАЭС, так же, как и в рамках Европейского Союза. Это похоже на модель ЕС, в которой Европейская комиссия уполномочена проводить расследования и принимать решения в отношении антиконкурентного поведения, нарушающего европейские правила конкуренции (что осуществляется различными департаментами и подразделениями с учетом механизмов сдержек и противовесов), при этом ее решения могут быть обжалованы и пересмотрены в Европейском суде.⁹⁷

Комплекс принципов и правил конкуренции ООН признает приоритетными национальные цели экономического и социального развития и существующие экономические структуры государств-членов, желающих внедрить антимонопольную политику в своих юрисдикциях. Кроме того, Модельный закон ЮНКТАД о конкуренции предполагает, что в большинстве юрисдикций структура ведомств существенно зависит от ситуации в конкретном государстве, и не существует единой модели, которая была бы оптимальна для всех стран и регионов⁹⁸. В

любом случае рекомендуется осуществлять судебный надзор за правоприменительными решениями антимонопольных органов как через гражданские, так и арбитражные или специальные суды, что необходимо для обеспечения соблюдения верховенства закона и надлежащего производства. (Глава XII - Апелляции).⁹⁹

*Анализ конкретных положений
Решение 97*

12. (...)Заявление (материалы), направленные в Комиссию с нарушением требований к их оформлению, указанных в пунктах 5 – 8 настоящего Порядка, **не подлежат рассмотрению по существу** и в срок, не превышающий 5 рабочих дней с даты их получения уполномоченным структурным подразделением Комиссии, возвращаются заявителю с указанием оснований оставления заявления (материалов) без рассмотрения.

Решение 97 определяет случаи, когда заявления не подлежат рассмотрению, устанавливая ЕЭК крайний срок для ответа. Формулировка «по существу» (пункт 12) может вызвать некоторую путаницу, поскольку в данном случае оценивается только соответствие процедурным требованиям. По этой причине предпочтительно ее удалить.

*Комментарии по вопросу «признаки нарушения»
Решение 98*

2. Расследование нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках (далее - расследование) проводится в целях:

1) **установления признаков нарушения** общих правил конкуренции на трансграничных рынках

рекомендации о таком наложении ответственности министру; (с) Проведение исследований, публикация отчетов и предоставление информации общественности; (d) Утверждение форм документов и ведение реестра или реестров уведомлений; (e) Составление и публикация нормативных положений; (f) Содействие в подготовке, внесении поправок или пересмотре законодательства об ограничительной деловой практике или о смежных областях регулирования и антимонопольной политики; (g) Стимулирование обмена информацией с другими государствами и Часть 2 Комментарии к Главе X (2011 год) (TD/B/C.I/CLP/L.3 (2011), доступно по ссылке http://unctad.org/en/Docs/cicpl3_en.pdf), на с. 2.

⁹⁷ См. Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16 декабря 2002 г. о реализации правил конкуренции, изложенных в статьях 81 и 82 Договора.

⁹⁸ Секретариат ЮНКТАД, см. сноску 87 выше.

⁹⁹ Модельный закон ЮНКТАД, Глава XII – «Оспаривание решений» - «1. Требование о пересмотре уполномоченным органом своих решений в свете изменившихся обстоятельств. 2. Предоставление предприятию или физическому лицу возможности обжалования в течение () дней (соответствующий судебный орган) решения уполномоченного органа полностью или частично, либо существенной правовой нормы».

Пункт 2.1 Решения 98 вызывает некоторые замечания в отношении формулировки: как и пункт 13.1 Решения 97 оно предлагает определить «признаки нарушения» общих правил конкуренции. Однако этот термин нигде в евразийском праве четко не определен. Возникают вопросы относительно того, каким может быть его юридический смысл, как его обосновывать, какая аргументация лежит в его основе и рассматривалась ли уже данная проблема в прецедентном праве. ЕЭК понимает, что термин «признаки нарушения» относится к некоторой информации, которая определяет возможное нарушение, но не сопровождается существенными доказательствами.¹⁰⁰

В пункте 13.2 Решения 97 дополнительно развивается идея значимости определения «признаков нарушения» при принятии или непринятии «предложения».

Решение 97

13.2. Предложение не разрабатывается в одном из следующих случаев:

- 1) выявление **признаков** соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, запрещенных в соответствии со статьей 76 Договора;
- 2) выявление **признаков** злоупотребления доминирующим положением хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) в части установления, поддержания монополично высокой или монополично низкой цены товара;
- 3) выявление в действиях (бездействии) хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) **признаков** нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, по которым в течение предшествующих 24 месяцев было выдано предложение, либо было принято решение по итогам рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

С учетом повторения термина «признаки», по меньшей мере, в двух из трех решений (97 и 98), для улучшения последовательности, прозрачности и правовой определенности Евразийской антимонопольной системы необходимы дополнительные разъяснения.

Комментарии по вопросу «проектов предложений» Решение 97

13.1. В случае выявления возможных признаков нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках уполномоченное структурное подразделение Комиссии, (...) разрабатывает **проект предложения о совершении действий**, направленных на устранение таких признаков и обеспечение конкуренции на трансграничных рынках (далее - предложение), и направляет его **на согласование в уполномоченные органы и заявителю** (при наличии), а также в порядке информирования лиц, в действиях (бездействии) которого усматриваются возможные признаки нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, и органам государственной власти государств-членов, уполномоченным на взаимодействие с Комиссией.

В соответствии с рассматриваемым Решением 97, проекты предложений, составляемые Комиссией, должны быть приняты национальными антимонопольными органами. Направление таких проектов заявителю и предположительному нарушителю может быть оправданным, поскольку дает им возможность представить свое мнение в отношении данных проектов.

Принятые предложения, несомненно, являются инструментом, экономящим административные ресурсы как для ЕЭК, так и для национальных антимонопольных органов, поскольку их принятие позволяет завершить разбирательство и пресечь антиконкурентное поведение, хотя и не вынося штрафов. Это возможно, поскольку порядок направления предложения позволяет ЕЭК, национальным антимонопольным органам и компаниям взаимодействовать друг с другом, облегчая управление и реализацию. ЕЭК может эффективно использовать свои ограниченные ресурсы и быстро закрыть дело.

И, наконец, принятые предложения лучше адаптированы под ситуацию на рынке. В то же время ЕЭК сохраняет свою способность налагать штрафы, а также периодически начислять пени в случае несоблюдения условий принятого решения.

¹⁰⁰ Данная информация была предоставлена Евразийской экономической комиссией.

Несмотря на подчеркнутые преимущества, отсутствие полной правовой и экономической оценки антиконкурентной практики, о которой идет речь в таких решениях, не позволяет ЕЭК в полной мере рассмотреть дело, и не позволяет рынку извлечь из него уроки. Таким образом, данный инструмент может повлиять на консолидацию практики принятия решений ЕЭК.

В любом случае, на усмотрение ЕЭК существует широкий спектр мер по мониторингу прекращения антиконкурентной практики: обязательная отчетность со стороны субъекта(ов), которые являются адресатами согласованных предложений; разработка нормы об экспресс-проверке для учета возможного изменения обстоятельств; возможное использование доверенных лиц и/или внешних экспертов для предоставления заключений в случае необходимости; мониторинг рынков Комиссией в сотрудничестве с соответствующими национальными государственными органами, в том числе отраслевыми регуляторами.

d. Методика оценки состояния конкуренции

Оценка текущего состояния конкуренции на рынках является первым этапом в применении антимонопольного законодательства, поскольку, чтобы решить, какие участники конкурируют на рассматриваемом рынке, и определить, ограничивается ли конкуренция на данном рынке какими-либо деловыми практиками, должен быть определен соответствующий рынок. Если соответствующий рынок определяется узко, доля компании на рынке может увеличиться, а в противоположной ситуации, напротив, доля компании может уменьшиться.

С точки зрения регулирующих и правоприменительных органов для развития конкуренции на рынке могут применяться различные меры, например, устранение входных барьеров, открытие рынков для иностранцев, поддержка новичков посредством предоставления преимуществ. Кроме того, после оценки конкуренции на рынке правительства могут решить провести экономическую реструктуризацию.

Решение ЕЭК о методике оценки состояния конкуренции весьма своевременно и уместно, поскольку нормативно закрепляет способы экономического анализа и оценки степени концентрации рынка. Однако сложность правовых положений может иногда вызывать путаницу у заинтересованных лиц

и, следовательно, необходимость в дополнительных уточнениях и краткости.

Что касается определения «... географических границ товарного рынка» (ссылка), данное положение считается стандартным для многих юрисдикций, и большинство антимонопольных органов применяют данную концепцию¹⁰¹. Однако на практике данная норма приводит к различиям в толковании области и масштабов его применения. Поэтому при определении географического рынка ЕЭК мог бы учитывать следующие факторы:

- Характеристики товаров или услуг (септичность, изменяемость, хрупкость); и коммерческие возможности участников рынка (производственные мощности, дистрибьюторская сеть и т.д.);
- Транспортные расходы;
- Восприятие покупателей из разных регионов и соответствующее покупательское поведение;
- Восприятие продавцов из разных регионов и соответствующее торговое поведение;
- Прочие значимые факторы, например, различные применимые нормативно-правовые базы.

Тест «гипотетического монополиста» используется для определения соответствующего товарного рынка и географического рынка. Однако данный математический аналитический инструмент применяют преимущественно для определения продуктового рынка, нежели географического. Кроме того, стоит заменить тест «гипотетического монополиста» на Анализ критических потерь. Также, для определения соответствующего географического рынка преимущественно используется тест Элzingа-Хогарти (E-H). В данной связи ссылку на тест «гипотетического монополиста» стоит удалить, поскольку это не единственный способ определения соответствующего географического рынка.

28. *Определение географических границ товарного рынка осуществляется следующими методами: а) тест «гипотетического монополиста», который проводится в соответствии с пунктом 29 настоящей Методики;*

В поле ниже представлены рекомендуемые ЕЭК инструменты:

¹⁰¹ См. доклад «Определение географических границ рынков за рамками национальных границ» (DAF/COMP/WP3(2016)5) 30 сентября 2016 г., Рабочая группа № 3 по сотрудничеству и правоприменению Комитета ОЭСР по конкуренции, доступно по ссылке [https://one.oecd.org/document/DAF/CoMP/WP3\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/CoMP/WP3(2016)5/en/pdf).

① Анализ критических потерь (АКП)¹⁰²

АКП представляет собой инструмент экономического анализа, используемый для определения соответствующего товарного и географического рынка на основании теста «гипотетического монополиста».

А. Основная концепция

- Если компания повышает цену, продажи, как правило, уменьшаются, хотя никто не знает, увеличивается или уменьшается прибыль
- Анализ критических потерь оценивает, сколько продаж гипотетического монополиста должно несостояться, чтобы гипотетическое увеличение цены стало нерентабельным. Другими словами, «Критические потери» - это количество потерянных продаж в единицах, при котором прибыль осталась бы на прежнем уровне

В. Как рассчитать Критические потери (формула):

$$CL = \frac{X}{X+M}$$

X: % увеличения цены

M: % увеличения прибыли

С. Толкование: Если фактические потери выше критических потерь, можно поднять цену и прекратить расширять долю соответствующего рынка в связи с занятием доминирующего положения на рынке.

② Тест Элзинга-Хогарти (Е-Н)¹⁰³

Тест Элзинга-Хогарти (Е-Н) представляет собой метод определения географических границ рынка, предложенный в 1984 году Элзинга и Хогарти, и инструмент для анализа происхождения и назначения паттернов поведения потребителей

А. Основная концепция

Тест Е-Н заключается в рассмотрении того, сколько потребителей покидают территорию для получения товаров и услуг (отток) и сколько потребителей приходят на рассматриваемую территорию для получения товаров и услуг (приток). Как приток, так и отток играют важную роль в определении того, насколько можно увеличить цены на данной территории до того, пока повышение цены станет нерентабельным для бизнеса.

В. Как определять географические границы рынка при помощи теста Е-Н^{104,105}

Для определения географических границ соответствующего рынка в тесте Е-Н используется два понятия, LOFI и LIFO.

- LIFO («немного ввоза снаружи» (Little in From Outside)) = производство в определенной зоне / потребление в определенной зоне. Другими словами, если $1-LIFO \geq 75\%$ или 90% ¹⁰⁶, антимонопольному органу следует расширить соответствующий географический рынок. Как видно, по мере сокращения импорта LIFO приближается к единице.
- LOFI («немного вывоза изнутри» (Little Out From Inside)) = потребление в определенной зоне / производство в определенной зоне. Другими словами, если $1-LOFI \geq 75\%$ или 90% , антимонопольному органу следует расширить соответствующий географический рынок. Как видите, по мере сокращения экспорта LOFI также приближается к единице.

С. Толкование

Географические границы рынка – это та зона - это, в которой LIFO и LOFI превышают заданный порог, 75% или 90%. В таком случае антимонопольному органу следует расширить соответствующий географический рынок

¹⁰² Более подробное описание техники и последних дел приведено в документе «Последние наблюдения относительно Анализа критических потерь», составленном Барри К. Харрисом*.

¹⁰³ Г.Е. Фреч III и Джеймс Лангефельд Р. и Форрест МакКлюер, «Тесты Элзинга-Хогарти и альтернативные подходы к расчету рыночной доли на рынках лечебных учреждений», Бюллетень по антимонопольному законодательству (2004 год), с. 924-932.

¹⁰⁴ См. дело USDOJ & Oracle Co. (2003), <https://www.justice.gov/atr/case-document/findings-fact-conclusions-law-and-order-thereon>.

¹⁰⁵ см. KFTC, Приобретение Jinro Distillers Co. компанией Hite Brewery Co.(2006), file:///C:/Local%20Folder/Downloads/7.%20Acquisition%20of%20Jinro%20Distillers%20Co.%20by%20Hite%20Brewery%20Co..pdf.

¹⁰⁶ Эльзинга и Хогарти предложили два порога: 75% («слабый» рынок) и 90% («сильный» рынок), что является общепринятой мерой концентрации рынка.

В Разделе VII об «Определении уровня концентрации товарного рынка» ЕЭК выбрала CR_3 и индекс Херфиндаля-Хиршмана (ННН)¹⁰⁷ в качестве показателей концентрации товарного рынка. Однако CR_3 предполагает, что на рынке существует только три участника, в то время как в действительности существуют рынки, на которых представлен всего один участник или конкурируют только два участника. По этой причине предлагается, чтобы ЕЭК выбрала CR_1 и CR_2 в качестве критериев монопольных или дуопольных рынков.

41. Для определения уровня концентрации товарного рынка используются следующие показатели: а) коэффициент рыночной концентрации (CR_3) - сумма долей (выраженных в процентах) 3 крупнейших хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на товарном рынке (D_1, D_2, D_3)

Для информации: в антимонопольном законодательстве Республики Корея коэффициент рыночной концентрации рассматривается следующим образом:¹⁰⁸

А. В случае злоупотребления доминирующим положением

Статья 4 (Допущение о доминирующем положении компании на рынке). Хозяйствующий субъект (за исключением субъекта, годовой объем продаж или покупок которого в определенной сфере коммерческой деятельности составляет менее 4 млрд вон), чья доля на рынке в определенной сфере коммерческой деятельности подпадает под действие одного из следующих подпунктов, признается доминирующим предприятием на рынке, согласно подпункту 7 статьи 2: 1. Доля рынка одного предприятия составляет 50/100 или более; 2. Общая доля рынка не более чем трех предприятий составляет 75/100 или более; при этом те, чья доля рынка менее 10/100, исключаются из данного расчета.

В соответствии с пунктом 42, ЕЭК классифицирует рынки, имеющие $70\% \leq CR_3 \leq 100\%$ и $2\ 000 \leq ННН \leq 10\ 000$ как высококонцентрированные. Однако на высококонцентрированном рынке $CR_3 = 70\%$, если у каждой компании одинаковая доля рынка в 23,3%, и данный рынок является наиболее конкурентным среди высококонцентрированных рынков. В таком случае при расчете ННН данный показатель составляет 1,628. Следовательно, минимальный ННН высококонцентрированного рынка должен составлять не 2 000, а 1 650.

е. Методика определения монопольно высоких (низких) цен

В обычных условиях цены определяются рыночными силами, спросом и предложением, при этом они все равно могут считаться высокими или низкими. Некоторые утверждают, что высокие цены следует регулировать без каких-либо условий, особенно в случаях, когда цены устанавливаются на монопольном рынке.

Некоторые отрасли требуют ценового регулирования независимо от уровня экономического развития стран. Например, ценовое регулирование может быть оправдано в отраслях естественных монополий, как, например, связь, электричество, концессии для автомобильных дорог. Ценовое регулирование также необходимо в отраслях (например, общественный транспорт, АЗС), которые поставляют общественные товары или услуги. С точки зрения конкурентной политики бывают случаи, когда ценовое регулирование оправдано при чрезмерно высоких или низких ценах. Если точнее, вмешательство антимонопольных органов в ценовое регулирование заключается не в установлении конкретного уровня цен, а лишь в ограничении намерений и/или поведения компаний.

Согласно Разделу «II. Определение монопольно высокой и монопольно низкой цен», ЕЭК может регулировать монопольно высокую цену, установленную занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли.

Однако такое вмешательство вызывает вопросы, поскольку отсутствуют основания для того, чтобы

¹⁰⁷ ННН рассчитывается путем квадратуры доли рынка каждой фирмы, конкурирующей на рынке, а затем суммированием полученных цифр. Подробнее см. ниже: Индекс Херфиндаля-Хиршмана, 25 июня 2015 г., размещен по ссылке <https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index> (последнее посещение - 30 декабря 2019 г.).

¹⁰⁸ Закон Республики Корея «О регулировании монополий и добросовестной торговле» (1980 год).

антимонопольные органы регулировали все цены, превышающие сумму расходов, необходимых для производства и продажи такого товара, и прибыли. Монопольные компании могут потребовать гарантий прибыли, превышающей размер расходов, необходимых для производства и продажи такого товара, в качестве поощрения за инновационную деятельность (НИОКР). В данном отношении высокие цены подлежат регулированию только в том случае, если рассматриваемое поведение квалифицируется как злоупотребление, и поэтому необходимо добавить слово «существенно»¹⁰⁹ (перед «превышает размер») для надлежащего обоснования исключительного вмешательства.

1. Общие положения. 3. а) если такая цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли

Кроме того, ЕЭК должна уточнить определение «расходов» в данном контексте. Как известно, слово «расходы» может быть не самым подходящим словом в целях применения антимонопольного законодательства, поскольку оно используется в бухгалтерском учете. Поэтому термин «расходы» можно заменить термином «издержки» для большей точности в данном контексте.

В любом случае, необходимо дополнительно пояснить, какие виды «расходов» (далее именуемых «издержками») включены. Некоторые издержки используются антимонопольными органами, чтобы проанализировать, ограничивают ли монополично высокие или монополично низкие цены конкуренцию на рынке. Большинство антимонопольных органов используют следующие из нижеперечисленных видов

издержек для оценки характера предположительно монополистического поведения. Наиболее часто упоминаются следующие издержки¹¹⁰:

- Предельные издержки («ПИ») представляют собой увеличение общих издержек, относимых к производству последней фактически произведенной единицы. ПИ практически никогда не используются в качестве ориентира по ряду причин, включая сложность расчета.
- Средние переменные издержки («СПИ») представляют собой общие переменные издержки, поделенные на количество произведенных единиц. Практически все юрисдикции используют или использовали данный вид издержек.
- Средние устранимые издержки («СУИ») состоят из издержек, которых можно избежать, не производя заданное количество единиц, поделенных на данное количество единиц. Средние устранимые издержки по проростному производству использовались Министерством юстиции США (DOJ) в деле против American Airlines.¹¹¹
- Средние общие издержки («СОИ») представляют собой общие издержки, поделенные на количество произведенных единиц. Они равны сумме СПИ плюс средние постоянные издержки.

Издержки, традиционно используемые в системе конкуренции, отличаются в разных отраслях. Однако большинство антимонопольных органов в целом принимают СПИ для целей определения, является ли цена монополично высокой или нет.¹¹²

В соответствии с документом представляется, что ЕЭК регулирует монополично низкие цены, которые не ограничивают конкуренцию на рынке и не имеют намерения ограничить конкуренцию.

¹⁰⁹ В принятых Корейской комиссией по справедливой торговле Руководящих принципах по борьбе с злоупотреблениями доминирующим положением говорится, что значительное повышение или небольшое снижение цены определяется с учетом изменений в цене, предложении и спросе, индекса цен производителей, указанного в подпункте, доли увеличения цены предприятия на экспортном рынке и возможности компании повлиять на рост цены на рынке (статья IV-1 (Несправедливое установление, поддержание или изменение цены)-(б)). С другой стороны, европейские антимонопольные органы, такие как антимонопольные органы Соединенного Королевства, предпочитают термин «чрезмерный», а не «значительный». В деле Флинна/Пфайзера в июне 2018 года Апелляционный трибунал по вопросам конкуренции Великобритании заявил, что органы власти должны «рассмотреть ряд возможных анализов, отражающих рыночные условия, объем и качество данных, которые могут быть получены, для установления базовой цены или диапазона, который отражает цену, которая будет действовать в условиях обычной и достаточно эффективной конкуренции, и эта базовая цена должна быть сопоставлена с реальной ценой продукта для определения ее чрезмерности (Клаудио Кальканьо, Антуан Чапсал и Джошуа Уайт, Экономика монополично высоких цен: применение в фармацевтической промышленности, Журнал европейского законодательства и практики в области конкуренции, 2019, том 10, No 3, p168).

¹¹⁰ Отчет о хищническом ценообразовании, подготовленный Рабочей группой Международной конкурентной сети (МАС) по одностороннему поведению (2008 год, Киото), с. 9-11.

¹¹¹ Соединенные Штаты против AMR Corp., 335 F.3d 1109 (10-й бюллетень 2003 год).

¹¹² Модельный закон ЮНКТАД о конкуренции, Часть 2, Комментарии, глава IV в новой редакции (2015 год), с.13.

5. Под монополюно низкой ценой понимается цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), при наличии в совокупности следующих условий: а) если эта цена ниже суммы фактических или необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли; б) если эта цена ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке при наличии такого рынка на территории Союза или за ее пределами.

Но снижение цен на товары может фактически улучшить благосостояние потребителей, поскольку потребители могут приобрести больше товаров при более низких ценах. Поэтому даже когда доминирующие участники рынка продают некоторые товары по низкой цене, в принципе, антимонопольные органы не должны вмешиваться в функционирование рынков¹¹³. В данном отношении регулирование монополюно низкой цены может быть оправдано только тогда, когда доминирующий участник рынка намерен ограничить конкуренцию на рынке посредством демпинга и когда конкуренция действительно ограничивается.

f. Методика расчета и порядок наложения штрафов

Наказание, в конечном счете, имеет целью предотвращение незаконного поведения и поэтому

должно производить сдерживающий эффект¹¹⁴. Наказание, налагаемое за антиконкурентное поведение, включает в себя штрафы и периодические выплаты пени (денежные выплаты), но также может включать другие меры к физическим лицам, например, запрет на выполнение определенных функций и тюремное заключение в соответствии с уголовным законодательством¹¹⁵. Размер штрафов может варьироваться в зависимости от вида антиконкурентной деятельности и от страны к стране.¹¹⁶

Антимонопольное законодательство часто определяет лишь общие границы наказания, подчеркивая только два критерия, подлежащих соблюдению при установлении конкретной суммы штрафа: тяжесть и длительность нарушения.¹¹⁷ Большинство конкурентных органов разрабатывают методические указания по наложению наказаний после приобретения некоторого опыта вынесения решений по антимонопольным делам и выводов, сделанных на основе обзора судебной практики по данному вопросу¹¹⁸, поскольку сумма налагаемых штрафов, как правило, обжалуется.

Даже одно и то же антиконкурентное поведение в одной юрисдикции может привести к разным штрафам в связи с учетом других существенных факторов, которые могут устанавливаться уголовным правом (ответственность нарушителя, преимущества, полученные нарушителем). Как видно из таблицы ниже, большинство антимонопольных органов начинают с базового штрафа, который затем корректируется в зависимости ототягчающих и/или смягчающих обстоятельств.¹¹⁹

¹¹³ Brooke Group Ltd. против Brown and Williamson Tobacco Corporation, Верховный суд Соединенных Штатов Америки, 509 U.S. 209, 113 S. Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993 год).

¹¹⁴ См. Воутер П.Д., Вилс «Оптимальные штрафы в конкуренции. Теория и Практика» в журнале *Мировая Конкуренция*, Том 29, № 2, июнь 2006 г.: «вынесение штрафов в отношении компаний, признанных нарушившими антимонопольные запреты, может способствовать профилактике таких нарушений тремя способами. Во-первых, оно может иметь сдерживающий эффект, создавая реальную угрозу преследования и штрафов, уравновешивая ожидаемые затраты и выгоды, чтобы удержать компании от совершения антимонопольных нарушений. Во-вторых, оно может в то же время оказать моральное воздействие, поскольку посылает сигнал законопослушным гражданам, укрепляя их моральную приверженность антимонопольным запретам. В-третьих, благодаря политике смягчения наказания и использованию других отягчающих или смягчающих обстоятельств, влияющих на размер налагаемого штрафа, могут быть увеличены расходы на создание и функционирование картелей».

¹¹⁵ ЮНКТАД, «Соответствующие санкции и средства правовой защиты», TD/RBP/CONF.7/5 (2010), размещено на сайте http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d5_en.pdf

¹¹⁶ См. Модельный закон о конкуренции, Часть 2, Комментарии, глава XI в новой редакции (2015 год), с. 6-8.

¹¹⁷ См. Регламент ЕС № 1/2003 о применении правил конкуренции, изложенных в статьях 81 и 82 Договора, статья 23, (3).

¹¹⁸ см. Указания Европейской Комиссии о способе определения штрафов, налагаемых в соответствии со статьей 23(2)(а) Регламента № 1/2003, J C 210, 1.9.2006, с. 2-5.

¹¹⁹ ОЭСР, Санкции в антимонопольных делах, 14 октября 2016, с.15 (DAF/COMP/GF(2016)6), доступно по ссылке ... [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)6/en/pdf).

Отягчающие обстоятельства	Смягчающие обстоятельства
Рецидивизм	Действующая политика антимонопольного комплаенса
Ведущая роль или подстрекательство к нарушению	Незначительная роль
Меры принуждения или возмездия для обеспечения продолжения нарушения	Давление со стороны других нарушителей
Отказ от сотрудничества	Сотрудничество с антимонопольными органами
Продолжение нарушения после начала расследования со стороны антимонопольных органов	Незамедлительное прекращение нарушения
Понимание незаконности поведения	Сомнения относительно существования нарушения
Институализированный характер нарушения	Поведение, мотивированное публично-правовым дозволением
Важность затрагиваемой отрасли	Невыполнение нарушения
Участие директора и/или топ-менеджеров	Медленная реакция/чрезмерная длительность выполнения процедур антимонопольным органом
Нарушение судебного запрета или требований условного освобождения	Компенсация для пострадавших сторон
Размер компании	Принятие ответственности

Источник: Рекомендации МКС по определению штрафов за картели в юрисдикциях МКС (2008)

Рекомендуется, чтобы ЕЭК рассмотрела возможность использования вышеописанных международных подходов при расчете штрафов (Приложение), дополнив методику практикой принятия решений. Однако хотелось бы дополнительно рассмотреть следующие соображения.

Во-первых, в методике описываются лишь способы расчета и порядок наложения штрафов, но отсутствует норма о возможном возмещении штрафов в случае пересмотра или даже аннулирования судом решения ЕЭК. Такая норма, включая, если применимо, выплату процентов, сделают действующую методику более прозрачной и полезной для применения ЕЭК антимонопольного законодательства.

Во-вторых, несмотря на основные задачи наказания, штрафы не имеют целью банкротство компаний-нарушителей после оплаты штрафов. В данном отношении ЕЭК рекомендуется рассмотреть возможность внедрения положения, позволяющего увеличить срок оплаты штрафов или оплату в рассрочку в исключительных случаях. Для справки, в Республике Корея компаниям разрешается увеличить срок оплаты штрафов или оплачивать штрафы в рассрочку с следующих случаях:

- Если она понесла существенный материальный ущерб в связи с пожаром, кражей и т.д.;

- Если ее хозяйственная деятельность находится под серьезной угрозой в связи с ухудшающимися условиями ведения деятельности;
- Если единовременная выплата штрафных санкций может привести к возникновению существенных финансовых трудностей;
- Если существуют другие основания, аналогичные упомянутым в трех вышеописанных пунктах.

В-третьих, ЕЭК рекомендуется соблюдать баланс между прозрачностью при расчете и наложении штрафов и сложностью, связанной со слишком подробными разъяснениями по расчету и наложению штрафов. Слишком подробные описания могут иметь негативные последствия для правоприменителей и привести к тому, что компаниям будет трудно понять, как рассчитывались штрафы. Кроме того, в случае слишком подробного описания отягчающих и смягчающих факторов, антимонопольным органам будет сложно рассматривать конкретные ситуации в отношении хозяйствующих субъектов и национальных экономик.

Е. ВЫВОДЫ

С момента вступления в силу Договора о ЕАЭС в 2015 году в Евразийском экономическом союзе действует эффективный региональный режим конкуренции.

В некоторые национальные законы его государств-членов были внесены соответствующие поправки в целях обеспечения соблюдения новых правил конкуренции в соответствии с разделом XVIII Договора и Приложением № 19 к нему.

Эффективность евразийской региональной системы конкурентного права можно оценить по сочетанию факторов, как внутренних, так и внешних. Структура нормативно-правовой базы наделяет ЕЭК исключительной сферой компетенции в отношении антиконкурентного поведения, влияющего на трансграничные рынки региона.

В предложенном техническом задании к работе, согласованном ЮНКТАД и ЕЭК, было закреплено следующее:

1. Договор о Евразийском экономическом союзе (Раздел XVIII Договора «Общие принципы и правила конкуренции» и Приложение № 19 к Договору «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции»);
2. Критерии отнесения рынка к трансграничному;
3. Методика оценки состояния конкуренции;
4. Методика определения монопольно высоких (низких) цен;
5. Методика расчета и порядок наложения штрафов;
6. Порядок рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении общих правил конкуренции;
7. Порядок проведения расследования нарушений общих правил конкуренции;
8. Порядок рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции;
9. Порядок защиты конфиденциальной информации и ответственность за ее разглашение;
10. Порядок работы с документами ограниченного распространения (конфиденциальными и для служебного пользования) в Евразийской экономической комиссии;
11. Порядок подачи в Евразийскую экономическую комиссию обращений государств – членов Евразийского экономического союза по фактам введения государственного ценового регулирования и их рассмотрения Евразийской экономической комиссией;
12. Организационная структура блока по конкуренции ЕЭК.

Хотя настоящий отчет включает в себя комментарии, запрошенные ЕЭК, по десяти методикам и порядкам ЕЭК, в отчете отдельно рассматриваются следующие вопросы без последующей оценки правоприменительной практики ЕЭК, поскольку она не являлась предметом оценки:

1. Определение трансграничного рынка;
2. Полномочия по контролю за экономической концентрацией;
3. Программа освобождения от ответственности;
4. Обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;
5. Экстерриториальные полномочия;
6. Взаимодействие между Комиссией и национальными антимонопольными органами;
7. Полный и сокращенный анализ рынков при различных нарушениях;
8. Координация экономической деятельности третьих компаний как отдельное нарушение.

Ф. РЕКОМЕНДАЦИИ

Отчет начинается с рассмотрения отдельных аспектов нормативно-правовых актов ЕЭК и завершается следующими рекомендациями:

Договор о ЕАЭС и Приложение к нему

- i. Как упоминалось в отчете, равный режим для хозяйствующих субъектов и государственных предприятий имеет решающее значение в обеспечении нормального функционирования рынка и развитии конкурентной среды, в которой все субъекты подпадают под действие законодательства о конкуренции. В этой связи требуется разъяснение, подпадают ли государственные предприятия под действие конкурентных норм.
- ii. В отчете говорится о необходимости включения в конкурентное законодательство критерия общественных интересов для целей применения положений о недобросовестной конкуренции. В противном случае, вопреки передовой международной практике, законодательство в области конкуренции будет направлено на защиту конкурентов, тем самым подрывая динамику рынка. К положениям о недобросовестной конкуренции должна быть применена норма о соблюдении национальных интересов.

- iii. Также рекомендуется расширить полномочия ЕЭК по пресечению действий хозяйствующих субъектов, не зарегистрированных в Евразийском регионе, то есть предоставить ЕЭК возможность преследовать любых иностранных субъектов, оперирующих на евразийском рынке, чья хозяйственная деятельность оказывает влияние на рынок ЕАЭС и его территории, наделив ЕЭК экстерриториальными полномочиями в соответствии с передовой международной практикой.
- iv. Горизонтальное сотрудничество национальных конкурентных ведомств (НКВ) и вертикальное сотрудничество между НКВ и ЕЭК следует улучшить путем расширения сфер гармонизации. В отчете высказывается мысль о том, что гармонизация должна основываться на наднациональном праве, при этом также целесообразно было бы осуществлять гармонизацию процессуальных норм, что может оказаться важным для эффективного правоприменения, облегчая горизонтальное сотрудничество конкурентных ведомств Союза.

Критерии отнесения рынка к трансграничному

- v. Для полной оценки концепции «координации экономической деятельности третьих лиц» как самостоятельного нарушения необходима дополнительная информация о ее применении, поскольку данная концепция не используется в других юрисдикциях.
- vi. Для обеспечения дополнительной гибкости при анализе Комиссией дел о конкуренции предлагается рассмотреть введение нового критерия для целей определения соответствующего товарного рынка, связанного с продуктовыми границами рынка. В отчете рекомендуется расширить толкование определения соответствующего рынка, включив в него анализ продуктовых границ рынка в соответствии с передовой международной практикой.
- vii. Необходимо проявлять осторожность в вопросе предоставления региональному органу исключительной компетенции и централизованного применения региональных правил конкуренции. Предлагается изучить передовые подходы в плане централизованного или децентрализованного правоприменения с учетом опыта других региональных экономических организаций, таких как Западноафриканский экономический и валютный союз и Европейский союз.

Порядок защиты конфиденциальной информации

- viii. Для обеспечения единого подхода на региональном уровне ЕЭК рекомендуется разъяснить определение конфиденциальной информации, принимая во внимание ее интерпретацию деловыми кругами и другими заинтересованными сторонами.
- ix. Для повышения прозрачности представляется важным разработать тест на конфиденциальность. В целях повышения правовой определенности и доверия участников рынка к анализу, проводимому Комиссией, рекомендуется разработать методику оценки конфиденциальности информации, полученной от сторон или уполномоченных органов государств-членов.

Порядок работы с нарушениями

- x. Что касается порядков ЕЭК, для укрепления правовой определенности необходимо объединить три порядка в один. В отчете делается вывод о том, что наличие трех последовательных порядков, описывающих процесс расследования, может быть обременительным для сторон и уполномоченных органов государств-членов. Сама Комиссия извлечет для себя пользу от этого в рамках дел.
- xi. Для большей последовательности и определенности также предлагается рассмотреть вопрос о разработке порядков с учетом опыта рассмотрения конкретных дел.
- xii. Комиссии рекомендуется рассмотреть вопрос о всестороннем заслушивании сторон при принятии решений об обязательствах сторон по восстановлению конкуренции; учитывая мнения сторон о содержании обязательств, можно достичь лучших результатов.
- xiii. Учитывая повторение термина «признаки нарушения», по меньшей мере, в двух из трех решений (97 и 98), для улучшения последовательности, прозрачности и правовой определенности Евразийской антимонопольной системы целесообразно его дополнительно разъяснить.
- xiv. Рекомендуется рассмотреть возможность направления проектов предложений частным сторонам (заявителю и предположительному нарушителю), чтобы получить возможность использовать предоставляемые ими сведения и обеспечить лучший результат.

Методики оценки состояния конкуренции, определения монопольно высоких (низких) цен, расчета и порядка наложения штрафов

xv. Для повышения прозрачности и обеспечения последовательности принятия решений Комиссии предлагается доработать методику наложения штрафов. Поскольку штрафы являются одним из ключевых факторов, сдерживающих антиконкурентные нарушения, этот вопрос имеет решающее значение для обеспечения соблюдения конкурентного законодательства.

xvi. Регулирование монопольно высоких/низких цен антимонопольным органом трудно понять, поскольку антимонопольные ведомства осуществляют мониторинг рынков, но, как правило, напрямую не вмешиваются в их функционирование. Кроме того, полномочия по регулированию цен, в случае необходимости, могут быть переданы другому ведомству. Однако в странах с переходной экономикой, к числу которых относятся и государства-члены ЕАЭС, данный вопрос не является достаточно определенным, поскольку регулирование цен и антимонопольный надзор могут временно или в качестве исключения осуществляться одним и тем же государственным органом, в отличие от развитых экономик. Итак, авторы отчета предлагают разъяснить, зачем ЕЭК нужно пользоваться инструментарием по регулированию монопольно высоких/низких цен, когда они превышают сумму расходов, необходимых для производства и реализации продукции и получения прибыли.

xvii. Поскольку тест «гипотетического монополиста» является одним из наиболее распространенных методов определения доминирующего положения на рынке, а также является наиболее прозрачным и объективным, он рекомендован для использования конкурентными ведомствами. Однако Комиссия разработала отдельный комплексный нормативный

документ для применения теста «гипотетического монополиста» в делах о нарушении конкуренции. В отчете предлагается прояснить, каков порядок проведения теста «гипотетического монополиста» и упростить определение географических границ (соответствующего) товарного рынка.

Программа освобождения от ответственности и контроль за экономической концентрацией

Помимо комментариев к нормативным актам Евразийского союза в сфере конкуренции и отдельным их ключевым положениям, в отчете рассматриваются два важных инструмента, отсутствующих в действующей системе регулирования конкуренции в ЕАЭС: программа освобождения от ответственности и контроль за экономической концентрацией:

xviii. Разработка региональной программы освобождения от ответственности/смягчения наказания играет важную роль в координации национальных программ освобождения от ответственности в целях содействия автоматическому приведению таких программ к единообразию. Такая программа могла бы служить своего рода региональной точкой доступа для координации различных национальных программ освобождения от ответственности. Хотя некоторые государства-члены ЕАЭС уже успешно реализовывают национальные программы освобождения от ответственности (например, Российская Федерация), их опыт мог бы использоваться в разработке специального регионального документа, который будет способствовать приведению к единообразию различных национальных программ.

xix. В данном отчете ЕЭК предлагается рассмотреть возможность разработать систему контроля за экономической концентрацией на основании применения этих норм на национальном уровне.

Рекомендации кратко представлены в таблице ниже:

Рекомендации	От краткосрочной до среднесрочной перспективы	От среднесрочной до долгосрочной перспективы
Договор о ЕАЭС и Приложение № 19 к нему		
Определение хозяйствующего субъекта	Разъяснение о включении государственных предприятий в действующее определение в соответствии со статьей «понятия» Приложения № 19	
Меры по гармонизации	Пояснения относительно того, предусмотрена ли гармонизация на процессуальном и правоприменительном уровнях	Гармонизировать процессуальные и правоприменительные нормы государств-членов ЕЭК, при этом следует подумать об усилении горизонтального сотрудничества НКВ и вертикального сотрудничества между НКВ и ЕЭК.
Недобросовестная конкуренция	Пересмотр или введение требования о влиянии на общественный интерес.	
Координация экономической деятельности других хозяйствующих субъектов как отдельное нарушение	В связи с отсутствием международной практики в отношении такого поведения для обеспечения точной оценки данной нормы предлагается провести мониторинг ее правоприменения. Однако данный отчет не охватывает опыт правоприменения ЕЭК.	
Экстерриториальные полномочия	Использование опыта государств-членов по экстерриториальному применению национальных норм, как, например, в Беларуси.	Внести поправки в положения Договора в целях уточнения возможности экстерриториального применения правил конкуренции.
Критерии отнесения рынка к трансграничному		
Централизованное либо децентрализованное применение правил конкуренции		Необходимость дальнейшего изучения передовых подходов в плане централизованного или децентрализованного правоприменения с учетом соответствующего национального опыта некоторых государств-членов Союза. Это следует делать с учетом опыта других региональных экономических организаций, таких как Западноафриканский экономический и валютный союз и Европейский союз.
Включение нового критерия для определения соответствующего рынка	Дополнительный критерий, связанный с “продуктовыми границами рынка”	

Порядок защиты конфиденциальной информации		
Региональное определение конфиденциальной информации в положениях Договора		Разработать детальное толкование конфиденциальности и обеспечить единообразное применение на региональном уровне - Поправка к статье 2.
Включение теста на конфиденциальность	ЕЭК может рассмотреть возможность разработки порядка отнесения документов, предоставляемых сторонами, к конфиденциальным. Это обеспечит дополнительную прозрачность и позволит лучше взаимодействовать с государствами-членами и частными сторонами	
Порядки рассмотрения заявлений, проведения расследования нарушений и рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции		
Чрезмерное регулирование в виде трех отдельных порядков	Объединение трех порядков в один в целях обеспечения прозрачности и ясности.	
Необходимость в определении термина "признаки нарушения"	Подготовка разъяснений на основе опыта рассмотрения конкретных дел для обеспечения большей ясности	
Добровольные обязательства сторон или предложения сторонам	Рассмотрение возможности направления предложений частным сторонам для использования предоставляемых ими сведений и обеспечения лучшего результата.	
Методика оценки состояния конкуренции		
Методика определения монопольно высоких (низких) цен		
Методика расчета и порядок наложения штрафов		
Чрезмерная сложность положений	Пояснения по порядку проведения теста "гипотетического монополиста" и упрощение определения географических границ (соответствующего) товарного рынка.	
Ценовое регулирование	Пояснения относительно того, почему ЕЭК регулирует цены, если они превышают сумму расходов, необходимых для производства и продажи товара, а также извлечения прибыли.	
Сложность расчета и наложения штрафов	Разработка порядка для повышения прозрачности и обеспечения последовательности при наложении штрафов.	

БИБЛИОГРАФИЯ

- Александра Клофат, «Нормативная конкуренция в Евразийском экономическом союзе и в Евросоюзе: Сравнительно-правовой анализ», 44 *Правовые вопросы экономической интеграции* (2017 год) 173.
- Берр, «Применение антимонопольного законодательства США к зарубежной деятельности. Исключили ли Hartford Fire соображения взаимности?», 15 *Бюллетень по международному праву Университета Пенсильвании* (1994), доступно по ссылке http://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr70§ion=59 (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).
- Суд первой инстанции, СПИ, ЕС *Дело «Gencor против Комиссии»*, 25 марта 1999 г., доступно по ссылке <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996TJ0102&from=EN> (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).
- Каннингем и ЛаРокка, «Гармонизация антимонопольной политики на симпозиуме по региональной экономической интеграции. Зоны свободной торговли. Проблемы и преимущества добросовестной торговли в сравнении со свободной торговлей. Панельная дискуссия I. Региональное экономическое сотрудничество в неторговых зонах», 27 *Законодательство и политика в международной торговле* (1995 год) 879
- ЕЭК, Соглашение о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении евразийской экономической комиссией полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции, ноябрь 2014 г.
- Комиссия ЕС, Разъяснение Комиссии - *Рекомендации по понятию воздействия на торговлю, рассматриваемому в статьях 81 и 82 Договора (Текст применим в ЕЭС)*, Официальный бюллетень С 101, 27/04/2004 P. 0081 - 0096, доступно по ссылке [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN) (последнее посещение 12 марта 2019 г.).
- Европейский суд, EUR LEX, 92/521/ЕЕС: *Решение Комиссии от 27 октября 1992 года относительно Процедуры согласно статье 85 Договора о ЕЭК (IV/33.384 и IV/33.378 - Распространение пакетных туров во время Кубка мира 1990 года)*, 27 октября 1992г., доступно по ссылке <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31992D0521> (последнее посещение 7 февраля 2019г.).
- Евразийская экономическая комиссия, Приложение 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе - Протокол об общих принципах и правилах конкуренции, 2014.
- Евразийская экономическая комиссия, *Договор о Евразийском экономическом союзе*, 29 мая 2014 г., доступно по ссылке http://www.un.org/en/ga/sixth/70/docs/treaty_on_eeu.pdf (последнее посещение 6 февраля 2019 г.).
- Европейская Комиссия, *Решение Комиссии относительно процедуры в соответствии со статьей 101 Договора о функционировании Европейского Союза и статьи 53 Соглашения о создании ЕЭЗ (COMP/39600 - Холодильные компрессоры)*, 12 июля 2011 г., доступно по ссылке http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39600/39600_2147_3.pdf (последнее посещение 3 июня 2019 г.).
- Европейская Комиссия, *ПРЕСС-РЕЛИЗЫ - Пресс-релиз - слияния: Комиссия одобряет приобретение компанией Nidex компании Embraco, на определенных условиях*, доступно по ссылке http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2136_en.htm (последнее посещение 3 июня 2019 г.).
- Эзрахи А., *Антимонопольное законодательство ЕС: Аналитическое руководство по ключевым делам* (2016 год).
- Официальный сайт Федеральной антимонопольной службы (ФАС), *Дела и решения | Федеральная Антимонопольная Служба - ФАС России*, доступно по ссылке <http://en.fas.gov.ru/documents/cases-decisions/> (последнее посещение 30 мая 2019 г.)
- Е. М. Фокс и М. Бакхоум, *Как обеспечить эффективность рынков для Африки: рынки, развитие и антимонопольное законодательств в Африке южнее Сахары* (2019 год).
- Е. М. Фокс, *Дела и материалы по антимонопольному законодательству США в глобальном контексте* (3-е изд., 2012 г.).

- Гриффин, «ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОСТЬ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В США И ЕС», 67 *Бюллетень по антимонопольному законодательству* (1999 год) 159.
- Палата представителей Республики Беларусь, Закон «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции», Закон Республики Беларусь от 12 декабря 2013 года № 94-З, 12 декабря 2013 г.
- МКС, *Руководство по борьбе с картелями Глава 2: Разработка и осуществление эффективной программы смягчения наказания* (2014 год), доступно по ссылке <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf> (последнее посещение 17 февраля 2017 года).
- Королевство Испания, *Закон о конкуренции № 15/2007*, 3 июля 2007 г., доступно по ссылке <https://www.cnmc.es/file/64176/download> (последнее посещение 7 февраля 2019г.).
- Коджима, «Международные разногласия относительно экстерриториального применения антимонопольного законодательства в экономике без границ», *Центр иностранных дел Weatherhead* (2002 год) 2001 г.
- ОЭСР, *Конкурентное законодательство и политика в Казахстане. Экспертный обзор*, 2016 г., доступно по ссылке https://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_ENG.pdf (последнее посещение 31 мая 2019 г.).
- ОЭСР и МКС, *Отчет Секретариата по исследованию ОЭСР/МКС международного сотрудничества в области правоприменения*, Международное сотрудничество в области правоприменения (2013 год), доступно по ссылке <http://www.oecd.org/daf/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf> (последнее посещение 25 февраля 2017 г.).
- Официальный бюллетень КОМЕСА, *Конкурентное законодательство КОМЕСА по состоянию на декабрь 2004 г.*, 20 ноября 2012 г., доступно по ссылке https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf (последнее посещение 18 апреля 2019 г.).
- Российская Федерация, *Проблемы и координация программ смягчения наказания. Круглый стол «Проблемы и координация программ смягчения ответственности» Рабочей группы № 3 по сотрудничеству и правоприменению Комиссии ОЭСР по конкуренции*, 5 июня 2018 года, доступен по ссылке [https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20\(Russian%20Contribution\).pdf](https://en.fas.gov.ru/upload/other/Challenges%20and%20co-ordination%20of%20leniency%20programmes%20(Russian%20Contribution).pdf) (последнее посещение 17 июля 2019 года).
- Государственная комиссия по защите экономической конкуренции, *Закон Республики Армения «О защите экономической конкуренции»*, 11 июня 2000 г., доступно по ссылке <http://www.competition.am/index.php?menu=147&lng=2> (последнее посещение 31 мая 2019 г.).
- Государственная служба интеллектуальной собственности и инноваций при правительстве Кыргызской Республики, *Закон Кыргызской Республики «О конкуренции»*, доступно по ссылке <http://test.patent.kg/index.php/en/legislation/67-laws/codes-and-laws-of-the-kyrgyz-republic/909-law-of-the-kyrgyz-republic-on-competition.html> (последнее посещение 31 мая 2019 г.).
- Высший Евразийский Экономический Совет, РЕШЕНИЕ № 29 ОБ УТВЕРЖДЕНИИ КРИТЕРИЕВ ОТНЕСЕНИЯ РЫНКА К ТРАНСГРАНИЧНОМУ, 19 декабря 2012 года.
- Ульрих «Закон «О борьбе с недобросовестной конкуренцией и антимонопольный закон. Континентальная головоломка?», *Электронный бюллетень SSRN* (2005), доступно по ссылке <http://www.ssrn.com/abstract=837086> (последнее посещение 7 февраля 2019 г.).
- ЮНКТАД, *Соответствующие санкции и средства правовой защиты*, TD/RBP/CONF.7/5 (2010), имеется на сайте http://unctad.org/en/Docs/trbpcnf7d5_en.pdf (последнее посещение 21 февраля 2017 года).
- ЮНКТАД, *Проблемы разработки режима контроля за слияниями для молодых и малых конкурентных ведомств*, TD/V.C.I/CLP/45 (2017 год), доступно по ссылке: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd45_en.pdf
- ЮНКТАД, *Использование программ смягчения наказания в качестве инструмента для обеспечения соблюдения антикартельного законодательства в развивающихся странах* TD/RBP/CONF.7/4 (2010), имеется по ссылке: http://unctad.org/en/Docs/trbpcnf7d4_en.pdf (последнее посещение 17 февраля 2017 года).

- ЮНКТАД, *Добровольный экспертный обзор конкурентной политики: Армения*, 2010г., доступно по адресу https://unctad.org/en/Docs/ditcclp20101overview_en.pdf (последнее посещение 31 мая 2019 г.).
- ЮНКТАД, *Модельный закон о конкуренции. Глава IX. Конкурентное ведомство и его организация*, TD/B/C.I/CLP/L.2 (2011), доступно по ссылке http://unctad.org/en/Docs/ciclpL2_en.pdf (последнее посещение 17 января 2019 г.).
- ЮНКТАД, *Модельный закон о конкуренции. Глава X. Функции и полномочия уполномоченного органа*, TD/B/C.I/CLP/L.3 (2011), доступно по ссылке http://unctad.org/en/Docs/ciclpL3_en.pdf (последнее посещение 17 января 2019 г.).
- ЮНКТАД, *Модельный закон о конкуренции (2018 год): Пересмотренная глава VI*, TD/B/C.I/CLP/L.10 (2018) 17, доступно по ссылке https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpL10_en.pdf (последнее посещение 1 марта 2019 года).
- ЮНКТАД, *Модельный закон о конкуренции. Пересмотренная глава IV: Акты или поведение, выражающиеся в злоупотреблении доминирующим положением на рынке*, TD/RBP/CONF.8/L.2 (2015) 30, доступно по ссылке https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8l2_en.pdf (последнее посещение 11 января 2019 года).
- ЮНКТАД, *Отнесение вопроса к компетенции Сообщества и Национальных антимонопольных органов при применении правил конкуренции*, TD/B/COM.2/CLP/69 (2008), доступно по ссылке https://unctad.org/en/Docs/c2clpd69_en.pdf (последнее посещение 12 марта 2019 г.).
- ЮНКТАД, ЮНКТАД/ *Добровольный экспертный обзор конкурентного законодательства и политики*, доступно по ссылке: <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Voluntary-Peer-Review-of-Competition-Law-and-Policy.aspx> (последнее посещение 17 апреля 2019 г.).
- ЮНКТАД, *Добровольный экспертный обзор конкурентной политики: Западноафриканский экономический и валютный союз, Бенин и Сенегал. Обзор*, UNCTAD/DITC/CLP/2007/1(Обзор) (2007 год), доступно по ссылке https://unctad.org/en/Docs/ditcclp20071overview_en.pdf (последнее посещение 17 апреля 2019 г.).
- Апелляционный суд США по девятому округу, *Hartford Fire Ins. Co. против Калифорнии* 509 U.S. 764 (1993), 28 июня 1993 г., доступно по ссылке <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html> (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).
- ECR, *Альстрем против Комиссии*, 27 сентября 1988 г. 5233, доступно по ссылке http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5ed612ae-790c-4091-bf05-0a6d7cbd9142.0002.06/DOC_1&format=PDF (последнее посещение 6 апреля 2017 г.).
- Информация, предоставленная Евросоюзом - Обсуждение способов определения конфиденциальной информации*, DAF/COMP/WP3/WD(2013)57 (2013), доступно по адресу http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2013_oct_confidential%20information_en.pdf (последнее посещение 24 марта 2017 г.).
- Федеральный закон «О защите конкуренции» (в редакции 2016 г.), принятый Государственной думой 8 июля 2006 года, утвержденный Федеральным советом 14 июля 2006 года | Федеральная антимонопольная служба - ФАС России*, доступно по ссылке <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14737> (последнее посещение 16 апреля 2019 г.).
- Закон Республики Казахстан № 112-IV.*, 25 декабря 2008 года, доступен по ссылке http://adilet.zan.kz/eng/docs/Z080000112_ (последнее посещение 30 мая 2019 года).