

РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ
щодо застосування положень частин другої та п'ятої
статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин
першої та другої статті 21 Закону України «Про захист
від недобросовісної конкуренції»

1. Ці Рекомендаційні роз'яснення надано відповідно до частини шостої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі – Закон) з метою однакового застосування *положень частин другої та п'ятої статті 52 Закону та статті 21 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції"* в частині підходів до визначення розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі порушень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції (надалі – порушення).

Ці Рекомендаційні роз'яснення розкривають підходи органів Антимонопольного комітету України при визначенні розміру штрафів за порушення законодавства про захист економічної конкуренції з метою забезпечення правової визначеності та передбачуваності застосування положень зазначених Законів.

I. Загальні підходи.

2. Органи Антимонопольного комітету України (надалі – Комітет) своїм рішенням *накладають* штрафи на юридичних осіб, фізичних осіб, групи суб'єктів господарювання – юридичних та/або фізичних осіб, що відповідно до статті 1 Закону визнаються суб'єктом господарювання, у випадках, передбачених статтею 52 Закону.

3. Під час розрахунку розміру штрафів за порушення Комітет керується засадами пропорційності, недискримінаційності та розумності:

- пропорційність передбачає співрозмірність розміру санкцій, *які переслідують мету не лише покарання за вчинене правопорушення, але й стримування від вчинення чи продовження таких порушень*, з масштабом та характером порушення;

- недискримінаційність означає *неприпустимість* застосування до суб'єктів господарювання різних підходів у аналогічних випадках;

- розумність означає, що розмір штрафу має *визначатися з урахуванням значення фактичних обставин кожного випадку для забезпечення справедливого балансу між публічними інтересами та правами і свободами учасників правовідносин*. Застосування штрафних санкцій не повинно призводити до позбавлення суб'єкта господарювання можливості конкурувати або до неможливості задоволення споживчого попиту.

4. У виключних випадках у зв'язку з необхідністю забезпечити досягнення цілей застосування штрафів, вони можуть бути визначені у більшому розмірі, ніж рекомендується цими Роз'ясненнями, але в межах, визначених частинами другою та п'ятою статті 52 Закону, частини першої та другої статті 21 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції". Це стосується, зокрема, вчинення порушень, що призвели до особливо негативних наслідків для конкуренції, інтересів інших суб'єктів господарювання, споживачів, можливостей органів Комітету виконувати покладені на них завдання. Рішення, передбачені цим пунктом, приймаються виключно Антимонопольним комітетом України.

5. Визначення розміру штрафу здійснюється у два етапи:

- на першому етапі визначається базовий розмір штрафу для кожного відповідача;

• на другому етапі цей розмір коригується з урахуванням обтяжуючих та пом'якшуючих обставин.

Розмір накладеного штрафу не може перевищувати меж, визначених у частинах другій та п'ятій статті 52 Закону та *частинах першій та другій статті 21 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції"*.

б. У випадках, коли порушенням законодавства про захист економічної конкуренції визнається сукупність певних дій (бездіяльності) різних осіб, що об'єднані в групу за рахунок відносин контролю, що існують між ними, штраф може накладатись на три категорії осіб:

осіб, які вчинили відповідні діяння (дії, бездіяльність);

осіб, які мають права, без яких вчинення порушення було б неможливим;

осіб, які отримали чи можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди, зокрема, через можливість впливати на діяльність інших юридичних та/або фізичних осіб - суб'єктів господарювання, одержання частини їх прибутку.

Одна й та ж особа – член групи може водночас належати до різних категорій.

б.1. Під час визначення, чи належить певна особа до зазначених у пункті б категорій, рекомендується брати до уваги наступне:

б.1.1. Правами, без яких вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції було б неможливим, є можливість юридичних (фізичних) осіб чинити вирішальний вплив на господарську діяльність інших осіб – суб'єктів господарювання у тих сферах діяльності, в яких вчинено дії (бездіяльність), визнані порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції.

До прикладу: можливість визначати цінову політику суб'єкта господарювання, якщо порушення має ціновий характер; можливість визначати обсяги виробництва (реалізації) товарів, якщо порушення полягає в обмеженні виробництва (ринків) товарів; можливість визначати умови укладання господарських договорів, якщо порушення полягає в обумовленні укладання угод прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань.

При цьому, на особу, що має такі права, але сама не вчиняла діянь, визнаних порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, та/або не отримувала вигоди від цього, штраф може бути накладений лише у разі, якщо б інша особа не могла вчинити відповідні порушення законодавства про захист економічної конкуренції без реалізації зазначених прав особою, яка їх має (до прикладу, не могла б установити без волевиявлення особи, яка має такі права, ціну, обсяг, умови реалізації товару тощо).

б.1.2. Перевагами у конкуренції є будь-які додаткові можливості, які отримує суб'єкт господарювання внаслідок вчинення правопорушення, що дозволяють йому здобувати переваги над іншими суб'єктами господарювання у змаганні з ними (зокрема, збільшувати за їхній рахунок обсяг реалізації своїх товарів, розмір доходу, частку на ринку). Іншими вигодами, отриманими внаслідок вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, можуть бути, зокрема, збільшення у будь-якій спосіб розміру отриманого прибутку, встановлення контролю над обмеженими ресурсами, одержання можливості впливати на діяльність інших юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, одержувати частину їх прибутку. Можливість отримання переваг у конкуренції чи інших вигод повинно встановлюватись у кожному окремому випадку.

б.1.3. У разі, якщо відповідач надав докази, штраф не накладається на тих осіб – членів групи, які не знали і не могли знати про вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції іншою особою, що входить до складу групи, яка визнається суб'єктом господарювання, і водночас не вчинили діянь, що мають ознаки порушення законодавства, не мають прав, без яких вчинення порушення було б неможливим, та не отримали чи не можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди внаслідок вчинення порушення.

II. Визначення базового розміру штрафу

7. Під час визначення базового розміру штрафу органами Комітету рекомендується брати до уваги:

розмір доходу (виручки) *продавця* від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), пов'язаного з порушенням, *або розмір витрат покупця на придбання товару, пов'язане з порушенням*, на відповідній території, за час тривання порушення;

тяжкість порушення;

необхідність забезпечення стримуючого ефекту.

витрати покупця на придбання товару, пов'язані з порушенням – розмір витрат, які були/могли бути понесені покупцем на придбання продукції (товарів, робіт, послуг), що сталося з порушенням вимог законодавства про захист економічної конкуренції (до прикладу, за цінами, меншими, ніж існували б за умов значної конкуренції між покупцями на ринку), у разі, якщо б такого порушення не було і відповідні товари реалізувалися б за умов значної конкуренції.

8. Як дохід (виручка) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), пов'язане з порушенням визначаються:

8.1. У загальному випадку – сумарна вартість доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) без вирахування наданих знижок, повернення раніше проданих товарів та непрямих податків і зборів (податку на додану вартість, акцизного збору тощо), отриманого від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), що відбулося за умов порушення вимог законодавства про захист економічної конкуренції.

8.2. У випадку, коли порушення призвело до недопущення, усунення, обмеження конкуренції не лише на ринку, на якому мали місце дії (бездіяльність) порушника, а й на іншому пов'язаному з ним ринку, в якості доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), пов'язаних з порушенням, визначається сума:

доходу (виручки) порушника від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) на ринку, на якому мало місце порушення, та

доходу (виручки) порушника від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) на ринку, на якому внаслідок порушення відбулося чи могло відбутися недопущення, усунення, обмеження конкуренції;

8.3. У випадку, коли порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання або зловживань монополієм (домінуючим) становищем на ринку полягає у відмові від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) або її скороченні, в якості розміру доходу (виручки), що враховується під час розрахунку базового розміру штрафу, береться до уваги гіпотетичний розмір доходу (виручки), який порушник отримав би за час тривання порушення, якщо б таке порушення не відбувалося. Такий розмір може бути визначений оціночним шляхом.

8.4. Під час визначення розміру доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг), пов'язаного із порушеннями, органи Комітету можуть брати до уваги інші особливості одержання порушником неправомірного зиску та/або переваг, що були б неможливі без вчинення порушення.

9. Як час тривання порушення рекомендується визначати час від моменту фактичного початку дій/бездіяльності, визнаних порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, до моменту їх добровільного припинення, зазначеного у рішенні органу Комітету, або до моменту прийняття рішення у справі. Час тривання порушення, який береться до уваги для визначення базового розміру штрафу, не може виходити за межі строку давності притягнення до відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

10. Розмір доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) визначається на підставі будь-якої інформації, яка є належною і достовірною. Зокрема, можуть бути використані:

- статистична інформація;
- адміністративні дані;
- *фінансова та податкова звітність, дані бухгалтерського обліку;*
- відомості про діяльність суб'єктів господарювання, отримані від них органами Комітету.

11. Виходячи з наведеного, рекомендується встановлювати наступні базові розміри штрафів.

11.1. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як найбільша, є порушення у вигляді *горизонтальних* антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, передбачених пунктами 1, 2, 3 **та 4** частини другої статті 6 Закону, (*змови про фіксування цін, про розподіл ринків, обсяги виробництва, придбання або продажу, а також про умови участі в конкурсних процедурах закупівлі/продажу*).

У випадку вчинення таких порушень базовий розмір штрафу визначається у розмірі **__ відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) *або витрат покупця на придбання товару, прямо чи непрямо (опосередковано) пов'язаних із порушенням*, але не більше **__ відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф, чи потрійного розміру незаконно одержаного прибутку, передбачених абзацом другим частини другої статті 52 Закону.

11.2. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як значна, є інші порушення, передбачені пунктом 1 статті 50 Закону, а також порушення, передбачені пунктами 2 і 4 статті 50 Закону.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктом 1 статті 50 Закону, тяжкість яких визначається як значна, базовий розмір штрафу визначається у розмірі **__ відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) *або витрат покупця на придбання товару, прямо чи непрямо (опосередковано) пов'язаних із порушенням*, але не більше **__ відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 2, 4 статті 50 Закону, базовий розмір штрафу визначається у розмірі **__ відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) *або витрат покупця на придбання товару, прямо чи непрямо (опосередковано) пов'язаних із порушенням*, але не більше **__ відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

11.3. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як середня, є порушення, передбачені пунктами 5, 8, 10, 11, 12 та 19 статті 50 Закону, а також статтями 1, 4 - 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктом 8 статті 50 Закону базовий розмір штрафу визначається у розмірі **__ відсотків** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) *або витрат покупця на придбання товару, прямо чи непрямо (опосередковано) пов'язаних із порушенням*, за час тривання порушення, але не більше **__ відсотка** доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У випадку вчинення порушень, передбачених статтями 1, 4-19 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" базовий розмір штрафу визначається у розмірі до ___ відсотків розміру штрафу, передбаченого частинами першою та другою статті 21 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції".

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 11, 19 (якщо строк виконання відповідних вимог і зобов'язань не був визначений у рішенні органу Комітету) статті 50 Закону базовий розмір штрафу визначається у розмірі ___ відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) порушника на ринку, на якому відбулося порушення, за час тривання порушення, але не більше ___ відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У випадку вчинення порушень, передбачених пунктами 10, 12, 19 (якщо строк виконання відповідних вимог і зобов'язань був визначений у рішенні органу Комітету) статті 50 Закону базовий розмір штрафу визначається у розмірі ___ відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) порушника на ринку, на якому відбулося порушення, за час від вчинення порушення до звернення до органу Комітету із заявою про надання відповідного дозволу або усунення наслідків порушення в інший спосіб, або, в інших випадках – за останній звітний рік, що передує року, в якому накладається штраф, але не більше ___ відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

"В разі якщо дохід (виручку) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) порушника на відповідному ринку згідно цього пункту визначити не можливо, базовий розмір штрафу визначається у розмірі ___ тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян."

11.4. Порушеннями, тяжкість яких під час визначення базового розміру штрафу враховується як помірна, є порушення, передбачені пунктами 9, 13, 14, 15, 16, 17 та 18 статті 50 Закону.

У випадку вчинення порушень, тяжкість яких враховується як помірна, базовий розмір штрафу визначається у розмірі ___ тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але не більше ___ відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Якщо вчинення порушень, передбачених пунктами **13 – 15** статті 50 Закону, не створило суттєвих перешкод діяльності органів Комітету, в якості базового розміру штрафу визначається сума, що дорівнює ___ неоподаткованим мінімумам доходів громадян, але не більше ___ відсотка доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

12. У разі, якщо суб'єкти господарювання, які вчинили порушення, передбачені пунктом 12 статті 50 Закону, звернулися до Комітету із заявою про надання дозволу на відповідну концентрацію протягом шести місяців з дня оприлюднення цих Рекомендаційних роз'яснень на офіційному WEB-сайті Комітету, для них рекомендується визначати розмір штрафу у ___ неоподаткованих мінімумів доходів громадян, у випадку якщо зазначені суб'єкти господарювання звернулися до Комітету із відповідною заявою протягом наступних шести місяців, для них рекомендується визначати розмір штрафу у ___ неоподаткованих мінімумів доходів громадян, якщо з урахуванням базового розміру штрафу, розрахованого відповідно до пункту 11.3. штраф не є меншим. В інших випадках вчинення порушень, передбачених пунктом 12 статті 50 Закону, розмір штрафу рекомендується визначати на основі базового розміру, розрахованого відповідно до абзацу п'ятого пункту 11.3 цих Роз'яснень. **При цьому рекомендується задовольняти клопотання заявників щодо забезпечення нерозповсюдження інформації про відповідні рішення.**

III. Врахування пом'якшуючих та обтяжуючих обставин.

13. Рекомендується збільшувати базовий розмір штрафу до __ відсотків у випадку *доведеності, зокрема, наступних обтяжуючих обставин:*

- *повторне та/або триваюче протягом 3 років вчинення порушення після притягнення суб'єкта господарювання, об'єднання, до відповідальності за аналогічне порушення;*
- ініціювання дій (бездіяльності), що містять ознаки порушення, чи керівництво ними;
- створення перешкод у розслідуванні справи про порушення, крім випадків, передбачених пунктом 16 статті 50 Закону;
- відмова від співпраці.

14. Рекомендується зменшувати базовий розмір штрафу до __ відсотків у випадку надання доказів **існування наступних пом'якшуючих обставин:**

- *добровільне* припинення відповідачем дій (бездіяльності), що містять ознаки порушення, до прийняття відповідного рішення, попереднього рішення органу Комітету;
- відшкодування *шкоди, завданої* порушенням, чи усунення наслідків порушення в інший спосіб до прийняття відповідного рішення органу Комітету;
- усунення за власною ініціативою умов, що сприяли вчиненню порушення;
- вчинення порушення внаслідок необачності;
- фактичне недотримання учасником узгоджених дій їх умов та наявність доказів, що суб'єкт господарювання фактично конкурував на ринку.
- співпраця під час розгляду справи з органами Комітету, що сприяла з'ясуванню обставин справи, зокрема, виявленню фактів, відомості про які органами Комітету не запитувалися, або виявленню інших порушень законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі вчинених іншими особами.
- вчинення порушення внаслідок впливу органу виконавчої влади, органу місцевого самоврядування, органу адміністративно-господарського управління та контролю, в економічній залежності від якого знаходився порушник;
- добровільне звернення до початку розгляду справи про порушення за отриманням дозволу суб'єктом господарювання на концентрацію у разі вчинення порушення, передбаченого пунктом 12 статті 50 Закону.

15. Визначений пунктом 14 перелік пом'якшуючих обставин не є вичерпним, залежно від обставин справи можуть бути враховані інші пом'якшуючі обставини, *які свідчать, що відповідач вчинив дії, спрямовані на пом'якшення негативних наслідків порушення для конкуренції, інтересів споживачів на товарних ринках України, про що зазначається у рішенні у справі.*

16. Під час визначення остаточного розміру штрафу органи Комітету можуть відступати від підходів зазначених у цих Рекомендаційних роз'ясненнях, з урахуванням істотних обставин справи про порушення.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ