

**Научно-практический
КОММЕНТАРИЙ
К
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОМУ
КОДЕКСУ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
Раздел 4 “Экономическая конкуренция”**

Под общей редакцией
канд. экон. наук А.Т. Айтжанова

**Научно-практический
КОММЕНТАРИЙ
к
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОМУ
КОДЕКСУ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
Раздел 4 “Экономическая конкуренция”**

*Под общей редакцией
канд. экон. наук А.Т. Айтжанова*

УДК 346 (0.072)
ББК 67.404
Н34

**Научно-практический комментарий подготовлен по заказу
Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции
Министерства национальной экономики Республики Казахстан**

Н34 **Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу
Республики Казахстан. Раздел 4 “Экономическая конкуренция” / Под общей
ред. А.Т. Айтжанова. – Астана: Центр развития и защиты конкурентной поли-
тики, 2016. – 255 с.**

ISBN 978-601-280-768-4

Настоящее издание является первым научно-практическим коммента-
рием к нормам казахстанского антимонопольного законодательства в соста-
ве Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан, подготовленным
коллективом авторов в составе опытных практиков, экспертов и ученых.

В нем учтены все последние изменения в законодательстве Республики
Казахстан в области защиты конкуренции и изложены правовые позиции к
основным статьям Раздела 4 «Экономическая конкуренция» Предпринима-
тельского Кодекса Республики Казахстан по состоянию на 1 августа 2016 г.

Работа может быть полезна научным сотрудникам, студентам, практи-
кующим юристам, сотрудникам государственных органов, представителям
судебной системы, а также всем интересующимся вопросами казахстанского
антимонопольного регулирования.

УДК 346 (0.072)
ББК 67.404

ISBN 978-601-280-768-4

© Коллектив авторов, 2016
© АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», 2016

ОГЛАВЛЕНИЕ

Авторский коллектив	4
Принятые сокращения	10
Предисловие	12
Глава I. Конкуренция	
Статья 161. Отношения в сфере государственного регулирования конкуренции	16
Статья 164. Субъект рынка.....	19
Статья 165. Группа лиц.....	21
Глава II. Монополистическая деятельность	
Статья 167. Понятие и виды монополистической деятельности.....	32
Статья 168. Виды антиконкурентных соглашений и согласованных действий	34
Статья 169. Антиконкурентные соглашения	39
Статья 170. Антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка	71
Статья 171. Предварительное рассмотрение проекта соглашения субъектов рынка	88
Статья 172. Доминирующее или монопольное положение	90
Статья 174. Злоупотребление доминирующим или монопольным положением	110
Статья 175. Монопольно высокая и монопольно низкая цена товара.....	128
Глава III. Недобросовестная конкуренция	
Статья 177. Понятие недобросовестной конкуренции	140
Глава IV. Участие государства в предпринимательской деятельности	
Статья 192. Основания участия государства в предпринимательской деятельности ...	162
Глава V. Защита конкуренции	
Статья 194. Антиконкурентные действия, соглашения государственных органов, местных исполнительных органов	172
Статья 196. Анализ состояния конкуренции на товарных рынках.....	177
Статья 198. Предостережение о недопустимости нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	198
Статья 199. Уведомление о наличии в действиях (бездействии) субъекта рынка признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	202
Статья 200. Государственный контроль за экономической концентрацией	205
Статья 201. Экономическая концентрация	209
Статья 203. Порядок подачи ходатайства	226
Статья 206. Порядок уведомления антимонопольного органа о совершенной экономической концентрации.....	233
Глава VI. Выявление нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	
Статья 216. Основания для начала расследования нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	235
Статья 218. Проведение расследования	240
Статья 224. Решения антимонопольного органа по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	244
Глава VII. Пресечение нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и пересмотр предписаний антимонопольного органа	
Статья 225. Основания и порядок определения монопольного дохода	252

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

АБСАТТАРОВА МАРЖАН НЕСИПБЕКОВНА – руководитель Управления расследований в сфере топливно-энергетического комплекса Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

АЙТЖАНОВ АЛДАШ ТУРДЫКУЛОВИЧ – президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», заместитель заведующего кафедрой «Экономическая теория и антимонопольное регулирование» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, член Совета Некоммерческого Партнерства «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», канд. экон. наук;

АЛИМКУЛОВ РАМАЗАН СИХИМУЛЫ – президент АО «Финансовый центр» Министерства образования и науки Республики Казахстан, профессор кафедры «Международное право» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, д-р. юрид. наук;

АХМЕТОВ РУСТАМ НУРЛАНОВИЧ – заместитель председателя Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

БАБЛАНОВ ТЛЕУБЕРДИ КАДЕСОВИЧ – заведующий кафедрой «Экономическая теория и антимонопольное регулирование» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, канд. экон. наук, доцент;

БАЙЖАНОВ НУРСЕИТ АБСАТТАРОВИЧ – директор Юридического департамента Министерства образования и науки Республики Казахстан, канд. юрид. наук;

БОЛАТБЕКОВ ЖАНДОС БОЛАТОВИЧ – директор Департамента анализов рынков АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»;

ДАРБАЕВ АСАН КОБЕНТАЕВИЧ – заместитель председателя Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

ДЖУМАБАЕВА АЛИЯ МАРАТОВНА – заместитель председателя Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

КАЛИЕВ АДЕЛЬ АБАЖАНОВИЧ – руководитель Управления по борьбе с картелями Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

КАЛИ ЖАНИБЕК ЖАУБАСАРУЛЫ – директор Департамента правовой экспертизы АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»;

КУМЕКБАЕВА РАУШАН ЖУМАТАЕВНА – руководитель Управления экономической интеграции Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

КУСАИНОВ АКЫЛБЕК АСКАРБЕКОВИЧ – руководитель казахстанской практики в области конкурентного права международной юридической фирмы «Дентонс», член Совета Некоммерческого Партнерства «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», член Управляющего совета Коллегии коммерческих юристов Казахстана «KazBar», LL.M;

МАКСИМЕНКО ЕЛЕНА ВИКТОРОВНА – юрист международной юридической фирмы «Дентонс»;

МАКЫШ СЕРИК БИХАНОВИЧ – декан экономического факультета Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, д-р. экон. наук, профессор;

МАСИНА ГУЛЬНУР ЖАЙЛАУБАЕВНА – руководитель Управления контроля государственных предприятий и слияний Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

МЕЛДЕШЕВ ЖАНБОЛАТ ЖАРИЛКАСЫНОВИЧ – советник президента АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»;

МУСТАФИН МАРАТ КАРИМОВИЧ – вице-президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»;

НУРКИШЕВА ЕЛЬМИРА МУРАТОВНА – руководитель Управления расследований в сфере промышленности Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

ПРИМАШЕВ НУРЗАДА МАХАНБЕТОВИЧ – доцент кафедры «Государственное управление и государственная служба Института управления» Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан, консультант АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», канд. юрид. наук;

РАДОСТОВЕЦ НИКОЛАЙ ВЛАДИМИРОВИЧ – исполнительный директор ОЮЛ «Республиканская ассоциация горнодобывающих и горно-металлургических предприятий», президент РОЮЛ «Союз товаропроизводителей и экспортеров Казахстана», консультант АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», д-р. экон. наук;

СПАН ЖАНДОС ИБАДУЛЛАУЛЫ – руководитель Управления правового обеспечения Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

ТУЯКБАЕВА МИРА АСЫЛБЕКОВНА – руководитель Управления расследований в сфере транспорта и связи Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

ТОКУШЕВ ЕЛНУР МАРАТОВИЧ – советник президента АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»;

ХОЛТУРСУНОВ КУАНЫШ ДЖАЛИЛОВИЧ – вице-президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

Название статьи Предпринимательского кодекса Республики Казахстан	Ф.И.О. авторов комментариев
Статья 161. Отношения в сфере государственного регулирования конкуренции	Айтжанов А.Т., Алимкулов Р.С., Спан Ж.И.
Статья 164. Субъект рынка	Айтжанов А.Т., Байжанов Н.А., Примашев Н.М.
Статья 165. Группа лиц	Кусаинов А.А., Спан Ж.И., Холтурсунов К.Д.
Статья 167. Понятие и виды монополистической деятельности	Айтжанов А.Т., Радостовец Н.В.
Статья 168. Виды антиконкурентных соглашений и согласованных действий	Айтжанов А.Т., Мелдешев Ж.Ж.
Статья 169. Антиконкурентные соглашения	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Джумабаева А.М.
Статья 170. Антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Джумабаева А.М.
Статья 171. Предварительное рассмотрение проекта соглашения субъектов рынка	Айтжанов А.Т., Кали Ж.Ж.
Статья 172. Доминирующее или монопольное положение	Айтжанов А.Т., Джумабаева А.М., Радостовец Н.В.
Статья 174. Злоупотребление доминирующим или монопольным положением	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Болатбеков Ж.Б.
Статья 175. Монопольно высокая и монопольно низкая цена товара	Абсаттарова М.Н., Айтжанов А.Т., Калиев А.А., Нуркишева Е.М.

Статья 177. Понятие недобросовестной конкуренции	Айтжанов А.Т., Джумабаева А.М., Кумекбаева Р.Ж., Радостовец Н.В.
Статья 192. Основания участия государства в предпринимательской деятельности	Бабланов Т.К., Дарбаев А.К., Мақыш С.Б., Масина Г.Ж., Холтурсунов К.Д.
Статья 194. Антиконтурентные действия, соглашения государственных органов, местных исполнительных органов	Калиев А.А., Мустафин М.К., Холтурсунов К.Д.
Статья 196. Анализ состояния конкуренции на товарных рынках	Абсаттарова М.Н., Айтжанов А.Т., Джумабаева А.М., Нуркишева Е.М., Туякбаева М.А.
Статья 198. Предостережение о недопустимости нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	Айтжанов А.Т., Кумекбаева Р.Ж.
Статья 199. Уведомление о наличии в действиях (бездействии) субъекта рынка признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	Айтжанов А.Т., Спан Ж.И.
Статья 200. Государственный контроль за экономической концентрацией	Мақыш С.Б., Масина Г.Ж., Холтурсунов К.Д.
Статья 201. Экономическая концентрация	Дарбаев А.К., Кусаинов А.А., Масина Г.Ж., Холтурсунов К.Д.
Статья 203. Порядок подачи ходатайства	Дарбаев А.К., Кусаинов А.А., Масина Г.Ж., Холтурсунов К.Д.
Статья 206. Порядок уведомления антимонопольного органа о совершенной экономической концентрации	Кусаинов А.А., Максименко Е.В., Масина Г.Ж.

Статья 216. Основания для начала расследования нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	Айтжанов А.Т., Ахметов Н.Р., Калиев А.А., Мелдешев Ж.Ж.
Статья 218. Проведение расследования	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Калиев А.А.
Статья 224. Решения антимонопольного органа по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Калиев А.А., Токушев Е.М.
Статья 225. Основания и порядок определения монопольного дохода	Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Калиев А.А.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Наименования нормативных правовых и иных актов:

ГК РК – Гражданский Кодекс Республики Казахстан
Закон о естественных монополиях – Закон Республики Казахстан от 9 июля 1998 г. № 272-І «О естественных монополиях и регулируемых рынках»

Закон о конкуренции – Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112-IV «О конкуренции»

Закон о ГЧП – Закон Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 379-V ЗРК «О государственно-частном партнерстве»

Закон о концессиях – Закон Республики Казахстан от 07 июля 2006 г. № 167 «О концессиях»

КоАП РК – Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях

Методика анализа рынка – Методика по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденная приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. № 741

Методика по выявлению монопольной цены – Методика по выявлению монопольно высокой цены, утвержденная приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 301

ПК РК – Предпринимательский Кодекс Республики Казахстан

Приложение № 19 Договора – Приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе

Раздел 4 ПК – Раздел 4 «Экономическая конкуренция» Предпринимательского кодекса Республики Казахстан

Регламент Регламент Комиссии ЕС от 21 марта 2014 г. № 315/2014 «О применения ст. 101(3) Договора о функционировании Европейского союза к категориям соглашений о передаче технологий»

УК РК – Уголовный Кодекс Республики Казахстан

Иные сокращения:

абз. – абзац, абзацы

анализ рынка – анализ состояния конкуренции на товарном рынке

г. – год, годы

ЕАЭС – Евразийский экономический союз

ЕС – Европейский союз

казахстанское юридическое лицо – юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан

КРЕМЗК – Комитет по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан

МРП – месячный расчетный показатель

НПП – Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен»

Отчет – отчет Федеральной торговой комиссии и Департамента юстиции США «Антимонопольное регулирование и интеллектуальные права: содействие инновациям и конкуренции» 2007 г.

п. – пункт, пункты

п.п.) – подпункт, подпункты

предостережение – предостережение о недопустимости нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

РК – Республика Казахстан

РФ – Российская Федерация

см. – смотреть

ст. – статья, статьи

ч. – часть, части

ПРЕДИСЛОВИЕ

В данной работе представлены комментарии к основным статьям Раздела 4 «Экономическая конкуренция» Предпринимательского кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V, представляющие большой научный и практический интерес. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан (далее – ПК РК), в частности его Раздел 4, является основным законодательным актом, который регулирует отношения в области защиты конкуренции.

В научной и профессиональной литературе эту сферу законодательства называют также антимонопольным или конкурентным законодательством. В этой связи в комментариях термины «законодательство в области защиты конкуренции», «конкурентное законодательство» и «антимонопольное законодательство» используются как имеющие одинаковые значения.

Раздел 4 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан состоит из следующих 8 глав:

- 1) Глава 14. Конкуренция.
- 2) Глава 15. Монополистическая деятельность.
- 3) Глава 16. Недобросовестная конкуренция.
- 4) Глава 17. Участие государства в предпринимательской деятельности.
- 5) Глава 18. Защита конкуренции.
- 6) Глава 19. Взаимодействие антимонопольного органа с правоохранительными органами Республики Казахстан и антимонопольными органами других государств.
- 7) Глава 20. Выявление нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

8) Глава 21. Пресечение нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и пересмотр предписаний антимонопольного органа.

Указанные главы содержат 72 статьи (с 160 по 231), из которых авторским коллективом, исходя из их научной и практической значимости, для подготовки комментариев отобраны 39 статей¹.

Предпринимательский кодекс Республики Казахстан вступил в силу 1 января 2016 г. До этого времени основным антимонопольным актом являлся Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112-IV «О конкуренции». С введением в действие ПК РК с 1 января 2016 г. Закон «О конкуренции» поставлен на утрату, тем самым статус конкурентного законодательства Казахстана поднят на уровень Кодекса.

Важно отметить, что несмотря на почти полное перенесение Закона «О конкуренции» 2008 г. в Предпринимательский кодекс в качестве отдельного раздела, содержательно нормы антимонопольного законодательства были значительно изменены. Это было связано, во-первых, с инициативой депутатов Мажилиса Парламента и членов рабочей группы по разработке проекта Предпринимательского кодекса, а во-вторых, с пакетом нововведений в законодательство, подготовленным Правительством Казахстана в рамках реализации 53-го шага стратегии «План нации – 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ» Главы государства Н.А. Назарбаева. Указанный 53-й шаг предусматривает изменение концепции работы антимонопольной службы и приведение ее в соответствие со стандартами Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

Научно-практический комментарий подготовлен и издается АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»² (далее

¹ Комментарии к статьям 178 - 191 ПК РК представлены в комментариях к статье 177 ПК РК.

² Центр, созданный постановлением Правительства Республики Казахстан в 2008 г., в настоящее время является неправительственной, независимой организацией, специализирующейся на правовых и экономических вопросах конкурентной политики и антимонопольного регулирования.

– Центр) по заказу антимонопольного органа Республики Казахстан – Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан³ и посвящается 25-летию антимонопольного регулирования в Казахстане.

В авторский коллектив научно-практических комментариев вошли государственные служащие, эксперты и частнопрактикующие специалисты, ученые и практики, в том числе не один год занимающиеся защитой конкуренции под эгидой антимонопольного органа. Так, семь авторов имеют ученые степени кандидатов и докторов наук по юридическим и экономическим наукам; десять авторов являются действующими, а шесть авторов – бывшими сотрудниками антимонопольного органа Республики Казахстан. Эти бывшие сотрудники уполномоченного органа в настоящее время работают в Центре. При этом некоторые авторы принимали непосредственное участие в разработке проектов и Закона Республики Казахстан «О конкуренции» и Раздела 4 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

При подготовке настоящих комментариев возникли некоторые затруднения с приведением примеров применения некоторых норм Раздела Предпринимательского кодекса Республики Казахстан в связи с небольшим периодом временем их реализации на практике. Как отмечено выше, ПК вступил в силу лишь с 1 января 2016 г. В этой связи в ряде комментируемых статей авторам не удалось привести практические примеры их применения, а в ряде статей были использованы кейсы из антимонопольной практики до 2016 г., когда действовал Закон РК «О конкуренции». При этом такой подход был применен лишь к тем нормам статьей Раздела 4 ПК РК, которые являются идентичными с нормами аналогичных статей Закона РК «О конкуренции», то есть не претерпели изменений.

³ Научно-практический комментарий подготовлен по итогам открытого электронного конкурса № 223757-1, проведенного Комитетом по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан в феврале 2016 г.

Надеемся, что совместная работа авторов позволит сформировать сбалансированную точку зрения на комментируемые нормы антимонопольного законодательства Республики Казахстан и будет полезной для всех, кто профессионально занимается вопросами защиты конкуренции.

*А.Т. Айтжанов, президент
АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»,
заместитель заведующего кафедрой
«Экономическая теория и антимонопольное регулирование»
Евразийского национального университета
им. Л.Н. Гумилева, канд. экон. наук.*

Глава I. Конкуренция

Статья 161. Отношения в сфере государственного регулирования конкуренции

1. Настоящий раздел распространяется на отношения, которые влияют или могут повлиять на конкуренцию на товарных рынках Республики Казахстан, в которых участвуют субъекты рынка, потребители, а также государственные органы и местные исполнительные органы. При этом потребителем признается физическое или юридическое лицо, приобретающее товар для собственных нужд.

2. Положения настоящего раздела применяются также к совершенным за пределами территории Республики Казахстан действиям субъекта рынка, если в результате таких действий выполняется одно из следующих условий:

1) прямо или косвенно затрагиваются находящиеся на территории Республики Казахстан основные средства и (или) нематериальные активы либо акции (доли участия в уставном капитале) субъектов рынка, имущественные или неимущественные права в отношении юридических лиц Республики Казахстан;

2) ограничивается конкуренция в Республике Казахстан.

1. В данной статье определены сферы применения Раздела 4 «Экономическая конкуренция» Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (далее – Раздел 4 ПК) в пространстве и по кругу лиц. Раздел 4 ПК РК распространяется на отношения, связанные с защитой конкуренции на товарных рынках Республики Казахстан.

2. Комментируемая статья определяет субъектный состав лиц, на которых распространяются положения Раздела 4 ПК РК.

К их числу законодатель отнес субъектов рынка, потребителей, государственные органы и местные исполнительные органы.

Определение «субъекта рынка» приведено в комментариях к ст. 164 ПК РК.

Под «потребителем» в законодательстве Республики Казахстан о защите конкуренции (в Разделе 4 ПК РК) понимаются лишь физические или юридические лица, которые приобретают товар для собственных нужд. Таким образом, физические и юридические лица, приобретающие товар для перепродажи, использования в производственных и иных коммерческих целях, не относятся к потребителям.

В соответствии с п. 2 ст. 1 Закона Республики Казахстан от 27 ноября 2000 г. № 107-II «Об административных процедурах» под «государственными органами» понимаются «государственные учреждения, уполномоченные Конституцией, законами, иными нормативными правовыми актами на осуществление от имени государства функций по:

- 1) изданию актов, определяющих общеобязательные правила поведения;
- 2) управлению и регулированию социально значимых общественных отношений;
- 3) контролю за соблюдением установленных государством общеобязательных правил поведения».

В соответствии с п.п. 4 ст. 1 Закона Республики Казахстан «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» от 23 января 2001 г. № 148 местный исполнительный орган (акимат) – коллегиальный исполнительный орган, возглавляемый акимом области, города республиканского значения и столицы, района (города областного значения), осуществляющий в пределах своей компетенции местное государственное управление и самоуправление на соответствующей территории.

Одним из примеров нарушения местным исполнительным органом (акиматом) норм законодательства о защите конкуренции в части антиконкурентных действий государственных органов может служить дело, в котором акимат Мугалжарского района Актюбинской области, утвердив для КГП «Эмба жылу» устав с конкурентными видами деятельности, которые не предусмотрены законом Республики Казахстан «О государственном имуществе», создал условия к ограничению конкуренции.

По результатам расследования акимату вынесено предписание о прекращении нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан⁴.

3. Пункт 2 комментируемой статьи определяет порядок применения положений Раздела 4 ПК РК к совершенным за пределами территории Республики Казахстан действиям субъектов рынка. Данной нормой закрепляется возможность экстерриториального применения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

Согласно этой нормы положения Раздела 4 ПК РК применяются также к совершенным за пределами территории Республики Казахстан:

1) сделкам экономической концентрации, в результате которых прямо или косвенно затрагиваются находящиеся на территории Республики Казахстан основные средства и (или) нематериальные активы либо акции (доли участия в уставном капитале) субъектов рынка, имущественные или неимущественные права в отношении юридических лиц Республики Казахстан;

2) любым антиконкурентным соглашениям (действиям) и случаям недобросовестной конкуренции, в результате которых ограничивается конкуренция в Республике Казахстан.

На практике законодательство Республики Казахстан в области защиты конкуренции экстерриториально применялось только в отношении сделок экономической концентрации.

Так, например, антимонопольным органом было принято решение об удовлетворении ходатайства компании «Ривер Аквизишн Б.В.» (River Acquisition B.V.) о приобретении 100% доли участия в уставном капитале публичной компании с ограниченной ответственностью «Роял Реесинк Н.В.» (Royal Reesink N.V.)⁵.

Выявлению ограничивающих конкуренцию в Казахстане антиконкурентных соглашений (действий), совершенных за пределами страны, препятствуют как сложности в проведении расследований, сборе и закреплении доказательств, так и сложности в принудительном исполнении казахстанского антимонопольного законодательства за рубежом.

4 Официальный сайт Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан www.kremzk.gov.kz (скачано 24.06.2016 г.).

5 Официальный сайт Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан www.kremzk.gov.kz (скачано 24.06.2016 г.).

Статья 164. Субъект рынка

Субъектом рынка является:

- 1) физическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность;**
- 2) юридическое лицо Республики Казахстан, осуществляющее предпринимательскую деятельность;**
- 3) иностранное юридическое лицо (его филиал и представительство), осуществляющее предпринимательскую деятельность;**
- 4) некоммерческая организация, осуществляющая предпринимательскую деятельность в соответствии с ее уставными целями.**

1. Согласно вышеперечисленным четырем нормам данной статьи, основным критерием определения субъекта рынка является осуществление им предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 10 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть), под предпринимательством понимается «инициативная деятельность граждан и юридических лиц, независимо от формы собственности, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги)».

Таким образом, в законодательстве в области защиты конкуренции в качестве основного критерия признания субъекта субъектом рынка является получение дохода. В принципе, все виды лиц, обладающие правосубъектностью в Казахстане и других юрисдикциях, рассматриваются как «субъекты рынка».

2. Вместе с тем, данное определение «субъекта рынка» является в сравнении как с действующими международными (наднациональными) договорами, ратифицированными Республикой

Казахстан, так и с передовой мировой антимонопольной практикой неполным⁶. Так, в Приложении № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе под «субъектом рынка» понимается «коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, а также физическое лицо, чья профессиональная приносящая доход деятельность в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию»⁷. Под последнее подпадает деятельность, например, нотариусов, адвокатов, оценщиков, которые не являются предпринимателями.

Также, в отличие от других юрисдикций, «Казахстан не признает партнерства и другие формы организаций без образования юридического лица в качестве «субъектов рынка»⁸.

В Европейском Союзе под «хозяйствующим субъектом (рынка)» понимается любое ведущее хозяйственную деятельность лицо или организация. Субъектом антимонопольного регулирования могут быть и некоммерческие организации, и физические лица, не являющиеся предпринимателями, например, если они заключили с кем-то патентно-лицензионный договор, что придаст их деятельности хозяйственный характер.

При этом данные определения происходят из судебной практики и не определены законодательно ни в Договоре о Европейском союзе, ни в других юридических правилах⁹. Согласно нормам европейской практики не имеют значения ни способ образования хозяйствующего субъекта, ни его статус, ни организационно-правовая форма, ни наличие юридического адреса на территории ЕС, ни ориентация на получение прибыли и способ финансирования.

6 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 45.

7 Приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе.

8 Экспертный обзор ОЭСР. Конкурентное право и политика в Казахстане, 2016. - С. 27 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf.

9 Тот Т. Антимонопольное право Европейского союза. / Будапешт: Венгерское антимонопольное ведомство, 2014. – С. 92.

Статья 165. Группа лиц

1. Группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким из следующих признаков:

1) субъект рынка и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в данном субъекте рынка либо в соответствии с полномочиями, полученными, в том числе на основании письменного соглашения, от других лиц, право распоряжаться более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли участия в уставном капитале, паи) данного субъекта рынка;

2) субъект рынка и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо осуществляет функции единоличного исполнительного органа данного субъекта рынка;

3) субъект рынка и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо на основании учредительных документов данного субъекта рынка или заключенного с данным субъектом рынка договора вправе давать данному субъекту рынка обязательные для исполнения указания;

4) юридические лица, в которых более чем пятьдесят процентов количественного состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета, совета фонда) составляют одни и те же физические лица;

5) субъект рынка и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган данного субъекта рынка;

6) субъект рынка и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица избрано более чем пятьдесят процентов количественного состава коллегиального исполнительного органа либо совета директоров (наблюдательного совета) данного субъекта рынка;

7) физическое лицо, его супруга (супруг), родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры;

8) лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в подпунктах 1), 2), 3), 4), 5), 6) и 7) настоящего пункта признаку входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в подпунктах 1), 2), 3), 4), 5), 6) и 7) настоящего пункта признаку;

9) субъект рынка, физические лица и (или) юридические лица, которые по какому-либо из указанных в подпунктах 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7) и 8) настоящего пункта признаку входят в группу лиц, если такие лица в силу своего совместного участия в данном субъекте рынка или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют право распоряжаться более чем пятьюдесятью процентами голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) данного субъекта рынка.

2. Группа лиц рассматривается как единый субъект рынка. Положения настоящего раздела, относящиеся к субъектам рынка, распространяются на группу лиц.

1. Комментируемая статья не содержит определения понятия группы лиц, но содержит исчерпывающий перечень признаков, при наличии которых устанавливается наличие группы лиц для целей регулирования экономической конкуренции в соответствии с Разделом 4 Предпринимательского кодекса РК. Важность определения наличия группы лиц состоит в том, что, как указано в п. 2 комментируемой статьи, группа лиц рассматривается как единый субъект рынка. Необходимо отметить, что данный подход применим лишь для целей регулирования экономической конкуренции. В других областях правового регулирования лица, входящие в одну группу лиц согласно комментируемой статье, являются, как правило, самостоятельными субъектами.

Основной чертой всех признаков группы лиц, приведенных в п. 1 комментируемой статьи, является наличие контроля (или влияния) одного лица по отношению к другому лицу и (или) деятельности другого лица. В зависимости от природы (или основания) такого контроля, указанные признаки можно условно разделить на следующие категории:

(I) признаки, основанные на наличии «акционерного» контроля,

(II) признаки, основанные на наличии «эффективного» контроля, и

(III) иные признаки.

Признаки, основанные на наличии «акционерного» контроля.

К данной категории могут быть отнесены признаки, указанные в п.п.) 1 и п.п.) 9 п. 1 комментируемой статьи. В указанных случаях контроль одного лица над другим возникает в силу наличия у одного лица права распоряжения более 50% голосов/голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) другого лица.

Признаки, основанные на наличии «эффективного» контроля.

К данной категории можно отнести признаки, указанные в п.п.) 2 – п.п.) 7 п. 1 комментируемой статьи. Объединяющим указанные признаки является тот факт, что контроль одного лица над другим достигается через органы управления такого другого лица или через родственные связи.

Иные признаки.

К данной категории относится признак, указанный в п.п.) 8 комментируемой статьи, поскольку данный признак объединяет в себе ряд других признаков в целях определения последующих уровней уже сформированной группы лиц.

Ниже рассматриваются все признаки более подробно с точки зрения законодательства Республики Казахстан. Для определения группы лиц иностранного лица необходимо применять те же признаки, но с учетом требований соответствующего законодательства/регулирующего.

Обращаем внимание на то, что признаки, содержащиеся в рассматриваемой статье, не дублируют в какой-либо степени

признаки, на основании которых устанавливается аффилированность лиц. Соответственно, аффилированные лица не являются автоматически лицами, образующими одну группу лиц, и наоборот.

2. Как следует из п.п.) 1 п. 1 ст. 165 ПК РК, лицо образует группу лиц с другим лицом в силу наличия права распоряжения более чем 50% голосов от общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли участия в уставном капитале, паи) такого другого лица.

Следующие факторы имеют значение при определении группы лиц по данному признаку:

а. количество голосов, которыми лицо вправе распоряжаться, а именно более 50 процентов от общего количества голосов. Применительно к юридическому лицу, созданному в соответствии с законодательством Республики Казахстан (далее – Казахстанское юридическое лицо), общее количество акций, долей участия или паев должно быть определено в зависимости от правил, применимых к соответствующей организационно-правовой форме Казахстанского юридического лица;

б. содержание прав по акциям (долям участия в уставном капитале, паям), а именно право голоса, соответствующее указанному количеству голосующих акций (размеру доли участия в уставном капитале, паев).

Как правило, количество голосов соответствует количеству акций (размеру долей участия в уставном капитале), в отношении которых имеется право распоряжения. Иными словами, по общему правилу, лицо имеет право распоряжения более чем 50 процентов голосов, если оно имеет право распоряжения в отношении более чем 50 процентов акций (долей участия в уставном капитале). Вместе с тем, для целей определения группы лиц по рассматриваемому признаку в каждом конкретном случае необходимо обращать внимание на следующее.

- В случае функционирования казахстанского юридического лица в форме акционерного общества голосующими акциями являются размещенные *простые* акции, а также *привилегированные* акции, но лишь по вопросам, определенным в законодательстве Республики Казахстан. Однако, поскольку именно голосующие *простые* акции предоставляют право участвовать в управлении по всем вопросам, относящимся к компетенции об-

щего собрания акционеров, в целях определения группы лиц по рассматриваемому признаку будет иметь значение право распоряжения более 50% от общего количества голосов, приходящихся на голосующие *простые* акции.

В то же время, проверка лишь реестра держателей ценных бумаг или выписки с лицевого счета может быть не достаточной для целей определения количества голосующих акций. При определенных условиях привилегированные акции могут стать голосующими по всем вопросам, относящимся к компетенции общего собрания акционеров, что может изменить баланс контроля в обществе. В этой связи, если имеются привилегированные акции, то рекомендуется проверить статус этих акций на предмет возможности голосования по всем вопросам, относящимся к компетенции общего собрания акционеров.

• В случае функционирования казахстанского юридического лица в форме товарищества с ограниченной ответственностью, по общему правилу, размер доли участника при голосовании на общем собрании участников определяет количество голосов, соответствующее его доле в уставном капитале, за исключением случаев, когда иной порядок определения предусмотрен законодательством Республики Казахстан (в частности, по вопросу выбора председательствующего и секретаря собрания) или уставом. В последнем случае, в виду неоднозначности нормы закона, существует позиция, согласно которой уставом товарищества с ограниченной ответственностью может быть предусмотрен иной порядок определения количества голосов участника, вне зависимости от размера принадлежащей ему доли.

Таким образом, для определения наличия права голоса, соответствующего более 50 процентов долей участия, рекомендуется проверить устав товарищества с ограниченной ответственностью на предмет возможного «иного порядка определения голосов», в результате которого лицо может иметь право на долю в уставном капитале другого лица в размере более 50%, но при этом количество голосов будет менее 50 процентов от общего числа голосов или наоборот.

При определении группы лиц по рассматриваемому признаку основание возникновения права распоряжения более 50 процентов голосов значения не имеет. На практике наиболее часто встречающимся основанием является приобретение ли-

цом акций акционерного общества или права на долю участия в уставном капитале товарищества с ограниченной ответственностью. Право акционера (или участника) включает также право на участие в управлении обществом (или товариществом) путем голосования на общем собрании акционеров (или участников). Таким образом, право распоряжения определенным количеством голосов возникает из права на соответствующее количество акций (или размер доли участия в уставном капитале).

Право распоряжения голосами может также возникнуть на основании договора доверительного управления. В таком случае будут иметь значение пределы распоряжения, к примеру, акциями. В случае, если доверительный управляющий имеет право голосовать самостоятельно по своему усмотрению, хотя и в интересах выгодоприобретателя, и такое право голоса соответствуют более чем 50 процентов голосов от общего количества голосов, то имеются основания полагать, что доверительный управляющий (а не выгодоприобретатель или учредитель) будет образовывать группу лиц вместе с акционерным обществом.

3. Согласно признаку, указанному в п.п.) 2 п. 1 ст. 165 ПК РК, лицо образует группу лиц с субъектом рынка в случае, если лицо осуществляет функции единоличного исполнительного органа субъекта рынка.

Необходимо отметить, что действующее законодательство Республики Казахстан предусматривает возможность осуществления функций исполнительного органа юридического лица лишь физическим лицом. Юридическое лицо не может исполнять функции единоличного исполнительного органа Казахстанского юридического лица. Таким образом, лицом, осуществляющим функции исполнительного органа субъекта рынка - Казахстанского юридического лица, и на этом основании входящим с ним одну группу лиц, может быть только физическое лицо.

В отличие от Казахстана, в некоторых юрисдикциях допускается привлечение другого юридического лица для осуществления функций единоличного исполнительного органа (к примеру, управляющая компания) субъекта рынка (к примеру, Россия, Франция). Соответственно, при определении группы лиц иностранного лица необходимо принимать во внимание возможность, что не только физическое, но и юридическое лицо может осуществлять функции исполнительного органа другого юридического лица.

4. Обращаем внимание на то, что Предпринимательский кодекс РК не определяет основания возникновения права давать субъекту рынка обязательные для исполнения указания (кроме учредительных документов), а также не уточняет, что означает «обязательные для исполнения указания». В этой связи, ниже предлагается возможная интерпретация рассматриваемого признака.

С точки зрения законодательства Республики Казахстан, рассматриваемый признак может быть усмотрен, к примеру, в ситуации с дочерней организацией. В соответствии с Гражданским кодексом РК (ст. 94), дочерней организацией признается *«юридическое лицо, преобладающую часть уставного капитала которого сформировало другое юридическое лицо, либо если в соответствии с заключенным между ними договором (либо иным образом) основная организация имеет возможность определять решения, принимаемые данной организацией»*. Понятие «преобладающая часть уставного капитала» не определено в Гражданском кодексе РК. Можно предположить, что речь идет, прежде всего, о крупном участии (к примеру, праве на 10 процентов и более голосующих акций в акционерных обществах, при наличии которого лицо приобретает статус крупного акционера). В таком случае, основная организация, являясь единственным (или крупным) участником (или акционером) субъекта рынка, имеет право принимать корпоративные решения на уровне высшего органа управления, которые будут обязательны для исполнения субъектом рынка.

Другим возможным подходом может быть то, что вне зависимости от формального статуса крупного акционера, лицо может, к примеру, обладать фактической возможностью блокировать решения, принимаемые высшим органом субъекта рынка. Это, в свою очередь, определяет решения, которые обязательны для исполнения субъектом рынка. При таком подходе в отдельных случаях способность блокировать решения также может давать лицу право давать субъекту рынка обязательные для исполнения указания и, соответственно, образовывать с ним одну группу лиц.

В ситуации, когда лицо получило право давать обязательные для исполнения субъектом рынка указания на основании договора, решающее значение будет иметь возможность лица давать

указания субъекту рынка не по каким-либо отдельным вопросам (к примеру, связанным с проектом, в который вовлечены оба лица), а в целом (к примеру, по ведению всей предпринимательской деятельности).

Таким образом, в зависимости от конкретных обстоятельств, лицом образующим группу лиц с субъектом рынка по рассматриваемому признаку, может быть:

- единственный (крупный) участник (акционер) субъекта рынка;
- участник (акционер) субъекта рынка, обладающий правом блокировать решения, принимаемые высшим органом субъекта рынка;
- лицо, которое в силу какого-либо договора может давать субъекту рынка обязательные для исполнения указания по широкому кругу вопросов, не ограниваясь определенными вопросами (например, только в рамках финансового, производственного блока вопросов или вопросы, сумма которых не превышает определенных пороговых значений и т.д.). Например, физическое лицо, которое принимает решения только по финансовым вопросам, не должно рассматриваться лицом, определяющим условия ведения всей предпринимательской деятельности определенно субъекта рынка.

5. При определении группы лиц по признаку, указанному в п.п.) 4 п. 1 ст. 165 ПК РК, необходимо принимать во внимание следующее.

а. Юридические лица могут составлять одну группу лиц, если более 50 процентов состава их корпоративных органов представлено одними и теми же физическими лицами. В данном случае группу лиц будут составлять не сами физические лица, а юридические лица, в которых состав тех или иных корпоративных органов совпадает более чем на 50 процентов.

В данном случае значение имеет возможность влияния одних и тех же лиц на деятельность двух и более юридических лиц. Соответственно, при определении группы лиц по рассматриваемому признаку важно установить, что одни и те же лица назначены в какие-либо корпоративные органы юридических лиц, при этом не обязательно совпадение по типу органа. К примеру, если в компании А 50 процентов состава совета директоров представ-

лены лицами, которые образуют 50 процентов состава исполнительного органа компании Б, то компании А и Б будут составлять одну группу лиц по рассматриваемому признаку.

Подобный подход видится обоснованным поскольку, как указывалось выше, основной чертой всех признаков группы лиц, приведенных в п. 1 комментируемой статьи, является наличие контроля (или влияния) одного лица над другим. Подобное влияние возможно также через назначение одних и тех же лиц в корпоративные органы, хотя и разного уровня.

б. Рассматриваемое положение перечисляет корпоративные органы, которые могут быть образованы в Казахстанских юридических лицах. Однако это может быть неприменимо в случае определения группы лиц между двумя и более иностранными юридическими лицами, поскольку подобных органов может просто не существовать.

В этой связи, для целей определения группы лиц по рассматриваемому признаку (особенно в случае иностранных юридических лиц) значение будет иметь в большей степени функционал перечисленных корпоративных органов, нежели их официальное наименование. Так, если отталкиваться от функционала указанных корпоративных органов, то, по сути, речь идет о следующих органах:

- *орган управления*, принимающий решения по важным (чаще стратегическим) вопросам деятельности компании. В случае Казахстанского юридического лица это совет директоров (в акционерных обществах);

- *исполнительный орган*, ответственный за ежедневную деятельность и исполняющий решения всех других органов. В случае Казахстанского юридического лица это правление или иной коллегиальный исполнительный орган;

- *орган, контролирующей деятельность исполнительного органа*. В Казахстанском юридическом лице это наблюдательный совет (в товариществах с ограниченной ответственностью) либо же совет директоров (в акционерных обществах, поскольку создание наблюдательного совета там не предусмотрено).

Таким образом, в целях определения группы лиц между иностранными юридическими лицами по рассматриваемому признаку необходимо установить наличие аналогичного состава в

корпоративных органах, соответствующих вышеуказанному функционалу (вне зависимости от их наименования).

6. Согласно п.п.) 5 п. 1 комментируемой статьи лицо (физическое или юридическое) может образовывать одну группу лиц с субъектом рынка, если такое лицо имеет возможность номинировать лицо к назначению или избранию в качестве единоличного исполнительного органа субъекта рынка.

Как правило, такая возможность имеется у участников (акционеров) субъекта рынка и предусмотрена в отдельном соглашении между участниками (акционерами) (к примеру, в акционерном соглашении). При этом размер доли участия (количество акций), которыми обладает тот или иной участник (акционер), может не иметь решающего значения. В большинстве случаев все будет зависеть от положений соглашения или иного документа, в котором закреплена такая возможность номинирования.

7. Согласно п.п.) 6 п. 1 ст. 165 лицо (физическое или юридическое) может образовывать одну группу лиц с субъектом рынка, если такое лицо имеет возможность номинировать к избранию более 50% состава коллегиального исполнительного органа, совета директоров или наблюдательного совета субъекта рынка.

По аналогии с признаком, указанным в п.п.) 5 п. 1 ст. 165 Предпринимательского кодекса РК, рассмотренным выше, такая возможность, как правило, имеется у участников (акционеров) субъекта рынка и предусмотрена в отдельном соглашении между участниками (акционерами) (к примеру, акционерном соглашении). Однако, в отличие от вышеуказанного признака, в данном случае размер доли участия (количество акций), которой обладает тот или иной участник (акционер) будет, скорее всего, иметь решающее значение.

Так, к примеру, если в компании А имеется три акционера, крупный акционер, обладающий более 50% голосующих акций, может иметь право номинирования в состав как совета директоров (к примеру, 2 из 3 минимальных), так и в коллегиальный исполнительный орган.

Касательно вида коллегиального органа, как указывалось в комментарии к п.п.) 4 п. 1 ст. 165 Предпринимательского кодекса РК, при определении группы лиц иностранного юридического лица по рассматриваемому признаку значение будет иметь функционал, а не наименование корпоративного органа.

8. При определении группы лиц по признаку родственных связей по п.п.) 7 п. 1 ст. 165 ПК РК необходимо принимать во внимание положения законодательства, применимого к субъекту рынка, устанавливающего круг близких родственников, прямо указанных в данном положении.

9. В соответствии с п.п.) 8 п. 1 ст. 165 ПК РК признаются группой лиц лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в п.п.) 1, 2, 3, 4, 5, 6 и 7 настоящего пункта признаку входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в п.п.) 1, 2, 3, 4, 5, 6 и 7 настоящего пункта признаку.

Данный признак можно условно назвать «собирабельным», поскольку на его основании определяются все «слои» группы лиц, начиная от «первичной» группы лиц, сформированной по любому из вышеуказанных признаков.

К примеру, после того, как будет определена группа лиц субъекта рынка по каждому из указанных признаков, необходимо будет определить последующие «слои» группы лиц, применяя все те же признаки. В результате, в группу лиц субъекта рынка могут также входить лица, которые имеют лишь опосредованный (т.е. косвенный) контроль/влияние по отношению к субъекту рынка.

10. Признак, указанный в п.п.) 9 п. 1 ст. 165 ПК РК, аналогичен признаку, указанному в п.п.) 8 п. 1 комментируемой статьи Предпринимательского кодекса РК, за исключением того, что для определения последующих «слоев» группы лиц значение будет иметь наличие права у определенных лиц, в силу совместного участия в субъекте рынка или на ином указанном основании, распоряжаться более чем 50 процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) субъекта рынка. Иными словами, по данному признаку одну группу лиц будут образовывать:

а. лица, которые уже входят в одну группу лиц друг с другом по какому-либо из вышеуказанных оснований, и

б. субъект рынка, более 50% голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) которого принадлежат лицам, указанным в пункте (а), в силу своего совместного участия или по иным основаниям, указанным в рассматриваемом положении (т.е. по сути, совместно контролируемый субъект рынка).

Глава II. Монополистическая деятельность

Статья 167. Понятие и виды монополистической деятельности

1. Монополистической деятельностью является деятельность субъектов рынка, положение которых дает возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе позволяет оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

2. К монополистической деятельности, ограниченной настоящим Кодексом, относятся:

- 1) антиконкурентные соглашения субъектов рынка;
- 2) антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка;
- 3) злоупотребление доминирующим или монопольным положением.

1. Под монополистической деятельностью понимаются действия субъектов рынка по контролю соответствующего товарного рынка. К таким действиям, в том числе, относится оказание значительного влияния на общие условия обращения товара на рынке. Общими условиями обращения товара могут быть, например, установление цен, объем (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров и др.

Исходя из приведенного определения, при определении монополистической деятельности необходимо исходить из возможности субъекта контролировать и/или влиять на рынок или обладать значительной экономической властью. Влияние на рынке, как экономическая концепция, означает способность устанавли-

ливать цены выше предельных затрат (маржинальных), то есть независимо от влияния спроса и предложения или, иными словами, от поставщиков и потребителей¹⁰.

2. В соответствии с п. 4 ст. 26 Конституции Республики Казахстан монополистическая деятельность регулируется и ограничивается законом. Иными словами, законодательством допускается монополистическая деятельность за исключением некоторых видов. Например, деятельность естественных монополий, которая может быть отнесена к монополистической деятельности, в Казахстане регулируется законодательно, в том числе через утверждение тарифов на их услуги.

К ограниченному антимонопольным законодательством Республики Казахстан видам монополистической деятельности отнесены:

- 1) антиконкурентные соглашения субъектов рынка (см. комментарии к ст. 169 ПК РК);
- 2) антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка (см. комментарии к ст. 170 ПК РК);
- 3) злоупотребление доминирующим или монопольным положением (см. комментарии к ст. 174 ПК РК).

¹⁰ Подробнее о концепциях «рыночной силы», «контроля» и «влияния» см. далее в комментариях к ст. 172 «Доминирующее или монопольное положение»

Статья 168. Виды антиконкурентных соглашений и согласованных действий

1. Антиконкурентные соглашения или согласованные действия между субъектами рынка, являющимися конкурентами (субъектами рынка, осуществляющими продажу либо приобретение товаров на одном товарном рынке), являются горизонтальными.

Конкурентом является субъект рынка, находящийся в состоянии состязательности с другими субъектами соответствующего рынка ввиду того, что производит и (или) реализует на соответствующем товарном рынке товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром субъектов рынка.

Потенциальным конкурентом признается субъект рынка, который имеет возможность (владеет оборудованием, технологиями) производить и (или) реализовать товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром конкурента, но не производит и не реализует его на соответствующем товарном рынке.

2. Антиконкурентные соглашения между неконкурирующими субъектами рынка, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом (поставщиком), являются вертикальными.

1. Комментируемая статья раскрывает виды антиконкурентных соглашений и согласованных действий, к которым относит горизонтальные и вертикальные, а также дает определение понятий «конкурент» и «потенциальный конкурент».

2. Под «конкурентами» в первом абзаце п. 1 ст. 168 ПК РК законодатель определяет субъектов рынка, осуществляющих продажу либо приобретение товаров на одном товарном рынке. Далее во втором абзаце этого пункта понятие «конкурент» опре-

деляется через определение субъекта рынка, находящегося в состоянии состязательности с другими субъектами соответствующего рынка. На практике это определение приводит к неправильным выводам о том, что конкурентами субъекта рынка (в частности, доминанта) не могут быть субъекты рынка, которые занимают незначительные доли на соответствующем рынке, так как они находятся не в состоянии состязательности¹¹. Здесь необходимо отметить, что это состояние состязательности рынка во втором абзаце п. 1 комментируемой статьи понимается через факт наличия производства и (или) реализации субъектами на соответствующем товарном рынке аналогичного либо взаимозаменяемого товара. Таким образом, законодатель однозначно определяет конкурента как субъекта рынка, осуществляющего производство и (или) продажу одинакового товара на одном рынке.

3. В третьем абзаце п. 1 комментируемой статьи дается определение «потенциального конкурента», под которым признается субъект рынка, который имеет возможность (владеет оборудованием, технологиями) производить и (или) реализовать товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром конкурента, но не производит и не реализует его на соответствующем товарном рынке. Необходимо отметить, что ни в 4 Разделе ПК, ни в других разделах ПК РК данный термин (определение) в такой формулировке не используется.

Вместе с тем, в п. 2 ст. 168 ПК РК используется понятие «потенциальный продавец (поставщик)», что дает основание под последним понимать именно потенциального конкурента. Кроме того, можно отметить, что до 1 января 2016 г. в редакции закона «О конкуренции» 2008 г. под «горизонтальными соглашениями» и «согласованными действиями» понимались соглашения конкурентов, а также потенциальных конкурентов. В Обзоре ОЭСР было представлено критическое отношение к использованию понятия «потенциальные конкуренты» как слишком широ-

11 См. Заключение по результатам расследования в отношении ТОО «Каражыра ЛТД», утверждённое приказом руководителя Департамента Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан по Восточно-Казахстанской области от 30.12.2015 г. № 436-ОД; постановление Восточно-Казахстанского областного суда от 29.06.2016 г. № За/362.

кой категории, теоретически позволяющей признать таковыми любых субъектов рынка¹².

4. Горизонтальные соглашения в теории конкурентного права представляют собой соглашения между конкурентами, в то время как вертикальные соглашения являются соглашениями между субъектами, не находящимися в состоянии конкуренции, один из которых продает товар, а второй – является его приобретателем. Подобным образом были определены горизонтальные и вертикальные соглашения и в ПК РК.

Исходя из определений, изложенных в п. 1 и п. 2 ст. 168 ПК РК, стороны вертикального соглашения не конкурируют между собой, занимая различное положение на товарном рынке, тогда как стороны горизонтального соглашения – конкурируют.

При этом стороны и вертикального и горизонтального соглашения являются участниками одного и того же товарного рынка. В то же время, стороны вертикального соглашения, не конкурируя друг с другом в отношении предмета соглашения, могут быть конкурентами на другом товарном рынке либо на том же товарном рынке, но не в связи с предметом данного соглашения.

Примером конкурирования сторон вертикального соглашения на разных рынках может быть случай, когда субъект А заключает договор купли продажи с субъектом Б о реализации ему оптом ГСМ (это рынок оптовой реализации ГСМ, где они не являются конкурентами). В то же время, оба субъекта могут быть конкурентами на рынке розничной реализации ГСМ, если и субъект А и субъект Б реализуют на этом рынке ГСМ в розницу.

Примером конкуренции двух субъектов рынка на том же товарном рынке, но не в связи с предметом вертикального соглашения, может быть следующий случай. Допустим, субъекты В и С являются участниками и конкурентами на рынке перевозки зерна. Субъект В заключает договор о субподряде с субъектом С (о перевозке определенной партии зерна). Это будет вертикальным соглашением, поскольку в отношении, регулируемом этим соглашением, стороны соглашения не конкурируют друг с другом.

12 Экспертный обзор ОЭСР. Конкурентное право и политика в Казахстане, 2016. – С. 27 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf.

При этом, в указанных выше примерах в случае включения сторонами вертикальных соглашений каких-либо условий, которые ограничивают конкуренцию и не являются связанными с предметом этих соглашений, такие условия могут быть квалифицированы как заключение горизонтального соглашения.

5. Остановимся кратко на рассмотрении сути горизонтальных соглашений. Соглашения между конкурентами, ограничивающие возможность их независимой деятельности путем принятия на себя определенных обязательств, принимают характер антиконкурентных горизонтальных соглашений. Но вместе с тем, не все соглашения между конкурентами ограничивают конкуренцию.

Многие виды совместной деятельности положительно сказываются на состоянии конкуренции: они могут стимулировать факторы эффективности, снижать риск, создавать новые виды продукции или методы ее распределения (дистрибуции), повышать качество информационных потоков и, таким образом, формировать конкурентный характер функционирования рынка. Конкуренты могут совместно инвестировать средства в строительство нового предприятия, коммуникационные сети или объекты совместной инфраструктуры, которые ни один из них не смог бы построить самостоятельно. Также они могут сообща осуществлять исследования и разработки, дорогостоящие для одной компании, совместно закупать сырье и материалы и, таким образом, снижать издержки. С другой стороны, горизонтальные соглашения между конкурентами могут устранять конкуренцию, сокращая объемы выпуска продукции и поднимая цены. Встречаются случаи, когда горизонтальные соглашения могут в каких-то аспектах стимулировать конкуренцию, одновременно в целом слишком ограничивая ее¹³.

6. Также необходимо различать и отделять вертикальные соглашения от антиконкурентных вертикальных соглашений. Вертикальное межфирменное взаимодействие, которое может осуществляться в виде вертикальной интеграции или вертикальных соглашений (вертикальных договорных ограничений),

¹³ Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 180.

является одним из направлений деятельности компаний, позволяющих повысить эффективность их функционирования на рынке¹⁴.

Наиболее распространенная форма вертикальных соглашений – отношения между предприятиями, находящимися на разных уровнях производства или реализации товара. Эти соглашения могут быть оформленными или неоформленными. Фирмы могут по своему выбору заключать детальные письменные контракты, а могут просто полагаться на устные договоренности или устоявшуюся практику, о которой известно участникам.

Оценка вертикальных соглашений в конкурентном праве является одной из наиболее сложных задач. В праве США только в 2007 г. окончательно сформировался подход о том, что любые вертикальные соглашения должны оцениваться только с применением «правила разумности» (*rule of reason*) Как отмечают эксперты, «трудность в оценке вертикального соглашения состоит в том, чтобы отделить ограничения, налагаемые соглашением на рыночное поведение его участника, от ограничений конкуренции на товарном рынке, которые могут возникнуть в результате реализации соглашения»¹⁵.

14 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 188.

15 Конкурентное право России: учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др. - М: 2012. – С.177.

Статья 169. Антиконтурентные соглашения

1. Признаются картелем и запрещаются горизонтальные соглашения между субъектами рынка, если такие соглашения приводят или могут привести к:

1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;

2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, исказению итогов торгов, аукционов и конкурсов, в том числе путем раздела по лотам;

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).

Положения подпункта 2) части первой настоящего пункта могут распространяться, в том числе, на соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц.

2. Запрещаются вертикальные соглашения между субъектами рынка, если:

1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, когда продавец устанавливает для покупателя (заказчика) максимальную цену перепродажи товара;

2) таким соглашением предусмотрено обязательство покупателя (заказчика) не продавать товар 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;

3) таким соглашением предусмотрено обязательство продавца не продавать товар субъекту рынка, который является конкурентом покупателя (заказчика).

3. Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, достигнутые в любой форме антиконкурентные соглашения между субъектами рынка, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе касающиеся:

1) установления или поддержания дискриминационных условий к равнозначным договорам с другими субъектами рынка, в том числе установления согласованных условий приобретения и (или) реализации товаров;

2) экономически, технологически и иным образом необоснованного установления субъектами рынка различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) искажения итогов торгов, аукционов и конкурсов в результате нарушения установленного порядка их проведения, в том числе путем раздела по лотам;

4) необоснованного ограничения или прекращения реализации товаров;

5) ограничения доступа на товарный рынок или устранения с него других субъектов рынка в качестве продавцов (поставщиков) определенных товаров или их покупателей;

6) заключения договоров при условии принятия контрагентами дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих договоров (необоснованных требований передачи финансовых средств и иного имущества, имущественных или неимущественных прав).

Запреты, установленные частью первой настоящего пункта, не распространяются на вертикальные соглашения, являющиеся договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга), либо если совокупная доля субъектов рынка на товарном рынке не превышает двадцати процентов.

4. Под антиконкурентным соглашением понимаются договоренности субъектов рынка, которые приводят или могут при-

вести к ограничению конкуренции, в том числе достигнутые в письменной и (или) устной форме.

5. Согласование действий субъектов рынка третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких субъектов рынка и не осуществляющим деятельность на том товарном рынке (товарных рынках), на котором (которых) осуществляется согласование действий субъектов рынка, признается координацией экономической деятельности. Запрещается координация экономической деятельности субъектов рынка, способная привести, приводящая или приведшая к последствиям, перечисленным в пунктах 1-3 настоящей статьи.

6. Запреты на антиконкурентные соглашения не распространяются на соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов рынка в отношении другого субъекта рынка установлен контроль, а также если такие субъекты рынка находятся под контролем одного лица.

Под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) юридического лица;

2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

7. Требования настоящей статьи не распространяются на соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

8. Соглашения, предусмотренные настоящей статьей, за исключением указанных в пункте 1 настоящей статьи, признаются допустимыми, если они не накладывают на субъектов рынка ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения целей этих соглашений, и не создают возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке,

и если субъекты рынка докажут, что такие соглашения имеют или могут иметь своим результатом:

1) содействие совершенствованию производства (реализации) товаров или стимулированию технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности производимых товаров производства сторон на мировом товарном рынке;

2) получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

1. Комментируя названную статью, целесообразно начать не с конкретных видов антиконкурентных соглашений, а с самого понятия «соглашения», которое закреплено в п. 4 ст. 169 ПК РК. Это важно в связи с тем, что любое запрещенное соглашение, прежде всего, должно подпадать под общие критерии соглашения в категориях антимонопольного законодательства, в том числе и для того, чтобы можно было провести четкое разграничение между ст. 169 и ст. 170 ПК РК, устанавливающей запреты в отношении согласованных действий.

Определяя «антиконкурентные соглашения», п. 4 ст. 169 ПК РК указывает на то, что под ними понимается любая договоренность субъектов рынка, которая приводит или может привести к ограничению конкуренции вне зависимости от формы самого соглашения, письменной и (или) устной. Это свидетельствует о том, что «соглашение» для целей антимонопольного регулирования понимается шире, чем «гражданско-правовой договор». Так, согласно ст. 378 Гражданского кодекса Республики Казахстан, под «договором» понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Сопоставляя понятия «соглашения» в антимонопольном законодательстве и «договора» в гражданском праве, можно сразу отметить, что антиконкурентное соглашение может иметь место вне зависимости от того, заключено ли такое соглашение по правилам, установленным гражданским законодательством (например, антиконкурентное соглашение может быть заключено в устной форме, даже если гражданское законодательство

требует обязательной письменной формы договора). Более того, антиконкурентное соглашение может содержаться не в едином документе, а в нескольких, или частично может быть выражено в письменной форме, а частично – в устной (например, когда письменный договор сопровождается устными договоренностями сторон). Таким образом, закон не предъявляет специальных требований к самой форме антиконкурентного соглашения. Такое соглашение может быть выражено в договоре, а может носить характер неформальной договоренности или понятийного соглашения, в том числе и устного.

В этой связи можно утверждать, что, по смыслу антимонопольного законодательства, соглашение представляет собой любую договоренность, т.е. выражение взаимной воли сторон на достижение определенного результата. Если этот результат носит антиконкурентный характер, например, если субъекты рынка договорились о повышении цены на свои товары, такое соглашение может подпадать под запреты ст. 169 ПК РК. Общественная опасность антиконкурентного соглашения связана с тем, что участники такого соглашения фактически отказываются от самостоятельного индивидуального поведения на рынке и придерживаются единой модели поведения, которая взаимовыгодна для участников соглашения, но пагубна для состояния самой конкуренции.

Однако подобный подход к определению «соглашения» для целей антимонопольного законодательства на практике может привести к тому, что разграничение «соглашений» и «согласованных действий» будет затруднительным, особенно когда речь идет об устных соглашениях. В мировой практике не всегда можно встретить в принципе такой состав антимонопольного нарушения, как «запрещенные согласованные действия». Например, в ст. 1 Закона Шермана (The Sherman Antitrust Act) 1890 г., который является уникальным, поскольку, будучи принятым еще в позапрошлом веке, до сих пор применяется в США в качестве основного нормативного акта в области антимонопольного регулирования, содержится перечисление антимонопольных нарушений. И при этом в данной статье в принципе нет указания на такой вид нарушения, как «согласованные действия». Это, однако, не означает, что в США такого рода антиконкурентные

практики являются законными. Просто они охватываются более широким понятием «сговора», которое как раз содержится в ст. 1 Закона Шермана. При этом для доказывания наличия такого сговора в США требуется более широкий набор элементов, чем просто подтверждение параллельного поведения участников.

Для сравнения, ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза, устанавливающая основы антимонопольного регулирования на территории ЕС, содержит понятие «согласованных действий». При этом, давая толкование соответствующей норме, правоприменительные органы ЕС не раз указывали, что, по большому счету, согласованные действия по своему существу близки к соглашениям, но не имеют такой формализации. Более того, согласованные действия и соглашения могут составлять одно сложное нарушение. Так, например, в деле *Comission v. Anic* Европейская комиссия (антимонопольный орган ЕС) указала: «*Сопоставление определений соглашения и согласованных действий в смысле ст. 85(1) [Римского] Договора свидетельствует о том, что с субъективной точки зрения они оба направлены на пресечение сговора, имеющего одинаковую природу, и различаются только по силе своей интенсивности и форме выражения*»¹⁶.

Таким образом, даже выделяя отдельно согласованные действия, европейский законодатель признает, что сущность и природа согласованных действий и соглашений крайне похожи.

Следует отметить, в практике антимонопольного органа дела о согласованных действиях встречаются чаще, чем дела об антиконкурентных соглашениях. Это обусловлено, в первую очередь, тем, что в ходе правоприменительной практики стандарт доказывания по согласованным действиям формируется на более низком уровне, чем стандарт доказывания соглашений, в рамках которого так или иначе необходимо установить факт достижения договоренности (т.е. прямого контакта между участниками соглашения). Согласованные действия, в свою очередь, могут быть доказаны через их объективированный результат. Например, в 2014 г. из 38 дел, инициированных антимонопольным органом по фактам, связанным с антиконкурентными со-

¹⁶ См. *Comission of the European Communities v. Anic Partecipazione SpA* [1999] ECR I-4125.

глашениями и действиями, по существу все касались именно согласованных действий¹⁷.

2. В целом, еще до принятия ПК РК, нормы законодательства об антиконкурентных соглашениях за последние годы претерпели существенные изменения, которые впоследствии отразились и в соответствующих положениях ПК РК. Речь, в частности, идет о том, что изначально, до 2013 г., Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112-IV «О конкуренции» в принципе не предполагал деления антиконкурентных соглашений на отдельные виды, для каждого из которых установлен особый правовой режим. Ст. 10 Закона о конкуренции содержала общий запрет на соглашения, которые приводят к ограничению конкуренции.

Только после поправок, внесенных в Закон о конкуренции 6 марта 2013 г., все антиконкурентные соглашения были разделены на три вида: (I) запрещенные горизонтальные соглашения, предусмотренные п. 1 ст. 10 Закона о конкуренции; (II) запрещенные вертикальные соглашения, предусмотренные п. 2 ст. 10 Закона о конкуренции; (III) иные антиконкурентные соглашения, не подпадающие под признаки соглашений, предусмотренных п. 1 и п. 2 ст. 10 Закона о конкуренции. Помимо этого, нормы об антиконкурентных соглашениях в Законе о конкуренции также устанавливали запрет на координацию экономической деятельности.

Впоследствии, поправками от 5 мая 2015 г. положения Закона о конкуренции относительно антиконкурентных соглашений были дополнены закреплением понятия «картеля» как наиболее опасного вида антиконкурентных соглашений и согласованных действий, при выявлении которого не требуется доказывать факт ограничения конкуренции. Так, в частности, в Законе о конкуренции было указано, что под картелем (или антиконкурентными горизонтальными соглашениями и согласованными действиями) понимаются антиконкурентные соглашения или согласованные действия между субъектами рынка, являющимися конкурентами либо потенциальными конкурентами на одном товарном рынке, которые прямо указаны в п. 1 ст. 10 и

17 См. Экспертный обзор ОЭСР. Конкурентное право и политика в Казахстане, 2016. - С. 32 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf

п. 1 ст. 11 Закона о конкуренции. Также были дополнены разновидности запрещенных соглашений в зависимости от того, на достижение какого результата они были направлены. Так, помимо ценовых сговоров на торгах, к запрещенным антиконкурентным горизонтальным соглашениям поправками были отнесены и соглашения, направленные на искажение результатов торгов, в том числе посредством раздела лотов.

Следующий значимый этап реформирования данных норм был связан именно с принятием ПК РК. Сам ПК РК воспринял сформированную ранее структуру деления антиконкурентных соглашений на три вида, однако в нем появились новые, а также были уточнены ранее действующие нормы, которые должны оказать положительное влияние на развитие правоприменительной практики.

Таким образом, на сегодняшний день ст. 169 ПК РК выделяет три вида запрещенных антиконкурентных соглашений:

- (1) картели (антиконкурентные горизонтальные соглашения, находящиеся под безусловным или абсолютным запретом);
- (2) вертикальные соглашения;
- (3) иные соглашения, ограничивающие конкуренцию.

Как и прежде, помимо данных видов антиконкурентных соглашений, ПК РК также устанавливает запрет на координацию экономической деятельности.

3. Особенность картельного соглашения состоит в том, что оно является абсолютно запрещенным, поскольку презюмируется, что такое соглашение в любом случае является опасным для состояния конкуренции. Именно поэтому запреты, установленные ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, относятся к числу т. н. запретов *per se*. То есть соглашения, подпадающие под признаки ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, запрещены сами по себе, вне зависимости от того, приводят ли они в действительности к ограничению конкуренции или нет. В этой связи антимонопольный орган при расследовании подобных нарушений не обязан устанавливать признаки ограничения конкуренции, а может ограничиться лишь фактом самого достижения антиконкурентного соглашения.

В настоящий момент в соответствии с ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК к картелям относятся горизонтальные соглашения следующего характера:

(1) Ценовой картель, т.е. соглашение, направленное на установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок

Опасность такого соглашения состоит в том, что оно, вынуждая субъектов рынка отказываться от самостоятельного поведения, может привести к искусственному завышению цены, отказу участников рынка от самостоятельного поведения. Одним из примеров такого соглашения может служить согласование максимальных отпускных цен производителями соответствующего товара в рамках собраний и встреч.

(2) Сговор на торгах, т.е. соглашение, направленное на повышение, снижение или поддержание цен на торгах, искажение результатов торгов, аукционов и конкурсов, в том числе путем раздела по лотам.

Как правило, сговоры на торгах проявляются в том, что участники торгов заранее договариваются об определенном поведении для искусственного создания того или иного результата торгов. Зачастую такие сговоры могут быть выявлены, когда несколько участников, будучи формально независимыми, проводят совместные встречи или используют средства связи и коммуникации для согласования, а также осуществляют иные действия, дающие основание полагать, что участники торгов действовали по заранее определенному плану.

Так, например, в Решении Специализированного межрайонного экономического суда города Алматы от 12.02.2014 г. № 2-1917/14 приводится описание различных видов нарушений на торгах, которые были выявлены антимонопольным органом в отношении ТОО «КазРатСтройПроект», ТОО «Энергия Плюс», ТОО «Казпромсвязь», ТОО «SamaInfoCom». К ним относятся подача заявок прикрытия (когда один участник торгов подает заявку с ценой, заведомо превышающей цену заявки участника, который должен стать победителем); ротация заявок (т.е. определение очередности побед тех или иных участников, состоящих в сговоре), раздел по лотам и т.д. В решении отдельно анализируется вопрос об аффилированности заказчика с участниками торгов.

(3) Сговор о разделе рынка (по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей).

Такой картель может иметь место в случае, если субъекты рынка согласовывают квоты на определенные объемы производства товаров, либо распределяют между собой покупателей, в ре-

зультате чего покупатели утрачивают возможность свободного выбора поставщика, а также в иных случаях, когда договоренность касается раздела рынка по тем или иным критериям. Как и в предыдущих случаях, такие договоренности лишают субъектов рынка возможности действовать самостоятельно.

Наиболее очевидным и опасным раздел рынка является тогда, когда рыночная доля участников соглашения довольно велика. В таком случае антиконкурентное поведение субъектов способно оказать влияние на весь рынок, в то время как негативный эффект на весь рынок от соглашения небольших компаний о распределении своих продаж может быть неочевидным.

В практике антимонопольного органа встречались дела, связанные с разделом товарного рынка между конкурентами. Так, одним из ярчайших примеров является дело о соглашении о разделе рынка ингибитора солеотложения¹⁸.

Поставщики соответствующей продукции, приобретающие ее у ОАО «Химторг-Н», а также сам производитель в 2010 г. заключили Договор о сотрудничестве, в рамках которого ТОО «КазПром» и АО «КазХим» распределили между собой рынок сбыта продукции по кругу покупателей. При этом указанные компании обязывались не продавать товар покупателям своего конкурента. Антимонопольный орган в ходе расследования установил, что эта договоренность исполнялась участниками, в связи с чем они были признаны виновными в заключении антиконкурентного соглашения.

Следует отметить, что дело было рассмотрено в 2010 г., т.е. по ранее действовавшему законодательству. На тот момент ст. 10 Закона о конкуренции не предусматривала понятия картеля, а устанавливала единый перечень антиконкурентных соглашений, к числу которых относились и соглашения о разделе рынка (п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции). Однако, если бы данное нарушение имело место в настоящий момент, то оно могло бы быть квалифицировано именно как картель в соответствии с п.п.) 3 ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК.

(4) Создание дефицита, т.е. сокращение или прекращение производства.

18 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С.194.

Как правило, создание дефицита выгодно продавцам товара, поскольку дефицит приводит к повышению цен. В практике антимонопольного органа на данный момент отсутствуют дела, связанные с таким видом соглашения. Однако такие дела нередко встречаются в практике зарубежных государств.

В качестве примера можно привести дело, рассмотренное ФАС России в 2012 г., о т. н. «минтаевом картеле», т.е. картеле добытчиков и продавцов минтая, которые с целью удержания и повышения цен на минтай искусственно сократили объемы добычи и реализации минтая. В рамках данного картеля принимались решения об установлении и поддержании цен на минтай, а также о сокращении производства данной продукции и объемов ее реализации. Для координации деятельности «минтаевого картеля» его участниками была создана специальная Ассоциация¹⁹.

На уровне ЕС в качестве примера можно привести дело о сговоре производителей электронно-лучевых трубок (ЭЛТ) и цветных кинескопов, рассмотренное в 2012 г. В рамках картеля, который по выводам Европейской комиссии существовал с 1996 по 2006 г., производители проводили многосторонние и двухсторонние встречи, в ходе которых договаривались о фиксировании цены, разделе рынка и ограничении объемов выпуска продукции²⁰.

(5) Бойкот, т.е. отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями.

Природа таких соглашений, которые направлены на отказ от заключения договоров с отдельными субъектами рынка, представляется довольно сложной. С экономической точки зрения, такие соглашения, как правило, заключаются не между конкурентами, взаимный интерес которых к ограничению круга покупателей своей продукции маловероятен, а между производителем продукции и перепродавцами его продукции (дистрибьюторами, дилерами). В этой связи, на практике может возникнуть вопрос о том, как разграничить горизонтальные соглашения, подпадающие под действие ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, от соглашений, ко-

19 Кинев А.Ю. Борьба с картелями, другими антиконкурентными соглашениями и согласованными действиями. Лучшие практики 2012 // СПС Консультант Плюс. 2013.

20 Commission Decision as of 5 December 2012 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/39.437 — TV and computer monitor tubes) (notified under document C(2012) 8839) // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39437/39437_6784_3.pdf.

торые являются вертикальными, но приводят к последствиям, предусмотренным ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК. Представляется, что горизонтальным такое соглашение будет в том случае, если оно заключено между производителем и перепродавцом его продукции (дистрибьютором, дилером), который одновременно производит взаимозаменяемый товар, т.е. фактически участвует в конкуренции с производителем.

Поскольку результатом картельных соглашений, как правило, является искусственное повышение цен, снижение стимулов к качественному развитию производства, к повышению его эффективности и затруднение доступа на рынок, такие соглашения, как было указано выше, абсолютно запрещены вне зависимости от реального наступления таких неблагоприятных последствий для конкуренции. Такие соглашения не подпадают под большинство исключений, предусмотренных законом²¹ и дающих возможность признать соглашение допустимым, даже если оно отвечает признакам антиконкурентного соглашения.

Принятие ПК РК ознаменовало собой два существенно важных изменения в регулировании картелей. Первое связано с исключением упоминания потенциальных конкурентов как возможных участников картельного соглашения. Ранее Закон о конкуренции под «антиконкурентным горизонтальным соглашением» понимал соглашение между конкурентами или потенциальными конкурентами²². Наличие такой нормы теоретически могло привести к расширительному толкованию картеля и распространению запретов на любых, в том числе предполагаемых, участников рынка. Ныне действующая редакция ст. 168 ПК РК исключила из определения горизонтальных соглашений указание на потенциальных конкурентов. Таким образом, по смыслу данной поправки, соглашение между субъектом рынка и иным хозяйствующим субъектом, который имеет потенциальную возможность производить или реализовывать взаимозаменяемый товар, но в действительности этого не делает, не может считаться горизонтальным и, соответственно, не должно подпадать под запреты ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК.

²¹ Подробнее об исключениях см. ниже.

²² Более подробно о «потенциальном конкуренте» см. в комментариях к ст. 168 ПК РК.

Второе принципиальное изменение затронуло не только саму норму о картелях, но и в целом по-новому определило вектор развития антимонопольного регулирования. Оно связано с отказом от цели защиты прав потребителей инструментами антимонопольного законодательства. Действительно, ранее антимонопольный орган зачастую выполнял функцию органа, обеспечивающего защиту прав потребителей, например, от необоснованного повышения цен, отказа от заключения договоров и проч. В то же время, такое целеполагание не соответствует отраслевой принадлежности антимонопольного органа и целям самого конкурентного права, направленного, в первую очередь, на обеспечение свободной конкуренции. Защита прав потребителей может быть лишь косвенным положительным эффектом развитого антимонопольного законодательства и эффективной антимонопольной политики.

В этой связи из ст. 169 ПК РК исключено положение, ранее содержавшееся в ст. 10 Закона о конкуренции, о том, что элементом антиконкурентного соглашения является нарушение прав потребителей. Таким образом, при оценке горизонтальных соглашений интересы потребителей не должны учитываться в правовой квалификации деяния. Однако следует иметь в виду, что это не означает, что такие потребители будут лишены права на обращение в антимонопольный орган с жалобами, которые могут послужить основанием для начала проверки деятельности субъектов рынка.

4. В отличие от горизонтальных соглашений, вертикальные соглашения заключаются между неконкурирующими участниками рынка, один из которых предоставляет товар (фактически является его продавцом), а второй – приобретает товар. Типичным примером вертикальных отношений являются дистрибьюторские договоры, в рамках которых производитель товара продает его своему дистрибьютору для дальнейшей перепродажи. Вертикальными будут и договоры, заключаемые производителем непосредственно с розничным продавцом (например, договоры между производителями и торговыми сетями). Таким образом, вертикальные соглашения заключаются между субъектами рынка, которые находятся на разных уровнях технологической цепочки создания и реализации товара.

Традиционно антимонопольное регулирование предусматривает для вертикальных соглашений более мягкий правовой режим, чем для горизонтальных, поскольку презюмируется, что они менее опасны для состояния конкуренции, чем соглашения между конкурентами²³. Более того, сами по себе вертикальные соглашения могут представлять угрозу для конкуренции, как правило, только в том случае, если их участники обладают значительной рыночной долей и рыночной властью, поскольку в этом случае их взаимоотношения с большей вероятностью могут оказать воздействие на весь рынок в целом.

Именно поэтому запреты в отношении вертикальных соглашений, предусмотренные п. 2 ст. 169 ПК РК, носят менее строгий характер и предусматривают значительное число исключений.

В то же время следует заметить, что запреты п. 2 ст. 169 ПК РК сконструированы фактически по форме запретов *per se*, т.е. такие соглашения запрещены сами по себе. С другой стороны, наличие п. 8 ст. 169 ПК РК, которая устанавливает критерии допустимости соглашений и распространяется на любые соглашения, кроме картельных, указывает на то, что к вертикальным соглашениям применяется правило разумного подхода (в иностранном антимонопольном регулировании именуемое *rule of reason*), позволяющее обосновать допустимость антиконкурентного соглашения наличием положительных эффектов для рынка. В этой связи, на данный момент сложно ответить на вопрос о том, будет ли антимонопольный орган принимать во внимание признаки ограничения конкуренции в результате заключения вертикальных соглашений в качестве необходимого элемента правонарушения.

Согласно п. 2 ст. 169 ПК РК к запрещенным вертикальным соглашениям относятся:

(1) *Соглашения об установлении цены перепродажи товара, за исключением соглашений, на основании которых продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи (таким образом, установление фиксированной цены пе-*

23 См., например, Руководство по вертикальным ограничениям Европейской Комиссии (Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411 final]) // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Acc0007>

репродажи или минимальной цены перепродажи подпадает под соответствующий запрет).

Следует отметить, что такие условия не всегда могут быть прямо предусмотрены в самом соглашении (не будем забывать о том, что вертикальное соглашение также может быть устным). Фиксированием цены, например, может быть признано и установление производителем рекомендованной цены одновременно с установлением санкций за несоблюдение таких рекомендаций.

В случае с установлением максимальной цены также необходимо учитывать, что не всякая формально определенная максимальная цена может считаться допустимой. Так, например, если цена перепродажи определена как максимальная, но в реальности она является единственно приемлемой для покупателя с учетом нормы его расходов и прибыли, то такая цена может быть воспринята антимонопольным органом как фиксированная и, соответственно, подпадающая под запрет п.п.) 1 п. 2 ст. 169 ПК РК.

(2) Соглашения, обязывающие покупателя не продавать товар субъекта рынка, который является конкурентом продавца (в международной практике называемые downstream exclusivity).

Такое соглашение фактически направлено на ограничение межбрендовой конкуренции, поскольку дистрибьютор лишается возможности продвигать товары конкурирующего бренда. Если представить ситуацию, при которой рыночные доли продавца и дистрибьютора являются существенными (например, каждый из них занимает доминирующее положение на рынке), то такое соглашение в принципе может привести к вытеснению иных продавцов с рынка в силу потери ими соответствующего канала продвижения своей продукции.

Такого рода условия допустимы в том случае, если речь идет о соглашении об организации покупателем продажи товара под товарным знаком продавца или производителя (или иным средством индивидуализации), либо при наличии оснований для применения исключений, предусмотренных ст. 196 ПК РК.

(3) Соглашения, обязывающие продавца не продавать товар субъекту рынка, являющемуся конкурентом покупателя (т.н. upstream vertical restraint).

Речь опять-таки идет об отказе работы с определенными субъектами рынка, однако в данном случае отказаться от этого будет вынужден продавец (производитель) товара. Фактически, такой режим обеспечивает эксклюзивность покупателя как единственного субъекта, реализующего товар соответствующего производителя. Посредством таких соглашений продавец и покупатель формируют единственный канал дистрибуции товара на рынок, в результате чего фактически ограничивается внутривендочная конкуренция.

Подобный случай уже рассматривался антимонопольным органом в 2011 г. Речь идет об антимонопольном расследовании в отношении соглашения между АО «НК «КазМунайГаз» (точнее, между ТОО «Refinery Company RT», которое фактически принадлежит АО «КазМунайГаз») и ТОО «Гелиос», в соответствии с которым АО «КазМунайГаз» обязалось продавать 100% объема сжиженного углеводородного газа ТОО «Гелиос»²⁴. Таким образом, ТОО «Гелиос» фактически стало единственным покупателем и, в ходе дальнейшей перепродажи, пользовалось полученными необоснованными преимуществами в целях повышения цены. Антимонопольный орган признал данное соглашение антиконкурентным, поскольку оно приводит к установлению и поддержанию цен, разделу рынка, необоснованному отказу в заключении договоров и ограничению доступа на рынок.

Однако следует отметить, что, если бы дело рассматривалось по ныне действующему законодательству, то такое соглашение могло бы быть квалифицировано как вертикальное, в том числе как запрещенное вертикальное соглашение, обязывающее продавца не продавать товар конкурентам покупателя.

Следует отметить, что вопрос о негативном эффекте соглашений, предусмотренных п.п.) 3 п. 2 ст. 169 ПК РК, является весьма неоднозначным, в связи с чем вызывает сомнение обоснованность включения таких соглашений в число запретов п. 2 ст. 169 ПК РК. Наибольшая вероятность наступления неблагоприятных последствий для конкуренции в результате такого соглашения имеет место в том случае, если рыночная доля участников соглашения является существенной (как в рассмотренном выше

²⁴ Пресечение нарушений антимонопольного законодательства Казахстана (Лучшие практики 2009 – 2013 гг.). / Агентство Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство), АО «Центр развития и защиты конкурентной политики». – Астана, 2014. – С.8.

случае, поскольку участники соглашения были ранее включены в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее положение). В таком случае на рынке может сложиться ситуация, при которой продавец, являясь производителем товара, занимающего большую рыночную долю, распространяет его через единственного дистрибьютора, который, в свою очередь, может устанавливать необоснованные наценки в ходе перепродажи субдистрибьюторам или конечным потребителям, устанавливать ограничения по объему и проч. В то же время доступ к взаимозаменяемому товару будет затруднен в силу того, что он и так в меньшей степени представлен на рынке. Более того, если производитель занимает доминирующее положение на рынке, конкуренция на таком рынке в основном сводится именно к внутривендовой конкуренции, т.е. конкуренции между перепродавцами товара одного производителя. В то же время, если соглашением устанавливается эксклюзивный канал продвижения такого товара через единственного дистрибьютора или дилера, то даже внутривендовая конкуренция фактически упраздняется.

В то же время, запреты в отношении вертикальных соглашений в п. 2 ст. 169 ПК РК фактически установлены в качестве запретов *per se*, как было указано выше, и не предполагают никаких исключений, связанных, например, с рыночной долей участников соглашения. Однако мировая практика все же идет по пути более либеральной оценки вертикальных соглашений на основании т.н. «правила разумного подхода» (*rule of reason*), которое предполагает более глубокое исследование поведения субъектов рынка с тем, чтобы максимально учесть соотношение негативных и позитивных эффектов от того или иного соглашения. В этой связи, представляется, что основным инструментом для применения правила разумного подхода может стать п. 8 ст. 169 ПК РК, устанавливающий критерии допустимости соглашений.

Одновременно с этим следует отметить, что такого рода соглашения могут иметь и положительные эффекты, которые нивелируют отрицательные последствия для конкуренции. Так, например, представляется, что продавец может обосновать свои действия и допустимость соглашения тем, что такой способ ди-

стрибуции через единственного дистрибьютора позволяет снижать издержки, увеличивать объемы продаж, оптимизировать количество складских остатков, использовать налаженную дистрибьюторскую сеть и оптимизировать процессы логистики, обеспечивать планирование производства и проч.

5. В соответствии с п. 3 ст. 169 ПК РК, к данной группе соглашений относятся любые соглашения, как горизонтальные, так и вертикальные, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Таким образом, запреты, установленные данной нормой, не являются запретами *per se*, и антимонопольному органу необходимо в каждом случае устанавливать и доказывать ограничение конкуренции в результате совершения таких соглашений.

Это обусловлено тем, что такие соглашения могут не оказывать существенного негативного эффекта и в нормальной ситуации могут быть обусловлены какими-либо объективными факторами, наличие которых должно учитываться при оценке таких соглашений. Например, установление различных цен на один и тот же товар для разных покупателей может быть обусловлено тем, что часть покупателей приобретает товар для использования в личных некоммерческих целях. В такой ситуации едва ли можно говорить о том, что такое соглашение ограничивает конкуренцию.

Следует отметить, что п. 3 ст. 169 ПК РК, в отличие от п. 1 и п. 2 ст. 169 ПК РК, предусматривает открытый перечень антиконкурентных соглашений. Это означает, что в самой норме перечислены лишь некоторые из возможных видов антиконкурентных соглашений, однако на практике любые соглашения, если они ограничивают конкуренцию, могут подпадать под действие этой нормы.

Оценивая подобные соглашения (например, создающие дискриминационные условия, устанавливающие различные цены на один и тот же товар, направленные на навязывание условий договора и проч.), антимонопольный орган должен установить, приводят ли такие соглашения к ограничению конкуренции, например, к сокращению числа субъектов рынка, возможности определенных субъектов рынка оказывать влияние на общие условия обращения товара на рынке и проч.

6. Предусмотренная п. 5 ст. 169 ПК РК координация экономической деятельности представляет собой нарушение антимонопольного законодательства, весьма близкое по своим последствиям с антиконкурентным соглашением, однако данный вид нарушения делает акцент на координаторе, который согласовывает поведение участников рынка и, соответственно, адресован именно ему.

Сама по себе координация деятельности субъектов рынка не запрещена. Более того, в ряде отраслей такую координацию осуществляют специально создаваемые субъектами рынка ассоциации и союзы. Между тем, если координация носит антиконкурентный характер, т.е. приводит к последствиям, которые указаны в п. 1-3 ст. 169 ПК РК, то она запрещается законом.

Для квалификации нарушения по п. 5 ст. 169 ПК РК необходимо наличие следующих условий:

(1) сама координация, т.е. согласование действий субъектов рынка;

(2) наличие координатора, которым может быть третье лицо, не входящее в одну группу лиц ни с одним из субъектов рынка, действия которых координируются;

(3) координатор не должен осуществлять деятельность на том товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий субъектов рынка;

(4) наступление или возможность наступления последствий, предусмотренных п. 1-3 ст. 169 ПК РК.

Закон не раскрывает, что именно следует понимать под «согласованием действий субъектов рынка». Очевидно, речь может идти о действиях координатора, которые приводят к разделу рынка между субъектами рынка, установлению определенной ценовой политики и проч. Однако в любом случае координация возможна только тогда, когда у координатора по той или иной причине имеется власть над субъектами рынка, действия которых координируются, иными словами, у него имеется возможность навязать свою волю субъектам рынка.

Примечательно то, что координатор не должен входить в группу лиц ни с одним из субъектов рынка, а также в принципе не должен осуществлять деятельность на том рынке, на котором координируются действия субъектов. Очевидно, этим подчерки-

вается разница между координацией и антиконкурентным соглашением, поскольку, если бы координатор действовал на том же рынке, подобные антиконкурентные действия должны были быть квалифицированы как антиконкурентное соглашение или согласованные действия.

Учитывая, что в законе нет ограничения по статусу лиц, которые могут выступать в роли координаторов, представляется, что координатором может быть как юридическое лицо, в том числе некоммерческое, так и физическое лицо.

7. Несмотря на потенциальную опасность антиконкурентных соглашений и на наличие большого количества запретов, в том числе запретов *per se*, ст. 169 ПК РК устанавливает также и различные исключения, которые обуславливают допустимость тех или иных соглашений, даже если они формально носят антиконкурентный характер.

Такие исключения могут относиться к отдельным видам соглашений, либо распространяться на любые виды соглашений в зависимости от того, какой критерий положен в основу исключения.

(1) Исключения для вертикальных соглашений

Поскольку вертикальные соглашения, как было указано выше, считаются и в действительности являются менее вредными для состояния конкуренции, а зачастую их положительные эффекты нивелируют негативные последствия, закон предусматривает ряд исключений для таких соглашений, при наличии которых они не считаются незаконными.

Такой подход в целом соответствует международной практике. Так, в рамках ЕС предусмотрены т.н. *block exemptions*²⁵, т.е. общие исключения, которые распространяются на вертикальные соглашения и создают своеобразную «зону безопасности» (*safe harbor*) для участников таких соглашений. Как и в случае с казахстанским законодательством, они распространяются на любые вертикальные соглашения, за исключением тех, которые относятся к абсолютно запрещенным. Например, в России такие общие исключения предусмотрены Постановлением Правитель-

25 Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, Official Journal L 142, 23.4.2010, p.1, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF>.

ства РФ от 16.07.2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами».

Критерий de minimis

Этот критерий позволяет выводить из-под запретов антимонопольного законодательства вертикальные соглашения субъектов рынка, доля которых на рынке не превышает определенного порога. Ст. 169 ПК РК позволяет применять это исключение к тем соглашениям, совокупная рыночная доля участников которых не превышает 20 процентов. Однако сразу следует оговориться, что данное исключение не применяется к абсолютно запрещенным вертикальным соглашениям, предусмотренным п. 2 ст. 196 ПК РК.

Данное правило, ставящее вопрос о законности соглашения в зависимость от рыночной доли, основано на том, что многие соглашения, которые могут иметь существенный негативный эффект при высокой рыночной доле их участников, не представляют такой опасности, если совершаются мелкими игроками рынка. В совокупности такие субъекты рынка, даже заключив соглашение, не получают возможности оказывать влияние на весь рынок в целом в силу присутствия большого числа иных игроков на рынке или наличия доминирующего субъекта, рыночная власть которого все равно окажется более значительной, чем у участников соглашения.

Однако следует отметить, что закон не конкретизирует, на каком рынке должна оцениваться рыночная доля участников соглашения. В данном контексте уместно вспомнить дело о соглашении между АО «НК «КазМунайГаз» и ТОО «Гелиос». Суд в рамках рассмотрения данного дела установил, что указанные компании действуют на разных рынках: на рынках оптовой и розничной реализации сжиженного углеводородного газа соответственно. На этом основании суд сделал вывод, что у данных лиц в принципе не может быть совокупной доли, поскольку они осуществляют разные виды деятельности. Суд сделал обоснованный вывод о том, что нельзя учитывать совокупную долю субъектов на разных рынках. Поэтому для применения данного исключения необходимо определить тот рынок, на котором оба субъекта участвуют одновременно, и считать их совокупную долю именно на этом рынке. Применительно к вертикальным

соглашениям таким общим рынком всегда будет являться тот рынок, на котором производитель реализует свой товар (например, в случае с рассматриваемым делом это рынок оптовой реализации газа). На таком рынке одновременно присутствуют оба участника соглашения, только один из них действует в качестве продавца, а второй – в качестве покупателя.

Таким образом, для учета совокупной доли участников рынка для применения критерия *deminimis* должен рассматриваться тот рынок, на котором производитель продает товар, а покупатель его приобретает. Соответственно, доля продавца определяется через объем реализованного им на рынке товара, а доля покупателя – через объем приобретенного им товара. При этом следует учитывать, что покупатель может приобретать этот товар одновременно у нескольких продавцов (например, если на рынке представлены взаимозаменяемые товары, формирующие единые продуктовые границы рынка) и, соответственно, его доля должна определяться по общему объему приобретенного товара. И, наоборот, продавец может реализовывать товар нескольким покупателям. Таким образом, доли продавца и покупателя не обязательно будут одинаковыми.

Исключения для вертикальных соглашений, заключенных в определенной форме

П. 3 ст. 169 ПК РК указывает, что предусмотренные ею запреты не применяются к вертикальным соглашениям, которые являются договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

Таким образом, ПК РК выводит из-под действия запретов соглашения, которые оформляются для реализации проектов государственно-частного партнерства. Само государственно-частное партнерство регулируется Законом Республики Казахстан от 31.10.2015 г. № 379-V ЗРК «О государственно-частном партнерстве». Согласно ст. 1 Закона о ГЧП, под «ГЧП» понимается форма сотрудничества между государственным партнером и частным партнером, соответствующая определенным признакам. ГЧП направлено на реализацию инвестиционных проектов с участием государства и частных лиц по правилам, специально предусмотренным для такого партнерства. Очевидно, установление исключений для договоров ГЧП связано, в первую очередь,

с тем, что ГЧП предполагает, как правило, развитие социально значимых инфраструктурных проектов на основании государственной собственности посредством привлечения частных партнеров, специально отобранных для реализации таких проектов. Соответствующее исключение, судя по всему, должно обеспечить стабильность договоренностей государственного и частного партнера и гарантировать достижение результатов проектов ГЧП.

При этом проекты ГЧП могут быть реализованы как на институциональной основе (т.е. посредством создания специальной компании), так и на контрактной основе (посредством заключения договора ГЧП в той или иной форме).

Само по себе понятие договора ГЧП является довольно широким и определяется ст. 1 Закона о ГЧП как «письменное соглашение, определяющее права, обязанности и ответственность сторон договора ГЧП, иные условия договора ГЧП в рамках реализации проекта ГЧП». При этом, с точки зрения гражданского законодательства, договор ГЧП может относиться к разным видам договоров, в том числе непоименованным и смешанным договорам, как это следует из ст. 7 Закона о ГЧП.

С учетом этого, возникает несколько вопросов, связанных с применением исключения, предусмотренного п. 3 ст. 169 ПК РК для договоров ГЧП.

Во-первых, не совсем понятно, применяется ли исключение к любым договорам ГЧП. Согласно ст. 7 Закона о ГЧП, договор ГЧП может быть выражен не только в форме договоров концессии или франчайзинга, но и в форме договоров доверительного управления государственным имуществом, лизинга, аренды государственного имущества, договора на разработку технологии, опытного образца, опытно-промышленных испытаний и мелкосерийного производства, сервисных контрактов и проч. Судя по формулировке п. 3 ст. 169 ПК РК, исключение применяется к любым договорам ГЧП, вне зависимости от их формы. В то же время, очевидно, что не любой договор ГЧП в принципе предполагает вертикальные отношения, т.е. отношения, связанные с передачей и приобретением товара. Поэтому исключение должно применяться только к тем договорам ГЧП, которые сами по себе соответствуют общему понятию вертикальных соглашений, закрепленному в ст. 168 ПК РК. В противном случае, такие до-

говоры в принципе не должны рассматриваться с точки зрения вертикальных ограничений.

Во-вторых, возникает вопрос о применении исключения к любым договорам франчайзинга, а не только к тем, которые заключаются в рамках проектов ГЧП. В п. 3 ст. 169 ПК РК законодатель использует формулировку «в том числе», говоря о том, что запреты не распространяются на договоры ГЧП (*в том числе, договоры концессии и франчайзинга*). Однако очевидно, что договоры франчайзинга или комплексной предпринимательской лицензии могут заключаться и вне рамок проектов ГЧП. Договоры франчайзинга регулируются ГК РК. В соответствии со ст. 896 ГК РК, по договору комплексной предпринимательской лицензии одна сторона (комплексный лицензиар) обязуется предоставить другой стороне (комплексному лицензиату) за вознаграждение комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий, в частности, право использования фирменного наименования лицензиара и охраняемой коммерческой информации, а также других объектов исключительных прав (товарного знака, знака обслуживания, патента и т.п.), предусмотренных договором, для использования в предпринимательской деятельности лицензиата.

Очевидно, что применение исключения для таких договоров, в первую очередь, связано с тем, что они сопряжены с распоряжением исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, поскольку данная сфера традиционно обладает спецификой в рамках антимонопольного регулирования²⁶. Более того, ст. 900 ГК РК прямо устанавливает допустимость включения в договор франчайзинга определенных ограничительных условий, которые не могут рассматриваться как нарушающие антимонопольное законодательство. В то же время, если ПК РК предусматривает данное исключение только для тех договоров франчайзинга, которые заключаются в рамках проектов ГЧП, то такое ограничение представляется необоснованным, поскольку аналогичные основания для исключения франчайзинговых договоров из сферы действия запретов ст. 169 ПК РК имеются и для любых других договоров франчайзинга.

²⁶ Об исключениях, связанных с осуществлением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, см. ниже.

Кроме того, представляется, что использование договора франчайзинга в рамках проектов ГЧП при участии государственного и частного партнеров в принципе маловероятно. В любом случае, франчайзинг едва ли может стать распространенной формой договора ГЧП, поскольку этот договор в меньшей степени отвечает идее реализации инвестиционных проектов в рамках ГЧП.

Следует отметить, что, даже несмотря на наличие соответствующего исключения в ПК РК в отношении договоров франчайзинга, в самом ГК РК содержится норма (п. 2 ст. 900 ГК РК), запрещающая включать в такие соглашения право лицензиара определять цену продажи товара лицензиатом или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) лицензиатом, либо устанавливать верхний или нижний предел указанных цен (т.е. фактически фиксировать цену перепродажи в договоре), а также право лицензиата продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории. Таким образом, несмотря на то, что эти запреты не являются антимонопольными и не влекут ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, они тем не менее предусмотрены законодательством и могут повлечь признание данных положений недействительными.

В-третьих, не совсем понятно отнесение концессионных соглашений к числу исключений на основании п. 3 ст. 169 ПК РК. Согласно ст. 1 Закона Республики Казахстан от 07.07.2006 г. № 167 «О концессиях», под «концессией» понимается деятельность, направленная на создание (реконструкцию) и эксплуатацию объектов концессии, осуществляемая за счет средств концессионера или на условиях софинансирования концедентом. Таким образом, концессионные соглашения, как правило, предполагают предоставление концессионеру во временное владение и пользование определенных объектов инфраструктуры. В составе концессионного соглашения могут также быть переданы исключительные права, связанные с осуществлением деятельности по объектам концессии. Представляется, что отнесение таких соглашений к вертикальным в принципе сомнительно само

по себе, в связи с чем и установление исключений в отношении таких договоров не совсем обосновано.

(2) Исключения для любых антиконкурентных соглашений

Исключение для внутригрупповых соглашений

Согласно п. 6 ст. 169 ПК РК запреты на антиконкурентные соглашения не распространяются на соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов в отношении другого установлен контроль или если оба таких субъекта находятся под контролем одного лица.

Таким образом, для применения данного исключения требуются соблюдение двух условий:

(1) Нахождение субъектов в составе одной группы лиц (которая определяется по правилам ст. 165 ПК РК);

(2) Наличие отношений контроля между данными субъектами или между данными субъектами и третьим лицом.

Что касается отношений контроля, то они значительно уже, чем критерии отнесения субъектов рынка к одной группе лиц. Контроль имеет место только в случае, если физическое или юридическое лицо прямо или косвенно имеет возможность определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством (i) распоряжения более чем пятьюдесятью процентами голосующих акций (долей в уставном капитале); и (или) (ii) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Представляется, что такое исключение для внутригрупповых соглашений обусловлено тем, что в рамках одной группы, находясь в отношениях контроля, с точки зрения рынка, такие субъекты фактически воспринимаются как единый хозяйствующий субъект, преследующий единые цели. Между такими субъектами невозможна конкуренция, поэтому соглашения между такими субъектами не подпадают под соответствующие запреты. Аналогичным образом данный вопрос решен в законодательстве ЕС и России. Подобное положение прямо содержится в п. 30 Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.11.2015 г. № 741, согласно которому субъекты рынка, дейст-

вующие на товарном рынке и составляющие группу лиц, рассматриваются как один субъект рынка.

В то же время, это не означает, что такие соглашения не могут быть предметом иных нарушений антимонопольного законодательства. Например, если заключение антиконкурентного соглашения сопряжено с наличием доминирующего положения у его участников, то может возникнуть риск нарушения норм о злоупотреблении доминирующим положением при определенных условиях.

Следует отметить, что данное исключение распространяется на все виды антиконкурентных соглашений, в том числе и на картели кроме подпункта 2) части 1 п. 1 ст. 169 о заключении картельных сговоров на торгах.

Исключения в отношении соглашений, связанных с осуществлением исключительных прав

П. 7 ст. 169 ПК РК предусматривает еще одно исключение, которое распространяется на любые соглашения, в том числе предусмотренные п. 1 ст. 169 ПК РК.

Речь идет о соглашениях, касающихся осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции, работ, услуг. Указанное положение означает, что обладателя исключительного права на определенный результат интеллектуальной деятельности нельзя признать нарушителем антимонопольного законодательства исключительно в силу наличия такого исключительного права, а действия по распоряжению своим исключительным правом, в том числе путем заключения лицензионного соглашения, не подпадают под действия антимонопольных запретов.

Данное исключение обусловлено тем, что традиционно исключительные права воспринимаются как своеобразная легальная монополия обладателя исключительного права, уполномоченного в рамках закона использовать принадлежащее ему правом любым способом, в том числе ограничивать использование принадлежащих ему объектов интеллектуальной деятельности любыми третьими лицами. В этой связи соглашения об осуществлении исключительных прав, как правило, выводятся из-под сферы действия антимонопольных запретов.

В соответствии со ст. 961 ГК РК к объектам исключительных прав относятся: произведения науки, литературы и искусства; исполнения, постановки, фонограммы и передачи организаций эфирного и кабельного вещания; изобретения, полезные модели, промышленные образцы; селекционные достижения; топологии интегральных микросхем; нераскрытая информация, в том числе секреты производства (ноу-хау); другие результаты интеллектуальной творческой деятельности в случаях, предусмотренных ГК РК или иными законодательными актами. К средствам индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ или услуг относятся: фирменные наименования; товарные знаки (знаки обслуживания); наименования мест происхождения (указания происхождения) товаров; другие средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров и услуг.

Согласно ст. 964 ГК РК, обладатель исключительного права на объект интеллектуальной собственности вправе передать это право другому лицу полностью или частично, разрешить использовать объект интеллектуальной собственности и распорядиться им иным образом, если это не противоречит правилам ГК РК и иных законодательных актов. Таким образом, осуществление исключительных прав возможно в том числе посредством их передачи на основании договора, в частности лицензионного договора, правовой режим которого установлен ст. 966 ГК РК.

Таким образом, если предметом соглашения являются действия, связанные с осуществлением исключительных прав, например, если субъектами рынка заключено лицензионное соглашение, такие соглашения не подпадают под запреты ст. 169 ПК РК. В международной практике также признается особый режим интеллектуальной собственности с точки зрения антимонопольного регулирования, в связи с тем, что сам по себе интеллектуальная собственность порождает, в первую очередь, проконкурентные и положительные эффекты для рынка.

Так, например, в основе подхода США к вопросам применения антимонопольных запретов к сфере интеллектуальной собственности лежит идея о проконкурентном и инновационном экономическом эффекте от реализации интеллектуальных прав. В частности, в совместном отчете Федеральной торговой комис-

сии и Департамента юстиции США «Антимонопольное регулирование и интеллектуальные права: содействие инновациям и конкуренции» 2007 г.²⁷ (далее – Отчет) прямо отмечается, что соглашения о лицензировании интеллектуальной собственности позволяют объединять взаимодополняющие факторы производства, что в целом является проконкурентным. Таким образом, применение антимонопольного законодательства к лицензионным соглашениям возможно, однако оно базируется на использовании при оценке потенциальных нарушений правила разумного подхода (т.н. *rule of reason*).

Отчет исходит из того, что при анализе лицензионных соглашений и иных действий с интеллектуальными правами ограничение конкуренции только тогда является нарушением, когда вред от реализации соответствующих договоренностей значительно превышает возможный положительный эффект. Иными словами, одного лишь ограничения конкуренции мало для того, чтобы какое-либо ограничительное условие в лицензионном договоре было признано нарушающим антимонопольное законодательство.

В конкурентном праве ЕС основными документами по данному вопросу являются Регламент Комиссии ЕС от 21 марта 2014 г. № 315/2014 «О применения ст. 101(3) Договора о функционировании Европейского союза к категориям соглашений о передаче технологий»²⁸ (далее – Регламент) и принятое в его развитие Руководство по применению ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза к соглашениям о передаче технологий²⁹. Оба акта признают, что ограничительные условия в соглашениях о

27 Antitrust Enforcement and Intellectual Property: Promoting Innovation and Competition // <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovati onandcompetitionrpt0704.pdf>

28 Commission Regulation (EU) No. 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>

29 Commission Communication from the Commission - Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 2014/C 89/03 // [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN)

передаче технологий (к которым относятся права на патенты, полезные модели, промышленные образцы, топологии интегральных микросхем, программы ЭВМ и другие объекты, являющиеся т.н. промышленной интеллектуальной собственностью), как правило, носят проконкурентный характер и могут быть запрещены с точки зрения антимонопольного законодательства, только если происходит заведомый выход за пределы осуществления исключительных прав на них.

Там, где соглашения о передаче технологии начинают касаться обращения товара, созданного с использованием соответствующего лицензируемого результата интеллектуальной деятельности (например, фиксирования на него цены, фиксирования квот на его производство, раздела рынка этого товара и т.п. условий), такие условия признаются выходящими за пределы осуществления исключительных прав на интеллектуальную собственность и, следовательно, могут оцениваться на предмет нарушения антимонопольных запретов.

Аналогичным образом соответствующее исключение, содержащееся в ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», применяется и в России. Российская правоприменительная практика исходит из того, что условия соглашений, выходящие за пределы осуществления исключительных прав, могут подпадать под антимонопольные запреты³⁰.

В этой связи представляется, что наличие соответствующего исключения в п. 6 ст. 169 ПК РК само по себе не означает, что лицензионные соглашения не могут оцениваться на предмет их соответствия антимонопольному законодательству. Однако запреты, предусмотренные антимонопольным законодательством, должны действовать только в том случае, если в таких соглашениях содержатся условия, выходящие за пределы осуществления исключительных прав.

(3) Критерии допустимости соглашений

³⁰ См., например, дело Ангстрем (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. № 6577/11); дело Teva (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.03.2015 г. по делу № А40-42997/14); дело Google (решение ФАС России по делу № 1-14-21/00-11-15, доступно по адресу: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15>).

Помимо исключений, описанных выше, п. 8 ст. 169 ПК РК устанавливает и специальные правила, позволяющие признать допустимыми соглашения, даже если они носят антиконкурентный характер. Данная норма фактически служит проявлением принципа разумного подхода (*rule of reason*), позволяющего оценивать соотношение антиконкурентных и проконкурентных последствий соглашения и допускать их в случае превалирования полезного эффекта над негативным.

Сразу следует отметить, что критерии допустимости установлены для любых соглашений (любых вертикальных соглашений и иных антиконкурентных соглашений, предусмотренных п. 3 ст. 169 ПК РК), кроме картельных, которые подпадают под безусловные запреты и не могут быть признаны допустимыми при любых обстоятельствах.

Для признания соглашения допустимым оно должно отвечать следующим требованиям:

(1) Соглашение не должно накладывать на субъектов рынка ограничений, не являющихся необходимыми для достижения целей соглашения (т.е. все ограничительные условия соглашения должны быть связаны исключительно с целями самого соглашения и должны быть технологически и экономически оправданными);

(2) Соглашение не должно создавать возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке (например, если соглашение предусматривает деление рынка, однако такое деление не препятствует субъектам свободно осуществлять свою деятельность и имеет под собой объективное основание, например, обеспечение гарантийного и сервисного обслуживания);

(3) Соглашение приводит или может привести к следующим результатам:

- Содействие совершенствованию производства (реализации) товаров или стимулированию технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности производимых товаров производства сторон на мировом товарном рынке;

- Получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

Так, например, допустимыми могут быть признаны соглашения, предполагающие совместную деятельность субъектов рынка, в результате которой может быть создан новый товар или качественно изменен уже существующий, либо соглашения, хоть и позволяющие разделять рынок, но таким образом в большей степени удовлетворяющие интересам потребителей, и проч.

С учетом того, как сформулирована данная норма, можно сделать вывод, что для признания соглашения допустимым требуется одновременно соблюдение первых двух условий, а также достижение (либо возможность достижения) хотя бы одного из возможных проконкурентных результатов, значимость которых может превысить антиконкурентный эффект соглашения. Хотя, справедливости ради стоит отметить, что закон не конкретизирует, требуется ли одновременное достижение обоих результатов или одного из них достаточно. Представляется, что даже наличие одного из таких результатов является достаточным основанием для признания соглашения допустимым при его соответствии остальным критериям.

В силу действия в законодательстве Республики Казахстан общего принципа презумпции добросовестности субъектов рынка (ст. 8 ГК РК), антимонопольный орган при оценке антиконкурентных соглашений также проверяет их и на предмет соответствия критериям допустимости, т.е. оценивает могут ли положительные эффекты соглашения превалировать над негативными.

В любом случае, возможность признания соглашения допустимым на основании п. 8 ст. 169 ПК РК может стать эффективным механизмом в работе антимонопольного органа для применения правила разумного подхода, использования более детального экономического анализа и индивидуального подхода к оценке различных соглашений субъектов рынка.

Статья 170. Антиконтурентные согласованные действия субъектов рынка

1. Запрещаются согласованные действия субъектов рынка, осуществляющих производство, реализацию товаров, направленные на ограничение конкуренции, в том числе касающиеся:

1) установления и (или) поддержания цен либо других условий приобретения или реализации товаров;

2) необоснованного ограничения производства либо реализации товаров;

3) необоснованного отказа от заключения договоров с определенными продавцами (поставщиками) либо покупателями;

4) применения дискриминационных условий к равнозначным договорам с другими субъектами.

2. Действия субъектов рынка, указанные в пункте 1 настоящей статьи, могут быть признаны согласованными, если они удовлетворяют в совокупности следующим условиям:

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из субъектов рынка;

2) действия субъектов рынка заранее известны каждому из них;

3) действия каждого из указанных субъектов рынка вызваны действиями иных субъектов рынка, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на данные субъекты рынка;

4) совокупная доля участвующих в них субъектов рынка на соответствующем товарном рынке составляет тридцать пять и более процентов.

3. Действия субъектов рынка, указанные в пункте 1 настоящей статьи, признаются согласованными независимо от наличия письменного соглашения.

4. Допускаются согласованные действия, если они совершены субъектами рынка, входящими в одну группу лиц и направлены на:

- 1) совершенствование производства путем внедрения передовых технологий;**
- 2) развитие малого и среднего предпринимательства;**
- 3) разработку и применение нормативных документов по стандартизации.**

1. Согласованные действия являются одним из антимонопольных нарушений – разновидностью монополистической деятельности. Они относятся к т.н. «многостороннему поведению», то есть действиям нескольких субъектов рынка. Это отличает согласованные действия от злоупотребления доминирующим положением (признаваемого односторонним поведением) и сближает их с таким видом монополистической деятельности, как антиконкурентные соглашения.

Нормы ПК РК о защите конкуренции предполагают, что субъекты рынка действуют самостоятельно, принимая решения о том или ином рыночном поведении в ситуации неизвестности того, как будут действовать их конкуренты. Нормальный конкурентный процесс таков, что субъекты рынка предпринимают те или иные действия, исходя из собственного понимания рыночных условий и прогнозов по их изменению. Это предполагает, что субъекты рынка, как правило, не принимают коммерческих решений (например, о повышении цен) одновременно и синхронно. Если на рынке наблюдается единовременное и синхронное поведение субъектов рынка (например, одновременное повышение цен на одну и ту же или незначительно отличающуюся величину), это является сигналом к тому, что хозяйствующие субъекты могли каким-либо образом скоординировать свое поведение.

Между тем, отсутствие в действиях участников рынка синхронности и единообразности свидетельствует об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Например, в деле в отношении повышения цен на продовольственные товары рядом розничных продавцов суд признал отсутствие состава нарушения по причине установления участниками рынка различных

и существенно отличающихся друг от друга цен. Суд указал: «Из протокола по делу об административных правонарушениях и заключения антимонопольной инспекции видно, что ТОО «Рамстор Казахстан», ТОО «Дастархан Trade», ТОО «Magnum cash&carry», ТОО «ОК «Арзан», ТОО «Silk Way City» и ТОО «Green Mart» устанавливают разные цены на исследованный перечень товаров. Капуста белокачаная в ТОО «Рамстор Казахстан» реализуется по цене 69 тенге, в ТОО «Magnum cash&carry» – по цене 75 тенге, в ТОО «ОК «Арзан» – по цене 65 тенге, в ТОО «Green Mart» – по цене 99 тенге».

Вследствие этого суд сделал вывод о том, что действия участников рынка не были параллельными³¹.

С экономической точки зрения, единообразное поведение субъектов на рынке в большинстве случаев выгодно для них, только если они заранее знают о том, что их конкуренты сделают то же самое. Если субъект рынка заранее не будет уверен, что конкуренты повторят его поведение, то эффект от его действий на рынке (например, от повышения цены) с большой вероятностью будет нивелирован противоположными действиями конкурентов (например, удержанием цены на прежнем уровне). Если же субъект рынка заранее знает, что его конкуренты повторят его поведение (например, тоже поднимут цены), для него существенно снижаются негативные последствия.

Тем не менее, параллельное поведение субъектов рынка может объясняться не только наличием сговора или иной координации деятельности на рынке, но и объективными факторами, в равной степени влияющими на них. Например, повышение цен несколькими конкурентами может быть обусловлено общим повышением спроса, кризисными явлениями в экономике, введением или повышением налогов, таможенных сборов и т.п. В такой ситуации нельзя говорить о нарушении антимонопольного законодательства, поскольку наличие объективных причин для рыночного поведения делает его правомерным. В этой связи перед правоприменителем стоит важная и сложная задача по разграничению обоснованного параллельного поведения субъектов рынка и поведения, содержащего в себе признаки согласованности.

31 Определение Апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Алматинского городского суда от 05.06.2014 г. по делу № 3а-449/2014.

2. Как таковое понятие «согласованных действий» было разработано в конкурентном праве Европейского союза. Впервые оно было сформулировано Европейским Судом Правосудия в деле *Dyestuffs (Cases 48-69, etc., ICI v Commission [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557)*. Согласно правовой позиции суда, «нарушением конкуренции» признается «такая форма координации между субъектами рынка, которая еще не достигла стадии формально заключенного соглашения, но сознательно заменяет практическое взаимодействие между ними с рисками для конкуренции». При этом суд посчитал, что по общему правилу параллельное поведение не признается согласованными действиями, однако если реальные рыночные условия таковы, что не объясняют параллельное поведение, то в действиях субъектов рынка может быть установлено нарушение.

Подход к определению согласованных действий получил развитие в следующем по времени деле по т.н. «сахарному картелю» (дело *Sugar Cartel, Cases 40/73 etc., Suiker Unie v Commission [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295*). По данному делу было установлено наличие согласованности в действиях основных европейских производителей сахара. Европейский Суд Правосудия на основании доказательств наличия контактов между конкурентами сделал вывод о том, что они преследовали цель заранее устранить неопределенность по поводу своего планируемого поведения. При этом доказательств наличия прямого сговора выявлено не было, однако наличия информационного обмена между конкурентами о будущем поведении было достаточно для установления нарушения.

Таким образом, ключевым признаком согласованных действий в конкурентном праве Европейского союза является наличие обмена информацией между конкурентами о будущем поведении на рынке.

Это понимание согласованных действий породило проблему применения запретов к поведению субъектов на т.н. «олигопольных товарных рынках». Олигопольными являются рынки, на которых рыночную власть имеет не один, а несколько субъектов рынка. При этом ключевым признаком олигополии является то, что рынок информационно прозрачен, т.е. информация о товаре, условиях его реализации, действиях самих субъектов рынка

доступна всем участникам рынка. Такая структура рынка позволяет олигопсонистам, не сговариваясь между собой, заранее прогнозировать поведение друг друга и повторять его. В такой ситуации, с экономической точки зрения, затруднительно говорить о наличии согласованных действий, поскольку ключевой элемент согласования – информационный обмен – происходит помимо воли самих субъектов рынка.

Данная коллизия возникла в деле Wood pulp (Joined cases C-89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 Ahlström Oy and others v Commission [1993] ECR I-1307). По результатам рассмотрения этого дела Европейский Суд Правосудия сформулировал правовую позицию о том, что параллельное поведение субъектов олигопольного рынка не является нарушением только лишь из-за информационной прозрачности рынка, а будет таковым только если антимонопольный орган докажет, что отсутствовали правдоподобные объяснения для параллельного поведения субъектов рынка.

3. Легальное определение понятия «согласованных действий» содержится в п. 2 комментируемой статьи. Это определение дано через перечисление признаков согласованных действий, т.е. факторов, при которых единообразное и синхронное поведение субъектов рынка будет признано нарушением.

Соответствующие признаки таковы:

(1) результат действий соответствует интересам каждого из субъектов рынка, их совершающих (признак взаимной выгоды согласованных действий);

(2) действия субъектов рынка заранее известны каждому из них (признак информационного обмена);

(3) действия каждого из субъектов рынка вызваны действиями иных субъектов рынка, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на субъектов рынка (признак взаимной обусловленности согласованных действий и отсутствия объективного обоснования для них).

Данные признаки согласованных действий должны иметь место в совокупности; если хотя бы одного из них не будет установлено (например, если окажется, что параллельному поведению субъектов рынка имеется объективное обоснование), то нельзя

будет говорить о наличии нарушения норм о защите конкуренции.

Рассмотрим данные признаки более подробно.

(1) *Признак взаимной выгодности согласованных действий.*

Этот признак предполагает, что результат согласованных действий соответствует интересам каждого из субъектов рынка, их совершающих. Иными словами, закон не относит к согласованным действиям такое поведение, которое не выгодно участникам согласованных действий. Для доказывания наличия этого признака антимонопольный орган должен обосновать, в чем состоит выгода для субъектов рынка от скоординированного поведения.

Например, при одновременном повышении цен, очевидно, субъекты рынка нацелены на получение большего дохода. Как отмечалось, с экономической точки зрения, повторение поведения конкурента только тогда будет взаимовыгодным, когда конкуренты заранее знают о планируемых действиях друг друга (см. ниже о признаке информационного обмена).

В качестве примера из практики можно привести следующее дело. Антимонопольным органом был установлен факт антиконкурентных согласованных действий в отношении ТОО «Sinooil», ТОО «Гелиос», ТОО «АРИРАН», ТОО «WESTOIL», ТОО «Сана Петрол» и ТОО «Альтаир-2006», выразившихся в установлении и поддержании единой отпускной цены на дизельное топливо. В ходе расследования было установлено, что в разные периоды с ноября 2011 г. по январь 2012 г. данными субъектами рынка была повышена и установлена единая отпускная цена на дизельное топливо. При этом структура затрат у всех субъектов рынка была различной, и у них не было объективных причин повышать цены до одного и того же уровня.

В рамках судебного пересмотра решения антимонопольного органа суды поддержали выводы о наличии в действиях субъектов рынка согласованных действий. В частности, не были приняты ссылки некоторых участников согласованных действий на то, что причиной для повышения ими цен был тот факт, что они несли убытки. Очевидно, что в такой ситуации повышение цен конкурентами было им выгодно, поскольку позволяло увеличить их доходы. Как указали суды, своими действиями субъекты рынка исключили возможность состязательности, при которой их самостоятельными действиями эффективно ограничивалась бы возможность каждого из них односторонне воздействовать на условия обращения товара на соответствующем товарном рынке³².

³² Постановление специализированного административного суда г. Актобе от 21.06.2012 г. по делу № 3-4510; Постановление специализированного адми-

(2) Признак информационного обмена.

Одним из ключевых признаков согласованных действий ПК РК выделяет то, что параллельные действия субъектов рынка должны быть заранее известны каждому из них. Такая ситуация исключает самостоятельность в принятии субъектами рынка решений о своем поведении.

При этом обмен информацией между конкурентами может быть как тайным (например, в устной форме или путем переписки по электронной почте), так и явным (публичным). Антимонопольный орган должен представить доказательства наличия такого информационного обмена.

Этот признак имеет важное значение для ситуаций .т.н. «ценового лидерства», когда один из конкурентов принимает решение, например, о повышении цены, а другие за ним следуют. В такой ситуации, если ценовой лидер принял решение самостоятельно, в отсутствие сговора или обмена информацией с другими конкурентами, то признак информационного обмена в его действиях отсутствует, и он не может быть признан нарушителем. Что касается конкурентов, которые последовали за ценовым лидером, то если их поведение является реакцией на поведение ценового лидера и соответствующие решения они приняли самостоятельно, то они также не могут быть признаны нарушившими антимонопольные запреты, поскольку их действия представляют собой нормальный процесс конкуренции.

В качестве примера можно привести уже упоминавшееся дело о согласованных действиях на рынке дизельного топлива. На основании Постановления специализированного административного суда г. Ак-

нistrативного суда г. Актобе от 10.07.2012 г. по делу № 3-5291; Постановление специализированного административного суда г. Актобе от 03.08.2012 г. по делу № 3-5666, оставленное в силе Определением Апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Актюбинского областного суда от 28.08.2012 г. по делу № За-119/2012; Постановление специализированного административного суда г. Актобе от 06.08.2012 г. по делу № 3-5697; Постановление специализированного административного суда г. Актобе от 31.08.2012 г. по делу № 3-5666, оставленное в силе Определением Апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Актюбинского областного суда от 11.10.2012 г. по делу № За-146/2012. Аналогичная правовая позиция выражена в Решении специализированного межрайонного экономического суда Западно-Казахстанской области от 10.09.2015 г. по делу № 2-2272/15, Постановлении апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Акмолинского областного суда от 05.01.2015 г. по делу № За-10-2015.

тобе от 14.03.2012 г. по делу № 03-1110 производство об административном правонарушении в отношении ТОО «Sinooil» было прекращено со ссылкой на то, что (1) компания установила цену на топливо первой, (2) на момент установления цены у остальных компаний данный вид топлива отсутствовал, а также (3) не приведены доказательства того, что ТОО «Sinooil» заранее знало о действиях и намерениях других участников рынка.

(3) Признак взаимной обусловленности согласованных действий и отсутствия объективного обоснования для них.

Еще одним признаком согласованных действий является тот факт, что действия каждого из участников согласованных действий вызваны действиями иных субъектов рынка, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на данных субъектов рынка.

Примером из судебной практики может быть решение по делу о согласованных действиях индивидуальных предпринимателей и юридических лиц при оказании услуг абонентского обслуживания домофонов. Правонарушение выразилось в установлении и поддержании участниками рынка тарифов в размере 200 тенге в 2011 году и квартале 2012 г.

Судом установлена недоказанность в действиях одного из ответчиков – ТОО «МДК Гарант» – состава антимонопольного правонарушения со ссылкой на отсутствие согласованных, взаимообусловленных действий данного юридического лица с другими субъектами рынка. В частности, суд указал, что правонарушение не может быть инкриминировано данной компании, т.к. тарифы на абонентское обслуживание домофонов в размере 200 тенге были установлены ТОО «МДК Гарант» с августа 2009 г., т.е. существенно раньше периода проверки. Таким образом, судом установлено, что данный субъект рынка действовал самостоятельно, и соответствующие решения не были вызваны действиями иных субъектов рынка³³.

Как уже отмечалось, однотипное поведение субъектов рынка может быть вызвано не согласованными действиями, а обусловлено объективными факторами, в равной степени влияющими на всех субъектов рынка. Очевидно, что если поставщики сырья повышают цены на него, то и цена изготовленной из такого сырья продукции может вырасти. При наличии объективных факторов однотипное рыночное поведение не может считаться нарушением антимонопольных требований.

³³ Постановление специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 11.04.2014 г.

В этой связи важно, чтобы факторы, исключаяющие наличие согласованных действий, были действительно объективными, т.е. не зависели от самих субъектов рынка. Такие факторы должны быть применимы в отношении всех субъектов рынка в равной мере. Если окажется, что тот или иной фактор оказал влияние только на одного субъекта рынка, то он не будет являться основанием для вывода об отсутствии согласованных действий.

Так, в решении по делу о согласованных действиях ряда крупных супермаркетов г. Алматы суд указал: «внезапное наступление девальвации национальной валюты в Республике Казахстан, вследствие которой поставщики продовольственных продуктов резко повысили цены, как раз и является обстоятельством, в равной мере влияющим на действия субъектов рынка по повышению цен»³⁴.

ПК РК не детализирует, что можно считать объективными факторами, исключаяющими наличие согласованных действий. В качестве ориентира можно использовать примерный перечень объективных факторов, содержащийся в п.п.) 3 п. 1 ст. 6 Модельного закона о защите конкуренции СНГ (принят 28 ноября 2014 г. Постановлением № 41-11 Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ). Согласно Модельному закону о защите конкуренции СНГ, к объективным факторам относятся: изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение значительного периода времени. Очевидно, что в силу многообразности рыночных ситуаций перечень объективных факторов, исключаяющих наличие согласованных действий, является открытым, и к ним могут быть отнесены любые рыночные обстоятельства, отвечающие признакам объективности и в равной степени влияющие на всех субъектов рынка.

В качестве примера из практики можно привести дело об антиконкурентных согласованных действиях ТОО «МолКОМ-Павлодар» и АО «СУТ», выразившихся в установлении и поддержании единой цены на молочную продукцию в одни и те же месяцы. Антимонопольный орган сослался на то, что в рамках расследования им не были установлены какие-либо экономические факторы, в равной мере влияющие на данных субъектов рынка в анализируемый период, такие как пропорцио-

³⁴ Постановление специализированного административного суда г. Алматы от 05.08.2014 г. по делу № 9-319.

нальное увеличение закупочных цен на сырье, налогов, иных затрат, связанных с производством и реализацией продукции. Кроме того, в ходе расследования было установлено, что повышение отпускных цен на молочную продукцию происходило в условиях снижения закупочной цены на сырое молоко³⁵.

4. Как следует из п. 1 комментируемой статьи ПК РК, согласованные действия возможны только между конкурентами, то есть субъектами рынка, осуществляющими производство или реализацию товаров на одном товарном рынке. При этом согласованные действия только тогда могут быть признаны нарушением, когда совокупная доля конкурентов (участников согласованных действий) превышает 35 процентов. Это уточнение было сделано в п. 2 комментируемой статьи для того, чтобы признавать нарушением только такие согласованные действия, которые в принципе способны оказать какое-либо влияние на состояние конкуренции на рынке. Если доля на товарном рынке превышает 35 процентов, то согласно ст. 172 ПК РК, обладающий этой долей субъект рынка (или несколько субъектов рынка) может иметь возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе оказывать значительное влияние на общие условия обращения на нем товара. В связи с этим субъекты, в совокупности имеющие долю свыше 35 процентов, обладают потенциалом своими действиями ограничивать конкуренцию; если совокупная доля участников согласованных действий ниже 35 процентов, то существенного вреда охраняемым законам интересам их скоординированные действия не причинят.

Совокупная доля конкурентов-участников согласованных действий определяется на том товарном рынке, на котором анализируются действия субъектов рынка, осуществляющих производство или реализацию товаров, на предмет их согласованности. Данная доля определяется в соответствии со ст. 196 ПК РК и Методикой по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Прика-

³⁵ Постановление специализированного административного суда г. Павлодара от 08.06.2012 г. по делу № 3-2778, оставленное в силе Определением Павлодарского областного суда от 23.07.2012 г. по делу № 4ф-62/2012. Данный вопрос решается аналогичным образом, например, в Определении апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Костанайского областного суда от 10.06.2014 г. по делу № 3а-232\14.

зом Министра национальной экономики РК от 30 ноября 2015 г. № 741. В соответствии с п. 8 ст. 196 ПК РК доля субъекта рынка на соответствующем товарном рынке определяется как отношение объема реализации данным субъектом рынка товара или взаимозаменяемых товаров в пределах географических границ рынка к общему объему соответствующего товарного рынка. Подробнее об анализе состояния конкуренции на товарных рынках и определении долей субъектов рынка на них см. комментарий к ст. 196 ПК РК.

5. Как отмечалось выше, согласованные действия предполагают взаимовыгодное однотипное и синхронное поведение конкурентов в отсутствие объективных причин. Однако следует учитывать, что согласованные действия могут быть установлены и в ситуации, когда действия участников рынка являются не полностью идентичными (например, цены установлены на незначительно отличающуюся друг друга величину) или не полностью синхронными (например, повышены с разницей в несколько дней).

Этот тезис иллюстрируется следующим примером из практики. Антимонопольный орган установил наличие антиконкурентных согласованных действий со стороны АО «Бухтарминская цементная компания» и ТОО «Цементный завод Семей». Согласованные действия выразились в повышении отпускной цены на цемент в период с мая по июнь 2008 г. при снижении себестоимости товара и отсутствии каких-либо обстоятельств, которые могли бы в равной степени повлиять на установление такой цены.

Суд поддержал позицию антимонопольного органа. В частности, суд первой инстанции не согласился с доводами компаний касательно того, что их действия нельзя признать согласованными на том основании, что повышение цен происходило не синхронно (временным интервалом для совершения согласованных действий для ТОО «ЦЗС» был определен период с 20 мая по 29 июня 2008 г., для АО «БКЦ» – с 1 мая по 29 июня 2008 г.). В частности, суд указал, что «повышение и снижение цен имело место в пределах одного периода, имевшего наибольший покупательский спрос, при отсутствии обоснованных причин для повышения цены, о чем свидетельствует производственная себестоимость цемента»³⁶.

³⁶ Постановление специализированного административного суда г. Семей от 23.08.2011 г. по делу № 3-3353/11. Аналогичную правовую позицию занял суд в деле № 3а-2/2016 в Постановлении судебной коллегии по гражданским делам Актыбинского областного суда от 15.01.2016 г.

Также интересно, что в этом деле суд подчеркнул, что одним из ключевых признаков согласованности действий было то, что субъекты рынка получили в результате их совершения выгоду, которая не предполагалась в отсутствие согласованных действий³⁷.

6. Также важным вопросом является разграничение согласованных действий и антиконкурентных соглашений. Оба вида действий являются разновидностями монополистической деятельности и представляют собой многостороннее поведение (т.е. требуют участия в них нескольких субъектов рынка).

Соглашение – это явная форма координации деятельности субъектов рынка, когда они напрямую договариваются об определенном рыночном поведении. При этом согласно п. 5 ст. 169 ПК РК не имеет значения форма выражения такой договоренности. Таким образом, устная договоренность тоже признается соглашением наравне с договоренностью, выраженной в письменной форме.

Эту ситуацию следует отличать от согласованных действий. При согласованных действиях субъекты рынка координируют свою деятельность иным образом, чем путем договоренности. Иными словами, если хозяйствующие субъекты о чем-то договорились между собой в любой (в том числе устной) форме, то речь должна идти о соглашении; если договоренности нет, а субъекты действуют на рынке единообразно, речь может идти о согласованных действиях.

На это обстоятельство ориентирует п. 3 комментируемой статьи, согласно которому действия субъектов рынка признаются согласованными независимо от наличия письменного соглашения. Таким образом, наличие согласованных действий при единообразном поведении хозяйствующих субъектов может быть установлено только при отсутствии между ними договоренности о таком поведении.

7. Согласованные действия хозяйствующих субъектов признаются антиконкурентными и неправомерными, если они направлены на ограничение конкуренции. При этом в п. 1 комментируемой статьи ПК РК перечислены наиболее часто встречающиеся на практике антиконкурентные последствия согласованных действий, а именно:

³⁷ Определение Восточно-Казахстанского областного суда РК от 03.10.2011 г. по делу № 3А-310/2011.

- 1) установление и (или) поддержание цен либо других условий приобретения или реализации товаров;
- 2) необоснованное ограничение производства либо реализации товаров;
- 3) необоснованный отказ от заключения договоров с определенными продавцами (поставщиками) либо покупателями;
- 4) применение дискриминационных условий к равнозначным договорам с другими субъектами.

Данные запреты сходны с запретами, применяемыми к картелям (горизонтальным соглашениям). Это неудивительно, поскольку согласованные действия также осуществляются конкурентами. Исключение составляет такое последствие, как применение дискриминационных условий к равнозначным договорам с другими субъектами. Аналогичная договоренность между конкурентами не будет признаваться картелем, но может быть признана соглашением, приводящим к ограничению конкуренции (см. п. 3 ст. 169 ПК РК и комментарий к этой статье).

Важным отличием негативных последствий антиконкурентных соглашений от согласованных действий является тот факт, что применительно к согласованным действиям такие последствия должны фактически наступить, тогда как сам по себе факт заключения антиконкурентного соглашения, которое даже не было реализовано, будет признаваться нарушением. Это связано с тем, что в отличие от соглашений согласованные действия в силу своей природы не подразумевают наличия этапа договоренности об их совершении, вследствие чего согласованные действия всегда будут выражаться в наступлении негативных последствий.

Перечень негативных последствий для конкуренции от совершения согласованных действий является открытым. При этом ПК РК не содержит указаний на то, что следует считать ограничением конкуренции. В этой связи полезно обратиться к Приложению № 19 Договора (п.п.) 15 ст. 2) и Модельному закону о защите конкуренции СНГ (п.п.) 17 ст. 4), в которых приведены признаки ограничения конкуренции. К ним относятся: сокращение числа субъектов рынка, не входящих в одну группу лиц; рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на

товарном рынке; отказ субъектов рынка, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке; иные обстоятельства, создающие возможность для субъектов рынка в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Как видно, ключевым элементом ограничения конкуренции является отказ субъектов рынка от самостоятельных действий на товарном рынке. Факт ограничения конкуренции подлежит установлению в рамках рассмотрения дел об административных правонарушениях в области защиты конкуренции и ограничения монополистической деятельности. При этом необходимо проведение анализа состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке в соответствии с Методикой по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Приказом Министра национальной экономики РК от 30 ноября 2015 г. № 741.

8. П. 4 комментируемой статьи предусматривает возможность признания согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, допустимыми. Допустимость антиконкурентных согласованных действий означает, что несмотря на негативные последствия для конкуренции, согласованные действия не будут считаться правонарушением. Это возможно в ситуации, если имеются какие-либо положительные эффекты для экономики в целом, которые превышают негативные эффекты для конкуренции.

В соответствии с п. 4 комментируемой статьи, допускаются согласованные действия, если они совершены субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, и направлены на:

- (1) совершенствование производства путем внедрения передовых технологий;
- (2) развитие малого и среднего предпринимательства;
- (3) разработку и применение нормативных документов по стандартизации.

Чтобы антиконкурентные согласованные действия могли быть признаны допустимыми, представляется достаточным наличие одного из указанных последствий. При этом, как и в случае с признанием антиконкурентных соглашений допустимыми по тому же основанию, антимонопольный орган располагает возможностью усмотрения по вопросу о том, признавать ли допу-

стимыми согласованные действия, даже если они соответствуют одному из критериев.

Субъекты рынка вправе представлять антимонопольному органу доказательства того, что осуществленные ими согласованные действия могут быть признаны допустимыми. В этом случае антимонопольный орган оценивает наличие критериев, предусмотренных п. 4 комментируемой статьи, применительно к представленным доказательствам и обстоятельствам конкретного дела. Антимонопольный орган также может применить нормы о допустимости по собственной инициативе.

В качестве примера можно привести следующее дело из практики. Действия пяти субъектов рынка домофонов по одновременному поднятию цены абонентского обслуживания домофонной системы были квалифицированы антимонопольным органом как антиконкурентные согласованные действия.

Суды согласились с данными выводами. В решении суда особо подчеркивалось в отношении одного из участников согласованных действий: «из объяснений ИП Власова А.Н. не установлены такие факты, как внедрение передовых технологий на предприятии, направление прибыли на развитие малого и среднего предпринимательства, на разработку и применение нормативных документов по стандартизации и т.п.»³⁸. Исходя из этого, суд сделал вывод об отсутствии оснований для вывода о допустимости соответствующих действий.

Важно подчеркнуть, что из буквального толкования п. 4 комментируемой статьи следует, что допустимыми могут быть признаны только действия лиц, входящих в одну группу лиц. Представляется, что данное указание излишне, поскольку согласно п. 2 ст. 165 ПК РК, группа лиц рассматривается как единый субъект рынка. Вследствие этого входящие в одну группу лиц субъекты рынка не должны во взаимоотношениях друг с другом рассматриваться как независимые субъекты, в том числе не могут считаться конкурентами друг друга. Следовательно, к таким внутренним отношениям антимонопольные запреты не должны применяться, в том числе и запрет на антиконкурентные согласованные действия.

³⁸ Постановление специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск от 12.10.2012 г. по делу № 3-7542. Аналогичным образом вопрос решается в Определении апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам Восточно-Казахстанского областного суда от 25.04.2013 г. по делу № 3а-226-2012.

В этой связи, представляется, что п. 4 комментируемой статьи следует толковать таким образом, что действия субъектов рынка, входящих в одну группу лиц, в принципе не могут быть признаны согласованными (вне зависимости от того, привели ли они к какому-либо положительному эффекту для экономики), а действия конкурентов, не входящих в одну группу лиц, могут быть признаны допустимыми, если они приводят к любому из последствий, указанных в данной норме.

9. За совершение антиконкурентных согласованных действий предусмотрена принудительная мера в виде взыскания монопольного дохода, которая применительно к согласованным действиям определяется как весь доход, полученный от них, за вычетом обоснованных расходов, необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов (п.п.) 4 п. 4 ст. 225 ПК РК).

В судебной практике вопрос расчета монопольного дохода также затрагивается. В деле в отношении ряда цементных компаний суд в решении относительно «Central Asia Cement» указал, что в состав монопольного дохода не могут быть включены доходы: от реализации цемента через товарную биржу по биржевым ценам; от реализации цемента по коллективному договору с работниками компании по текущей себестоимости, заключенному до совершения антиконкурентных согласованных действий; от реализации цемента по ценам, ниже установленных в прайс-листе и т.д.³⁹

Также антимонопольный орган вправе выдать участникам согласованных действий обязательные для исполнения предписания, в том числе о прекращении согласованных действий, устранении их негативных последствий и их недопущении в будущем (п. 1 ст. 226 ПК РК) и привлечь их к административной ответственности в соответствии со ст. 159 Кодекса РК об административных правонарушениях.

При этом, согласно примечанию к ст. 159 КоАП РК, для участников согласованных действий предусмотрена возможность освобождения от административной ответственности при соблюдении в совокупности следующих условий:

³⁹ Постановление специализированного административного суда г. Темиртау от 10.06.2015 г. по делу № 3-1130/15.

1) к моменту, когда субъект рынка заявляет антимонопольному органу об антиконкурентных согласованных действиях, антимонопольный орган не получал информации о данных антиконкурентных согласованных действиях из других источников;

2) субъект рынка предпринимает срочные меры по прекращению своего участия в антиконкурентных согласованных действиях;

3) субъект рынка сообщает полную информацию о фактах антиконкурентных согласованных действий на протяжении всего расследования с момента заявления;

4) субъект рынка добровольно возмещает ущерб потребителям, причиненный в результате совершения антиконкурентных согласованных действий.

Освобождению от административной ответственности подлежат все участники согласованных действий, выполнившие все вышеуказанные требования.

Статья 171. Предварительное рассмотрение проекта соглашения субъектов рынка

1. Субъекты рынка, имеющие намерение достичь соглашения, которое может быть признано допустимым в соответствии с настоящим Кодексом, вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения требованиям настоящего Кодекса с приложением необходимых документов в электронной форме.

2. Антимонопольный орган принимает решение о соответствии или несоответствии проекта соглашения субъектов рынка требованиям настоящего Кодекса в срок до тридцати календарных дней.

1. Комментируемая статья предоставляет право субъектам рынка обратиться в антимонопольный орган за подтверждением соответствия проекта планируемого соглашения требованиям законодательства в области защиты конкуренции. Данная норма была введена в антимонопольное законодательство Республики Казахстан с 1 января 2016 г.

Обращение в антимонопольный орган является добровольным, то есть не является обязанностью субъектов рынка. Также в момент обращения с заявлением и до момента принятия антимонопольным органом решения по нему соглашение должно существовать в форме проекта, то есть должно быть еще не заключено.

При обращении с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения требованиям ПК РК субъектам рынка необходимо приложить необходимые документы в электронной форме. Несмотря на то, что в ПК РК перечень этих документов не определен, к ним могут быть в первую очередь отнесены проект само-

го соглашения и документы, подтверждающие обоснованность его допустимости.

2. Срок рассмотрения ПК РК установлен до тридцати календарных дней, продление указанного срока не предусмотрено.

По результатам рассмотрения заявления субъекта рынка антимонопольный орган принимает решение о соответствии или несоответствии проекта соглашения субъектов рынка требованиям ПК РК. Антимонопольный орган принимает положительное решение о соответствии проекта соглашения в случае, если его условия не противоречат требованиям антимонопольного законодательства или если планируемое соглашение подпадает под соответствующие запреты, но может быть признано допустимым в соответствии с исключениями к запретам, указанным в п. 6, 7, 8 и абзаце 8 п. 3 ст. 169 ПК РК (см. комментарии к ст. 169).

Так, например, в п. 8 ст. 169 ПК РК указаны случаи допустимости заключения антиконкурентных соглашений между субъектами рынка, если они не накладывают на субъектов рынка ограничений, не являющихся необходимыми для достижения целей этих соглашений и не создают возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке, а также если субъекты рынка докажут, что такие соглашения имеют или могут иметь своим результатом:

1) содействие совершенствованию производства (реализации) товаров или стимулированию технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности производимых товаров производства сторон на мировом товарном рынке;

2) получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

Статья 172. Доминирующее или монопольное положение

1. Доминирующим или монопольным положением признается положение субъекта рынка или нескольких субъектов рынка на соответствующем товарном рынке, дающее субъекту рынка или нескольким субъектам рынка возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара.

2. Доминирующее положение субъекта рынка устанавливается в соответствии с Методикой по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утверждаемой антимонопольным органом.

3. Доминирующим признается положение субъекта рынка, доля которого на соответствующем товарном рынке составляет тридцать пять и более процентов, если в отношении такого субъекта рынка установлены в совокупности следующие обстоятельства:

1) возможность субъекта рынка в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на товарном рынке;

2) наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок;

3) продолжительность существования возможности субъекта рынка оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

В случае, если субъект рынка занимает долю пятьдесят и более процентов, доминирующим признается положение субъекта рынка без учета обстоятельств, перечисленных в подпунктах 1), 2) и 3) части первой настоящего пункта.

4. Доминирующим признается положение каждого из нескольких субъектов рынка, если совокупная доля не более чем

трех субъектов рынка, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем товарном рынке, составляет пятьдесят и более процентов или совокупная доля не более чем четырех субъектов рынка, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем товарном рынке, составляет семьдесят и более процентов, если в отношении такого субъекта рынка установлены в совокупности следующие обстоятельства:

1) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей субъектов рынка неизменны или подвержены малозначительным изменениям;

2) реализуемый или приобретаемый субъектами рынка товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях);

3) информация о цене и (или) об условиях реализации этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

5. Доминирующим признается положение финансовых организаций, если:

1) совокупная доля не более чем двух финансовых организаций, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем рынке финансовых услуг, составляет пятьдесят и более процентов;

2) совокупная доля не более чем трех финансовых организаций, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем рынке финансовых услуг, составляет семьдесят и более процентов.

6. Доминирующим в соответствии с пунктами 4 и 5 настоящей статьи не может быть признано положение субъекта рынка, доля которого на соответствующем товарном рынке, в том числе и на рынке финансовых услуг, не превышает пятнадцати процентов.

7. Монопольным признается положение субъектов естественной монополии, государственной монополии, а также субъектов рынка, занимающих стопроцентную долю доминирования на соответствующем товарном рынке (субъекты, занимающие монопольное положение).

1. Доминирующее или монопольное положение – это положение субъекта рынка, которое дает ему рыночную власть. В экономической теории рыночная власть означает возможность изменять цену (завышать или занижать) по сравнению с конкурентной ценой. С правовой точки зрения, рыночная власть – это возможность действовать на рынке независимо от других его участников: конкурентов и покупателей.

К данному пониманию рыночной власти впервые пришли в конкурентном праве Европейского союза. Основываясь на ряде предшествующих прецедентов, Европейский Суд Правосудия в деле *United Brands (Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. [1978] ECR 207)* сформулировал «эталонное» определение «доминирующего положения» как «позиции экономической силы, которая представляет собой способность препятствовать эффективной конкуренции на определенном товарном рынке путем предоставления возможности действовать в значительной степени независимо от конкурентов, покупателей и, в конечном итоге, потребителей». Впоследствии данное определение было повторено в большинстве решений по делам о злоупотреблении доминирующим положением в Европейском союзе.

В материалах Типового закона «О конкуренции», принятого ЮНКТАД в 2001 г., «доминирующее положение» означает «такую ситуацию на рынке, когда какое-либо предприятие, действующее либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг»⁴⁰.

Легальное определение понятия доминирующего положения, данное в п. 1 комментируемой статьи, исходит из того же подхода: доминирующим положением признается такое положение одного или нескольких субъектов рынка, которое дает ему (им) возможность контролировать соответствующий товарный рынок. Эта возможность по контролю над товарным рынком и эквивалентна рыночной власти в экономическом смысле.

В п. 1 комментируемой статьи уточняется, что рыночная власть выражается, в первую очередь, в возможности оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на

⁴⁰ Типовой закон «О конкуренции» // Материалы ЮНКТАД по проблематике законодательства и политики в области конкуренции. – Женева: ООН, 2001.

соответствующем товарном рынке. Это определение соответствует определению доминирующего положения, содержащемуся в п. 1 ст. 5 Модельного закона о защите конкуренции СНГ. Отличие состоит в том, что в определении доминирующего положения, согласно Модельному закону о защите конкуренции СНГ, употреблено слово «решающее» вместо «значительное» применительно к влиянию на общие условия обращения товара на рынке, однако, это принципиально сути не меняет. Это же положение Модельного закона помогает уточнить, что именно следует понимать под «значительным влиянием на общие условия обращения товара»: помимо собственно определения условий функционирования рынка, значительное влияние также включает в себя возможность устранять с товарного рынка других субъектов рынка и возможность затруднять доступ на товарный рынок другим субъектам рынка.

Возможность оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара также может быть раскрыта через влияние на отдельные аспекты обращения товара на рынке: взаимозаменяемость товара, установление цен, объём (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров, включая контрагентов, возможность отказа от заключения договоров поставки товара. Устранение с рынка субъектов рынка означает, что субъект, занимающий доминирующее положение, создает условия, при которых его конкурент будет вынужден прекратить осуществление своей деятельности на рынке или существенно ее ограничить. Под затруднением доступа на рынок следует понимать создание препятствий или невозможность войти на рынок. Под доступом на рынок понимается создание нового (перепрофилирование действующего) предприятия или начало осуществления субъектом рынка, уже существующим вне границ соответствующего рынка, деятельности на рассматриваемом товарном рынке (ввоз/импорт продукции на рынок).

2. Само по себе наличие доминирующего положения не является нарушением антимонопольного законодательства, поскольку оно лишь характеризует специфику соответствующего субъекта рынка, указывает на наличие у него рыночной власти. Незаконным будет являться злоупотребление доминирующим положением, т.е. использование субъектом рынка своей рыночной власти в целях ограничения конкуренции.

Поэтому доминирующее положение необходимо устанавливать, в первую очередь, применительно к такому виду монополистической деятельности, как злоупотребление доминирующим положением (ст. 174 ПК РК). Доминирование является одним из обязательных элементов квалификации данного нарушения. Это означает, что если действия, предусмотренные ст. 174 ПК РК, совершены субъектом рынка, не имеющим доминирующего положения, то они не составляют нарушения, поскольку рыночная власть субъекта недостаточна для наступления негативных последствий от соответствующих действий.

Помимо этого, установление доминирующего положения необходимо при осуществлении контроля за экономической концентрацией в соответствии со ст.ст. 200-210 ПК РК, поскольку такой контроль направлен на недопущение необоснованного сосредоточения рыночной власти у одного или нескольких субъектов рынка. Соответственно, антимонопольный орган должен установить, повлечет ли сделка экономической концентрации приобретение каким-либо субъектом экономической концентрации доминирующего положения или усиление его доминирующего положения.

Также доминирующее положение является обязательным условием для принудительного разделения (выделения) субъекта рынка, которое в соответствии со ст. 231 ПК РК допускается по иску антимонопольного органа в случае, если доминирующий субъект дважды в течение одного года был привлечен к административной ответственности за совершение запрещенных монополистических действий (участвовал в антиконкурентном соглашении, согласованных действиях или допустил злоупотребление доминирующим положением).

В то же время для таких нарушений, как, например, недобросовестная конкуренция (предусмотренная гл. 16 ПК РК), установление доминирующего положения не требуется, поскольку рыночная власть субъекта рынка в этом случае не имеет значения для установления самого факта нарушения (подробнее о конкурентных соглашениях см. комментарий к ст. 177 ПК РК). Стоит отметить, что п. 5 Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной приказом Министра национальной экономики РК

от 30 ноября 2015 г. № 741 (далее – Методика анализа рынка), на основании которой устанавливается доминирующее положение, предусматривает, что анализ рынка не требуется при рассмотрении признаков антиконкурентных соглашений субъектов рынка. С одной стороны, это обосновано тем, что состав антиконкурентного соглашения, в том числе вертикального, не связан с наличием или отсутствием доминирующего положения у участников соглашения. Однако, с другой стороны, анализ рынка и выявление долей субъектов рынка имеют значение для оценки последствий соглашений для конкуренции, т.к. негативный эффект антиконкурентных соглашений более очевиден в том случае, если его участники обладают значительными рыночными долями или даже доминирующим положением (подробнее о конкурентных соглашениях см. комментарий к ст. 169 ПК РК).

Установление доминирующего положения не всегда связано с расследованием конкретного нарушения антимонопольных запретов или контроля за экономической концентрацией. Доминирующее положение субъекта рынка может быть установлено и в ходе проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Так, согласно п. 2 ст. 196 ПК РК антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции на товарных рынках ежегодно, в том числе для выявления лиц, занимающих доминирующее или монопольное положение на рынке. Сам по себе аналитический отчет антимонопольного органа, составленный по итогам анализа состояния конкуренции, не является нормативным актом и не влечет какой-либо ответственности для субъектов рынка. В то же время он может стать доказательством при расследовании того или иного нарушения, а также является основанием для включения субъекта рынка в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на регулируемых рынках, в соответствии с п. 5 Правил включения и исключения субъектов рынка из Государственного реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на регулируемых рынках, утвержденных Приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. № 740.

Следует отметить, что до 1 января 2016 г., т.е. до вступления в силу ПК РК, субъекты, занимающие доминирующее или монопольное положение на рынке, подлежали включению в Госу-

дарственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, вне зависимости от того, на каком рынке установлено доминирование. Однако с 1 января 2016 г. данный реестр был упразднен. Сохранился лишь Реестр для субъектов регулируемых рынков, который также будет ликвидирован с 1 января 2017 г. Присутствие хозяйствующего субъекта в Реестре автоматически доказывает его доминирование. Таким образом, антимонопольный орган в случае необходимости может руководствоваться данными Реестра для определения доли субъекта рынка. В то же время, учитывая, что основанием включения в Реестр является именно рыночная доля субъекта рынка, использование Реестра в качестве источника информации о положении субъекта на рынке ограничивает возможность учета всех факторов, определяющих рыночную власть субъекта. Именно поэтому в отношении действующего до сих пор Реестра субъектов регулируемых рынков установлено правило о том, что антимонопольный орган по итогам очередного анализа состояния конкуренции обязан вносить изменения в Реестр (п. 5 Правил включения и исключения субъектов рынка из государственного реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на регулируемых рынках). Представляется, что с упразднением Реестра антимонопольный орган будет проводить в каждом конкретном случае полноценный анализ рынка и устанавливать доминирующее положение применительно к актуальной рыночной ситуации.

3. Порядок установления доминирующего положения регулируется Методикой анализа рынка, упомянутой выше. Данная Методика анализа рынка закрепляет не только непосредственно порядок установления доминирующего положения, но и процедуру определения границ соответствующего товарного рынка и анализа состояния конкуренции на нем – этапы, предшествующие этапу установления доминирующего положения. Полный перечень этапов анализа рынка установлен п. 5 Методики анализа рынка.

Поскольку доминирующее положение – это характеристика, присущая субъектам конкретного товарного рынка, то предварительными стадиями установления наличия рыночной власти и, следовательно, доминирующего положения должно стать определение границ соответствующего товарного рынка и состо-

яния конкуренции на нем. Подробнее об этом см. комментарий к ст. 196 ПК РК.

После определения границ товарного рынка и состава субъектов, действующих на товарном рынке, следует переходить к непосредственному определению наличия рыночной власти у определенного субъекта рынка (определенных субъектов рынка).

Наиболее естественным способом определения наличия рыночной власти является определение доли субъекта на рынке. В соответствии с п. 8 ст. 196 ПК РК, а также п. 34 Методики анализа рынка доля субъекта на соответствующем товарном рынке определяется как отношение объема реализации данным субъектом товара или взаимозаменяемых товаров в пределах географических границ рынка к общему объему соответствующего товарного рынка.

Однако рыночная доля – это показатель, который применим для определения рыночной власти в ситуации статики рынка (поскольку она фиксируется на определенный момент времени). Так, на практике расчет доли производится по состоянию на конец отчетного финансового периода. Однако товарные рынки постоянно находятся в динамике, и требуется давать оценку иным обстоятельствам, влияющим на состояние конкуренции, в том числе стабильности рыночных долей, условиям доступа на товарный рынок, долям конкурентов, соотношению долей покупателей и продавцов товара, периоду существования возможности оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара.

Одним из важнейших элементов такого динамического анализа являются барьеры входа на рынок, поскольку, если они отсутствуют или незначительны, то даже субъект рынка с большой рыночной долей не будет действовать без оглядки на потенциальных конкурентов и, следовательно, не будет иметь рыночной власти. При этом в соответствии со ст. 168 ПК РК потенциальный конкурент – это субъект рынка, который имеет возможность (владеет оборудованием, технологиями) производить и (или) реализовать товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром конкурента, но не производит и не реализует его на соответствующем товарном рынке.

К барьерам входа на рынок п. 46 Методики анализа рынка относит следующие виды барьеров:

- экономическое барьеры, т.е. экономически факторы, из-за которых выход на рынок становится экономически нецелесообразным, невыгодным (например, необходимость осуществления значительных первоначальных капитальных вложений, отсутствие доступа к необходимым ресурсам и т.д.);
- административные ограничения, т.е. нормативные требования, которые усложняют доступ на рынок (например, требование о лицензировании определенных видов деятельности);
- технологические и иные ограничения доступа на рынок.

Так, например, в рамках анализа состояния конкуренции на рынке транспорта и связи за 2015 год⁴¹, в частности на рынке услуг перевозки пассажиров железнодорожным транспортом, антимонопольный орган установил, что среди барьеров входа на этот высококонцентрированный рынок встречается и такой фактор, как наличие на рынке вертикально-интегрированных субъектов. В частности, АО «Пассажирские перевозки», будучи одним из основных субъектов рынка и при этом являясь дочерней компанией КТЖ, контролирует предприятия обеспечивающей и сервисной деятельности пассажирских перевозок – АО «Вагонсервис» (100%) и АО «Пассажирская лизинговая вагонная компания» (100%). КТЖ контролирует АО «Вокзалсервис» и АО «Локомотив» (100%). Такая интегрированная структура обеспечивает АО «Пассажирские перевозки» существенные преимущества на рынке. При таких обстоятельствах, а также с учетом иных многочисленных барьеров входа на рынок, потенциальным конкурентам экономически нецелесообразно и фактически сложно будет получить доступ на рынок пассажироперевозок.

Поэтому анализ наличия и преодолимости барьеров доступа на рынок является необходимым элементом установления наличия или отсутствия рыночной власти. При отсутствии барьеров входа на рынок, в том числе созданных самими субъектами этого рынка, трудно говорить о наличии рыночной власти у субъекта, даже имеющего значительную рыночную долю. При их наличии, наоборот, даже относительно небольшая доля может свидетельствовать о наличии рыночной власти.

Помимо указанных выше факторов, дополнительными критериями для установления рыночной власти могут быть следующие: относительный размер долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам субъекта рынка, сильная вертикальная интеграция, технологическое влияние на конкурентов.

41 Официальный сайт Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан: http://kremzk.gov.kz/rus/menu2/analiz_tovarnyh_rynkov/?cid=0&rid=25424

Так, в частности, существенное влияние технологических барьеров входа на рынок наблюдается на рынке услуг сотовой связи, который также оценивается антимонопольным органом как высококонцентрированный. В рамках того же анализа, о котором речь шла выше, был исследован также рынок услуг сотовой связи, на котором представлены всего 5 субъектов, два из которых (АО «Kcell» и ТОО «Кар-Тел») занимают доминирующее положение. Одним из факторов, которые обуславливают их доминирование, является ограниченность ресурса частотного спектра.

4. Традиционно выделяются два вида доминирующего положения: индивидуальное и коллективное. Основанием этой классификации является то, сколько субъектов рынка занимает доминирующее положение. Его может занимать как один субъект рынка (тогда доминирующее положение является индивидуальным), так и несколько субъектов рынка (тогда речь идет о коллективном доминировании).

Применительно к индивидуальному доминированию п. 3 комментируемой статьи устанавливает количественные и качественные характеристики доминирующего положения. Количественная характеристика индивидуального доминирования представляет собой размер рыночной доли субъекта.

В зависимости от размера доли п. 3 комментируемой статьи устанавливает два пороговых значения:

(1) доминирование при рыночной доле субъекта в пределах от 35 до 50 процентов;

(2) доминирование при рыночной доле более 50 процентов.

Разница этих пороговых значений заключается в том, что в первом случае для установления доминирующего положения требуется оценка дополнительных качественных характеристик, а во втором – доминирование презюмируется лишь на основании того, что субъект контролирует более половины рынка. В таком случае не требуется выявлять качественные характеристики доминирующего положения.

В свою очередь, качественные характеристики – это дополнительные факторы, которые должны оцениваться наряду с рыночной долей для правильного определения положения субъекта на рынке, поскольку, как было указано выше, сама по себе доля рынка позволяет оценивать структуру рынка лишь в ее статичном состоянии.

К качественным характеристикам, которые обязательно должны оцениваться при установлении доминирующего положения субъекта, занимающего на рынке долю от 35 до 50 процентов, относятся следующие:

(1) возможность субъекта рынка в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на товарном рынке (т.е. фактическое наличие рыночной власти);

(2) наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок (т.е. высокие барьеры входа на рынок);

(3) продолжительность существования возможности субъекта рынка оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке (т.е. стабильность и неизменность положения субъекта на рынке).

Чтобы субъект рынка, доля которого находится в диапазоне от 35 до 50 процентов, был признан доминирующим, указанные выше качественные характеристики должны быть установлены в совокупности.

Таким образом, если рыночная доля субъекта превышает 50 процентов, то доминирование такого субъекта является безусловным. В ином случае, когда доля колеблется в пределах от 35 до 50 процентов, доминирование определяется с учетом оценки качественных характеристик.

Если же доля рынка составляет менее 35 процентов, то субъект рынка не может быть признан занимающим индивидуальное доминирующее положение, но может быть признан доминирующим в составе коллективного доминирования (см. об этом п. 4 комментируемой статьи и комментарий к нему ниже).

Следует отметить, что в международной практике можно встретить разные подходы к соотношению количественных и качественных характеристик доминирования. Некоторые государства также закрепляют в своем законодательстве пороговое значение, при достижении которого доминирование презюмируется без дополнительной оценки качественных факторов (например, Австрия, Польша, Чехия; аналогичный подход воспроизведен и в п. 2 ч. 1 ст. 5 Модельного закона о защите конкуренции СНГ с оговоркой, что презумпция доминирования с долей более 50 процентов может быть теоретически опровергнута).

В то же время в некоторых иных странах законодательство не устанавливает конкретных пороговых значений, позволяющих однозначно утверждать о наличии у субъекта рынка доминирующего положения. Так, например, как на уровне Европейского Союза, так и на уровне отдельных европейских государств (например, Великобритании, Франции, Голландии, Португалии и др.) отсутствуют нормативные положения, на основании которых субъект рынка может быть автоматически признан доминирующим при превышении определенной доли на рынке. Например, в п. 14 Руководства о приоритетах Европейской комиссии при применении статьи 82 Договора Европейского Союза в случаях злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением (№ 2009/С 45/02) (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/С 45/02). Official Journal of the European Union, 24.2.2009) предусмотрено, что вероятность доминирования субъекта с долей рынка менее 40 процентов не очень высока, однако это не означает, что доля свыше 40 процентов автоматически говорит в пользу доминирования. Наличие большой доли рынка в этом контексте является лишь индикатором вероятности наличия доминирующего положения. При оценке структуры рынка, с точки зрения европейского конкурентного права, необходимо учитывать следующие факторы (п. 12 Руководства Еврокомиссии):

- положение на рынке самого хозяйствующего субъекта и его конкурентов;
- возможности будущего увеличения доли конкурентов или появления новых конкурентов;
- оценка возможности экспансии и барьеров входа на рынок;
- наличие сдерживающей рыночной силы у потребителей.

5. Коллективное доминирование обладает значительной спецификой по сравнению с индивидуальным доминированием. Это понятие впервые появилась в конкурентном праве Европейского союза, хотя оно как таковое не закреплено ни в тексте Договора о функционировании Европейского союза, ни даже на уровне вторичного законодательства Европейского союза. При этом согласно ст. 102 Договора о функционировании Европейского союза имеется возможность для применения коллективного до-

минирования: в частности, эта статья запрещает злоупотребление доминирующим положением со стороны как одного, так и нескольких субъектов рынка.

Достаточно распространенным случаем доминирования в последнее время выступает коллективное (совместное) доминирование на олигополистических рынках, когда один или несколько субъектов рынка могут занимать доминирующее положение. Компании, имущественно или организационно не связанные между собой, могут выбрать тактику параллельного поведения (не следует путать с согласованными действиями), предусматривающую классическое сходство поведения на рынке независимых друг от друга субъектов или тактику совместной гонки за лидером.

Синхронным поведением может быть признано установление единого уровня цен, применение похожей технологии сбыта и методов продвижения товара (реклама, личные продажи, прямой маркетинг, стимулирование сбыта). Наиболее часто используемые методы: выбор одного класса носителей рекламы, последовательная и технологически похожая организация проведения рекламной кампании, предложение близких по технологии и размеру торговых скидок и др. Параллельное поведение может проявляться в спонтанном реагировании на какую-либо рыночную ситуацию⁴².

Если предприятия юридически независимы друг от друга, достаточно сложно отличить коллективное доминирование от простого сходства в поведении предприятий, причиной которого может быть схожая по тактике реакция на поведение потребителей. Учитывая возможность возникновения подобных ситуаций, нормативно-правовые документы Европейского союза с 1997 г. предусматривают, что доминирование может также относиться к «одному или нескольким» предприятиям. Таким образом, сразу на несколько предприятий могут быть наложены санкции, если они совместно использовали свои рыночные возможности. Совместное доминирование в ЕС предусматривает такую ситуацию, «когда две или несколько компаний в отношении своих клиентов занимают принципиально такую же пози-

42 Князева И.В. Антимонопольная политика в России: учеб. пособие для студентов вузов / И.В. Князева – 5-е изд. испр. - М.: Омега-Л, 2011. – С. 222.

цию, что и единая компания, занимающая доминирующее положение, что констатирует факт отсутствия конкуренции между компаниями»⁴³.

Первый в истории случай выявления коллективного доминирования относится к делу «Italian Flet Glass», когда суд наложил штрафные санкции на нескольких производителей стеклянной посуды за одновременное повышение цен на продукцию. В данном случае имела место ситуация коллективного доминирования, так как все три производителя систематически обменивались своей продукцией друг с другом и представлялись потребителю как единое предприятие⁴⁴.

Ключевым в формировании понятия коллективного доминирования стало дело *Compagnie Maritime Belge (Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA (C-395/96 P), Compagnie Maritime Belge SA (C-395/96 P) and Daфра-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities [2000] ECR I-1365)*, в решении по которому Европейский Суд Правосудия сформулировал критерии коллективного доминирования. Фактически коллективное доминирование было приравнено к такой рыночной структуре, как олигополия. Это такой способ взаимодействия между субъектами на высококонцентрированных товарных рынках, при котором между ними отсутствует явный сговор, но имеет место ситуация молчаливой координации. Это означает, что субъекты олигопольных рынков могут действовать скоординированным образом в ущерб конкуренции при отсутствии явного соглашения. В упомянутом выше и последующих делах было признано, что категория коллективного доминирования является самостоятельной и не должна смешиваться с категориями антиконкурентных соглашений и согласованных действий.

Переходя к критериям коллективного доминирования, следует отметить, что согласно п. 4 комментируемой статьи основным критерием, как и в случае с индивидуальным доминированием, является определенная совокупная доля нескольких субъектов на товарном рынке, а именно:

43 Ст. 86 Римского договора.

44 Практикум по доминирующему положению и злоупотреблению доминирующим положением // Дидактические материалы TACIS. – М., 1998.

(1) совокупная доля не более чем трех (то есть двух или трех) субъектов рынка превышает пятьдесят процентов; или

(2) совокупная доля не более чем четырех (то есть, в соответствии с буквальным толкованием, – двух, трех или четырех) субъектов рынка превышает семьдесят процентов.

Таким образом, максимальное число субъектов рынка, которые могут быть признаны коллективно доминирующими, не может превышать четырех.

При этом потенциально коллективно доминирующие субъекты отбираются не произвольно, а в расчет принимаются только те из них, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем товарном рынке. Также не может быть признан занимающим доминирующее положение в составе коллективного доминирования субъект рынка, доля которого составляет менее 15 процентов (п. 6 комментируемой статьи). Таким образом, ПК РК установлен минимальный порог для участия в коллективном доминировании.

Однако, как и в случае с индивидуальным доминированием, недостаточно определить совокупную долю хозяйствующих субъектов на товарном рынке и установить, что она превышает соответствующий порог, установленный в п. 4 комментируемой статьи. В силу прямого требования ПК РК необходимо для каждого рассматриваемого товарного рынка обосновать наличие в совокупности следующих обстоятельств (качественных характеристик):

(1) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей субъектов рынка неизменны или подвержены малозначительным изменениям;

(2) реализуемый или приобретаемый субъектами рынка товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях);

(3) информация о цене и (или) об условиях реализации этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Если количественные и качественные критерии для установления коллективного доминирования присутствуют на опреде-

ленном товарном рынке, то в соответствии с буквальным толкованием п. 4 комментируемой статьи каждый из коллективно доминирующих субъектов будет считаться занимающим доминирующее положение. Это означает, что предусмотренные ПК РК антимонопольные запреты (в первую очередь, запрет злоупотребления доминирующим положением), распространяются на каждого коллективно доминирующего субъекта.

От коллективного доминирования следует отличать ситуацию, при которой субъект рынка занимает доминирующее положение в составе группы лиц. Группа лиц для целей антимонопольного регулирования считается единым субъектом рынка (соответствующее положение закреплено в п. 2 ст. 165 ПК РК и п. 30 Методики анализа рынка). В этой связи при определении рыночных долей для целей установления наличия доминирующего положения следует суммировать рыночные доли субъектов рынка, входящих между собой в одну группу лиц и действующих на одном и том же товарном рынке. Иными словами, доминирование группы лиц – это не что иное, как индивидуальное доминирующее положение единого субъекта рынка. Доля каждого из субъектов рынка, входящих в состав потенциально коллективно доминирующих субъектов, должна включать в себя доли лиц, входящих с ним в одну группу.

6. Признание доминирующего положения финансовой организации имеет свои особенности по сравнению с установлением доминирования иных субъектов рынка. Это связано с особенностями соответствующих товаров – финансовых услуг.

Для начала необходимо определиться с тем, какие именно организации относятся к числу финансовых. Данное понятие содержится не в самом ПК РК, а Законе РК от 02.06.2003 г. № 474-III «О государственном регулировании, контроле и надзоре финансового рынка и финансовых организаций». Согласно ст. 1 данного закона к «финансовым организациям» относятся организации, оказывающие финансовые услуги, под которыми, в свою очередь, понимаются страховые услуги, деятельность участников рынка ценных бумаг, добровольного накопительного пенсионного фонда, банковская деятельность, деятельность организаций по проведению отдельных видов банковских операций, осуществляемые на основании лицензий, а также деятельность единого накопительного пенсионного фонда, центрального

депозитария, единого регистратора и обществ взаимного страхования, не подлежащая лицензированию.

Согласно ст. 8 Закона РК «О государственном регулировании, контроле и надзоре финансового рынка и финансовых организаций» одной из задач уполномоченного органа в области государственного регулирования финансовых организаций, функции которого выполняет Национальный банк Республики Казахстан, является создание равных условий для функционирования соответствующих видов финансовых организаций на принципах добросовестной конкуренции. Отдельные положения, связанные с регулированием деятельности финансовых организаций, содержатся также в Законе РК от 30.03.1995 г. № 2155 «О Национальном банке Республики Казахстан» и принятых во исполнение данного закона подзаконных нормативных актах.

Собственно антимонопольные правила, распространяющиеся на финансовые организации, установлены непосредственно ПК РК. В частности, в п. 5 ст. 172 ПК РК установлены критерии доминирования финансовых организаций. Так, доминирующим признается положение финансовых организаций, если:

(1) совокупная доля не более чем двух финансовых организаций, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем рынке финансовых услуг, составляет 50 процентов и более; или

(2) совокупная доля не более чем трех финансовых организаций, которым принадлежат наибольшие доли на соответствующем рынке финансовых услуг, составляет 70 процентов и более.

Из системного толкования ст. 172 ПК РК следует, что данная норма говорит о коллективном доминировании финансовых организаций. Из текста комментируемой статьи не вполне ясно, распространяются ли общие правила индивидуального доминирования, установленные п. 3 ст. 172 ПК РК, на финансовые организации. Представляется, что нет никаких оснований исключать условия индивидуального доминирования для финансовых организаций.

Таким образом, финансовая организация может быть признана занимающей индивидуальное доминирующее положение на основании критериев, предусмотренных п. 3 комментируемой статьи, тогда как коллективное доминирование финансовых организаций подлежит установлению на основании п. 5 коммен-

тируемой статьи. При этом следует отметить, что совокупная доля для коллективного доминирования финансовых организаций выше, чем совокупная доля коллективного доминирования остальных субъектов рынка. Это связано с тем, что для коллективного доминирования финансовых организаций достаточно совокупности из двух или трех организаций, в то время как для коллективного доминирования иных субъектов рынка требуется участие двух, трех или четырех субъектов, соответственно.

В то же время согласно п. 6 комментируемой статьи для коллективного доминирования финансовых организаций применяется тот же минимальный порог доли в размере 15 процентов, что и для коллективного доминирования иных субъектов рынка.

Следует учитывать, что анализ состояния конкуренции на рынке финансовых услуг для целей определения доминирующего положения финансовых организаций осуществляется не в соответствии с общей Методикой анализа рынка, а в соответствии с Методикой по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды в отношении финансовых организаций, утвержденной приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.12.2015 г. № 62.

7. Помимо разделения доминирующего положения на индивидуальное и коллективное, доминирующее положение можно классифицировать на монопольное и немонопольное положение по основанию того, является ли доминирующий субъект рынка единственным продавцом или покупателем на соответствующем товарном рынке. Монопольное положение обладает определенными особенностями по сравнению с общим режимом доминирующего субъекта. Это связано с тем, что монополист является единственным субъектом на соответствующем товарном рынке в отличие от «обычного» доминирующего субъекта, у которого есть конкуренты.

Согласно п. 7 комментируемой статьи монопольным признается положение субъектов естественной монополии, государственной монополии, а также субъектов рынка, занимающих стопроцентную долю доминирования на соответствующем товарном рынке. Таким образом, монопольное положение может возникнуть либо в силу того, что субъект действует на товарном рынке, который находится в особых условиях функционирования и по определению предполагает наличие монополии (рын-

ки с естественной и государственной монополией), либо в силу объективно сложившихся обстоятельств, в связи с которыми на товарном рынке действует один субъект.

Характеризуя положение субъектов естественных монополий, нельзя ограничиться только нормами самого ПК РК. Правовое положение субъектов естественных монополий установлено Законом РК от 9 июля 1998 г. № 272-І «О естественных монополиях и регулируемых рынках» (далее – Закон о естественных монополиях). Согласно п. 15 ст. 1 Закона о естественных монополиях под «естественной монополией» понимается состояние рынка услуг (товаров, работ), при котором создание конкурентных условий для удовлетворения спроса на определенный вид услуг (товаров, работ) невозможно или экономически нецелесообразно в силу технологических особенностей производства и предоставления данного вида услуг (товаров, работ). К субъектам естественных монополий относятся организации, осуществляющие деятельность в области транспортировки нефти, электроэнергетики, телекоммуникаций, водоснабжения, аэронавигации и т.д. Законом о естественных монополиях предусмотрено ведение Государственного регистра субъектов естественных монополий. В соответствии со ст. 118 ПК РК и Законом о естественных монополиях субъекты естественных монополий подлежат ценовому (тарифному) регулированию. Законом о естественных монополиях также установлены основания и порядок согласования сделок, совершаемых субъектами естественных монополий, и иные правила, направленные, в том числе, на недопущение злоупотребления такими субъектами своим монопольным положением.

В то же время следует отметить, что одной из важных поправок в области антимонопольного регулирования, которая нашла свое отражение в ст. 173 ПК РК, является отмена Государственного реестра лиц, занимающих доминирующее или монопольное положение. На данный момент в соответствии со ст. 173 такой Реестр действует только в отношении субъектов регулируемых рынков, в том числе субъектов естественных монополий. Однако с 1 января 2017 г. и этот Реестр также будет упразднен.

Начиная с 1 января 2017 г. вступит в силу ст. 122 ПК РК, согласно которой субъекты естественной монополии будут обязаны уведомлять антимонопольный орган об осуществлении деятельности, не относящейся к регулируемым услугам (товарам, работам).

В отношении государственных монополий закона, аналогичного Закону о естественных монополиях, на данный момент нет. Проект закона о государственных монополиях был разработан и внесен в Парламент РК Правительством РК еще в 2005 году, однако впоследствии он был отозван из Парламента РК. Понятие «государственной монополии» на данный момент закреплено в ст. 193 ПК РК, согласно которой государственной монополией является исключительное право государства на производство, реализацию или покупку какого-либо товара на конкурентном рынке, вводимое в порядке, предусмотренном ПК РК. Государственная монополия вводится в тех сферах, в которых необходимо обеспечить охрану конституционного строя, национальной безопасности, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья населения. Согласно п. 3 ст. 193 ПК РК субъектом государственной монополии может быть только государственное предприятие, созданное Правительством РК либо местными исполнительными органами областей, городов республиканского значения, столицы по решению Правительства РК (исключения составляют лишь две организации, прямо указанные в данной норме, например, Фонд социального медицинского страхования). П. 4 ст. 193 ПК РК устанавливает определенные ограничения для государственных монополий, которые должны применяться в дополнение к антимонопольным запретам. Также ценообразование на товары государственных монополий подлежит государственному регулированию (см. ст. 120 ПК РК).

Что касается третьей разновидности монопольного положения, а именно наличия на рынке лишь одного субъекта в силу рыночных обстоятельств, следует отметить, что приобретение стопроцентной доли на рынке возможно в силу разных причин, необязательно связанных с наличием у субъекта особых рычагов воздействия на рынок и вытеснения с рынка любых потенциальных конкурентов. Монопольным положение субъекта может стать, например, в случае если он производит уникальный товар, не имеющий аналогов на рынке и в силу этого составляющий отдельный товарный рынок. Каких-либо особенностей применения к такому субъекту мер антимонопольного регулирования по сравнению с «обычным» доминирующим субъектом, ПК РК не предусмотрено.

Статья 174. Злоупотребление доминирующим или монопольным положением

Запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права иных лиц, в том числе такие действия, как:

1) установление, поддержание монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен;

2) применение разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин;

3) установление ограничений на перепродажу купленных у него товаров по территориальному признаку, кругу покупателей, условиям покупки, а также количеству, цене;

4) обусловливание либо навязывание заключения соглашения путем принятия субъектом рынка или потребителем дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений;

5) необоснованный отказ от заключения договора или от реализации товара с отдельными покупателями при наличии возможности производства или реализации соответствующего товара либо уклонение, выразившееся в непредставлении ответа на заключение такого договора в срок, превышающий тридцать календарных дней;

6) обусловливание поставки товаров принятием ограничений при покупке товаров, произведенных либо реализуемых конкурентами;

7) необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки;

8) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;

9) навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора;

10) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка;

11) экономически, технологически или иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий.

1. Комментируемая статья о злоупотреблении, в отличие от других видов монополистической деятельности, характеризуется наличием особого субъекта – лица, занимающего доминирующее или монопольное положение. Обладание субъектом рынка доминирующим или монопольным положением на рынке не находится под запретом и не является нарушением законодательства. Вместе с тем, для таких субъектов рынка подобная правоспособность влечет определенные правовые последствия. Так, в соответствии с п. 5 ст. 8 Гражданского кодекса Республики Казахстан не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением. Также согласно п. 2 ст. 11 Гражданского кодекса, запрещается использование предпринимателями гражданских прав в целях ограничения конкуренции, в том числе:

1) злоупотребление предпринимателями своим доминирующим положением на рынке, в частности, путем ограничения или прекращения производства либо изъятия из обращения товаров для создания их дефицита или повышения цен;

2) заключение и исполнение лицами, осуществляющими аналогичную предпринимательскую деятельность, соглашений о ценах, разделе рынков, устранении других предпринимателей и об иных условиях, существенно ограничивающих конкуренцию.

2. В научной литературе вопрос о соотношении норм злоупотребления доминирующим положением и злоупотребления гражданским правом, а также о соотношении норм гражданского и антимонопольного законодательства, неоднозначен. Следует согласиться с позицией Е.Ю. Борзило о том, что по проблемам злоупотребления доминирующим положением часть запретительных норм, направленных на защиту рыночного равновесия, носит публичный характер, а часть норм, направленных на защиту экономически зависимой стороны, носит частноправовой характер⁴⁵.

К первой группе норм, например, относится необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки; изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара.

Ко второй группе норм, автором относятся запреты навязывать невыгодные условия договора, устанавливать монополично высокие цены, дискриминационные условия, отказы на заключение договоров. По мнению Е.Ю. Борзило, запреты, направленные на защиту зависимой стороны в экономических отношениях, носят частноправовой характер, и условием квалификации деяния как злоупотребления доминирующим положением является ущемление прав контрагента. И в этом случае можно идентифицировать субъективное гражданское право, используемое не по назначению, в части злоупотреблении правом на свободу договора или правом собственности⁴⁶. В то же время существование норм, направленных на защиту рыночного равновесия, обусловлено «негативным воздействием действий на конкуренцию в целом, а не превышением пределов реализации какого-либо конкретного субъективного гражданского права»⁴⁷.

3. В ПК РК в ст. 174 указан запрет на «действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению

45 Конкурентное право России: учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др. – М., 2012. – С. 156.

46 Там же. – С. 156.

47 Там же. – С. 156.

доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права иных лиц, в том числе такие действия, как...». Далее законодатель прямо перечисляет 11 видов злоупотребления, однако этот список является открытым и под данное широкое определение могут подпадать и другие варианты действий, хотя такие случаи происходят достаточно редко.

Здесь необходимо отметить, что несколько видов злоупотреблений, указанных в ст. 174 ПК РК, по своему содержанию дублируют друг друга и относятся в той или иной форме к разным вариантам навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора. Так, например, п.п.) 4 и п.п.) 9 запрещают навязывание контрагенту таких условий договора, которые ему не выгодны и не относятся к предмету договора. На практике это может приводить к тому, что одна и та же ситуация может квалифицироваться сразу как нарушение по нескольким составам.

4. В редакции ПК РК состав злоупотребления доминирующим положением охватывает – наряду с действиями доминанта по ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции – и действия, которые не касаются конкуренции, но ущемляют законные права иных лиц. Таким лицом может быть даже единственный контрагент доминирующего субъекта. При этом наступление указанных последствий возможно как в совокупности, так и независимо друг от друга.

Необходимо отметить, что до 1 января 2016 г. ст. 13 Закона о конкуренции определяла «злоупотребление доминирующим положением» как «действия или бездействие субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции *и (или) ущемляют законные права потребителей, иных лиц*»⁴⁸. Такая формулировка не указывала на обязательность одновременного присутствия факта ущемления интересов потребителей и наличия имеющихся или

⁴⁸ См. Антимонопольная политика государства: учебное пособие / И.В. Князева, Е.С. Пермякова. – Усть-Каменогорск: ВКГУ, 2014. – С. 122.

потенциально возможных антиконкурентных последствий, что позволяло антимонопольному органу начинать расследование исключительно на основе жалобы потребителя без подтверждения фактического наступления антиконкурентных последствий. Ниже приведен пример привлечения к ответственности компании за злоупотребление доминирующим положением, в ходе которого были ущемлены лишь права потребителей.

Антимонопольное агентство Республики Казахстан провело расследование в отношении АО «Kcell». По результатам расследования в отношении АО «Kcell» установлено, что последнее взимало абонентскую плату, не предоставляя потребителям услугу по тарифному плану «Дневной безлимит», оказываемому под брендом Activ, и в нарушение правил оказания услуг сотовой связи не прерывало соединение (радиотелефонный разговор, доступ к сети интернет), когда баланс абонента достигал 0 тенге под брендом Kcell. Таким образом, АО «Kcell» нарушались права потребителей.

Оценив имеющиеся доказательства, Апелляционная судебная коллегия по гражданским и административным делам Алматинского городского суда квалифицировала действия АО «Kcell» по ст. 13 закона «О конкуренции» и ст. 147 ч. 3 КоАП как злоупотребление субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением.

Суд принял решение назначить АО «Kcell» административное взыскание в виде штрафа в размере десяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, запрещенной законом РК «О конкуренции», в сумме 325 850 322 (трехсот двадцати пяти миллионов восьмисот пятидесяти тысяч трехсот двадцати двух) тенге.

5. Одним из неоднозначных вопросов применительно к коллективному доминирующему положению является вопрос о возможности единоличного злоупотребления коллективным доминирующим положением. В казахстанской практике были единичные случаи, когда признавалось, что такой вариант может быть осуществим.

Так, например, антимонопольным органом Республики Казахстан установлено, что на соответствующем товарном рынке Акмолинской области за период ноябрь-декабрь 2011 г. и январь-март 2012 г. цены ИП «Д» на сахар превышают цены на товар других субъектов рынка на этом рынке. Анализ также показал, что уровень рентабельности и уровень прибыли ИП «Д» также превышают показатели ТОО «А» и ТОО «К-ц». При этом, ИП «Д» состоял в Реестре доминантов по критерию коллективного доминирования по совокупной доле свыше 50 про-

центов с другим субъектом рынка. По итогам расследования обвинение в злоупотреблении доминирующим положением было предъявлено лишь ИП «Д».

Однако такой подход (признание возможности единоличного злоупотребления коллективным доминирующим положением) не согласуется с существом определения доминирующего положения в части возможности субъекта рынка контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара (по казахстанскому законодательству) или вести себя независимо от конкурентов и потребителей (по европейскому праву). Ведь злоупотребление одного из участников олигополистического рынка, например, в форме установления монополистической цены, может лишить его доли рынка, так как потребители могут в таком случае уйти к его конкурентам, которые не последовали его поведению. И поэтому в такой ситуации субъект рынка не сможет игнорировать поведение других участников, равно как и извлекать сверхприбыль.

6. Для выявления злоупотребления доминирующим положением казахстанский законодатель определил следующие квалифицирующие критерии:

1) субъект рынка занимает доминирующее или монопольное положение на рынке соответствующего товара или финансовой услуги на момент совершения предполагаемого нарушения⁴⁹;

2) выявлено ограничение доступа на соответствующий товарный рынок, недопущение, ограничение и устранение конкуренции. Этот критерий служит юридическим определением злоупотребления доминирующим положением;

3) альтернативные условия квалификации: ущемление законных прав иных лиц, к которым относятся прямые контрагенты доминанта, которыми могут быть как юридические, так и физические лица. Данное условие квалификации является проявлением частноправового характера нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением.

Таким образом, для применения этой нормы законодательства антимонопольный орган должен доказать наличие у субъек-

⁴⁹ См. более подробно о доминирующем или монопольном положении комментарии к ст. 172 ПК РК.

та доминирующего положения на рынке на момент совершения предполагаемого нарушения, факт самого злоупотребления и наличие последствий, запрещенных антимонопольным законодательством, как результат противоправной деятельности такого лица. Под «противоправной деятельностью» понимается ограничение доступа на соответствующий товарный рынок, недопущение, ограничение и устранение конкуренции и (или) ущемление законных прав иных лиц. При этом возможно наступление указанных последствий как в совокупности, так и независимо друг от друга.

7. В казахстанской практике в отношении 11 составов нарушений, предусмотренных в ст. 174 ПК РК, применяется т.н. запрет *per se*, при котором при совершении доминантом противоправных деяний, наличие или угроза наступления обозначенных этой статьей последствий предполагается и не требует подтверждения антимонопольным органом.

8. Рассмотрим далее особенности каждого из 11 вышеуказанных составов. *П.п.) 1 ст. 174 ПК РК запрещает доминантам установление, поддержание монопольно высоких (низких) или монополистически низких цен.* Эта норма является отсылочной, так как сами понятия монопольно высоких (низких) и монополистически низких цен определены в ст. 175 и ст. 176 ПК РК. Комментарии к ним представлены в соответствующих разделах.

9. *П.п.) 2 ст. 174 ПК РК: применение разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин.*

Данное нарушение является в практике казахстанского антимонопольного органа одним из самых распространенных видов злоупотребления доминирующим положением. Примеры расследований приведены далее.

1. Антимонопольным органом по итогам расследования установлено, что ТОО «ТрансГаз», являясь субъектом-доминантом по услуге «поставка природного газа», в период январь-декабрь 2011 г. и январь-март 2012 г. применяло разные условия по оплате за поставляемый природный газ к равнозначным договорам.

Так, согласно договорам купли-продажи природного газа между указанным ТОО и ТОО «АТЭК», газ поставляется на условиях 25% предоплаты от месячного согласованного объема газа и цены на газ за 5 рабочих дней до начала месяца поставки. Тогда как, в соответствии

с договорами между ТОО и ТОО «Энерго-сауда», АО «Минеральные воды», АО «Ойлгаз», последним газ поставляется на условиях 100% ежемесячной предоплаты за планируемые объемы поставки газа.

2. Антимонопольным органом по итогам расследования установлено, что в период январь-март 2012 г. на территории Южно-Казахстанской области АО «Ю-кент», являющимся доминантом по оптовой реализации сахара, применялись разные цены. Например, цена реализации АО «Ю-кент» составила согласно счетам-фактурам от 10 декабря 2011 г. для ТОО «Фирма» 114,29 тг/кг, а для предпринимателей, осуществляющих реализацию через магазины и супермаркеты, – 120,54 тг/кг.

Для установления нарушения антимонопольный орган должен подтвердить совокупность обстоятельств:

- 1) на товар установлены разные цены или разные условия;
- 2) соглашения (договора) являются равнозначными;
- 3) отсутствие объективно оправданных причин для применения разных цен или разных условий.

При рассмотрении цен на товар или условий его реализации необходимо учесть, что товар должен быть идентичным, то есть одинаковым по своим качествам. Сравняться должны цены, установленные для покупателей, действующих на одном товарном рынке. Здесь также необходимо отметить, что одинаковая ценовая политика должна применяться ко всем потребителям независимо от того, входят ли они в группу лиц продавца или нет. К условиям, которые запрещается также устанавливать разными, могут относиться, например, условия поставки или условия оплаты.

Необходимо отметить, что при рассмотрении равнозначности договоров при одинаковых ценах могут рассматриваться другие условия, тогда как при одинаковости иных условий одним из критериев равнозначности соглашений (договоров) рассматривается цена.

При этом законодатель не определяет, что относится к объективно оправданным причинам, и поэтому на практике критерии как отнесения соглашений к равнозначным, так и объективность оправданных причин оцениваются индивидуально в каждом деле. Исходя из практики антимонопольного правоприменения можно утверждать, что к объективно оправданным причинам могут быть отнесены технологические, экономические и иные причины.

На практике безусловным обоснованием установления разных цен является разный уровень затрат продавца в связи с производством и реализацией товара разным потребителям, вследствие различных условий, таких как:

- сроки поставки, условия поставки, отсрочка платежа, оптовые скидки, условия, соответствующие обычаям делового оборота;

- различный объем и ритмичность поставок товара;
- разница в затратах, связанных с доставкой товара (транспортные тарифы, таможенные пошлины и расходы);
- различия в качественных характеристиках товара (различия в себестоимости, а также особенности способа (технологии) производства);

- условия оплаты – предоплата или отсрочка платежа⁵⁰;

- прочие условия.

В качестве иных обоснований могут быть признаны также такие критерии как⁵¹:

- срок коммерческого сотрудничества с конкретным контрагентом;

- наличие или отсутствие дебиторской задолженности перед поставщиком;

- необходимость привлечения новых клиентов и др.

10. П.п.) 4 ст. 174 ПК РК: обусловливание либо навязывание заключения соглашения путем принятия субъектом рынка или потребителем дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений.

П.п.) 6 ст. 174 ПК РК: обусловливание поставки товаров принятием ограничений при покупке товаров, произведенных либо реализуемых конкурентами.

П.п.) 9 ст. 174 ПК РК: навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора.

Любой случай навязывания контрагенту условий договора или понуждения к согласию и принятию порядка взаимодейст-

⁵⁰ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.145.

⁵¹ Там же. – С.145.

вия экономически возможен лишь в случае обладания субъектом рынка значительной рыночной властью. Как отмечалось выше, ряд норм ст. 174 ПК РК запрещает доминанту навязывание контрагенту невыгодных ему или не относящихся к предмету договора условий. При этом, несколько видов злоупотреблений, указанных в ст. 174 ПК РК, по своему содержанию дублируют друг друга и относятся в той или иной форме к разным вариантам навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора. Так, например, п.п.) 4, п.п.) 6 и п.п.) 9 запрещают навязывание контрагенту таких условий договора, которые ему не выгодны и не относятся к предмету договора.

Как отмечается экспертами, «категория «невыгодность» носит крайне субъективный характер и может быть оценена исключительно исходя из экономического эффекта для потребителя, который повлечет согласие на предложенные доминантом условия⁵²». При этом при проведении расследования необходимо правильно оценить, как предложенные условия были восприняты потребителем: надлежащим ли образом он реализовал свое право на предоставление возражений относительно предложенных условий договора (соглашения), указывая на их невыгодность.

С другой стороны, условия, не относящиеся к предмету договора (соглашения), если они экономически или технологически необоснованны и/или по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений, являются объективной категорией. В таком случае сам факт предложения контрагенту подобных условий договора может свидетельствовать о противоправном характере действий доминанта на рынке.

Один из таких запретов приведен в п.п.) 4 этой статьи в части недопустимости обусловливания или навязывания субъекту рынка или потребителю дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений. На практике для подтверждения наличия этого состава антимонопольный орган

⁵² Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.135.

обычно, наряду с другими мерами, проверяет соответствие действий доминанта положениям отраслевого законодательства.

В ходе проведения расследования установлено, что в связи с реорганизацией ТОО «ХП «Ерлан» путем присоединения к ТОО «Петровка», права временного возмездного землепользования (аренды) земельных участков ТОО «ХП «Ерлан» переданы ТОО «Петровка». В ходе проведения процедуры переоформления акта на земельные участки ТОО «ХП «Ерлан», Предприятием в адрес ТОО «Петровка» выставлены счета за услуги по землеустроительным работам на сумму 28 056 тенге, в том числе за отвод и установление границ участков на местности на сумму 334 227 тенге.

Вместе с тем, в соответствии с Земельным кодексом Республики Казахстан, не предусмотрено проведение землеустроительных работ при передаче права временного возмездного землепользования (аренды) земельных участков без изменения характеристик земельного участка.

Таким образом, действия Предприятия по навязыванию услуг отвода и установления границ участков на местности содержат факты нарушения антимонопольного законодательства, в части злоупотребления своим доминирующим положением, выразившиеся в навязывании заключения соглашения путем принятия субъектом рынка дополнительных обязательств.

В то же время, рассматриваемые составы не запрещают доминантам включать в договора (соглашения) со своими контрагентами дополнительные условия. Однако такое возможно лишь при их обоснованности и согласии контрагента. При этом отсутствие у контрагента права выбора (например, приобрести ли ему дополнительную услугу либо отказаться от нее) также может быть признано в качестве навязывания.

В целом, для квалификации действий субъекта рынка в качестве навязывания или обусловливания невыгодных условий договора как по п.п.) 4, так и по п.п.) 6 и п.п.) 9 ст. 174 ПК РК, необходимо проводить экономический анализ природы взаимоотношений сторон договора.

11. П.п.) 5 ст. 174 ПК РК: необоснованный отказ от заключения договора или от реализации товара с отдельными покупателями при наличии возможности производства или реализации соответствующего товара либо уклонение, выразившееся в непредставлении ответа на заключение такого договора в срок, превышающий тридцать календарных дней.

Норма п.п.) 5 рассматриваемой статьи предполагает, что доминант не имеет права необоснованно отказать в заключении до-

говора или в реализации товара *отдельным покупателям* при наличии такой возможности или уклониться от заключении договора путем непредоставления ответа на запрос контрагента в течение тридцати календарных дней. Для признания доминанта нарушившим этот запрет антимонопольный орган должен установить, что:

- 1) имел место факт обращения контрагента за заключением такого договора к доминанту;
- 2) факт отказа доминанта от заключения договора;
- 3) факт наличия у доминанта возможности для производства и поставки товара;
- 4) факт отсутствия у доминанта обоснованных причин для отказа.

На практике также важно установить не только факт направления обращения контрагента, но и факт получения такого предложения доминантом, так как отсутствие доказательства получения предложения о заключении договора субъектом рынка исключает признание в его действиях нарушения данного запрета. При проведении расследования антимонопольным органом должны быть собраны объективные доказательства направления, получения и содержания предложения о заключении договора либо отказа в его заключении. В казахстанской практике встречаются случаи, когда при направлении факса у заявителя имеется документ, подтверждающий факт отправки сообщения доминанту, и отсутствует доказательства того, что направлялось именно предложение о заключении договора, а не какой-либо иной документ. Отсутствие объективных доказательств подтверждения содержания предложения о заключении договора исключает признание в действиях доминанта нарушения данного запрета.

Кроме того, казахстанский законодатель прямо указал, что непредоставление ответа в течение тридцати календарных дней трактуется как уклонение в заключении договора, даже если договор был заключен, но позже этого срока (см. примеры далее). Таким образом, подразумевается, что на весь переговорный процесс и иные действия по вопросу принятия решения о заключении или отказе в заключении договора доминанту отводится один месяц. При этом в практике антимонопольного регулиро-

вания нарушением считается даже заключение договора в срок, превышающий тридцать календарных дней (вне зависимости были ли удовлетворены запросы обратившейся стороны полностью или частично).

1. Решением Специализированного административного суда г. Семей № 3-305-16 в июне 2016 г. ТОО «АЭС Шульбинская ГЭС» была признана виновной в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 КоАП РК, в том числе за непредставление ответов в тридцатидневный срок на письма АО «Усть-Каменогорский титано-магниевого комбинат» от 02.09.2014 г. и 31.10.2014 г. о заключении договоров на поставку электроэнергии на 2015 год. Дополнительное соглашение к Договору поставки электроэнергии между этими двумя компаниями о продлении срока его действия на 2015 год было подписано 30 декабря 2014 г.

2. В 2012 г. Антимонопольной инспекцией по Актыбинской области (далее – Инспекция) по обращению ТОО «Жанажолская ГТЭС» (далее – Товарищество) проведено расследование нарушений антимонопольного законодательства в отношении АО «СНПС-Актобемунайгаз» (далее – Общество) по признакам злоупотребления доминирующим положением.

В ходе расследования нарушений антимонопольного законодательства установлено, что Товарищество в ноябре 2011 г. направило письмо в адрес Общества об изъявлении желания заключить договор купли-продажи нефтяного попутного газа (далее – НПП) в объеме 247,0 млн. м³. Договор на поставку НПП был заключен в январе 2012 г. с меньшим объемом, чем был заявлен. Инспекция пришла к выводу, что Общество виновно в нарушении норм антимонопольного законодательства, так как не предоставило ответа в месячный срок на письмо-изъявление Товарищества о заключении договора на поставку НПП.

Важно также доказать наличие у доминанта возможности для производства и поставки запрашиваемого его контрагентом товара. Это обстоятельство является одним из главных при доказывании рассматриваемого нарушения. Случаи отсутствия у доминанта производственных мощностей или приостановления производства (например, из-за аварии на производстве) являются обстоятельствами, исключающими обязанность доминанта заключать договор.

Далее необходимо определить, не имелось ли у доминанта обоснованных причин для отказа в заключении договора. В то же время законодатель не определил, что относится к необоснован-

ному отказу. На практике под «необоснованным отказом» обычно понимается отсутствие экономических или технологических причин для отказа. К экономическим причинам обоснованности отказа в поставке может быть отнесена невыгодность заключения договора и поставок товара контрагенту (например, предложенная контрагентом цена ниже себестоимости производства товара либо предложенные условия поставки иным образом ущемляют интересы доминанта⁵³). Кроме того, подобный отказ может являться следствием бездействия самого контрагента (например, непредоставления полного комплекта документов, объективно необходимого для заключения договора, отсутствие у контрагента технической возможности принять товар и др.⁵⁴).

Также можно отметить, что формулировка первой части этого вида нарушения подчеркивает, что в результате действий доминанта (необоснованного отказа от заключения договора или от реализации товара при наличии возможности производства или реализации соответствующего товара) должны пострадать не все, а *отдельные покупатели* доминанта. Иными словами, пострадавшая сторона должна быть выделена и «обижена» в составе (в сравнении) других (с другими) покупателями доминанта (различные контрагенты доминанта поставлены между собой в неравное положение). Иначе, в случае необоснованного отказа от заключения договора или от реализации товара при наличии такой возможности со всеми контрагентами доминанта, такое поведение должно квалифицироваться по п.п.) 7 данной статьи как *«необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки»*.

12. П.п.) 7: *необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки*.

Данный пункт комментируемой статьи предполагает, что для признания доминанта нарушившим рассматриваемый запрет

⁵³ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.141.

⁵⁴ Там же. – С.142.

антимонопольному органу необходимо доказать совокупность следующих обстоятельств:

- наличие возможности производства или поставки товара;
- наличие спроса или заказов на товар;
- сокращение объемов производства и (или) поставки товара или прекращение его производства и (или) поставки;
- необоснованность сокращения или прекращения производства и поставки.

Отсутствие у доминанта производственных мощностей или приостановления производства (например, из-за аварии на производстве) являются обстоятельствами, исключающими применение этой нормы.

Наличие спроса или заказов на товар означает, что эти обстоятельства могут быть подтверждены, в том числе действующими договорами доминанта или наличием предложений от потенциальных контрагентов.

Сокращение объемов производства и (или) поставки товара или прекращение его производства и (или) поставки может выражаться как в сокращении/прекращении поставок в адрес одного из покупателей, так и в уменьшении совокупного объема производства.

Как уже отмечалось, в комментарии к п.п. 5) ст. 14 ПК РК, законодатель не раскрывает понятие «необоснованности». На практике в качестве необоснованного отказа обычно рассматриваются отсутствие экономических или технологических причин для него. Примеры также приведены в этих комментариях. Дополнительно из практики применительно к обоснованности сокращения или прекращения производства и поставки товара можно отметить такие возможные варианты, как отсутствие оплаты со стороны контрагента или необходимость значительных капиталовложений и др.

В целом, рассмотрение вопроса, были ли обоснованными причины сокращения объемов производства и (или) поставки или прекращения производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, рассматривается индивидуально в каждом конкретном случае.

13. П.п.) 8: изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара.

Законодатель не раскрывает понятия «изъятие», также не определяет, какой уровень повышения цен должен быть для применения этой нормы. Исходя из логики и сути антимонопольного регулирования (в том числе, злоупотребления рыночной властью), можно сделать вывод о том, что данная норма должна применяться при совокупности следующих обстоятельств:

1) изъятие товара доминантом из обращения приводит к созданию искусственного дефицита на рынке;

2) у доминанта отсутствуют объективные причины для такого изъятия;

3) вследствие изъятия товара на рынке повышается цена на товар.

Для применения и доказывания данного вида нарушения важными являются наличие причинно-следственной связи между изъятием товара и повышением цены на него на рынке и отсутствие обоснованных причин для изъятия.

14. П.п.) 10: создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка.

Комментируемое нарушение запрещает доминантам создавать дополнительные искусственные барьеры к доступу/выходу на товарный рынок. Целью и результатом такого поведения доминанта является недопущение на рынок новых участников. Необходимо отметить, что препятствия должны создаваться именно доминантом – участником и субъектом этого рынка. В случае создания барьеров входа на рынок со стороны государственных органов (путем принятия НПА или других действий), такие нарушения должны квалифицировать по ст. 194 ПК РК «Антиконкурентные действия, соглашения государственных органов, местных исполнительных органов».

15. П.п.) 11: экономически, технологически или иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий.

Рассматриваемая норма содержательно состоит из двух частей. Первая часть о запрете *экономически, технологически или иным образом необоснованного установления различных цен (тарифов) на один и тот же товар* по содержанию является тем же запретом на *применение разных цен к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин*, установленных п.п.) 2 этой

же статьи (ст. 174 ПК РК). В «Толковом словарь живого великорусского языка» В. Даля слово «разные» определяется как «различный», то есть два слова имеют одинаковый смысл. Поэтому для понимания этой части п.п.) 11 ст. 174 ПК РК см. комментарий к п.п.) 2 ст. 174 ПК РК.

Что касается второй части этой нормы о создании *дискриминационных условий*, то она также частично перекликается с п.п.) 2 ст. 174 ПК РК в части *применения разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин*.

В ПК РК отсутствует определение термина «дискриминационные условия». Для понимания этой категории обратимся к Приложению № 19 Договора (п.п.) 6 ст. 2) и Модельному закону о защите конкуренции СНГ (п.п.) 7 ст. 4), в которых приведены признаки ограничения конкуренции. Дискриминационные условия – это «условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект (субъект рынка) или несколько хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) или другими хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) с учетом условий, ограничений и особенностей, предусмотренных Договором и (или) другими международными договорами государств-членов»⁵⁵.

Таким образом, под «созданием дискриминационных условий» подразумевается формирование неравного подхода к приобретателям идентичных по своей природе, содержанию и объему благ. Для применения нормы об установлении дискриминационных условий антимонопольный должен доказать следующие обстоятельства:

– доминантом установлены различные условия сотрудничества (как предусмотренные договором, так и фактические условия сотрудничества);

– различные условия приводят к тому, что различные контрагенты доминанта поставлены между собой в неравное положение;

⁵⁵ Протокол об общих принципах и правилах конкуренции. Приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе.

– для установления различных условий сотрудничества отсутствует надлежащее обоснование (оно не обосновано).

Главным обстоятельством для формирования у антимонопольного органа заключения о наличии или отсутствии нарушения в форме создания дискриминационных условий является неравное положение субъектов рынка, являющихся контрагентами доминанта.

В практике применения антимонопольного законодательства и в экспертной литературе можно отметить следующие различающиеся условия, которые установлены доминантом для разных контрагентов и которые могут быть квалифицированы в качестве дискриминационных условий:

- условия, отсутствующие в аналогичных договорах, заключенных с другими контрагентами (например, дополнительные штрафные санкции);
- дополнительные надбавки к цене;
- различные способы определения цены;
- различные условия оплаты: периодичность и сроки внесения платежей;
- взимание платы за оказание услуг, которые другим лицам оказываются безвозмездно;
- условия доставки товара: самовывоз или доставка силами поставщика, увеличивающие цену товара;
- неравномерное распределение объемов товара;
- ограничение контрагента в выборе способа исполнения соответствующих работ и др.⁵⁶

⁵⁶ См. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.147.

Статья 175. Монопольно высокая и монопольно низкая цена товара

1. Монопольно высокой ценой товара является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

1) эта цена превышает максимально высокую цену, которую на этом же товарном рынке в условиях конкуренции устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, или превышает цену на сопоставимом товарном рынке, которая сформировалась в условиях конкуренции;

2) эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли.

2. Товарным рынком является сфера оборота товара или взаимозаменяемых товаров, определяемая исходя из экономической, территориальной и технологической возможности потребителя приобрести товар. Товарные рынки, на которых введено государственное регулирование цен в соответствии с настоящим Кодексом и законами Республики Казахстан, признаются регулируемыми рынками.

3. Под сопоставимым товарным рынком понимается другой товарный рынок, сопоставимый по объему продаваемого товара, составу покупателей или продавцов (поставщиков) товара, определяемому исходя из целей приобретения или продажи товара, и условиям доступа на товарный рынок.

В случае, если невозможно сравнить цену на этом же товарном рынке, сравнение производится с ценой товара на сопоставимом товарном рынке, в том числе за пределами Республики Казахстан.

В случае, если невозможно определить цену, сложившуюся в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, либо

сопоставимый товарный рынок, в том числе за пределами Республики Казахстан, проводится анализ расходов и прибыли субъекта рынка и определяется обоснованная цена товара.

4. Не признается монопольно высокой цена товара, установленная субъектом рынка в соответствии с законами Республики Казахстан.

5. Монопольно низкой ценой товара является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

1) эта цена ниже цены, которую на этом же товарном рынке устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение;

2) эта цена ниже суммы фактических расходов на производство и реализацию такого товара.

6. Цена товара не признается монопольно низкой, если она не соответствует хотя бы одному из указанных в пункте 5 настоящей статьи критериев. Не признается монопольно низкой цена товара, установленная субъектом рынка в соответствии с законами Республики Казахстан.

1. Положения комментируемой статьи предусматривают методы и подходы анализа цены товара субъекта рынка, занимающего монопольное или доминирующее положения, на предмет ее соответствия признакам монопольно высокой и монопольно низкой цены. На практике Антимонопольный орган при расследовании применяет Методику по выявлению монопольно высокой цены, утвержденную приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 301 (далее – Методика по выявлению монопольной цены).

2. Пункты 2 и 3 комментируемой статьи содержат определение некоторых терминов, используемых в статье. Так, под «товарным рынком» законодатель в п. 2 ст. 175 ПК РК определяет сферу оборота товара или взаимозаменяемых товаров, определяемую исходя из экономической, территориальной и технологической возможности потребителя приобрести товар. Более подробные комментарии об определении товарных рынков при проведении анализа можно посмотреть в комментариях к ст. 196 ПК РК «Анализ состояния конкуренции на товарных рынках».

В п. 3 дается определение «сопоставимого товарного рынка», под которым понимается другой товарный рынок, сопоставимый по объему продаваемого товара, составу покупателей или продавцов (поставщиков) товара, определяемому исходя из целей приобретения или продажи товара, и условиям доступа на товарный рынок. Таким образом, под сопоставимым рынком подразумевается не полностью идентичный рынок в сравнении с рассматриваемым товарным рынком, а рынок, схожий по характеристикам действующих на нем субъектов рынка с характеристиками субъектов рынка, действующих на рассматриваемом товарном рынке. Также схожими должны быть и условия доступа на рынок, в том числе принципы и характер государственного регулирования таких рынков.

ТОО «Жасыл Ел - Тараз» (далее - Товарищество), которое является субъектом рынка, занимающим доминирующее положение по виду деятельности «услуги по вывозу твердо-бытовых отходов» (далее – ТБО) в географических границах г. Тараз, было признано виновным в нарушении антимонопольного законодательства в части установления монополично высокой цены⁵⁷. В ходе расследования антимонопольным органом было проведено сравнение тарифов Товарищества на сопоставимом и на соответствующем товарном рынке и выявлен факт установления монополично высоких цен по вывозу ТБО. Так, например, имеет место превышение темпов роста тарифа у Товарищества в 2013 г. для юридических лиц на соответствующем рынке по сравнению с его конкурентами на 59%, а также на сопоставимом товарном рынке Павлодарской области на 36%.

3. Для признания цены товара компании-доминанта монополично высокой могут быть применены либо метод сопоставимых рынков либо затратный метод. Так, в соответствии с п.п.) 1 п. 1 ст. 175 ПК РК монополично высокой ценой товара является *цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если эта цена превышает максимально высокую цену, которую на этом же товарном рынке в условиях конкуренции устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, или превышает цену на сопоставимом товарном рынке, которая сформировалась в условиях конкуренции.*

⁵⁷ Постановление Специализированного административного суда г. Тараз от 6 августа 2013 года № 3-3513-13.

Антимонопольный орган с целью выявления фактических данных, указывающих на наличие признаков нарушений антимонопольного законодательства, проводит анализ динамики цен и объемов производства (реализации) товара на товарном рынке, в том числе определяя⁵⁸:

1) установление субъектом-доминантом цены на товар, по которому положение субъекта признано доминирующим, превышающей цены на такой же товар других субъектов рынка на соответствующем или сопоставимом товарном рынке;

2) превышение темпов роста цен на товар, по которому положение субъекта признано доминирующим, по сравнению с соответствующими темпами роста цен на соответствующем или сопоставимом товарном рынке; 3) повышение цен на товар, по которому положение субъекта признано доминирующим, путем снижения физических характеристик (например, вес единицы товара);

4) необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки.

Таким образом, в случае достаточности доказательств и признания субъекта доминантом на рынке согласно требованию законодательства необходимо, в первую очередь, сравнить цену на этом же товарном рынке для определения, превышает ли цена субъекта-доминанта максимально высокую цену, которую на этом же товарном рынке в условиях конкуренции устанавливает субъект рынка, не входящий с ним в одну группу лиц. В случае, если невозможно сравнить цену на этом же товарном рынке, сравнение производится с ценой товара на сопоставимом товарном рынке, в том числе за пределами Республики Казахстан. Если по результатам сравнения определяется, что цена у подозреваемого субъекта-доминанта ниже цены других субъектов (субъекта) на этом же товарном рынке или на сопоставимом товарном рынке, тогда его цена не признается монополично высокой.

Судебная практика также показывает, что при наличии на этом же товарном рынке другой компании в условиях конкурен-

⁵⁸ П. 7 Методики по выявлению монополично высокой цены, утвержденной приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 301.

ции с ценой, которая выше цены обвиняемого субъекта-доминанта, цена последнего не признается монополярно высокой.

Так, в постановлении Восточно-Казахстанского областного суда № 3а/362 от 29 июня 2016 г. по делу на рынке оптовой реализации угля судья указывает, что «сравнив цены субъектов рынка в соответствии с вышеуказанными требованиями ..., прихожу к выводу, что со стороны ТОО «Каражыра ЛТД» отсутствует установление монополярно высокой цены на уголь..., поскольку цена, установленная данным субъектом, не превышает максимально высокую цену на рынке Восточно-Казахстанской области, установленную АО «Шубарколь комир», которое не входит в одну группу с ТОО «Каражыра ЛТД»⁵⁹.

В то же время, если по результатам сравнения определяется, что цена у подозреваемого субъекта-доминанта в условиях конкуренции выше цены других субъектов (субъекта) на этом же товарном рынке или на сопоставимом товарном рынке, тогда его цена признается монополярно высокой.

Исходя из содержания абз. 2 и абз. 3 п. 3 комментируемой статьи затратный метод используется при отсутствии возможности сравнить цену на этом же товарном рынке и на сопоставимом товарном рынке или при отсутствии сопоставимого рынка. Так, в абз. 3 п. 3 ст. 175 ПК РК прямо указывается, что *«в случае, если невозможно определить цену, сложившуюся в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, либо сопоставимый товарный рынок, в том числе за пределами Республики Казахстан, проводится анализ расходов и прибыли субъекта рынка и определяется обоснованная цена товара»*. В этом случае под монополярно высокой ценой понимается *«превышение такой цены над суммой необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли»* (п.п.) 2 п. 1 ст. 175 ПК РК).

Постановлением Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 3-1579/14 ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» (далее – Товарищество) было признано виновным в установлении монополярно высокой цены на услуги роуминга⁶⁰.

В частности, в ходе расследования антимонопольным органом было установлено, что тарифы на исходящие звонки внутри сети для гостевого абонента (т.е. абонента ряда российских операторов) превышают

⁵⁹ Постановление Восточно-Казахстанского областного суда № 3а/362 от 29 июня 2016 года.

⁶⁰ Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 3-1579/14.

усредненный тариф по аналогичному звонку для абонента домашней сети (т.е. абонента Товарищества) на 78%. При этом в случае сравнения минимального тарифа абонента домашней сети с тарифом для гостевого абонента разница в сторону превышения составляет 5,7 раз.

Кроме того, в случае предоставления ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» услуги международных звонков для гостевого и домашнего абонентов разница усредненных тарифов составляет 7 раз, при сравнении минимального тарифа абонента домашней сети с тарифом для гостевого абонента разница в сторону превышения составляет 9,4 раза.

Таким образом, сравнительным анализом тарифов ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» на международный роуминг для абонентов операторов-партнеров России ОАО «Мегафон», ОАО «Вымпелком» и ОАО «МТС» и тарифов на услуги сотовой связи для домашних абонентов установлено, что стоимость исходящих голосовых звонков для абонентов вышеуказанных операторов-партнеров России превышает в среднем от 78% до более чем семикратного объема расценки на аналогичные звонки для домашних абонентов. При том, что технология предоставления данных услуг в обоих случаях практически идентична, за исключением наличия в услугах ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» услуг «клиринговых домов» и «сигнальных провайдеров», стоимость которых в голосовом соединении занимает не более 15%⁶¹.

В соответствии с п. 11 и п. 14 Методики по выявлению монопольной цены наличие доли у субъекта-доминанта на рынке в 90 и более процентов признается ситуацией, когда невозможно определить цену, сложившуюся в условиях конкуренции, и в случае, если отсутствует сопоставимый товарный рынок, антимонопольный орган проводит анализ расходов и прибыли субъекта-доминанта с целью оценки необходимости для такого производства и реализации такого товара расходов и прибыли.

При использовании затратного метода определяются расходы и прибыль, необходимые для производства и реализации товара, путем сопоставления уровня рентабельности занимающего доминирующее или монопольное положение субъекта. Так, для субъектов с долей доминирования 90 процентов и более антимонопольный орган с целью выявления фактических данных, указывающих на наличие признаков нарушений антимонопольного законодательства, дополнительно проводит анализ себестоимо-

61 Пресечение нарушений антимонопольного законодательства Казахстана (Лучшие практики 2009 – 2013 гг.) / Агентство Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство), АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», Астана: 2014. – С.171 – 177.

сти и рентабельности производства (реализации) товара, в том числе выявляя⁶²:

1) превышение роста расходов периода над ростом производственной себестоимости единицы товара субъекта;

2) увеличение темпов роста заработной платы административного персонала по сравнению с темпами роста заработной платы производственного персонала субъекта;

3) превышение у субъекта уровня среднемесячной заработной платы над среднемесячной заработной платой по отрасли или региону.

Необходимо отметить, что в соответствии с п. 4 ст. 175 ПК РК не признается монопольно высокой цена товара, установленная субъектом рынка в соответствии с законами Республики Казахстан. Это цены, устанавливаемые естественными, государственными монополиями и субъектами регулируемых рынков. К регулируемым рынкам относятся товарные рынки, на которых введено государственное регулирование цен в соответствии с ПК РК и законами Республики Казахстан.

4. В ПК РК законодатель не приводит разъяснения термина «обоснованная цена товара», которую определяют через анализ расходов и прибыли субъекта рынка. Обратившись к нормам Методики по выявлению монопольной цены, можно определить, какие статьи расходов могут быть учтены при формировании «обоснованной цены товара». Так, в соответствии с п. 7 Методики по выявлению монопольной цены при определении необходимых расходов и прибыли, непосредственно связанных с производством (реализацией) товара, по которому положение субъекта признано доминирующим, учитываются:

1) материальные расходы, входящие в себестоимость, определяемые исходя из цен, предусмотренных в подтверждающих документах (договоры, счета-фактуры) и физического объема материальных ресурсов, исходя из применяемых норм расхода сырья, материалов, топлива, энергии материальных ресурсов на выпуск единицы товара и (или) годовых норм материальных ресурсов;

62 П. 8 Методики по выявлению монопольно высокой цены, утвержденной приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 301.

2) расходы по оплате труда персонала, включая выплаты доплат и надбавок за условия труда, предусмотренные системой оплаты труда в соответствии с трудовым законодательством;

3) амортизационные отчисления, определяемые с использованием метода, предусмотренного учетной политикой субъекта;

4) расходы на выплату вознаграждения за заемные средства;

5) другие расходы, непосредственно относящиеся к производству (реализации) товара субъекта;

6) уровень прибыли, обеспечивающий эффективное функционирование и развитие предприятия.

Относительно уровня прибыли также в п. 7 Методики по выявлению монопольной цены указывается, что прибыль определяется как разница между доходом от производства (реализации) товара, по которому положение субъекта признано доминирующим, и обоснованными расходами, необходимыми для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченными налогами.

При этом величина необходимой прибыли, требуемой для развития субъекта, должна отражать особенности производимого (реализуемого) товара, специфику товарного рынка и условия функционирования субъекта, а также учитывать:

– инвестиции в создании новых активов, расширение, обновление, реконструкцию и техническое перевооружение существующих активов; – уровень рисков (сезонный характер производства или потребления, высокая зависимость от климатических факторов и др.);

– обязательства, предусмотренные в коллективных договорах, Генеральном, отраслевом и региональном соглашениях в соответствии с Трудовым кодексом Республики Казахстан;

– обязательства, предусмотренные в договорах приватизации и концессии, лицензионных соглашениях, инвестиционных договорах и иных соглашениях с государственными органами Республики Казахстан, в том числе по социальной ответственности;

– иные выплаты, предусмотренные законодательными актами Республики Казахстан, кроме штрафных санкций за нарушение законодательства Республики Казахстан⁶³.

63 П. 8 Методики по выявлению монопольно высокой цены, утвержденной

На практике, с учетом широко сформулированной концепции монопольно высоких (или низких) цен, в большинстве решений, связанных со злоупотреблением доминирующим положением по данной норме, антимонопольное ведомство проверяет обоснованность уровня доходов субъектов рынков, подозреваемых в злоупотреблении доминирующим положением. И как отмечают эксперты, «ведомство анализирует схожие рынки или стратегии ценообразования и уровни доходности в соответствующей отрасли и регулирует цены и доходность конкретных доминирующих субъектов в сторону средних показателей по сектору»⁶⁴.

В Европейском Союзе монопольно высокие (избыточные) цены также считаются нарушением. Так, антимонопольными органами стран-членов ЕС однозначно признаются несправедливым и незаконным ценообразованием случаи, когда разные товары с существенно разными издержками продаются по одной цене, или если один товар с одинаковыми издержками продается по существенно разным ценам (см. рис. 2.1 и рис. 2.2⁶⁵). При этом на практике при признании установленных цен нарушением антимонопольного законодательства, речь шла о ценовых различиях в десятки раз (см. таблицу 2.1).

5. В соответствии с п. 5 ст. 175 ПК РК «монопольно низкой ценой товара» является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

- 1) эта цена ниже цены, которую на этом же товарном рынке устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение;
- 2) эта цена ниже суммы фактических расходов на производство и реализацию такого товара.

Цена товара не признается монопольно низкой, если она не соответствует хотя бы одному из указанных в п. 5 настоящей статьи критериев. Также не признается монопольно низкой цена

приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 301.

64 Экспертный обзор ОЭСР. Конкуренсное право и политика в Казахстане, 2016. - С. 60 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf.

65 Источник: Экономический анализ в практике зарубежного антимонопольного регулирования: монография / Д.А. Алешин, И.В. Князева, А.Г. Сушкевич. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2016. – С. 109.

товара, установленная субъектом рынка в соответствии с законами Республики Казахстан.

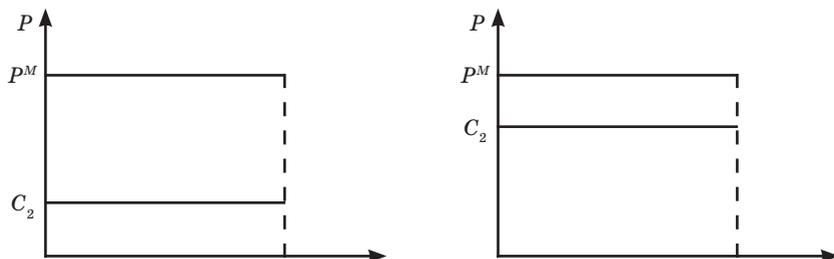


Рис. 2.1. График соотношения цены и издержек у сопоставимых компаний (одинаковая цена, разные издержки)

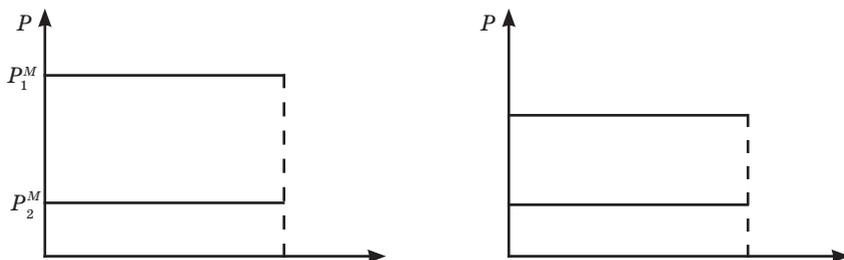


Рис. 2.2. График соотношения цены и издержек у сопоставимых компаний (одинаковые издержки, разная цена)

На практике Антимонопольный орган при определении монопольно низкой цены применяет Методику по выявлению монопольно низкой цены, утвержденную приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 2 апреля 2015 г. № 302.

Таблица 2.1. Монопольно высокие цены в европейской практике⁶⁶

Дело (орган), решение	Характеристика цен, которые признаны злоупотреблением	Проверка избыточности цен
Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Gro market GmbH & Co., (1971) E.C.R. 487.	«заметно высокие различия»	сравнение цен
General Motors v. Commission, [1975] E.C.R.1367, [1976] 1 C.M.L.R. 95.	в 40 раз выше фактических издержек	СУД: цена/издержки в свете всех обстоятельств
United Brands Co. v. Commission, [1978] E.C.R. 207, [1978] 1 C.M.L.R. 429.	более чем в 2 раза выше издержек	КОМИССИЯ: сравнение цен; СУД: цена/издержки
British Leyland Plc. v. Commission, [1986] E.C.R. 3263, [1987] 1 C.M.L.R. 185.	различия цен более чем в 5 раз	цена на сопоставимые услуги
Ahmed Saeed Flugreisen et al. v. Zentrale zur Bekämpfung, [1989] E.C.R. 803 (ECJ).	«долгосрочные распределенные издержки должны соответствовать достаточному доходу на капитал»	критерии, заложенные в отраслевых актах
Ministere Public v. Tournier, [1989] E.C.R. 2521, [1991] 4 C.M.L.R. 248 («SACEM II»), Societe des Auteurs, Compositeurs at Editeurs de Musique («SACEM»)	в несколько раз выше	сравнение цен

⁶⁶ Источник: Экономический анализ в практике зарубежного антимонопольного регулирования: монография / Д.А. Алешин, И.В. Князева, А.Г. Сушкевич. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2016. – С. 109 – 110.

Bodson v. Pompes Funebres, [1988] E.C.R. 2479, [1989] 4 C.M.L.R. 984.	цены других заметно ниже	сравнение цен
ITT Promedia/Belgacom in Commission, XXVIII TH REPORT ON COMPETITION POLICY sec. 67 (1997).	маржа выше 900%	
Deutsche Telekom in XXVIII TH REPORT, id., sec. 77.	различия цен в 2 раза	сравнение международных цен и маржа, цена/издержки

Глава III. Недобросовестная конкуренция

Статья 177. Понятие недобросовестной конкуренции

1. Недобросовестной конкуренцией являются любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомερных преимуществ. Недобросовестная конкуренция запрещается.

2. К недобросовестной конкуренции относятся следующие действия:

1) неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права;

2) неправомерное использование товара другого производителя;

3) копирование внешнего вида изделия;

4) дискредитация субъекта рынка;

5) заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама;

6) реализация (приобретение) товара с принудительным ассортиментом;

7) призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента;

8) призыв к дискриминации покупателя (поставщика);

9) призыв субъекта рынка к разрыву договора с конкурентом;

10) подкуп работника продавца (поставщика);

11) подкуп работника покупателя;

12) неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну;

13) реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей;

14) некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка.

1. П. 4 ст. 26 Конституции Республики Казахстан наряду с декларированием свободы предпринимательской деятельности устанавливает запрет на недобросовестную конкуренцию. Установление запрета на конституциональном уровне говорит о значении соблюдения требований добросовестной конкуренции.

Согласно определению, данному в п.п.) 3 п. 2 ст. 11 Гражданского кодекса Республики Казахстан, «недобросовестная конкуренция» заключается в совершении недобросовестных действий, направленных на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей, в частности, путем введения потребителей в заблуждение относительно изготовителя, назначения, способа и места изготовления, качества и иных свойств товара другого предпринимателя, путем некорректного сравнения товаров в рекламной и иной информации, копирования внешнего оформления чужого товара и иными способами.

П. 1 ст. 177 ПК РК также дает определение недобросовестной конкуренции, под которой понимаются любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомερных преимуществ. Этой же нормой установлен запрет на недобросовестную конкуренцию.

П. 2 ст. 177 ПК РК установлен исчерпывающий перечень 14 действий, признаваемых недобросовестной конкуренцией.

Установление исчерпывающего перечня действий, признаваемых недобросовестной конкуренцией, несвойственно для данной сферы регулирования. Так, например, Федеральный закон Российской Федерации «О защите конкуренции» от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ, в отличие от ПК РК, не устанавливает закрытый перечень действий, признаваемых недобросовестной конкуренцией.

Следует указать, что данный подход характерен для законодательства стран ОЭСР, поскольку он соответствует конструкции, содержащейся в Парижской Конвенции. Так, согласно пункту 2 ст. 10-bis Парижской Конвенции «актом недобросовестной

конкуренции» считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

Согласно п. 3 ст. 10-bis Парижской конвенции в частности, подлежат запрету:

1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;

2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;

3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

Как видно из вышеприведённых норм, Парижская конвенция, в отличие от ПК РК, не устанавливает какой-либо перечень видов недобросовестной конкуренции.

Следует указать, что в силу требований п. 3 ст. 4 Конституции, Парижская конвенция действует на территории Республики Казахстан непосредственно и имеет приоритет перед законодательством Республики Казахстан.

2. Ещё одним международным договором, в соответствии с которым Республика Казахстан приняла на себя обязательства по борьбе с недобросовестной конкуренцией, является Договор о Евразийском Экономическом Союзе.

В соответствии с п. 2 ст. 76 Договора о Евразийском Экономическом Союзе 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 то-

варами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами (субъектами рынка).

Согласно п.п.) 14 п. 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, являющегося приложением № 19 к Договору о ЕАЭС, под «недобросовестной конкуренции» понимаются любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) (групп лиц), которые противоречат законодательству государств-членов, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

В такой ситуации будет уместным вспомнить Модельный закон «О конкуренции», утверждённый решением Высшего Европейского экономического совета от 24 октября 2013 г. № 50, п.п.) 15 ст. 4 которого дает аналогичное определение недобросовестной конкуренции.

В отличие от Договора о ЕАЭС Модельный закон (п. 1 ст. 16) устанавливает следующий открытый перечень видов недобросовестной конкуренции:

1) распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту (субъекту рынка), являющемуся конкурентом, 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);

4) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг;

5) незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законодательством государства тайну.

Следует указать, что Договор о ЕАЭС указывает на необходимость прямого применения Парижской Конвенции. Так, согласно п.п.) 2 п. 21 Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности, являющегося Приложением № 26 к Договору о ЕАЭС, в отношении наименования места происхождения товара государства-члены предусматривают правовые меры, позволяющие заинтересованным сторонам предотвращать любое использование, которое представляет собой акт недобросовестной конкуренции по смыслу ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.

3. В Республике Казахстан недобросовестные конкурентные действия могут быть выявлены антимонопольным органом как по собственной инициативе, так и по заявлению потребителей или конкурентов.

Исходя из определения недобросовестной конкуренции, данного в п. 1 ст. 177 ПК РК, конкуренция является недобросовестной, если:

- она является актом противоправным и аморальным;
- она связана с нанесением ущерба конкретному субъекту и потребителю;
- участником отношений не может быть орган власти.

Бездействие не может быть квалифицировано как недобросовестная конкуренция, к ней может быть отнесено только активное поведение субъекта на рынке.

Вместе с тем, ПК РК не только ограничивает действия, признающиеся фактом недобросовестной конкуренции, но и устанавливает квалификацию каждому из них (ст. 178–191 ПК РК). Далее остановимся на комментариях к каждой из них.

4. Неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права (статья 178 ПК РК)

Неправомерным использованием средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права является незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, фирменного наименования, наименования

места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров или использование без разрешения правообладателя или уполномоченного на то лица названий литературных, художественных произведений, периодических изданий, или использование упаковки в виде, который может ввести потребителя в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей.

Не всякое неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права должно квалифицироваться как недобросовестная конкуренция.

Действием недобросовестной конкуренции в виде неправомерного использования средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права являются такие действия, которые имеют своей целью введение потребителя в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей. Неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права должно квалифицироваться как недобросовестная конкуренция только при условии, что такое действие имеет своей целью введение в заблуждение потребителя.

Например, в деле по неправомерному использованию товарного знака суды пришли к выводу о том, что ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» виновно в недобросовестной конкуренции и нарушении ст. 178 ПК РК.

По мнению суда, ТОО «Мобайл Телеком-Сервис» неправомерно использовало товарные знаки «kcell» и «activ», принадлежащие АО Кселл, без согласия владельца, введя в заблуждение потребителей относительно характера и свойств предлагаемых услуг на товарном рынке⁶⁷.

Правовая охрана средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права обеспечивается Гражданским кодексом Республики Казахстан, Законом Республи-

⁶⁷ Постановление апелляционной судебной коллегии Алматинского городского суда № 3А-91 от 12 апреля 2016 года. Постановление специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 21 января 2016 года. Решение специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 16 марта 2016 года.

ки Казахстан от 26 июля 1999 г. № 456-І «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», Законом Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-І «Об авторском праве и смежных правах» и другими нормативно-правовыми актами.

Так, помимо наказания в виде штрафа, предусмотренного ч. 3 ст. 163 КоАП, на лицо, допустившее неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права, могут быть возложены обязательства по возмещению вреда в порядке, предусмотренном гл. 47 Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан «Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда». Требования о возмещении такого вреда могут быть предъявлены в суд в порядке гражданского судопроизводства лицом, которому был нанесён ущерб.

5. Неправомерное использование товара другого производителя (статья 179 ПК РК)

Неправомерным использованием товара другого производителя является введение в хозяйственный оборот под своим обозначением товара другого производителя путем изменений либо снятия обозначений производителя без разрешения правообладателя или уполномоченного на то лица.

Данная форма недобросовестной конкуренции направлена на введение потребителей в заблуждение, преследует своей целью получение экономических выгод и преимуществ с использованием товара других производителей без согласия последних. Так, согласно п. 1 ст. 10 Закон Республики Казахстан от 4 мая 2010 г. № 274-ІV «О защите прав потребителей» потребитель имеет право на получение полной, достоверной и своевременной информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе) в соответствии со ст. 25 данного Закона.

Выдавая чужой товар за свой, недобросовестный субъект рынка может нарушить требования, установленные ст. 25 указанного закона в части предоставления потребителю недостоверной информации в отношении изготовителя товара, товарного знака изготовителя товара, страны происхождения товара, места изготовления товара и пр.

На практике такое нарушение встречается довольно редко, поскольку в рассматриваемом случае недобросовестный субъект

рынка получает выгоду на товаре другого производителя, а не на репутации известных производителей, то есть выдаёт товар известных производителей за свой товар.

6. Копирование внешнего вида изделия (статья 180 ПК РК)

1. Копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого субъекта рынка и введение его в хозяйственный оборот, которое может ввести в заблуждение потребителя в отношении производителя товара.

2. Не признается неправомерным копирование внешнего вида изделия или его частей, если такое копирование обусловлено исключительно их функциональным применением.

Копирование внешнего вида изделия, как форма недобросовестной конкуренции, это воспроизведение внешнего вида изделия другого субъекта рынка и введение его в хозяйственный оборот, которое может ввести в заблуждение потребителя в отношении производителя товара, и, тем самым, нарушить права потребителя, предусмотренные ст. 10 Закона Республики Казахстан от 4 мая 2010 г. № 274-IV «О защите прав потребителей».

Данная форма недобросовестной конкуренции направлена не только на нарушение прав потребителей, но и на нарушение прав обладателей объектов интеллектуальной собственности, в частности товарных знаков, обеспечение которых осуществляется в соответствии с разделом 5 «Право интеллектуальной собственности» Гражданского кодекса Республики Казахстан и Законом Республики Казахстан от 26 июля 1999 г. № 456-І «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

Действия, направленные на смешение с товарами, торговой маркой конкурента, дезинформации потребителей путем введения их в заблуждение, являются составной частью данной формы недобросовестной конкуренции.

ТОО «Г» реализует алкогольную продукцию с товарным знаком «РЯНКА», зарегистрированным в Комитете по правам интеллектуальной собственности Министерства юстиции Республики Казахстан. При этом ТОО «П», не имея никаких прав на данное комбинированное изображение, выпускает алкогольную продукцию «ЛЯНКА» с практически идентичной этикеткой и в такой же бутылке. Так, ТОО «Г» получено свидетельство № 155 от 16.02.2006 г. (регистрация словесного

обозначения), № 923 от 16.11.2009 г. (регистрация комбинированного изображения (этикетка) на товарный знак «РЯНКА». ТОО «П» также имеет свидетельство № 604 от 21.12.2008 г. на товарный знак «ЛЯНКА» (словесное обозначение), при этом право на комбинированное изображение (этикетка) товарного знака «ЛЯНКА» за ТОО не зарегистрировано.

Согласно заключению РКП «Национальный институт интеллектуальной собственности», «...сравнительный анализ этикеток на тулове обеих бутылок выявил, что несмотря на несовпадение центральных словесных элементов («РЯНКА» и «ЛЯНКА»), налицо явное сходство в графическом оформлении этикеток, обусловленное использованием сходной гаммы цветов и единым композиционным замыслом в построении основополагающих словесных и изобразительных элементов». В этой связи Антимонопольный орган действия ТОО «П» квалифицирует как факт недобросовестной конкуренции в части копирования внешне-го вида изделия.

7. Дискредитация субъекта рынка (статья 181 ПК РК)

Дискредитацией субъекта рынка является распространение в любой форме заведомо ложных, недостоверных сведений, связанных с деятельностью субъекта рынка.

Целью данной формы недобросовестной конкуренции является нанесение ущерба деловой репутации конкурента посредством распространения в любой форме заведомо ложных, недостоверных сведений, связанных с деятельностью субъекта рынка, в результате которых потребители откажутся от товаров (услуг) конкурента и, возможно, станут потребителями товаров (услуг).

Распространение недостоверной информации может квалифицироваться как дискредитация субъекта рынка в тех случаях, когда недостоверная, в том числе и искажённая информация, распространяется в отношении самого субъекта рынка и/или производимой им продукции или оказываемых услуг.

Следует отметить, что в некоторых случаях очень сложно отличить такую форму недобросовестной конкуренции, как дискредитация субъекта рынка, от призыва к бойкоту продавца (поставщика) конкурента.

Например, постановлением ГУ «Межрегиональная инспекция Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (антимонопольное агентство) по Костанайской и Северо-Казахстанской областям» было привлечено к административной ответственности ГКП «Костанайгаз» за недобросовестную конкуренцию.

Так, согласно ГУ «Межрегиональная инспекция Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (антимонопольное агентство) по

Костанайской и Северо-Казахстанской областям» ГКП «Костанайгаз» направляло письма потребителям, изъявившим желание заключить прямые договора поставки газа с АО «КазТрансГазАймак» с указанием сведений, которые затрагивали деловую репутацию АО «КазТрансГазАймак».

В частности, ГКП «Костанайгаз» в письменном виде сообщило ТОО «БК-Стройпром», что АО «КазТрансГазАймак» работает по 100% предоплате и не обладает ни технической базой, ни штатом обученного персонала в населенных пунктах Костанайской области, а также не имеет аварийной службы.

Данные действия ГКП «Костанайгаз» были квалифицированы как дискредитация субъекта рынка и призыв к бойкоту продавца. В последующем судом действия антимонопольного органа были признаны законными и обоснованными.

8. Заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама (статья 182 ПК РК)

Признаки недобросовестной, недостоверной и заведомо ложной рекламы устанавливаются в соответствии с законами Республики Казахстан.

Ст. 182 ПК РК, в силу специфики данной формы недобросовестной конкуренции, является бланкетной нормой, поскольку определения заведомо ложной, недобросовестной и недостоверной рекламы приведены в Законе Республики Казахстан от 19 декабря 2003 г. № 508-ІІ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Для целей разграничения заведомо ложной, недобросовестной и недостоверной рекламы от других форм недобросовестной конкуренции необходимо помнить, что действия субъекта прежде всего должны квалифицироваться как реклама.

(П.п.) 1-1 ст. 3 Закона о рекламе определяет понятие «реклама» как распространяемую и размещаемую в любой форме с помощью любых средств информацию, предназначенную для неопределенного круга лиц и призванную формировать или поддерживать интерес к физическому или юридическому лицу, товарам, товарным знакам, работам, услугам и способствовать их реализации.

Ключевым критерием в определении понятия «реклама», которое дается в Законе о рекламе, является ее предназначение для неопределенного круга лиц. В случае если информация распространяется среди определённого круга лиц, то такие действия

субъекта рынка не должны квалифицироваться как заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама. Действующее законодательство не содержит дефиниции неопределенного круга лиц или определенного круга лиц.

В связи с этим, можно предположить, что субъект рынка может самостоятельно определять круг лиц, среди которых распространяется информация, например, составить банк данных лиц, которым была направлена информация. В таком случае, действия субъекта рынка не являются рекламой, и соответственно, не должны рассматриваться как заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама.

Согласно п. 1 ст. 7 Закона о рекламе недобросовестной является реклама, которая:

1) содержит сравнение рекламируемых товаров (работ, услуг) с товарами (работами, услугами) других физических или юридических лиц, а также высказывания, образы, порочащие их честь, достоинство и деловую репутацию;

2) вводит потребителей в заблуждение относительно рекламируемой продукции посредством копирования фирменного наименования, товарного знака, фирменной упаковки, внешнего оформления товара, формул, изображений и другого коммерческого обозначения, используемых в рекламе другой продукции, либо посредством злоупотребления их доверием;

3) содержит указания или утверждения, использование которых при осуществлении предпринимательской деятельности может ввести в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товара (работ, услуг);

4) дискредитирует, унижает или высмеивает физические или юридические лица, не пользующиеся рекламируемыми товарами (работами, услугами);

5) представляет собой рекламу товаров, запрещенных к рекламе законом Республики Казахстан, если такая реклама осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, запрещенного к рекламе, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара.

Согласно п. 2 ст. 7 Закона о рекламе недостоверной является реклама, в которой присутствуют не соответствующие действительности сведения в отношении:

1) таких характеристик продукции, как природа, состав, способ и дата изготовления, назначение, потребительские свойства, условия использования, наличие сертификата соответствия, сертификационных знаков и знаков соответствия национальным стандартам, количество, происхождение;

2) наличия продукции на рынке, возможности ее приобретения в определенном месте;

3) стоимости (цены) продукции и дополнительных условий оплаты на момент распространения и размещения рекламы;

4) доставки, обмена, возврата, ремонта и обслуживания продукции;

5) гарантийных обязательств, сроков службы, сроков годности;

6) предполагаемых результатов применения;

7) исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, продукции, выполняемых работ или услуг;

8) прав на использование государственных символов (герба, флага, гимна), а также символов международных организаций;

9) официального признания, получения медалей, призов, дипломов и иных наград;

10) предоставления информации о способах приобретения полной серии продукции, если она является частью серии;

11) результатов исследований и испытаний, научных терминов, цитат из технических, научных и иных публикаций;

12) утверждений о товарах (работах, услугах), осуществляемой предпринимательской деятельности, дискредитирующих физическое или юридическое лицо, промышленную или торговую деятельность других лиц;

13) статистической информации, которая не должна предоставляться в виде, преувеличивающем ее обоснованность;

14) статуса или уровня компетентности производителя, продавца товаров (работ, услуг) или лиц, их рекламирующих.

П. 4 ст. 7 Закона о рекламе дает определение заведомо ложной рекламы как рекламы, с помощью которой рекламоделец (ре-

клагопроизводитель, рекламодатель) умышленно вводит в заблуждение потребителя рекламы.

Примером из практики может быть постановление ГУ «Межрегиональной инспекции Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство) по Актыбинской и Западно-Казахстанской областям» о привлечении ТОО «Уральская мебельная фабрика» к административной ответственности за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся в недостоверной рекламе.

В средствах массовой информации ТОО «Уральская мебельная фабрика» была размещена реклама с указанием о том, что последнее изготавливает на заказ и продает мебель по самым низким ценам. В результате проведенного расследования сведения, распространенные ТОО «Уральская мебельная фабрика» о самых низких ценах, не нашли своего подтверждения, вследствие чего последнее было привлечено к административной ответственности.

Специализированный административный суд г. Уральска Западно-Казахстанской области признал действия уполномоченного органа по привлечению ТОО «Уральская мебельная фабрика» к административной ответственности законными и обоснованными.

9. Реализация (приобретение) товара с принудительным ассортиментом (статья 183 ПК РК)

Реализацией (приобретением) товара с принудительным ассортиментом являются любые действия продавца (поставщика) или покупателя по установлению дополнительных требований или условий при реализации (приобретении) товара, которые ущемляют права продавца (поставщика), потребителя и которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета сделки.

Действующее законодательство под «реализацией (приобретением) товара с принудительным ассортиментом» определяет любые действия продавца (поставщика) или покупателя по установлению дополнительных требований или условий при реализации (приобретении) товара, которые ущемляют права продавца (поставщика), потребителя и которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета сделки.

В случае если действия, направленные на установление дополнительных требований или условий, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются

предмета сделки, совершены субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, то такие действия должны квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением (п.п.) 4 ст. 174 ПК РК), а не как недобросовестная конкуренция.

Данная форма недобросовестной конкуренции прежде всего посягает на свободу предпринимательской деятельности и права потребителей, поскольку субъект, обладающий определённой властью на рынке, может устанавливать ущемляющие права продавца (поставщика) или потребителя какие-либо дополнительные требования или условия, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета сделки.

Например, постановлением ГУ «Межрегиональная инспекция Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (антимонопольное агентство) по Акмолинской, Карагандинской областям и городу Астане» ТОО «Апрель» было привлечено к ответственности за следующие действия. Договором поставки товара, по которому ТОО «Апрель» выступало в качестве покупателя, была предусмотрена гарантия поставщика поставить товар по максимально низкой цене при наилучших условиях для покупателя. В случае выявления фактов завышения цен предусмотрена обязанность поставщика поставлять товар по указанным ценам. Указанным договором был предусмотрен штраф в размере 50 МРП в случае выявления необоснованного завышения цен по спецификации или прайс-листу на товары (выявление производится путем сличения действующего прайс-листа покупателя и прайс-листа третьего лица-конкурента покупателя).

Судом действия ГУ «Межрегиональная инспекция Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (антимонопольное агентство) по Акмолинской, Карагандинской областям и городу Астане» по привлечению ТОО «Апрель» к ответственности за недобросовестную конкуренцию были признаны законными и обоснованными.

10. Призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента (статья 184 ПК РК)

Призывом к бойкоту продавца (поставщика) конкурента или его товара являются организованные конкурентом непосредственно или через посредника действия, направленные на отказ покупателей от установления договорных отношений с продавцом (поставщиком) конкурента или приобретения его товаров.

Как видно из определения, которое дается в ст. 184 ПК РК, призывом к бойкоту продавца (поставщика) конкурента или его

товара являются организованные конкурентом непосредственно или через посредника действия, направленные на отказ покупателей от установления договорных отношений с продавцом (поставщиком) конкурента или приобретения его товаров.

Поскольку содержание определения призыва к бойкоту очень широкое, то применять ст. 184 ПК РК необходимо с учетом содержания п. 1 ст. 177 ПК РК, так как в противном случае даже добросовестные и проконкурентные действия субъектов рынка могут быть квалифицированы как призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента. Так, призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента должен иметь целью достижение или предоставление неправомερных преимуществ.

11. Призыв к дискриминации покупателя (поставщика) (статья 185 ПК РК)

Призывом к дискриминации покупателя (поставщика) являются действия конкурента покупателя (поставщика) непосредственно или через посредника, направленные на принуждение поставщика (покупателя) к отказу от заключения договора или применению дискриминационных условий к иным покупателям (поставщикам) по равнозначным договорам.

Если исходить из определения, которое имеется в комментируемой статье, призыв к дискриминации покупателя (поставщика) – это действия конкурента покупателя (поставщика) непосредственно или через посредника, направленные на принуждение поставщика (покупателя) к отказу от заключения договора или применению дискриминационных условий к иным покупателям (поставщикам) по равнозначным договорам.

Как и в ст. 184 ПК РК, в ст. 185 ПК РК, дается очень широкая дефиниция призыву к дискриминации покупателя (поставщика), в силу чего данную норму также необходимо применять с учетом общих условий недобросовестной конкуренции, установленных п. 1 ст. 177 ПК РК. Таким образом, действия, описанные в комментируемой статье, должны быть направлены на достижение или предоставление неправомερных преимуществ.

Учитывая определение призыва к бойкоту продавца (поставщика) конкурента, которое дается в ст. 184 ПК РК, с практической точки зрения достаточно легко спутать данные формы не-

добросовестной конкуренции. Возможно поэтому на практике применение ст. 185 не имеет широкого распространения.

12. Призыв к разрыву договора с конкурентом (статья 186 ПК РК)

Призывом к разрыву договора с конкурентом являются действия субъекта рынка, направленные на невыполнение или выполнение ненадлежащим образом договорных обязательств иного субъекта рынка - участника договора с конкурентом, путем предоставления или предложения непосредственно или через посредника материального вознаграждения, других преимуществ либо необоснованного препятствования субъекту рынка в осуществлении им своей деятельности.

Комментируемая статья, в отличие от ст. 184 и 185 ПК РК, дает достаточно ограниченную дефиницию такой формы недобросовестной конкуренции, как призыв к разрыву договора с конкурентом.

Так, исходя из содержания ст. 186, можно прийти к выводу, что призыв к разрыву договора с конкурентом, а именно невыполнение или выполнение ненадлежащим образом договорных обязательств участника договора с конкурентом, может быть совершен двумя путями. Первый путь – это предоставление или предложение непосредственно или через посредника материального вознаграждения или других преимуществ. Второй путь заключается в необоснованном препятствовании субъекту рынка в осуществлении им своей деятельности.

Призыв к разрыву договора с конкурентом путем предоставления или предложения непосредственно или через посредника материального вознаграждения или других преимуществ может образовать такое правонарушение, как коммерческий подкуп, наказание за который предусмотрено Уголовным кодексом.

Призыв к разрыву договора с конкурентом путем необоснованного препятствования субъекту рынка в осуществлении им своей деятельности может образовывать другие правонарушения, предусмотренные Кодексом об административных правонарушениях либо Уголовным кодексом.

Возможно в силу требований п.п.) 2 п. 3 ст. 77 Конституции, согласно которой никто не может быть подвергнут повторно уголовной или административной ответственности за одно и то же правонарушение, данная статья не имеет широкого применения на практике.

13. Подкуп работника продавца (поставщика) (статья 187 ПК РК)

Подкупом работника продавца (поставщика) является предоставление ему конкурентом покупателя непосредственно или через посредника имущества или неимущественных благ за ненадлежащее исполнение или неисполнение работником продавца (поставщика) служебных обязанностей, что приводит или может привести к получению конкурентом покупателя определенных преимуществ перед покупателем и (или) убыткам покупателя.

Как и призыв к разрыву договора с конкурентом путем предоставления или предложения непосредственно или через посредника материального вознаграждения или других преимуществ, подкуп работника продавца (поставщика) может образовать такое правонарушение, как коммерческий подкуп, наказание за который предусмотрено Уголовным кодексом.

Подкуп работника продавца (поставщика) отличается от призыва к разрыву договора с конкурентом путем предоставления или предложения непосредственно или через посредника материального вознаграждения или других преимуществ, тем, что во втором случае материальное вознаграждение или другие преимущества предоставляются контрагенту конкурента, а не его работникам, как это предусмотрено в комментируемой статье.

Предположительно в силу причины, указанной в комментарии к ст. 186 ПК РК, ст. 187 ПК РК не имеет широкого применения на практике.

14. Подкуп работника покупателя (статья 188 ПК РК)

Подкупом работника покупателя является предоставление ему конкурентом продавца (поставщика) непосредственно или через посредника имущества или неимущественных благ за ненадлежащее исполнение или неисполнение работником покупателя служебных обязанностей, что приводит или может

привести к получению конкурентом продавца (поставщика) определенных преимуществ перед продавцом (поставщиком) и (или) убыткам продавца (поставщика).

Как другие формы недобросовестной конкуренции, приведенные в ст. 186 ПК РК (призыв к разрыву договора с конкурентом) и в ст. 187 ПК РК (подкуп работника продавца (поставщика), подкуп работника покупателя) может образовать такое правонарушение, как коммерческий подкуп, наказание за который предусмотрено Уголовным кодексом.

Подкуп работника покупателя отличается от призыва к разрыву договора с конкурентом путем предоставления или предложения непосредственно или через посредника материального вознаграждения или других преимуществ, тем, что во втором случае материальное вознаграждение или другие преимущества предоставляются контрагенту конкурента, а не его работникам, как это предусмотрено в комментируемой статье.

Предположительно в силу причины, указанной в комментарии к ст. 186 ПК РК, ст. 188 ПК РК не имеет широкого применения на практике.

15. Неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну (статья 189 ПК РК)

Неправомерным использованием информации, составляющей коммерческую тайну, является использование без разрешения правообладателя при осуществлении предпринимательской деятельности сведений, составляющих в соответствии с законодательством Республики Казахстан коммерческую тайну.

При квалифицировании действий субъекта рынка как неправомерного использования информации, составляющей коммерческую тайну, необходимо прежде всего определить, какая информация относится к коммерческой тайне.

Согласно ст. 26 ПК РК субъект рынка может самостоятельно определить перечень информации, составляющей коммерческую тайну, порядок ее использования и хранения. Поэтому для защиты своей коммерческой тайны субъектам рынка необходимо определить своими внутренними актами перечень информации, которая относится к коммерческой тайне.

Защита коммерческой тайны регламентирована п. 1 ст. 126 ГК РК, согласно которому гражданским законодательством защищается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну, в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности.

В силу смысла комментируемой статьи и содержания п. 1 ст. 126 ГК РК при применении ст. 189 РК РК можно прийти к выводу, что основным признаком неправомерного использования информации, составляющей коммерческую тайну, является прежде всего неправомерный способ приобретения такой информации.

Поэтому, если коммерческая тайна была приобретена законным путем, то действия субъекта рынка не должны квалифицироваться как недобросовестная конкуренция.

Форма недобросовестной конкуренции, предусмотренная комментируемой статьей, как и другие формы недобросовестной конкуренции, приведенные в ст. 186 (призыв к разрыву договора с конкурентом), 187 (подкуп работника продавца (поставщика), 188 (подкуп работника покупателя) ПК РК, может образовывать правонарушение, наказание за которое предусмотрено, как за коммерческий подкуп, наказание за который предусмотрено Уголовным кодексом.

Предположительно в силу причины, указанной в комментариях к ст. 186 ПК РК, ст. 189 ПК РК не имеет широкого применения на практике.

16. Реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей (статья 190 ПК РК)

Реализацией товара с предоставлением недостоверной информации является предоставление потребителю в любой форме недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей.

Согласно п.п.) 3 ст. 7 Закона Республики Казахстан от 4 мая 2010 г. № 274-IV «О защите прав потребителей» потребители имеют право на получение информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе).

Поэтому ст. 190 ПК РК направлена не только на защиту конкуренции, но и на защиту прав потребителей.

Реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей может образовать самостоятельный вид правонарушения, предусмотренный действующим законодательством Республики Казахстан.

Так, ст. 190 Кодекса об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за обман потребителей, выраженный в обмеривании, обвешивании, обсчете, введении в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуг) или в ином обмане потребителей индивидуальными предпринимателями или организациями, осуществляющими торговую деятельность и оказание услуг.

Для целей определения того, что именно имеет место в действиях того или иного субъекта рынка: недобросовестная конкуренция в форме, предусмотренной ст. 190 ПК РК, либо просто банальный обман потребителя, необходимо принимать во внимание нижеследующие обстоятельства.

В соответствии с п.п.) 3 п. 2 ст. 11 ГК РК не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами, использование предпринимателями гражданских прав в целях ограничения конкуренции, в том числе совершение недобросовестных действий, направленных на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей (недобросовестная конкуренция), в частности, путем введения потребителей в заблуждение относительно изготовителя, назначения, способа и места изготовления, качества и иных свойств товара другого предпринимателя, путем некорректного сравнения товаров в рекламной и иной информации, копирования внешнего оформления чужого товара и иными способами.

Таким образом, для надлежащей квалификации действий субъекта рынка, выразившихся в обмане потребителей, как недобросовестной конкуренции требуется установить, что такое действие имело целью не только обман потребителя, но и влияние на конкурентную среду, т.е. было направлено на ущемление законных интересов конкурента.

17. Некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка (статья 191 ПК РК)

Некорректным сравнением субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка, являются осуществляемые в любой форме и с помощью любых средств публичные высказывания, заявления, утверждения, в которых свои товары сопоставляются с товарами (причисляются к товарам) других субъектов рынка, включая использование превосходной степени, в отсутствие документального подтверждения заявленного превосходства своего товара над товаром конкурента (причисления своего товара к товарам конкурента).

Согласно п.п.) 3 ст. 7 Закона Республики Казахстан от 4 мая 2010 г. № 274-IV «О защите прав потребителей» потребители имеют право на получение информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе).

Поэтому ст. 191 ПК РК направлена не только на защиту конкуренции, но и на защиту прав потребителей.

Согласно п.п.) 1 ст. 7 Закона Республики Казахстан от 19 декабря 2003 г. № 508-II «О рекламе» недобросовестной является реклама, которая содержит сравнение рекламируемых товаров (работ, услуг) с товарами (работами, услугами) других физических или юридических лиц, а также высказывания, образы, порочащие их честь, достоинство и деловую репутацию

Согласно ст. 182 ПК РК недобросовестная реклама должна квалифицироваться как недобросовестная конкуренция.

Разграничить данные формы недобросовестной конкуренции достаточно сложно не только с практической точки зрения, но

и с теоретической. Предположительно в силу этой причины использование ст. 191 ПК РК на практике не имеет широкого применения.

Глава IV. Участие государства в предпринимательской деятельности

Статья 192. Основания участия государства в предпринимательской деятельности

1. Государство участвует в предпринимательской деятельности в следующих случаях:

1) отсутствия иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества;

2) использования и содержания стратегических объектов, находящихся в государственной собственности;

3) осуществления деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии;

4) осуществления деятельности организациями, создаваемыми для анализа эффективности и выработки предложений по совершенствованию государственной политики;

5) отсутствия на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства, осуществляющего (осуществляющих) производство и (или) реализацию аналогичного либо взаимозаменяемого товара;

6) осуществления деятельности созданными аффилированными лицами национального управляющего холдинга, образованного в рамках мер по оптимизации системы управления институтами развития, финансовыми организациями и развитию национальной экономики;

7) прямо предусмотренных настоящим Кодексом, законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан или постановлениями Правительства Республики Казахстан.

Перечень видов деятельности, осуществляемых юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами, утверждается Правительством Республики Казахстан.

2. Участие государства в предпринимательской деятельности осуществляется путем:

- 1) создания государственных предприятий (государственное предпринимательство);**
- 2) прямого или косвенного участия в уставных капиталах юридических лиц.**

3. Юридические лица, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированные с ними лица не вправе создавать дочерние организации, осуществляющие деятельность, уже представленную субъектами частного предпринимательства на товарном рынке, за исключением случаев, предусмотренных подпунктами 1), 2), 3), 4) и 5) части первой пункта 1 настоящей статьи.

4. Создание государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, осуществляется с согласия антимонопольного органа.

Запрещаются создание юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые в соответствии с критериями, установленными настоящим Кодексом, относятся к субъектам малого предпринимательства, а также участие государства в них.

При расширении и (или) изменении осуществляемых видов деятельности государственными предприятиями, юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, необходимо согласие антимонопольного органа.

5. Создание юридических лиц, более двадцати пяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, осуществляется с последующей продажей акций (долей участия в уставном капитале) государства с учетом срока окупаемости проекта.

6. В случае, предусмотренном пунктом 4 настоящей статьи, орган, принимающий решение о создании государственного предприятия, юридического лица, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, представляет в антимонопольный орган ходатайство о таком создании с предоставлением обосновывающих материалов по форме, установленной антимонопольным органом.

В течение шестидесяти календарных дней с момента поступления ходатайства антимонопольный орган обязан:

1) обследовать товарные рынки, на которых предполагается создать государственное предприятие, юридическое лицо, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат государству, и аффилированное с ним лицо, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан;

2) подготовить заключение об уровне развития конкуренции на данных товарных рынках, в том числе о сроке присутствия государственного предприятия, юридического лица, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат государству, и аффилированного с ним лица на данном товарном рынке;

3) направить органу, представившему ходатайство, обоснованное решение.

7. Антимонопольный орган отказывает в выдаче согласия на создание государственного предприятия, юридического лица, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат государству, и аффилированного с ним лица, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, если такое создание ведет к ограничению конкуренции.

8. В случае создания, расширения и (или) изменения осуществляемых видов деятельности государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые осуществляют свою деятельность на территории Республики Казахстан без согласия антимонопольного органа, антимонопольный орган обжалует в судебном порядке указанные действия.

9. Требования пунктов 4, 5, 6, 7 и 8 настоящей статьи распространяются только на случаи, предусмотренные подпунктами 5) и 6) части первой пункта 1 настоящей статьи.

1. В комментируемой статье закреплены институциональные основания участия государства в предпринимательской деятельности в Казахстане.

В соответствии с п. 1 ст. 192 ПК РК государство участвует в предпринимательской деятельности в следующих случаях:

1) *отсутствия иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества;*

2) *использования и содержания стратегических объектов, находящихся в государственной собственности;*

Вышеперечисленные случаи определяются уполномоченными государственными органами самостоятельно исходя из необходимости реализации норм соответствующих законодательств.

3) *осуществления деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии;*

Отнесение тех или иных видов деятельности к государственной монополии осуществляется на основании отраслевых законов и кодексов. Основанием введения государственной монополии в те или иные сферы деятельности является негативное влияние присутствия в них частных субъектов рынка, то есть негативное влияние конкурентной среды на состояние конституционного строя, национальной безопасности, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья населения.

Например, согласно п. 1 ст. 11-1 закона РК «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира» деятельность по изъятию осетровых видов рыб из естественной среды обитания, их закупу, пе-

реработке и экспорту их икры и других видов продукции относится к государственной монополии. Согласно п. 2 ст. 55 Лесного кодекса РК лесоустройство, связанное с учетом лесных ресурсов, территориальным устройством лесного фонда, в том числе с установлением границ государственного лесного фонда, государственным мониторингом лесов, планированием ведения лесного хозяйства и лесопользованием, относится к государственной монополии и осуществляется государственной лесоустроительной организацией.

4) осуществления деятельности организациями, создаваемыми для анализа эффективности и выработки предложений по совершенствованию государственной политики;

В данном случае речь идет о научно-исследовательских организациях, специализирующихся на проведении различных исследований и анализов исключительно в целях выработки предложений по совершенствованию государственной политики. Данные организации, как правило, создаются министерствами и ведомствами. Например, можно отметить АО «Казахстанский институт развития индустрии» при Министерстве по инвестициям и развитию Республики Казахстан, созданный в целях аналитического обеспечения государственной политики индустриального развития.

5) отсутствия на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства, осуществляющего (осуществляющих) производство и (или) реализацию аналогичного либо взаимозаменяемого товара;

6) осуществления деятельности созданными аффилированными лицами национального управляющего холдинга, образованного в рамках мер по оптимизации системы управления институтами развития, финансовыми организациями и развитию национальной экономики;

Участие государства в случаях 5 и 6 осуществляется по согласованию с антимонопольным органом в соответствии с пунктами 4, 5, 6, 7 и 8 комментируемой статьи.

7) прямо предусмотренных настоящим Кодексом, законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан или постановлениями Правительства Республики Казахстан.

В данном случае участие государства в предпринимательской деятельности должно быть прямо предусмотрено законодательством РК.

Кроме того, согласно п. 1 данной статьи перечень видов деятельности, осуществляемых юридическими лицами, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами устанавливается Правительством РК.

2. Согласно п. 2 ст. 192 ПК РК участие государства в предпринимательской деятельности может осуществляться путем создания государственного предприятия и участием в капиталах юридических лиц.

При этом в случаях, предусмотренных в п.п.) 5 и 6 п. 1 ст. 192 ПК РК, создание и расширение видов деятельности государственных субъектов рынка осуществляется с согласия антимонопольного органа. В числе последних случаи:

- отсутствия на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства, осуществляющего (осуществляющих) производство и (или) реализацию аналогичного либо взаимозаменяемого товара;
- осуществления деятельности созданными аффилированными лицами национального управляющего холдинга, образованного в рамках мер по оптимизации системы управления институтами развития, финансовыми организациями и развитию национальной экономики.

В других случаях п. 1 ст. 192 ПК РК допускает создание государственных субъектов рынка без согласования с антимонопольным органом, так как приоритетом являются отличные от развития конкурентной среды вопросы.

К таким случаям относятся:

- отсутствие иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества;
- использование и содержание стратегических объектов, находящихся в государственной собственности;
- осуществление деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии;

– осуществление деятельности организациями, создаваемыми для анализа эффективности и выработки предложений по совершенствованию государственной политики;

– прямо предусмотренных ПК РК, законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан или постановлениями Правительства Республики Казахстан.

Таким образом, согласие антимонопольного органа требуется на создание государственных предприятия, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, только в случаях, предусмотренных п.п.) 5 и 6 п. 1 комментируемой статьи, в том числе при расширении и (или) изменении видов их деятельности.

3. Получение согласия осуществляется посредством направления соответствующего ходатайства в антимонопольный орган, порядок представления и рассмотрения которого описан в п. 6 комментируемой статьи. Ходатайство составляется согласно форме, утвержденной антимонопольным органом, которая должна содержать установленные сведения (см. таблицу 4.1).

Таблица 4.1 Перечень сведений, указываемых при предоставлении ходатайства на создание государственных субъектов рынка

1. Контактное лицо
Указывается ФИО, должность, адрес, телефон с приложением документа, подтверждающего его полномочия.
2. Цель создания субъекта рынка
Указываются причины, по которым планируемые товары (работы, услуги) не могут реализовываться частным сектором. Перечисляются обоснования создания субъекта рынка.
3. Организационно-правовая форма создаваемого субъекта рынка
Указывается организационно-правовая форма (товарищество с ограниченной ответственностью, акционерное общество и т.д.).
4. Виды деятельности создаваемого субъекта рынка

<p>Перечисляются все виды деятельности создаваемого субъекта рынка (с указанием статистических кодов).</p>
<p>5. Величина уставного капитала создаваемого субъекта рынка</p>
<p>Указывается сумма уставного капитала с указанием источника его формирования.</p>
<p>6. Сведения об учредителях (участниках) создаваемого субъекта рынка</p>
<p>Перечисляется общая информация по каждому учредителю (участнику) с указанием:</p> <ul style="list-style-type: none"> – количества акций (долей участия, паев) в уставном капитале создаваемого субъекта рынка и их номинальной стоимости; – доли в процентах от общего числа акций (долей участия, паев) с правом голоса в уставном капитале создаваемого субъекта рынка; – прав и полномочий по отношению к создаваемому субъекту рынка.
<p>7. Сведения о лицах, входящих в одну группу лиц с создаваемым субъектом рынка</p>
<ul style="list-style-type: none"> – Сведения о лицах, прямо и косвенно контролирующих каждого из учредителей (участников) создаваемого субъекта рынка, с указанием наименования, адреса и видов деятельности; – Сведения об участии лиц, прямо и косвенно контролирующих каждого из учредителей (участников) создаваемого субъекта рынка, в иных юридических лицах, в том числе в иностранных, с указанием наименования, адреса и видов деятельности; – Сведения о прямом и косвенном участии каждого из учредителей (участников) создаваемого субъекта рынка в иных юридических лицах, в том числе в иностранных, с указанием наименования, адреса и видов деятельности.
<p>8. Границы товарного рынка, в которых планируется осуществление деятельности создаваемого субъекта рынка</p>
<ul style="list-style-type: none"> – Потребительские свойства каждого из планируемых к реализации товаров (работ, услуг), сведения по их взаимозаменяемости с другими товарами (работами, услугами); – Административные границы (район, город, область) на территории, которых будет реализовываться продукция создаваемого субъекта рынка.
<p>9. Сведения об общих объемах потребности в товаре (работе, услугах), реализацию которых планирует осуществлять создаваемый субъект рынка</p>
<p>Сведения предоставляются по каждому виду деятельности, которые будут осуществляться создаваемым субъектом рынка (в натуральных показателях).</p>

10. Планируемые объемы реализации товаров (работ, услуг) создаваемого субъекта рынка на трехлетний период с момента создания
Сведения предоставляются по каждому виду деятельности, которые будет осуществлять создаваемый субъект рынка (в стоимостном и натуральном показателях).
11. Перечень потенциальных потребителей товаров (работ, услуг), реализацию которых планирует осуществлять создаваемый субъект рынка
Перечисляются все потенциальные потребители. Отдельно представляются сведения о потребителях услуг, доля которых в общем объеме каждого вида деятельности создаваемого субъекта рынка будет превышать 25%.
12. Сведения о субъектах рынка, осуществляющих свою деятельность на аналогичном либо взаимозаменяемом товарном рынке
Информация предоставляется о существующих конкурентах, осуществляющих аналогичные либо взаимозаменяемые виды деятельности в пределах этих же географических границ
13. Источники финансирования создаваемого субъекта рынка, в том числе через выполнение заказа государства
Указываются прогнозные доходы создаваемого субъекта рынка на трехлетний период с момента его создания, а также прогнозируемая рентабельность
14. Общий объем реализованных товаров (работ, услуг), реализацию которых планирует осуществлять создаваемый субъект рынка
15. Общий объем экспорта и импорта товаров, реализацию которых планирует осуществлять создаваемый субъект рынка
Сведения предоставляются по объему оборота реализации, экспорта и импорта товаров (работ, услуг) в пределах географических границ рынка, где планируется реализация создаваемым субъектом рынка своей продукции (товаров, работ, услуг). Объемы реализации указываются в натуральном и стоимостном показателях с указанием статистических и таможенных кодов за календарный год и за последний отчетный период с начала года подачи.

4. В течение шестидесяти календарных дней со дня поступления ходатайства антимонопольный орган принимает соответствующее решение. Следует отметить, что у антимонопольного органа есть законодательная возможность в своем решении установить сроки присутствия государственного субъекта на рынке.

Данное решение может быть принято по результатам проведенного анализа рынка, на котором планирует осуществлять свою деятельность создаваемый государственный субъект рынка. В частности, может быть, что на товарном рынке частный сектор действительно не представлен либо представлен незначительно, но имеет перспективы развития. Следовательно, через определенное время государственный субъект рынка, являясь доминантом, будет препятствовать появлению и развитию игроков с частной формой собственности.

При этом основанием для отказа в выдаче согласия на создание государственного предприятия, юридического лица, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат государству, и аффилированного с ним лица, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, является ограничение конкуренции в случае создания.

Следует отметить, что создание юридических лиц, более двадцати пяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, осуществляется с последующей продажей акций (долей участия в уставном капитале) государства с учетом срока окупаемости проекта.

Также данная статья устанавливает прямые запреты на создание дочерних организаций, осуществляющих деятельность, уже представленную субъектами частного предпринимательства на товарном рынке, за исключением случаев, предусмотренных п.п.) 1, 2, 3, 4 и 5 ч. 1 п. 1 настоящей статьи.

Глава V. Защита конкуренции

Статья 194. Антиконтурентные действия, соглашения государственных органов, местных исполнительных органов

1. Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, антиконкурентные действия государственных органов, местных исполнительных органов, выразившиеся в принятии актов либо решений, которые привели или могут привести к ограничению или устранению конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.

2. Антиконтурентными действиями государственных органов, местных исполнительных органов в том числе признаются:

1) введение ограничений в отношении создания субъекта рынка в какой-либо сфере деятельности;

2) необоснованное препятствование осуществлению деятельности субъекта рынка;

3) установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров, иных ограничений прав субъекта рынка на реализацию товаров;

4) указания субъекту рынка о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей либо первоочередном приобретении товаров у определенных продавцов (поставщиков) или заключении в приоритетном порядке договоров;

5) установление для приобретателей товаров ограничений выбора субъектов рынка, которые предоставляют такие товары;

6) действия, направленные на повышение, снижение или поддержание цен;

7) действия, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов (поставщиков) или покупателей;

8) ограничение доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранение с него субъектов рынка;

9) предоставление отдельным субъектам рынка льгот или других преимуществ, которые ставят их в привилегированное положение относительно конкурентов, или создание неблагоприятных или дискриминационных условий деятельности по сравнению с конкурентами;

10) прямое или косвенное принуждение субъектов рынка к приоритетному заключению договоров, к первоочередной поставке товаров определенному кругу потребителей либо первоочередному приобретению товаров у определенных продавцов (поставщиков).

3. Запрещаются соглашения между государственными органами, местными исполнительными органами, органами местного самоуправления или между ними и субъектами рынка, если такие соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения, а также международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

1. ПК РК выделяет несколько основных норм, которые регулируют деятельность государственных и местных исполнительных органов. Первая норма содержится в п. 1 ст. 194 ПК РК и запрещает, а также признает недействительным полностью или частично в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, антиконкурентные действия государственных органов, местных исполнительных органов, выразившиеся в принятии актов либо решений, которые привели или могут привести к ограничению или устранению конкуренции, за

исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.

2. В п. 2 комментируемой статьи приведен перечень действий государственных органов, местных исполнительных органов, которые признаются антиконкурентными. Так, законодатель отнес к ним:

1) введение ограничений в отношении создания субъекта рынка в какой-либо сфере деятельности;

2) необоснованное препятствование осуществлению деятельности субъекта рынка;

3) установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров, иных ограничений прав субъекта рынка на реализацию товаров;

4) указания субъекту рынка о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей либо первоочередном приобретении товаров у определенных продавцов (поставщиков) или заключении в приоритетном порядке договоров;

5) установление для приобретателей товаров ограничений выбора субъектов рынка, которые предоставляют такие товары;

6) действия, направленные на повышение, снижение или поддержание цен;

7) действия, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов (поставщиков) или покупателей;

8) ограничение доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранение с него субъектов рынка;

9) предоставление отдельным субъектам рынка льгот или других преимуществ, которые ставят их в привилегированное положение относительно конкурентов, или создание неблагоприятных или дискриминационных условий деятельности по сравнению с конкурентами.

Так, Антимонопольным органом по обращению юридического лица проведено расследование нарушений антимонопольного законодательства в отношении ГУ «Управление здравоохранения Актюбинской области» (далее - Управление) по факту антиконкурентных действий государственного органа.

В ходе расследования было установлено, что ГУ «Департамент комитета оплаты медицинских услуг по Актыбинской области Министерства здравоохранения РК» (далее – Департамент) провел конкурс по организации закупа медицинских услуг по оказанию гарантированного объема бесплатной медицинской помощи (далее - ГОБМП), финансируемой из республиканского бюджета. По итогам конкурса по государственному закупу медицинских услуг по оказанию ГОБМП Департаментом заключены договоры с ТОО «БИОС» и ГКП «Больница скорой медицинской помощи» (далее – БСМП).

В ходе изучения документации установлено, что при принятии решения по размещению ГОБМП комиссией и наблюдательным советом Департамента было учтено письмо Управления, в котором указывалось на необходимость выделения средств на медицинские услуги (сеансы гемодиализа) ТОО «БИОС» в размере 132 000 000 тенге, БСМП – 211 750 000 тенге.

Таким образом, Управлением было предоставлено преимущество для БСМП, которое ставило его в привилегированное положение относительно конкурента – ТОО «БИОС», тем самым в отношении ТОО «БИОС» были созданы неблагоприятные и дискриминационные условия⁶⁸.

10) прямое или косвенное принуждение субъектов рынка к приоритетному заключению договоров, к первоочередной поставке товаров определенному кругу потребителей либо первоочередному приобретению товаров у определенных продавцов (поставщиков).

Приведенный выше перечень возможных действий не носит исчерпывающего характера, поскольку общая запретительная норма касается любых актов, действий и соглашений, которые ограничивают самостоятельность субъектов рынка, создают дискриминирующие или благоприятствующие условия деятельности для отдельных из них, если они имеют или могут иметь своим результатом ограничение конкуренции. Перечень составов неправомερных действий содержит только наиболее типичные нарушения.

Следует отметить, что действия, указанные в п. 2 настоящей статьи, не будут признаваться антиконкурентными, если они предусмотрены законами Республики Казахстан в целях защи-

68 Пресечение нарушений антимонопольного законодательства Казахстана (Лучшие практики 2009 – 2013 гг.) / Агентство Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство), АО «Центр развития и защиты конкурентной политики». – Астана: 2014. – С.132.

ты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.

3. Вторая норма содержится в п. 3 ст. 194 ПК РК и запрещает соглашения между государственными органами, местными исполнительными органами, органами местного самоуправления или между ними и субъектами рынка, если такие соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Так, Департаментом Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции по Актюбинской области в 2016 году проведено расследование нарушений антимонопольного законодательства в отношении Отдела жилищно-коммунального хозяйства, пассажирского транспорта и автомобильных дорог Мугалжарского района (далее – Отдел). В действиях Отдела выявлены факты нарушения антимонопольного законодательства, выразившиеся в заключении антиконкурентного соглашения с ТОО «Береке-Кандыагаш» по содержанию автомобильных дорог местного значения Мугалжарского района.

В ходе расследования установлено, что Отдел, заключив соглашение с ТОО «Береке-Кандыагаш», создал условия для ограничения конкуренции, поскольку субъекты частного предпринимательства ввиду отсутствия объявлений о проведении государственных закупок не могли участвовать в таких закупках.

По результатам расследований в адрес Отдела вынесено предписание о расторжении договора с ТОО «Береке-Кандыагаш».

При этом, данный запрет не распространяется на соглашения, заключаемые в рамках законов Республики Казахстан в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения, а также в рамках международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан.

Статья 196. Анализ состояния конкуренции на товарных рынках

1. Целями проведения анализа товарных рынков являются определение уровня конкуренции, выявление субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, для разработки комплекса мер, направленных на защиту и развитие конкуренции, предупреждение, ограничение и пресечение монополистической деятельности.

2. Анализ товарного рынка производится на основании статистической информации и (или) иных форм отчетности, предоставляемых государственными органами, субъектами рынка и их объединениями, а также информации, предоставляемой в соответствии с пунктом 10 настоящей статьи.

3. Антимонопольный орган ежегодно проводит анализ состояния конкуренции на товарных рынках, по итогам которого направляет в Правительство Республики Казахстан перечень государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, с указанием процентов акций (долей участия в уставном капитале), которые принадлежат государству, а также видов деятельности, подлежащих передаче в конкурентную среду.

4. Границы товарного рынка определяют территорию, на которой потребители приобретают товар или взаимозаменяемый товар, если его приобретение нецелесообразно за пределами данной территории по экономическим, технологическим и другим причинам.

Под товаром в настоящей главе понимаются товар, работа, услуга, являющиеся объектом гражданского оборота.

Взаимозаменяемыми товарами является группа товаров, которые могут быть сравнимы по их функциональному назна-

чению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене, а также другим параметрам таким образом, что потребитель заменяет их друг другом в процессе потребления (производства).

5. Границы товарного рынка определяются с учетом доступности приобретения товаров по следующим критериям:

- 1) возможность приобретения товара на данной территории;
- 2) обоснованность и оправданность транспортных затрат относительно стоимости товара;
- 3) сохранение качества, надежности и других потребительских свойств товара при его транспортировке;
- 4) отсутствие ограничений (запретов) купли-продажи, ввоза и вывоза товаров;
- 5) наличие равных условий конкуренции на территории, в пределах которой осуществляются реализация, поставка товаров.

6. Определение границ соответствующих товарных рынков осуществляется антимонопольным органом:

- 1) при анализе товарных рынков;
- 2) при формировании и ведении государственного реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на регулируемых рынках;
- 3) в случае мотивированного обращения физического лица, субъекта рынка и (или) объединений юридических лиц, а также государственного органа;
- 4) при выявлении фактов нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

7. Объем товарного рынка определяется как сумма реализации субъектами рынка товара или взаимозаменяемых товаров в пределах границ рынка в натуральных показателях или стоимостных показателях с учетом объемов ввоза и вывоза товара или взаимозаменяемых товаров.

В случае использования субъектом рынка части своей продукции для собственных нужд в объем реализации включается только объем, реализуемый на товарном рынке.

8. Доля субъекта рынка на соответствующем товарном рынке определяется как отношение объема реализации субъектом рынка товара или взаимозаменяемых товаров в пределах гео-

графических границ рынка к общему объему соответствующего товарного рынка.

9. Определение доли субъектов рынка возможно при наличии информации от субъектов, доля объема поставки которых занимает в общем объеме поставки более восьмидесяти пяти процентов.

10. Субъекты рынка, их объединения и руководители, государственные органы, местные исполнительные органы, в том числе уполномоченный орган в области государственной статистики, органы государственных доходов, их должностные лица, обязаны по требованию антимонопольного органа предоставлять достоверные документы, письменные и устные объяснения и иную информацию, в том числе составляющую коммерческую тайну, необходимые для осуществления антимонопольным органом полномочий, предусмотренных настоящим Кодексом, в срок, установленный антимонопольным органом, который не может быть менее пяти рабочих дней.

1. Ст. 196 ПК РК предусматривает специальные правила для проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (далее – анализ рынка), под которым понимается совокупность взаимозаменяемых товаров, обращающихся на определенной территории. Помимо ст. 196 ПК РК нормы, регламентирующие порядок проведения анализа рынка, также содержатся в Методике по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. № 741.

Проведение анализа рынка является ключевым элементом при реализации государственной антимонопольной политики, так как только правильно определив сам рынок и состояние конкуренции на нем, можно прийти к выводу о существовании угрозы или факта ограничения конкуренции. Поэтому согласно п. 1 комментируемой статьи в качестве целей проведения анализа рынка указаны:

- 1) определение уровня конкуренции;
- 2) выявление субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение;

3) разработка комплекса мер, направленных на защиту и развитие конкуренции, предупреждение, ограничение и пресечение монополистической деятельности.

Предупреждение нарушений законодательства в области защиты конкуренции указано в качестве самостоятельной цели анализа рынка в ст. 195 ПК РК.

Следуя логике указанных целей, в п. 1 раздела 1 Методики анализа рынка приведен перечень случаев, в которых требуется проведение анализа рынка. Итак, анализ рынка является обязательным при:

1) определении состояния конкуренции на товарных рынках и (или) формировании государственного реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на регулируемых рынках;

2) государственном контроле за экономической концентрацией;

3) выявлении признаков антиконкурентных соглашений и согласованных действий, злоупотребления доминирующим или монопольным положением;

4) проведении анализа деятельности государственных предприятий и юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц с целью установления целесообразности присутствия государства в предпринимательской среде.

Важно обратить особое внимание на случай проведения анализа рынка, указанный в п. 3) выше. Здесь речь идет о том, что при обнаружении признаков монополистической деятельности необходимо провести анализ рынка, поскольку процесс доказывания монополистической деятельности связан с определением товарного рынка, на котором такая деятельность осуществляется, и особенностей его функционирования.

Так, злоупотребление доминирующим или монопольным положением требует определения такого положения субъекта рынка, которое бы давало ему возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на нем (п. 1 ст. 172 ПК РК). Для этого необходимо определить сам то-

варный рынок, а также долю на нем соответствующего субъекта рынка. В отношении оценки антиконкурентных соглашений и согласованных действий проведение анализа рынка также является крайне важным. Например, один из критериев антиконкурентных согласованных действий – это наличие совокупной доли рынка участников таких действий в размере 35 процентов и более (п.п.) 4 п. 2 ст. 170 ПК РК). Очевидно, что определить данную долю без проведения анализа рынка не представляется возможным.

Единственным видом монополистической деятельности, в отношении которого согласно п. 1 раздела 1 Методики анализа рынка не требуется проведение анализа рынка, являются антиконкурентные вертикальные соглашения субъектов рынка. В этой части Методика анализа рынка не согласуется с положениями ПК РК, так как п. 3 ст. 169 ПК РК устанавливает, что антиконкурентные вертикальные соглашения (за исключением запрещенных в п. 2 ст. 169 ПК РК) признаются допустимыми, если совокупная доля субъектов рынка – сторон вертикального соглашения на товарном рынке не превышает двадцати процентов. Естественно, что для определения таких рыночных долей необходимо сначала определить соответствующий товарный рынок путем проведения анализа рынка.

В контексте проведения анализа рынка отдельно следует обратить внимание на такой вид монополистической деятельности, как координация экономической деятельности субъектов рынка, предусмотренная в п. 5 ст. 169 ПК РК. Формально говоря, сама по себе координация экономической деятельности не является видом антиконкурентного соглашения, хотя нормы, регламентирующие такую координацию, и закреплены в специальной статье, касающейся антиконкурентных соглашений. При выявлении признаков координации экономической деятельности проведение анализа рынка также необходимо. Это обусловлено тем, что под координацией понимается согласование действий субъектов рынка третьим лицом, не осуществляющим деятельность на том товарном рынке (товарных рынках), на котором (которых) осуществляется согласование действий субъектов рынка. Таким образом, требуется проведение анализа рынка для определения товарного рынка, на котором осуществляется

согласование действий субъектов рынка, а также установления состава участников этого рынка.

При рассмотрении дел о монополистической деятельности анализ рынка в некоторых случаях требуется проводить не только в отношении того рынка, на котором такая деятельность имела место, но и на иных рынках, связанных с выявлением нарушения. Например, согласно п.п.) 1 п. 1 ст. 175 ПК РК при доказывании монопольно высоких цен нужно также анализировать цены на сопоставимых рынках, но для этого, естественно, нужно сначала определить такие рынки⁶⁹.

2. Анализ рынка состоит из нескольких этапов. При этом обязательными этапами анализа рынка во всех случаях являются этапы, составляющие определение границ товарного рынка, т.е. территории, на которой потребители приобретают товар или взаимозаменяемый товар, если его приобретение нецелесообразно за пределами данной территории по экономическим, технологическим и другим причинам (п. 4 ст. 196 ПК РК). Определение границ товарного рынка анализируется во всех четырех случаях проведения анализа рынка, предусмотренных в п. 1 раздела 1 Методики анализа рынка, о которых было сказано выше. Более того, антимонопольный орган осуществляет определение границ товарного рынка также и по мотивированному обращению физического лица, субъекта рынка и (или) объединений юридических лиц, а также государственного органа (п.п.) 3 п. 6 ст. 196 ПК РК). В определение границ товарного рынка входят следующие этапы.

(1) Определение взаимозаменяемых товаров

Прежде чем подробно говорить об этом этапе, необходимо коротко остановиться на понятии самого товара. Согласно п. 4 ст. 196 под «товаром» понимается товар, работа, услуга, являющиеся объектом гражданского оборота. Таким образом, товарами являются объекты гражданских прав, предназначенные для гражданского оборота, т.е. обладающие оборотоспособностью (ст. 115 и ст. 116 ГК РК). Так, например, личные неимуществ-

⁶⁹ На практике, например, встречаются дела, в которых оценивается корректность анализа сопоставимых рынков: см., например, Постановление Административного суда Зырянского района от 20 января 2015 г. по делу № 3-13/2015.

венные блага и права не могут быть товаром, так как, по общему правилу, они являются неотчуждаемыми и непередаваемыми (п. 4 ст. 116 ГК РК).

В соответствии с п. 4 ст. 196 ПК РК «взаимозаменяемыми товарами» является группа товаров, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене, а также другим параметрам таким образом, что потребитель заменяет их друг другом в процессе потребления (производства). Следовательно, главным фактором взаимозаменяемости является позиция потребителя в отношении возможности заменить один товар другим. При этом такая позиция потребителя должна быть связана с приобретением товара для целей конечного потребления товара (включая промышленное потребление товара), а не его последующей перепродажи, поскольку под потребителями понимаются, физические или юридические лица, приобретающие товар для собственных нужд (п. 1 ст. 161 ПК РК). Взаимозаменяемые товары, определяемые при анализе рынка, в экономической теории и международном антимонопольном правоприменении называются продуктовыми границами рынка или продуктовым рынком (product market).

Порядок определения взаимозаменяемых товаров включает в себя несколько стадий, пропуск любой из которых может быть основанием для формирования ошибочного вывода о товарном рынке.

Определение наименования товара

На этой предварительной стадии определяется круг потенциально взаимозаменяемых товаров для последующего анализа. Учитываются следующие основные источники для определения потенциально взаимозаменяемых товаров (п. 8 Методики анализа рынка): (1) товарные словари или справочники товароведов; (2) заключения специалистов, имеющих специальные знания в соответствующей сфере; (3) решения о предоставлении лицензий, документов, подтверждающих наличие лицензии; и (4) условия договоров, предметом которых является рассматриваемый товар.

Данная стадия имеет большое значение, поскольку здесь определяется отправная точка (т.е. примерный товар) для после-

дующего анализа взаимозаменяемых товаров. Поэтому целесообразно использовать максимальное количество из указанных выше доступных источников для определения потенциально взаимозаменяемых товаров. После этой стадии осуществляется оценка свойств товара, определяющих выбор покупателя, и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для рассматриваемого товара.

Определение свойств товара, определяющих выбор покупателя, и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара

В рамках этой стадии оцениваются следующие свойства товаров (п. 9 Методики анализа рынка): (1) функциональное назначение и применение товара, в том числе цель потребления товара и его потребительские свойства; (2) качественные характеристики, в том числе вид, сорт, упаковка, особенности в системе распространения и сбыта; (3) технические характеристики, в том числе эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, технического обслуживания (включая гарантийное обслуживание), особенности профессионального использования (производственного потребления); (4) цена; (5) условия реализации, в том числе размер партий товаров, способ реализации товара; и (6) характеристики товара.

Для разных видов товаров состав свойств, определяющих выбор покупателя, и их влияние на формирование такого выбора, может отличаться. Более того, набор таких свойств может отличаться среди разных групп покупателей, поэтому для целей репрезентативности полученных результатов целесообразно проводить исследование свойств товара применительно к разным группам покупателей.

В соответствии с п. 10 Методики анализа рынка определение потенциально взаимозаменяемых товаров осуществляется на основе:

(а) Экспертных оценок. Такие оценки могут учитывать как статистические данные государственных органов, так и данные (включая отчетность и иную статистическую информацию) самих субъектов рынка (п. 2 ст. 196 ПК РК); и

(б) Анализа сопоставимых по существенным свойствам товаров, входящих вместе с рассматриваемым товаром в одну клас-

сификационную группу казахстанских классификаторов видов экономической деятельности. При невозможности установления точной классификационной позиции, соответствующей данному товару, рассматривается группировка классификационных позиций (п. 10 Методики анализа рынка).

Непосредственное определение взаимозаменяемых товаров

Эта стадия является основной, поскольку именно здесь определяется совокупность взаимозаменяемых товаров, обращающихся на одном товарном рынке. Повторяя п. 4 ст. 196 ПК РК, п. 11 Методики анализа рынка устанавливает, что определение взаимозаменяемых товаров основывается на фактической замене товаров покупателем или готовности покупателя заменить одни товары другими в процессе потребления (в том числе производственного), учитывая их функциональное назначение, применение, качественные и технические характеристики, цену и параметры.

Мнения разных потребителей могут не совпадать, поскольку цели конечного потребления у них могут существенно отличаться. Например, одни потребители представляют собой физических лиц, приобретающих товар для личного использования, другие потребители – промышленные предприятия, покупающие товар для последующей его переработки и производства нового товара. Так, в п. 13 Методики анализа рынка предусмотрено, что покупатели могут делиться на разные группы (1) по способу и формам участия в обороте товара, в том числе оптовые покупатели и розничные покупатели; (2) по месту приобретения товара; (3) по предъявляемым к товару требованиям. На принадлежность разных групп покупателей к разным товарным рынкам может указывать возможность субъектов рынка – продавцов товара устанавливать разные цены для таких групп покупателей.

Взаимозаменяемые товары определяются на основании следующих тестов (все они предусмотрены в п. 14 Методики анализа рынка):

• **Тест гипотетического монополиста.** Этот тест является основным для определения взаимозаменяемых товаров антимонопольными органами во всем мире. Официально он был впервые закреплён в Рекомендациях по слияниям Министерства юстиции

США, принятых в 1982 г.⁷⁰ Тест гипотетического монополиста также закреплен в Справке Европейской комиссии об определении релевантного рынка для целей права конкуренции, применяемого в Европейском Союзе. Европейская комиссия проводит его в рамках определения взаимозаменяемости товара с точки зрения спроса (demand substitution).⁷¹ В странах ЕАЭС тест гипотетического монополиста также является основным для определения взаимозаменяемых товаров. Например, согласно п. 3.8 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службой России от 28.04.2010 г. № 220, в случае проведения теста гипотетического монополиста не требуется применять иные методы для целей определения взаимозаменяемых товаров.

Проведение теста гипотетического монополиста состоит в определении готовности покупателей, приобретающих один товар, заменить его на другие товары при долговременном (1 год и более) повышении цены на такой рассматриваемый товар на 5–10%, при условии, что цены на другие товары останутся неизменными, и при прочих равных условиях конкуренции. Рассматриваемый товар и такие «другие» товары считаются взаимозаменяемыми, если позиция покупателей указывает на их готовность к вышеуказанной замене, и в результате этой замены происходит или произойдет снижение объема продаж, делающее такое повышение цен на рассматриваемый товар невыгодным для продавца или продавцов.

Тест гипотетического монополиста необходимо проводить до тех пор, пока не будет выявлена группа товаров, цена на которые может быть повышена (в течение 1 года и более) на 5-10% без снижения выгоды для продавца (совокупной выгоды для продавцов). Товары, входящие в такую группу, признаются взаимозаменяемыми товарами (п. 15 Методики анализа рынка).

Поскольку тест гипотетического монополиста учитывает мнение потребителей относительно возможной замены ими одного товара на другие, такое мнение можно определить только в

70 См. <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>

71 См. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209(01))

рамках опроса потребителей. Поэтому в п. 12 Методики анализа рынка предусмотрено, что при определении взаимозаменяемых товаров ведомства антимонопольного органа используется информация по итогам опроса потребителей. Как было указано выше, на рынке могут существовать разные группы покупателей, чья позиция в отношении взаимозаменяемости может отличаться. В этой связи опрос должен быть репрезентативен в том смысле, что он должен охватывать разные группы покупателей с разными потребительскими предпочтениями⁷².

Например, для определения взаимозаменяемости такого товара, как телеканалы, для операторов телерадиовещания антимонопольным органом был проведен тест гипотетического монополиста. У операторов телерадиовещания была запрошена информации о готовности (или отсутствии такой готовности) заменить ретрансляцию телеканалов РТР Планета, Россия 24, Россия К., РЕН ТВ, НТВ МИР, TVCI, и пакета телеканалов «Первый канал. Всемирная сеть», «Дом кино», «Карусель», «Музыка Первого», «Время: далекое и близкое», «Телекафе» другими телеканалами в случае долговременного (1 год и более) повышения цены на 5-10% на право ретрансляции данных телеканалов. В случае наличия готовности такой замены вышеуказанных телеканалов другими телеканалами, необходимо было указать, на какие именно телеканалы возможна замена.

По итогам опроса потребителей установлено, что свыше 80% опрошенных считают, что анализируемые телеканалы не имеют альтернативной замены, что привело антимонопольный орган к выводу о том, что указанные телеканалы формируют отдельный товарный рынок⁷³.

Или другой пример: в результате применения теста гипотетического монополиста при анализе рынка оптовой реализации чая путем опроса потребителей антимонопольный орган пришел к выводу о взаимозаменяемости черного гранулированного чая на другие виды чая (например, на листовую или зеленый)⁷⁴.

72 Несоответствие опроса потребителей требованию репрезентативности может привести к неправильному определению взаимозаменяемых товаров.

73 Аналитический отчет по результатам анализа рынка передачи (предоставления) неисключительного права на сообщение (распространение) для всеобщего сведения пакета телеканалов (телепрограмм, входящих в состав программных блоков), подготовленный за период 2013 г., 2014 г. и 10 месяцев 2015 г. Комитетом по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан.

74 Аналитическая информация товарных рынков в сфере агропромышленного комплекса за 2015 г., подготовленная Комитетом по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан.

• **Анализ ценообразования и динамики цен.** Этот метод также применяется многими иностранными антимонопольными органами. Например, Европейская комиссия оценивает сходства в структуре ценообразования и анализирует корреляцию между уровнями цен разных товаров⁷⁵. Суть этого метода состоит в анализе соотношения цен на разные товары и оценке корреляции таких цен или их уровней. Так, неравенство уровней цен на товары может свидетельствовать о том, что они обращаются на различных рынках, т.е. они не являются взаимозаменяемыми. Однако даже при неравенстве уровней цен товары могут быть взаимозаменяемыми, если между изменением их цен существует высокая корреляция. С одной стороны, высокий уровень корреляции цен может указывать только на схожесть расходов, связанных с реализацией и производством таких товаров. С другой стороны, высокая корреляция динамики цен может свидетельствовать о единых тенденциях в формировании спроса на эти товары, что как раз является основанием для вывода о взаимозаменяемости таких товаров.

• **Изменения объема спроса при изменении цен.** Этот метод в экономической теории и, соответственно, в антимонопольном правоприменении получил название «определения показателя перекрестной эластичности спроса» (price elasticity of demand). Он также применяется многими иностранными антимонопольными органами⁷⁶. Суть этого метода состоит в определении соотношения между изменением спроса на конкретный товар и соответствующим изменением цены на этот товар. Чем выше показатель такого соотношения, тем выше вероятность, что товары являются взаимозаменяемыми. При этом отсутствует какое-либо четкое пороговое значение такого показателя, при котором товары считаются априори взаимозаменяемыми или, наоборот, невзаимозаменяемыми. Например, при росте цены на товар в одном качественном сегменте спрос на этот товар может измениться в меньшем процентном значении, чем рост указной цены, за счет переключения покупателей на товары

75 П. 39 Справки Европейской комиссии об определении релевантного рынка для целей права конкуренции, применяемого в Европейском Союзе, см. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209(01))

76 Там же.

в других качественных сегментах этой же товарной группы. В такой ситуации товары в разных качественных сегментах одной товарной группы могут быть взаимозаменяемыми и относиться к одному рынку.

(2) Определение границ товарного рынка или географических границ рынка

Границы товарного рынка согласно п. 4 ст. 196 ПК РК определяют территорию, на которой потребители приобретают товар или взаимозаменяемый товар, если его приобретение нецелесообразно за пределами данной территории по экономическим, технологическим и другим причинам. Поскольку здесь речь идет о территории обращения товара, то границы товарного рынка также называются географическими границами рынка (см. п. 8 ст. 196 ПК РК). Как и в случае с определением взаимозаменяемых товаров, определение границ товарного рынка основывается на возможности покупателя заменить товар: (а) если товар с одной территории может быть заменен покупателем товаром с другой территории, то такие территории относятся к одному товарному рынку; (б) если же товар может быть приобретен покупателем только в пределах конкретной территории, то рынок данного товара будет ограничен этой территорией.

В соответствии с п. 5 ст. 196 ПК РК, а также п. 17 Методики анализа рынка границы товарного рынка определяются с учетом доступности приобретения товаров по следующим критериям:

- (1) возможность приобретения товара на данной территории;
- (2) обоснованность и оправданность транспортных затрат относительно стоимости товара;
- (3) сохранение качества, надежности и других потребительских свойств товара при его транспортировке;
- (4) отсутствие ограничений (запретов) купли-продажи, ввоза и вывоза товаров;
- (5) наличие равных условий конкуренции на территории, в пределах которой осуществляются реализация, поставка товаров.

Вышеуказанные критерии могут определяться как исходя из мнения потребителей товара на соответствующей территории, так и на основании фактических данных о реализации и транспортировке товара в рамках соответствующей территории.

Необходимо отметить, что в казахстанской практике примеров судебных решений, которые выявляли бы ошибки антимонопольного органа в исследовании и анализе рынка для целей антимонопольного рассмотрения и решались в пользу субъектов рынка, очень мало.

Так, одним из таких решений является решение Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 27 марта 2012 г. по делу № 2-1840/12, которым АО «Евразиян Фудс Корпорэйшн» было исключено из Реестра доминантов в связи с тем, что антимонопольным ведомством неправильно определены субъекты и географические границы рынка⁷⁷.

Определение границ товарного рынка включает в себя следующие две стадии (п. 17 Методики анализа рынка).

Первая стадия: выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара покупателем (покупателями)

В соответствии с п. 20 Методики анализа рынка при определении условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара покупателем (покупателями), учитывается следующее:

(а) Требования к условиям транспортировки товара, обеспечивающие сохранение потребительских свойств товара, и прочие требования. Как правило, чем выше требования к транспортировке, тем меньшая территория может включаться в границы товарного рынка. Например, транспортировка скоропортящихся товаров требует специальных холодильных камер, использование которых приводит к удорожанию транспортировки;

(б) Организационно-транспортные схемы приобретения товара покупателями. В рамках данного пункта учитывается процесс доставки товара непосредственно к потребителю либо логистика самих потребителей, связанная с их прибытием на место продажи товара;

(в) Возможность перемещения товара к покупателю или покупателя к товару. Этот пункт пересекается с предыдущим. Однако здесь акцент делается именно на оценке технической, финансо-

⁷⁷ См. Анализ состояния конкуренции и определение границ товарного рынка / А.Т. Айтжанов и И.В. Князева; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2016. – С.60.

вой и иной возможности перемещения товара между продавцом и покупателем;

(г) Наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения рассматриваемого товара (покупателя рассматриваемого товара). Наличие свободных транспортных мощностей, а также высокая конкуренция на рынках транспортных услуг также положительным образом влияют на условия обращения товара с использованием таких транспортных ресурсов; и

(д) Региональные особенности спроса на рассматриваемый товар, включая потребительские предпочтения. Отдельные регионы могут иметь специальные характеристики спроса, формирующиеся на территориях таких регионов. Особенно это актуально, когда в соответствующих регионах есть крупные локальные («домашние») производители, способные влиять на формирование потребительских предпочтений в данных регионах.

На основании выявленных условий обращения товара делается предположение относительно территории, на которой, вероятно, обращается товар, и которая возможно составляет границы товарного рынка.

Вторая стадия: определение территорий, входящих в границы рассматриваемого товарного рынка

На этой стадии происходит определение границ товарного рынка. Для этих целей используются следующие основные тесты.

• **Ценовой тест.** В рамках данного теста оценивается разница в ценах на товар на рассматриваемой территории по сравнению с другими территориями. Согласно п. 21 Методики анализа рынка, если цена товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), оказывается более чем на 10% выше средневзвешенной цены товара, доступного покупателю (покупателям) в пределах предварительно определенных границ рассматриваемого товарного рынка, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам. Здесь важно отметить, что сравнение цен должно производиться в отношении аналогичных товаров, реализуемых на разных территориях, т.е.

товаров, обладающих сопоставимыми качественными и количественными характеристиками. Также средневзвешенные цены, сформировавшиеся на одной территории за определенный период, должны сравниваться со средневзвешенными ценами на другой территории, которые сформировались за точно такой же временной период.

Ценовой тест исходит из предположения, что при более чем 10% -ном превышении цены на товары на разных территориях потребители рассматривают такие территории как разные товарные рынки. Однако это предположение является формальным и может быть опровергнуто за счет применения тестов, основанных на использовании фактической информации о товаропотоках между разными территориями, а также информации о реальной возможности потребителей приобретать товар на иных территориях, несмотря на более высокую цену товара (более 10%) на таких территориях. Эти тесты приведены ниже.

• **Тест гипотетического монополиста.** По аналогии с определением взаимозаменяемых товаров тест гипотетического монополиста также применяется и для определения границ товарного рынка (п. 22 Методики анализа рынка). Это характерно также и для иностранных антимонопольных органов⁷⁸. Применение данного теста сводится к определению выгоды повышения цены на товар на определенной территории на 5-10% в условиях возможного переключения спроса на аналогичный товар, реализуемый на других территориях. Если это не выгодно для продавца или продавцов, то такие «другие» территории должны также включаться в границы товарного рынка. Данный тест также проводится через проведение опроса потребителей на разных территориях.

Например, в рамках проведения в 2015 г. анализа рынка услуг по предоставлению стоянки для транспортных средств на привокзальной площади АО «Международный аэропорт Астана» антимонопольный орган применил тест гипотетического монополиста и определил, что «перевозчики-такси, в случае небольшого, но существенного и долговременного повышения аэропортом Астаны на 5-10% платы за пользование

⁷⁸ См., например, п. 17 Справки Европейской комиссии об определении релевантного рынка для целей права конкуренции, применяемого в Европейском Союзе, см. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209(01))

парковочных машино-мест, не готовы заменить его другими местами за пределами аэропорта Астаны»⁷⁹.

• **Анализ фактических районов продаж и районов приобретения товара (п. 22 Методики анализа рынка).** Этот тест опирается на фактические данные наличия продаж товара продавцами с одной территории покупателям с другой территории. В экономической теории и международной антимонопольной практике тест, целью которого является анализ фактического товарооборота между разными территориями, известен под названием тест Elzinga-Hogarty⁸⁰. В рамках данного теста границами рынка является только территория, за пределы которой вывозится и (или) на которую ввозится не более 10% от общего объема товарной массы, обращаемой на этой территории. Если разные территории связывает существенный оборот товара (т.е. более 10% от товарной массы на любой из территорий), то есть основания включать такие территории в один товарный рынок.

Анализ фактических районов продаж, например, был сделан антимонопольным органом при проведении анализа рынка услуг по реализации (предоставлению) бланков железнодорожных проездных документов (билетов) для оформления проездного документа.

Так, в анализе указано, что границами рынка определена территория Республики Казахстан, так как услуги по реализации и предоставлению бланков ж/д проездных документов осуществляются на всей территории республики⁸¹.

По итогам применения указанных тестов делается вывод о границах, составляющих товарный рынок (т.е. географических границах рынка). Важно отметить, что для корректного опре-

79 П. 2.2.4 Отчета Министерства национальной экономики Республики Казахстан о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и мерах, принимаемых по ограничению монополистической деятельности за 2015 год.

80 См., например, http://econex.co.za/wp-content/uploads/2015/04/econex_researchnote_3.pdf

81 Анализ рынка услуг по реализации (предоставлению) бланков железнодорожных проездных документов (билетов) для оформления проездного документа, подготовленный за период 2012 г. и 9 месяцев 2013 г. Управлением анализа сфер транспорта и связи Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан.

деления границ рынка необходимо правильное определение взаимозаменяемых товаров. Определение взаимозаменяемых товаров в этом смысле первично. Соответственно, неправильное определение взаимозаменяемых товаров ставит под вопрос правильность определения границ товарного рынка.

Неправильное определение товарных и географических границ рынков на практике приводит к следующим последствиям:

– неоправданному сужению границ рынка, что создает механические условия появления доминантов;

– неверному выделению круга субъектов рынка, признающихся конкурентами и квалификации заключенного между ними соглашения как горизонтального (картеля) (при расширительном толковании понятия);

– многочисленным судебным разбирательствам между субъектами рынка и антимонопольными органами и отвлечению огромных ресурсов.

(3) Расчет объема товарного рынка и рыночных долей

Одним из ключевых этапов анализа рынка является также определение его общего объема и рыночных долей субъектов рынка. Естественно, что в первую очередь должен быть определен состав самих субъектов рынка.

Так, в решении Специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны от 1 июня 2012 г. по делу № 02-3302-12 отмечается, что «в Анализе рынка реализации цемента Агентством неверно определены субъекты рынка, т.е. Анализом не все субъекты рынка были исследованы, а именно ТОО «Кордайский цементный завод» в Анализе не отражен. Тем самым не исследован его объем производства и реализации цемента. Также в анализе конкретно не указаны названия субъектов, занимающихся импортом цемента в Республику Казахстан, тогда как в одной Жамбылской области импортом цемента занимается 31 субъект. Агентством не представлены суду сведения по остальным областям Республики касательно субъектов рынка, занимающихся импортом цемента в Республику Казахстан»⁸².

Суд пришел к выводу, что «не охватив и не исследовав в полном объеме всех субъектов исследуемого рынка (реализация цемента), т.е. всех отечественных производителей и импортеров цемента в Республику Казахстан, антимонопольный орган не мог объективно и достоверно установить наибольшие доли субъекта по реализации цемента и определить

⁸² См. Анализ состояния конкуренции и определение границ товарного рынка / А.Т. Айтжанов и И.В. Князева; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2016. – С.61.

возможность контролирования рынка реализации цемента, а также оказывания влияния на рынок⁸³».

Согласно п. 7 ст. 196 ПК РК и п. 34 Методики анализа рынка расчет объема товарного рынка за определенный период времени в пределах границ рассматриваемого рынка определяется как сумма реализации субъектами рынка товара или взаимозаменяемых товаров в натуральном или стоимостном выражении с учетом объемов ввоза и вывоза товара или взаимозаменяемых товаров. Таким образом, для расчета общего объема товарного рынка принимается во внимание вся товарная масса, обращающаяся на таком рынке, вне зависимости от источника ее происхождения. При этом из такого общего объема исключается тот объем товара, который потребляется производителями товара для собственных нужд (п. 7 ст. 196 ПК РК и п. 34 Методики анализа рынка). Это связано с тем, что такой объем товара фактически не попадает в свободное обращение и поэтому не влияет на условия конкуренции на рынке. В случае необходимости, помимо фактических объемов товарного рынка могут быть определены также и прогнозные данные с учетом планируемых объемов производства товаров, запретов на ввоз и вывоз товаров (п. 38 Методики анализа рынка).

Согласно п. 37 Методики анализа рынка сумма объемов продаж для определения объемов рынка определяется следующими методами:

1) подсчет суммы объемов продаж по данным субъектов рынка, действующих на рассматриваемом товарном рынке, не допускающая повторный учет одного и того же товара (т.е. в случае перепродажи одного и того же товара по цепочки реализации или дистрибуции);

2) подсчет суммы объемов покупок товара по данным покупателей;

3) подсчет суммы объемов производства товара в границах рассматриваемого товарного рынка (за вычетом потребления рассматриваемого товара в процессе его производства и объема запасов) за вычетом объемов вывоза (экспорта) рассматриваемого товара с данной территории и с добавлением объемов ввоза

⁸³ Решение Специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны от 1 июня 2012 г. по делу № 02-3302-12.

(импорта) рассматриваемого товара на данную территорию, по данным производителей товаров и органов, контролирующих объемы ввоза и вывоза товаров. Данный метод целесообразно применять в случае проведения анализа товарного рынка в границах Республики Казахстан;

4) на основании сведений, предоставленных органами статистики и (или) иными государственными органами, в том числе местными исполнительными и представительными органами;

5) иным способом (иные показатели используются в тех случаях, когда из-за отраслевых особенностей они позволяют более точно охарактеризовать положение субъектов рынка на рассматриваемом товарном рынке с точки зрения конкуренции).

Согласно п. 39 Методики анализа рынка при государственном контроле за экономической концентрацией, а также при выявлении признаков антиконкурентных соглашений и согласованных действий, злоупотребления доминирующим или монопольным положением общей объем товарного рынка определяется только на основании данных, указанных в п. 4) выше. Это положение Методики анализа рынка не согласуется с новыми нормам ПК РК, а именно с п. 2 ст. 196 ПК РК, в котором предусмотрено, что анализ товарного рынка для любых целей производится, в том числе на основании данных, предоставляемых субъектами рынка и их объединениями.

В соответствии с п. 8 ст. 196 ПК РК и п. 34 Методики анализа рынка доля субъекта рынка определяется как отношение объема реализации субъектом рынка товара или взаимозаменяемых товаров в пределах географических границ рынка к общему объему соответствующего товарного рынка. Здесь важно обратить внимание, что доли рынка также могут исчисляться как в натуральном, так и стоимостном выражении. При этом в ряде случаев размер доли в натуральном выражении может существенно отличаться от размера доли в стоимостном выражении. Как правило, это имеет место в отношении дифференцированных по ценовым сегментам товаров (например, автомобили или бытовая техника). Например, у производителя премиального и дорогого товара доля рынка в стоимостном выражении (т.е. в денежных единицах) может быть гораздо выше, чем его доля в натуральном выражении (т.е., например, в штуках), так как количество проданных им товаров может быть не велико, но за счет высокой

стоимости таких товаров доля в стоимостном выражении может быть существенной. Ни ПК РК, ни Методика анализа рынка не содержат разъяснения в отношении того, из каких показателей (в натуральном или стоимостном выражении) предпочтительней исходить при расчете доли в такой ситуации⁸⁴. Европейская комиссия в таких случаях, как правило, учитывает долю в стоимостном выражении, поскольку такая доля лучшим образом отражает влияние на рынок соответствующего субъекта⁸⁵.

На практике для целей определения долей субъектов рынка не всегда удается собрать информацию от всех 100% участников рынка. Поэтому для расчета рыночных долей достаточно информации от субъектов рынка, доля объема поставки которых занимает в общем объеме поставки более 85 процентов (п. 9 ст. 196 ПК РК). При определении рыночной доли субъекта рынка, входящего в группу лиц, доля такого субъекта рынка определяется на общегрупповом уровне, т.е. как сумма долей субъектов рынка, входящих в одну группу лиц, действующих на одном товарном рынке (п. 34 Методики анализа рынка).

3. В заключении комментария к ст. 196 ПК РК важно отметить, что помимо указанных выше этапов анализа рынка существуют и иные этапы анализа рынка, проведение которых предусмотрено Методикой анализа рынка. К таким этапам анализа рынка относятся:

- 1) Определение временного интервала исследования товарного рынка (раздел 4 Методики анализа рынка).
- 2) Определение состава субъектов рынка, действующих на товарном рынке (раздел 5 Методики анализа рынка).
- 3) Оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке (раздел 7 Методики анализа рынка).
- 4) Определение барьеров входа на товарный рынок (раздел 8 Методики анализа рынка).
- 5) Оценка целесообразности присутствия государства на товарном рынке (раздел 9 Методики анализа рынка).

⁸⁴ Единственное, на что указывает Методика анализа рынка, так это на то, что показатели, используемые при расчете доли субъекта рынка на товарном рынке, приводятся в тех же единицах измерения, что и при расчете объема товарного рынка.

⁸⁵ См., например, п. 55 Справки Европейской комиссии об определении релевантного рынка для целей права конкуренции, применяемого в Европейском Союзе, см. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31997Y1209(01))

Статья 198. Предостережение о недопустимости нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

1. В целях предупреждения нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции антимонопольный орган направляет должностному лицу субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа предостережение в письменной форме о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

2. Основанием для направления предостережения является публичное заявление должностного лица субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и при этом отсутствуют основания для проведения расследования.

3. Решение о направлении предостережения принимается руководителем антимонопольного органа в срок не позднее десяти рабочих дней со дня, когда антимонопольному органу стало известно о публичном заявлении должностного лица субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа о планируемом поведении на товарном рынке.

4. Предостережение должно содержать:

1) выводы о наличии оснований для направления предостережения;

2) нормы законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которые могут быть нарушены.

1. Предостережение о недопустимости нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции (далее – предостережение) в антимонопольное законодательство Республики Казахстан было введено 5 мая 2015 г.

Предостережения антимонопольный орган направляет в целях предупреждения нарушения законодательства в письменной форме с указанием недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции. Направление предостережения является правом, а не обязанностью антимонопольного органа.

По каким составам антимонопольных запретов могут направляться предостережения? Поскольку ограничения по видам действий законодатель не устанавливает, предостережение может быть вынесено в отношении большинства действий, запрещаемых антимонопольным законодательством.

2. Основанием для направления предостережения является публичное заявление должностного лица субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и при этом отсутствуют основания для проведения расследования (п. 2 ст. 198 ПК РК).

Здесь для верного понимания применения института предостережений необходимо определить, каким способом может совершаться «публичное заявление» о планируемом поведении. С.А. Пузыревский полагает, что «публичным следует признать такое заявление должностного лица хозяйствующего субъекта, которое адресовано неопределенному кругу лиц и (или) сделано в условиях, позволяющих получить информацию, содержащуюся в таком заявлении, неопределенному кругу лиц (сообщение на конференции, интервью, размещаемое в средствах массовой информации, опубликование сообщения на интернет-сайте и т.д.)»⁸⁶.

Таким образом, публичным заявлением можно считать распространение любым способом информации, содержащейся в за-

⁸⁶ Пузыревский С.А. Новые инструменты антимонопольного регулирования // Конкуренция и право, - 2012, № 2.

явлении должностного лица субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа о планируемом поведении при помощи любых способов для неопределенного круга лиц.

3. Решение о направлении предостережения принимается руководителем антимонопольного органа в срок не позднее десяти рабочих дней со дня, когда антимонопольному органу стало известно о публичном заявлении должностного лица субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа о планируемом поведении на товарном рынке.

4. Предостережение должно содержать:

1) выводы о наличии оснований для направления предостережения;

2) нормы законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которые могут быть нарушены.

Каким образом антимонопольный орган может установить, что планируемое поведение субъекта на товарном рынке, должностное лицо которого публично заявило о планах на такие действия, может привести к нарушению антимонопольного законодательства? Для этого необходимо фактически определить нарушение антимонопольного законодательства, которое может быть совершено, если планируемые действия субъекта рынка, указанные в публичном заявлении, будут реализованы.

Вместе с тем, о применении института предостережений в отношении планируемых действий, которые могут содержать признаки нарушений по ст. 174 ПК РК, и уведомлений после полной отмены Реестра с января 2017 г., возможно, следует рассуждать лишь теоретически. Так, при применении института предостережения и рассмотрении антимонопольным органом публичных заявлений должностных лиц субъектов, содержащих признаки нарушения норм ст. 174 ПК РК, антимонопольный орган должен устанавливать наличие доминирующего субъекта рынка, должностное лицо которого допустило публичное заявление. После отмены института Реестра, определить доминирующее положение субъекта за 10 дней, в течение которых должно быть направлено предостережение, является невозможным. Исключением могут быть лишь государственные монополии, а также крупные субъекты рынка на олигополистических рынках.

Необходимо также отметить, что за неисполнение предостережения антимонопольного органа действующим законодательством ответственность не установлена⁸⁷. В случае если должностное лицо субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа не отреагирует на полученное предостережение путем отказа от планируемого действия, то антимонопольный орган начинает расследование нарушений норм антимонопольного законодательства. Только после проведения расследования в случае достаточности доказательств о нарушении законодательства в области защиты конкуренции нарушителей могут привлекать к ответственности. При этом неисполнение предостережения не может являться отягчающим административную или иную ответственность обстоятельством, так как на дату направления предостережения (публичного заявления) административное правонарушение в сфере защиты конкуренции еще не было совершено (не доказано).

⁸⁷ Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 244.

Статья 199. Уведомление о наличии в действиях (бездействии) субъекта рынка признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

1. При наличии в действиях (бездействии) субъекта рынка признаков злоупотребления доминирующим или монопольным положением, предусмотренных подпунктами 3),5) и 7) статьи 174 настоящего Кодекса, антимонопольный орган направляет субъекту рынка, занимающему доминирующее или монопольное положение, уведомление о наличии в его действиях (бездействии) признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции без проведения расследования.

Уведомление направляется в срок не позднее десяти рабочих дней со дня, когда антимонопольному органу стало известно о наличии указанных признаков.

Порядок выдачи уведомления и его форма утверждаются антимонопольным органом.

2. Антимонопольный орган выносит решение о проведении расследования, если субъект рынка не прекратил в течение десяти рабочих дней действия (бездействия), указанные в уведомлении.

3. Если в течение одного календарного года с момента вынесения уведомления антимонопольный орган обнаружит в действиях (бездействии) того же субъекта рынка признаки одного из злоупотреблений доминирующим или монопольным положением, перечисленные в пункте 1 настоящей статьи, антимонопольный орган выносит решение о проведении расследования без направления уведомления.

1. Целью нового инструмента антимонопольного воздействия – уведомления – является применение при наличии при-

знаков нарушений предупредительных мер без проведения расследования и привлечения к ответственности. Введение такого института приобретает актуальность с получением права антимонопольного органа определять и выявлять монопольное или доминирующее положение в рамках проводимого расследования, а также ввиду отмены Реестра субъектов рынка.

Данный инструмент позволит устранять правонарушения и причины их возникновения и, по сути, является превентивной мерой для недопущения монополистической деятельности. При этом внедрение данного инструмента не повлечет за собой административной ответственности, ведь следствием игнорирования субъектами рынка предупреждений антимонопольного органа будет являться возбуждение расследований.

2. Необходимо отметить, что уведомление выдается только субъектам рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, и лишь при наличии признаков нарушений, предусмотренных п.п.) 3, 5 и 7 ст. 174 ПК РК «Злоупотребление доминирующим или монопольным положением».

Уведомление направляется в срок не позднее десяти рабочих дней со дня, когда антимонопольному органу стало известно о наличии указанных признаков.

Порядок выдачи уведомления и его форма утверждаются антимонопольным органом. Последний выносит решение о проведении расследования, если субъект рынка не прекратил в течение десяти рабочих дней действия (бездействия), указанные в уведомлении (п. 2 ст. 199 ПК РК).

3. Уведомления не могут выдаваться повторно одному субъекту рынка в течение одного года. Если в течение одного календарного года с момента вынесения уведомления, антимонопольный орган обнаружит в действиях (бездействии) того же субъекта рынка признаки одного из злоупотреблений доминирующим или монопольным положением, перечисленные в п. 1 ст. 199, антимонопольный орган выносит решение о проведении расследования без направления уведомления (п. 3 ст. 199 ПК РК).

Необходимо также отметить, что за неисполнение уведомления антимонопольного органа действующим законодательством ответственность не установлена. В случае если субъект рынка, занимающий доминирующее или монопольное положение, не

устранит признаки нарушений, то антимонопольный орган начинает расследование нарушений норм антимонопольного законодательства. Только после проведения расследования в случае достаточности доказательств о нарушении законодательства в области защиты конкуренции нарушителей могут привлекать к ответственности. При этом неисполнение уведомления не может являться отягчающим административную или иную ответственность обстоятельством, так как на дату направления уведомления административное правонарушение в сфере защиты конкуренции еще не было совершено (не доказано)⁸⁸.

Департаментом Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан по Северо-Казахстанской области в адрес АО «Сев-казэнерго» (далее - АО) вынесено уведомление о наличии в действиях субъекта рынка, занимающего монопольное положение, признаков злоупотребления монопольным положением в нарушение законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции. Основанием для вынесения уведомления послужил отказ АО в заключении договора купли-продажи электрической энергии с ТОО «Қызылжар Су» при наличии возможности заключения договора. Данное уведомление исполнено АО в установленные сроки. Между АО и ТОО «Қызылжар Су» заключен договор купли-продажи электрической энергии.

⁸⁸ Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 244.

Статья 200. Государственный контроль за экономической концентрацией

1. В целях предотвращения возникновения или усиления монопольного положения и (или) ограничения конкуренции антимонопольный орган осуществляет государственный контроль за экономической концентрацией, выражающийся в предварительном получении согласия антимонопольного органа на осуществление сделок (действий), указанных в подпунктах 1), 2) и 3) пункта 1 статьи 201 настоящего Кодекса, либо его уведомлении о сделках, указанных в подпунктах 4) и 5) пункта 1 статьи 201 настоящего Кодекса.

2. Субъекты рынка, намеревающиеся совершить либо совершившие экономическую концентрацию, обращаются в антимонопольный орган с ходатайством о даче согласия на экономическую концентрацию или уведомляют антимонопольный орган о совершенной экономической концентрации в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом.

3. Субъекты рынка, намеревающиеся совершить экономическую концентрацию, указанную в подпунктах 4) и 5) пункта 1 статьи 201 настоящего Кодекса, вправе обратиться с ходатайством в антимонопольный орган для предварительного получения согласия в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом.

4. В случае, если экономическая концентрация проводится с применением конкурсных процедур (аукционы, тендеры, конкурсы), ходатайство может представляться как до начала конкурсной процедуры, так и после, но не позднее тридцати календарных дней с даты объявления победителя, если иное не предусмотрено законодательством Республики Казахстан.

5. Государственная регистрация, перерегистрация субъектов рынка, а также прав на недвижимое имущество в случаях,

предусмотренных подпунктами 1) и 3) пункта 1 статьи 201 настоящего Кодекса, осуществляются регистрирующим органом с согласия антимонопольного органа.

6. Экономическая концентрация, совершенная без согласия антимонопольного органа, которая привела к установлению или усилению доминирующего или монопольного положения субъекта рынка или группы лиц и (или) ограничению конкуренции, может быть признана судом недействительной по иску антимонопольного органа.

Государственная регистрация, перерегистрация субъекта рынка, прав на недвижимое имущество, осуществленные в нарушение настоящей статьи, могут быть признаны в судебном порядке незаконными и отменяются по иску антимонопольного органа.

1. Данная статья дает определение цели государственного контроля за экономической концентрацией и устанавливает основные подходы к ней. Так, согласно п. 1 сделки, подпадающие под определение экономической концентрации, приведенное в ст. 201 ПК РК, подлежат государственному (антимонопольному) контролю в целях предотвращения возможных ограничений конкуренции и (или) возникновения или усиления монопольного положения.

Для определения вышеперечисленных сделок в качестве объектов антимонопольного контроля они должны отвечать отдельным критериям, установленным п. 3 ст. 201 ПК РК. В частности, соответствовать пороговым значениям балансовой стоимости активов или объему реализации товаров, задействованных в сделке субъектов рынка, выраженном в месячных расчетных показателях (далее - МРП). Так, обращение в антимонопольный орган требуется, если совокупная балансовая стоимость активов реорганизуемых субъектов рынка (группы лиц) или приобретателя (группы лиц), а также субъекта рынка, акции (доли участия в уставном капитале, паи) с правом голоса которого приобретаются, или их совокупный объем реализации товаров за последний финансовый год превышает десятимиллионнократный размер МРП, установленный на дату подачи ходатайства

(уведомления)⁸⁹ (более подробное см. в комментариях к ст. 201 ПК РК).

Действительно, бесконтрольные слияния субъектов рынка могут привести к концентрации рынка и последующему ограничению конкуренции.

Контроль сделок осуществляется посредством получения предварительного согласия антимонопольного органа либо его уведомлением. При этом получение согласия осуществляется путем направления ходатайства в соответствии со ст. 203 ПК РК.

По сделкам, подлежащим уведомлению, допускается получение предварительного согласия путем направления ходатайства. Данная норма направлена на исключение возможного запрета сделок после их совершения.

2. Также предусмотрены исключения по сделкам, совершаемым с применением конкурсных процедур (аукционы, тендеры, конкурсы), которые могут быть согласованы как до проведения конкурсных процедур, так и после. Однако, отдельные процедурные нормы по рассмотрению антимонопольным органом ходатайств или уведомлений по сделкам, совершаемым с применением конкурсных процедур, отсутствуют.

Несмотря на то, что в п. 5 комментируемой статьи указано, что государственная регистрация, перерегистрация субъектов рынка, а также прав на недвижимое имущество в случаях, предусмотренных п.п.) 1 и 3 п. 1 ст. 201 ПК РК, осуществляются регистрирующим органом с согласия антимонопольного органа, в Законе РК «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» такая норма прямо не предусмотрена.

В данном Законе указано, что *«государственная регистрация субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке, а также государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на*

89 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 126.

территории Республики Казахстан, за исключением случаев, когда такое создание прямо предусмотрено законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан или постановлениями Правительства Республики Казахстан, осуществляется регистрирующим органом с согласия антимонопольного органа».

При этом, п. 3-1 ст. 21 Закона Республики Казахстан «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» устанавливает, что в случае, если в заявлении на регистрацию содержатся сведения о том, что совокупная балансовая стоимость приобретаемых или продаваемых активов превышает размеры, установленные законодательством Республики Казахстан в области защиты конкуренции, то заявителем помимо документов, указанных в п. 2 и 3 настоящей статьи, представляется предварительное письменное согласие антимонопольного органа.

3. Кодексом Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» предусмотрена ответственность за совершение экономической концентрации без согласования с антимонопольным органом и несоблюдение условий согласования. При этом, в соответствии с п. 6 комментируемой статьи ПК РК, антимонопольный орган имеет право обратиться с иском в суд об отмене сделок, которые привели к установлению или усилению доминирующего или монопольного положения субъекта рынка, или группы лиц и (или) ограничению конкуренции.

Статья 201. Экономическая концентрация

1. Экономической концентрацией признаются:

1) реорганизация субъекта рынка путем слияния или присоединения;

2) приобретение лицом (группой лиц) голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) субъекта рынка, при котором такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем пятьюдесятью процентами указанных акций (долей участия в уставном капитале, паев), если до приобретения такое лицо (группа лиц) не распоряжалось (не распоряжалась) акциями (долями участия в уставном капитале, паями) данного субъекта рынка или распоряжалось пятьюдесятью или менее процентами голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) указанного субъекта рынка.

Данное требование не распространяется на учредителей юридического лица при его создании;

3) получение в собственность, владение и пользование, в том числе в счет оплаты (передачи) уставного капитала, субъектом рынка (группой лиц) основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого субъекта рынка, если балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки (взаимосвязанных сделок), превышает десять процентов балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов субъекта рынка, отчуждающего или передающего имущество;

4) приобретение субъектом рынка прав (в том числе на основании договора о доверительном управлении, договора о совместной деятельности, договора поручения), позволяющих давать обязательные для исполнения указания другому субъекту рынка при ведении им предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его исполнительного органа;

5) участие одних и тех же физических лиц в исполнительных органах, советах директоров, наблюдательных советах или других органах управления двух и более субъектов рынка при условии определения указанными физическими лицами в данных субъектах условий ведения их предпринимательской деятельности.

2. Экономической концентрацией не признаются:

1) приобретение акций (долей участия в уставном капитале, паев) субъекта рынка финансовыми организациями, если это приобретение осуществляется в целях их последующей перепродажи при условии, что указанная организация не принимает участия в голосовании в органах управления субъекта рынка, а также приобретение или получение в собственность финансовыми организациями имущества, основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого субъекта рынка с целью прекращения обязательства должника в целом или в части, если это приобретение или получение осуществляется в целях их последующей перепродажи при условии, что указанные финансовые организации не используют (не эксплуатируют) такое имущество с целью извлечения дохода в собственных целях;

2) назначение реабилитационного или банкротного управляющего, временной администрации (временного администратора);

3) осуществление сделок, указанных в пункте 1 настоящей статьи, если такая сделка происходит внутри одной группы лиц.

3. Согласие антимонопольного органа на осуществление сделок, указанных в подпунктах 1), 2) и 3) пункта 1 настоящей статьи, либо его уведомление о сделках, указанных в подпунктах 4) и 5) пункта 1 настоящей статьи, требуется в случаях, если совокупная балансовая стоимость активов реорганизуемых субъектов рынка (группы лиц) или приобретателя (группы лиц), а также субъекта рынка, акции (доли участия в уставном капитале, пай) с правом голоса которого приобретаются, или их совокупный объем реализации товаров за последний финансовый год превышает десятиmillionнократный размер месячного расчетного показателя, установленный на дату подачи ходатайства (уведомления), или одним из лиц, участвующих в сделке,

является субъект рынка, занимающий доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке.

4. Согласие антимонопольного органа на осуществление сделок, указанных в пункте 1 настоящей статьи, не требуется, когда совершение сделок прямо предусмотрено настоящим Кодексом, законами Республики Казахстан, указами Президента Республики Казахстан и (или) постановлениями Правительства Республики Казахстан.

5. Согласие на экономическую концентрацию с участием финансовой организации требуется, если стоимость активов либо величина собственного капитала финансовой организации превышает размеры, установленные антимонопольным органом совместно с Национальным Банком Республики Казахстан.

В случае, если экономическая концентрация, указанная в пункте 1 настоящей статьи, осуществляется субъектом рынка, являющимся одновременно финансовой организацией и субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке, такой субъект рынка руководствуется нормой, предусмотренной пунктом 3 настоящей статьи.

6. Антимонопольный орган на основании анализа соответствующих товарных рынков вправе устанавливать более высокие размеры стоимости активов и объемы реализации товаров для данных рынков, при которых необходимо согласие антимонопольного органа на осуществление сделок, указанных в настоящей статье.

7. Совокупный объем реализации товаров в соответствии с пунктом 3 настоящей статьи определяется как сумма дохода от реализации товаров за последний финансовый год, предшествовавший подаче ходатайства (уведомления), за вычетом суммы налога на добавленную стоимость и акциза.

Если субъект рынка осуществлял деятельность менее одного года, объем реализации товаров определяется за период деятельности субъекта рынка.

8. В случае осуществления сделок, предусмотренных подпунктами 1), 2) и 3) пункта 1 настоящей статьи, требуется предварительное согласие антимонопольного органа.

В случае осуществления сделок, предусмотренных подпунктами 4) и 5) пункта 1 настоящей статьи, антимонопольный

орган должен быть уведомлен не позднее чем через сорок пять календарных дней после даты заключения сделки.

1. В целях предотвращения возникновения или усиления монопольного положения и (или) ограничения конкуренции антимонопольный орган осуществляет контроль за экономической концентрацией, т.е. сделками, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции.

В 2013-2015 гг. в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции были внесены значимые изменения и дополнения в существующее регулирование сделок. Изменения, в частности, коснулись: (а) увеличения пороговых значений, при которых необходимо получение предварительного согласия антимонопольного органа; (б) введения уведомительного порядка (вместо получения согласования) в отношении некоторых сделок, признаваемых экономической концентрацией, и (в) получения предварительного согласия при создании юридического лица.

В настоящий момент Предпринимательский кодекс РК содержит исчерпывающий перечень сделок, признаваемых экономической концентрацией и требующих предварительного согласия или уведомления антимонопольного органа.

П. 1 комментируемой статьи содержит перечень сделок, признаваемых экономической концентрацией. Государственный контроль за экономической концентрацией условно можно разделить на контроль за следующим сделками:

- реорганизация субъекта рынка путем слияния или присоединения;
- приобретение лицом голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев);
- получение в собственность, владение и пользование, в том числе в счет оплаты (передачи) уставного капитала определенных активов;
- приобретение субъектом рынка прав, позволяющих давать обязательные для исполнения указания либо осуществлять функции исполнительного органа;
- участие одних и тех же физических лиц в органах управления двух и более субъектов рынка при условии определения их предпринимательской деятельности.

2. Согласно п.п.) 1 п. 1 комментируемой статьи с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется реорганизация субъекта рынка при таких формах реорганизации, как слияние или присоединение.

В соответствии с п. 1 ст. 62 Закона Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-І «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», «слиянием» признается «возникновение нового товарищества, путем полного объединения имущества этих товариществ и передачи ему прав и обязанностей каждого из участвующих в слиянии товариществ».

В свою очередь, согласно п. 2 ст. 62 указанного закона, «присоединением» признается «присоединение одного или нескольких товариществ с ограниченной ответственностью к другому товариществу путем включения имущества присоединяемых товариществ в имущество присоединяющего товарищества. При этом присоединяемые товарищества прекращаются, а все их права и обязанности переходят в соответствии с передаточным актом к присоединяющему товариществу, в устав которого вносятся связанные с реорганизацией изменения».

Как следует из п. 1 ст. 82 Закона Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-ІІ «Об акционерных обществах», «слиянием обществ» признается «возникновение нового общества путем передачи ему всего имущества, прав и обязанностей на основании договора о слиянии и в соответствии с передаточными актами двух или нескольких обществ с прекращением их деятельности». «Присоединением общества к другому обществу» признается «прекращение деятельности присоединяемого общества с передачей на основании договора о присоединении и в соответствии с передаточным актом всего имущества, прав и обязанностей присоединяемого общества другому обществу (п. 1 ст. 83 Закона Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-ІІ «Об акционерных обществах»).

Иными словами, возникновение нового общества путем передачи ему всего имущества, прав и обязанностей (слияние) и присоединение одного или нескольких обществ, деятельность которых будет прекращена, к другому юридическому лицу, при достижении установленных пороговых значений требует получения предварительного согласия антимонопольного органа.

3. П.п.) 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливает требования о необходимости получения предварительного согласия при получении лицом (группой лиц) более чем пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) субъекта рынка при условии, что до этого приобретения такое лицо (группа лиц) не являлось владельцем акций (долей участия в уставном капитале, паев) данного субъекта рынка или распоряжалось пятьюдесятью или менее процентами голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) указанного субъекта рынка.

Например, если ТОО «А» владело 43%-ной долей участия в уставном капитале ТОО «Б» и планирует приобрести дополнительно 7% доли участия, то такая сделка не требует предварительного согласования. Однако любая последующая сделка превысит установленный порог и потребует предварительного согласования (т.е. 50%+).

В качестве другого примера можно рассмотреть случай, когда ТОО «А» владеющее 43%-ной долей участия в уставном капитале ТОО «Б» (не входящего в одну группу лиц с ТОО «А»), планирует приобрести дополнительно 7% участия в уставном капитале ТОО «Б». В свою очередь, ТОО «АА», которое входит в одну группу лиц с указанным ТОО «А», приобретает 0,1% в уставном капитале ТОО «Б». В данном случае потребуется получение предварительного согласия, так как ТОО «А» и ТОО «АА», которые входят в одну группу лиц, в совокупности приобретают более 50% доли участия в уставном капитале ТОО «Б» (т.е. 50,1%).

Вместе с тем, требование, предусмотренное в п.п.) 2 п. 1 комментируемой статьи, не распространяется на учредителей юридического лица при его создании. Вопрос о том, считается ли экономической концентрацией создание субъекта рынка, долгое время оставался спорным, так как создание субъекта рынка прямо не было предусмотрено в перечне сделок, признаваемых экономической концентрацией.

На практике, получение субъектом рынка более пятидесяти процентов доли в создаваемом юридическом лице при достижении установленного порога, рассматривалось антимонопольным органом как экономическая концентрация. Существовало мнение, что лицо приобретает акции (долю участия в уставном капитале, пай) путем создания юридического лица. Отсутствие однозначной позиции касательно данного вопроса как в законе,

так и в правоприменительной практике, вызывало очень много вопросов у субъектов рынка.

Однако после внесения изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции в 2015 году данный вопрос разрешился в пользу субъектов рынка. В Законе «О конкуренции» (нормы которого стали частью Предпринимательского кодекса РК) было четко закреплено, что указанное требование не распространяется на учредителей юридического лица при его создании. Иными словами, создание юридического лица теперь не рассматривается как экономическая концентрация.

Несмотря на вышеизложенное, согласно Закону Республики Казахстан «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» и Инструкции по государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств, утвержденной приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 12 апреля 2007 г. № 112, *«государственная регистрация субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке, а также государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, осуществляющих свою деятельность на территории Республики Казахстан, за исключением случаев, когда такое создание прямо предусмотрено законами Республики Казахстан, осуществляется регистрирующим органом с предварительного согласия антимонопольного органа».*

Более того, согласно п. 4 ст. 192 Предпринимательского кодекса РК, *«создание государственных предприятий, юридических лиц, более пятидесяти процентов акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц, которые будут осуществлять свою деятельность на территории Республики Казахстан, осуществляется с согласия антимонопольного органа».*

В этой связи, есть мнение, что указанные изменения, скорее всего, не распространяются на случаи создания юридического лица субъектами рынка, занимающими доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке, государственных предприятий, а также юридических лиц, бо-

лее пятидесяти процентов акций (долей) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними лиц. Таким образом, применение описанного исключения при создании юридического лица субъектами рынка, занимающими доминирующее или монопольное положение, невозможно до тех пор, пока не будут внесены соответствующие изменения в законодательство.

4. В п.п.) 3 п. 1 комментируемой статьи предусмотрены требования о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение в собственность, владение и пользование, в том числе в счет оплаты (передачи) уставного капитала, субъектом рынка (группой лиц) основных производственных средств и (или) нематериальных активов. Основным критерием, при котором необходимо получить предварительное согласие, является балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки (взаимосвязанных сделок).

В соответствии с национальными стандартами финансовой отчетности, утвержденными Приказом Министра финансов Республики Казахстан от 31 января 2013 г. № 50, к «основным средствам» относятся активы, имеющие материально-вещественную форму. Например, недвижимость, транспортные средства, машины и оборудование, животные и многолетние растения, а также иное имущество, которые удерживаются субъектом для использования в производстве или поставки товаров (работ, услуг), для сдачи в аренду другим лицам, или прироста стоимости, или в административных целях, и которые предполагается использовать в течение более чем одного периода. В свою очередь, к «производственным средствам» относятся основные средства, которые, как правило, участвуют в процессе производства. Например, здания и сооружения, которые используются в производстве или поставке товаров (работ, услуг), машины и оборудование, транспортные средства, производственный и хозяйственный инвентарь, различная техника и т.д.

Несмотря на вышеизложенное, остается открытым вопрос о необходимости согласования сделки по приобретению имущества, не имеющего промышленного и/или производственного назначения (например, приобретение санатория, балансовая стоимость которого превышает 10%), а также объектов незавершенного строительства. Предполагается, что приобретение иму-

щества, не имеющего промышленного и/или производственного назначения, должно подпадать под исключение.

К «нематериальным активам» относятся идентифицируемые неденежные активы, не имеющие физической формы, удерживаемые для использования в производстве или поставке товаров или услуг, в целях сдачи в аренду другим сторонам или в административных целях.

Балансовую стоимость имущества, составляющего предмет сделки, необходимо определять по сумме, по которой актив признается в балансе. В свою очередь, для целей определения необходимости согласования сделки по указанной статье, правильно будет рассматривать сделки с нематериальными активами, которые подлежат правовой охране в Республике Казахстан, и с основными производственными средствами, которые находятся на территории Республики Казахстан.

Предварительное согласие на приобретение соответствующего имущества требуется также при совершении взаимосвязанных сделок. В Республике Казахстан законодательно закрепленное понятие «взаимосвязанных сделок» содержится в Законе «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». Так, «взаимосвязанными между собой сделками» признаются:

1) *несколько сделок, совершаемых с одним и тем же лицом либо с группой аффилированных между собой лиц в отношении приобретения или отчуждения одного и того же имущества;*

2) *сделки, оформляемые одним договором или несколькими договорами, связанными между собой;*

3) *иные сделки, признаваемые как взаимосвязанные между собой уставом или решением общего собрания участников товарищества.*

Антимонопольный контроль касательно вышеуказанных сделок осуществляется в форме получения предварительного согласия. Иные сделки, предусмотренные в п. 1 комментируемой статьи, осуществляются в форме последующего контроля путем подачи уведомления после даты заключения сделки.

5. Первый случай необходимости уведомления касается сделки по приобретению субъектом рынка прав, позволяющих давать обязательные для исполнения указания другому субъекту

рынка при ведении им предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его исполнительного органа (п.п.) 4 п. 1 комментируемой статьи).

В Предпринимательском кодексе РК не содержится перечень таких прав, а лишь указываются возможные основания их получения (например, договор о доверительном управлении, договор о совместной деятельности, договора поручения и т.д.). Возможность приобретения прав, которые позволяют давать обязательные для исполнения указания, является оценочной категорией и может определяться в каждом случае исходя из анализа конкретных обстоятельств дела. Однако предполагается, что в рассматриваемой статье говорится именно о приобретении прав, которые предоставляют возможность принятия решений единолично либо предоставляется право решающего голоса при их принятии.

Вместе с тем, не совсем понятно, какой именно случай законодатель хотел покрыть нормой, которая относится к приобретению субъектом рынка прав, позволяющих осуществлять функции его исполнительного органа. Следуя буквальному толкованию, речь идет об осуществлении функции исполнительного органа субъекта рынка. В отличие от других юрисдикций (к примеру, РФ или Франция, где функции исполнительного органа может осуществлять другое юридическое лицо - управляющая компания на основании договора (сделки)), в Республике Казахстан данная юридическая конструкция в действующем законодательстве не предусмотрена. В Республике Казахстан функции исполнительного органа осуществляет физическое лицо, прежде всего, на основании корпоративных решений и трудового договора. Соответственно, возникает вопрос: требует ли уведомления назначение в качестве исполнительного органа физического лица – директора. Видится, что данный подход не является целесообразным и правильным. В этой связи важно различать «право назначать» или «право осуществлять» функции исполнительного органа.

6. Второй случай предусмотрен в п.п.) 5 п. 1 комментируемой статьи и устанавливает требование об уведомлении при участии одних и тех же физических лиц в исполнительных органах, советах директоров, наблюдательных советах или других органах управления двух и более субъектов рынка при условии опреде-

ления указанными физическими лицами в данных субъектах условий ведения их предпринимательской деятельности.

Предпринимательский кодекс РК не конкретизирует случаи, при которых физические лица, осуществляя функции указанных органов, получают возможность определять условия ведения предпринимательской деятельности субъектов рынка. Однако, исходя из практики, можно предположить, что это случаи, когда физические лица будут иметь возможность определять условия ведения предпринимательской деятельности по очень широкому кругу вопросов, не ограниваясь определенными вопросами (например, только в рамках финансового, производственного блока вопросов или вопросы, сумма которых не превышает определенных пороговых значений и т.д.). Иными словами, физическое лицо, которое принимает решения только по финансовым вопросам, не должно рассматриваться лицом, определяющим условия ведения всей предпринимательской деятельности определенного субъекта рынка.

7. В п. 2 комментируемой статьи предусмотрены случаи, которые не признаются экономической концентрацией, и соответственно не требуют предварительного согласования или уведомления. К таким случаям относятся:

а. приобретение финансовыми организациями (юридическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность по предоставлению финансовых услуг, а также юридическими лицами, указанными в п. 8 ст. 61-4 Закона Республики Казахстан «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» (т.е. юридическими лицами, ранее являвшимися дочерними банками):

I. акций (долей участия в уставном капитале, паев) субъекта рынка, в целях последующей перепродажи при условии, что указанная организация не принимает участия в голосовании в органах управления субъекта рынка;

II. имущества, основных производственных средств и (или) нематериальных активов (как определено в комментариях к п.п.) 3 п. 1 ст. 201 выше) другого субъекта рынка с целью прекращения обязательства должника в целом или в части, если это приобретение или получение осуществляется в целях их последующей перепродажи при условии, что указанные финансовые

организации не используют (не эксплуатируют) такое имущество с целью извлечения дохода в собственных целях.

б. назначение реабилитационного управляющего (лица, которому передаются полномочия по управлению имуществом и делами несостоятельного должника на период реабилитационной процедуры⁹⁰) или банкротного управляющего (лица, назначенного уполномоченным органом в области реабилитации и банкротства для осуществления процедуры банкротства⁹¹), временной администрации (лица, назначенного судом для составления реестра требований кредиторов и согласования сделок вне рамок обычных коммерческих операций в период разработки плана реабилитации⁹²);

в. осуществление сделок, если такие сделки происходят внутри одной группы лиц (к примеру, приобретение материнской компанией акций своей дочерней компании или передача активов от одной дочерней компании другой, где материнская компания имеет имущественный (акционерный) и/или эффективный контроль, как это указано в комментариях к ст. 165). В отношении понятия группы лиц см. комментарии к ст. 165 настоящего Кодекса.

8. В п. 4 комментируемой статьи предусмотрено еще одно исключение, при котором также не требуется согласие антимонопольного органа на осуществление сделок, указанных в п. 1 комментируемой статьи. Речь идет о совершении сделок, прямо предусмотренных Предпринимательским кодексом РК (как указано выше), законами Республики Казахстан и указами Президента Республики Казахстан и (или) постановлениями Правительства Республики Казахстан. В отношении последнего критерия необходимо отметить, что соответствующая сделка и стороны должны быть прямо указаны в соответствующем указе или постановлении.

9. В п. 3 комментируемой статьи перечислены пороговые значения, при достижении которых осуществление сделок, признаваемых экономической концентрацией, подлежат предварительному согласованию или уведомлению. Как следует из п. 3 комментируемой статьи, предварительное согласование или уве-

90 П. 28 ст. 1 Закона «О реабилитации и банкротстве»

91 П. 8 ст. 1 Закона «О реабилитации и банкротстве».

92 П. 30 ст. 1 Закона «О реабилитации и банкротстве».

домление требуется при наличии одного из следующих условий («Пороговые значения»):

а. если совокупная балансовая стоимость активов реорганизуемых субъектов рынка (группы лиц) или приобретателя (группы лиц), а также субъекта рынка, акции (доли участия в уставном капитале, паи) с правом голоса которого приобретаются, превышает десятимиллионнократный размер месячного расчетного показателя, установленный на дату подачи ходатайства (уведомления);

б. если совокупный объем реализации товаров реорганизуемых субъектов рынка (группы лиц) или приобретателя (группы лиц), а также субъекта рынка, акции (доли участия в уставном капитале, паи) с правом голоса которого приобретаются, за последний финансовый год превышает десятимиллионнократный размер месячного расчетного показателя, установленный на дату подачи ходатайства (уведомления); или

в. одним из лиц, участвующих в сделке, является субъект рынка, занимающий доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке.

В соответствии с критерием (а) при подсчете совокупной балансовой стоимости активов (т.е. ресурсов, контролируемых субъектом рынка в результате прошлых событий, от которых ожидается получение будущих экономических выгод)⁹³, необходимо брать сумму, по которой актив (или обязательство) признается в балансе.

Также необходимо отметить, что законодательство не устанавливает отдельные пороговые значения, для субъектов рынка, которые входят в группу лиц приобретателя и зарегистрированы в Республике Казахстан, а также отдельно для субъектов рынка, которые входят в одну группу лиц с приобретателем, но зарегистрированы за ее пределами. Поэтому в расчет необходимо брать совокупную балансовую стоимость активов приобретателя и всех субъектов рынка, входящих с ним в одну группу лиц (независимо от места их регистрации). Касательно объекта приобретения (т.е. субъекта рынка, акции (доли участия в уставном капитале, паи) с правом голоса которого приобретаются), необходимо брать

⁹³ Национальные стандарты финансовой отчетности, утвержденные Приказом Министра финансов Республики Казахстан от 31 января 2013 года № 50.

в расчет непосредственно совокупную балансовую стоимость его активов (без учета всей группы лиц Продавца).

Ставки месячного расчетный показателя, которые должны превышать десятиmillionкратный размер месячного расчетного показателя, утверждаются Законом Республики Казахстан «О республиканском бюджете» на соответствующие годы.

Как следует из критерия (б), при анализе пороговых значений, также берется в расчет совокупный объем реализации товаров вышеуказанных лиц. При этом п. 7 комментируемой статьи определяет «совокупный объем реализации товаров» как сумму дохода от реализации товаров за последний финансовый год, предшествовавший подаче ходатайства (уведомления), за вычетом суммы налога на добавленную стоимость и акциза. Однако если субъект рынка осуществлял деятельность менее одного года, объем реализации товаров определяется за период деятельности субъекта рынка.

Определение понятия «финансовый год» содержится в Бюджетном Кодексе Республики Казахстан и определяется как *«период времени, начинающийся 1 января и заканчивающийся 31 декабря календарного года, в течение которого осуществляется исполнение бюджета»*⁹⁴. В целях определения пороговых значений, наверное, не совсем правильно ссылаться на определение Бюджетного Кодекса. В этой связи, предполагается, что законодатель имел в виду «отчетный год», который применяются всеми организациями при бухгалтерском учете и финансовой отчетности. Как следует из Закона «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности», отчетным периодом для годовой финансовой отчетности является календарный год, начиная с 1 января по 31 декабря. В свою очередь, первый отчетный год для вновь созданной организации начинается с момента ее государственной регистрации по 31 декабря того же года.⁹⁵

Критерий (в) комментируемого пункта имеет наибольшее значение с точки зрения недопущения возникновения или усиления монопольного положения и (или) ограничения конкурен-

94 П. 38 ст. 3 Бюджетного Кодекса Республики Казахстан от 31 января 2013 года № 50 от 4 декабря 2008 года.

95 Ст. 18 Закона «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» от 28 февраля 2007 года.

ции, так как относится к сделкам, которые совершаются субъектами рынка, пользующимся определенным влиянием на рынок. Таким образом, согласие антимонопольного органа на осуществление вышеуказанных сделок либо его уведомление требуется в случаях, если одним из лиц, участвующих в сделке, является субъект рынка, занимающий доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке.

10. Согласно п. 5 комментируемой статьи согласие на экономическую концентрацию с участием финансовой организации требуется, если стоимость активов либо величина собственного капитала финансовой организации превышает размеры, установленные антимонопольным органом совместно с Национальным Банком Республики Казахстан.

В соответствии совместным приказом Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции от 15 мая 2009 г. № 138-ОД и постановлением Агентство Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций от 26 мая 2009 г. № 108 «Об утверждении размеров стоимости активов и величины собственного капитала финансовых организаций, при превышении которых осуществляется согласие на экономическую концентрацию с участием финансовых организаций», стоимость активов либо величина собственного капитала финансовой организации должна превышать 2% и более от совокупной стоимости активов или от совокупной величины собственного капитала банков. Обращаем внимание, что совокупная стоимость активов и совокупная величина собственного капитала банков определится как совокупная стоимость активов и совокупная величина собственного капитала всех субъектов рынка, функционирующих на рынке банковских услуг. Информация по размеру стоимости активов и величины собственного капитала всех банков размещена на официальном сайте Национального Банка Республики Казахстан. Несмотря на вышеизложенное, в случае, если экономическая концентрация осуществляется субъектом рынка, являющимся одновременно финансовой организацией и субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение на соответствующем товарном рынке, такой субъект рынка руководствуется «Базовыми критериями» (как определено выше), а не «Основными пороговыми значениями».

Несмотря на вышеуказанные «пороговые значения» или специальные значения, предусмотренные для сделок с участием финансовых организаций, антимонопольный орган на основании анализа соответствующих товарных рынков вправе устанавливать более высокие размеры стоимости активов и объемы реализации товаров, при которых необходимо согласие антимонопольного органа на осуществление сделок. При этом предполагается, что размеры стоимости активов и величины собственного капитала финансовых организаций, при превышении которых осуществляется согласие на экономическую концентрацию с участием финансовых организаций, могут быть изменены и утверждены только совместно с Национального Банка Республики Казахстан.

11. Субъекты рынка, намеревающиеся совершить либо совершившие экономическую концентрацию, обращаются в антимонопольный орган с ходатайством о даче согласия на экономическую концентрацию или уведомляют антимонопольный орган о совершенной экономической концентрации в порядке, предусмотренном Предпринимательским кодексом РК.

Как было указано выше, при совершении сделок предусмотренных п.п.) 1, п.п.) 2 и п.п.) 3 комментируемой статьи требуется получение предварительного согласия. В случае осуществления сделок, предусмотренных п.п.) 4 и п.п.) 5, необходимо подать уведомление.

Уведомительный порядок был внесен в антимонопольное законодательство в марте 2013 г. На первый взгляд может показаться, что изменения были направлены на оптимизацию разрешительных процедур для субъектов рынка. Однако с практической точки зрения, внесенные изменения не являются существенными. Во-первых, перечень документов, подлежащих предоставлению при уведомлении антимонопольного органа, остался таким же, как при подаче ходатайства для получения согласия на экономическую концентрацию. Во-вторых, антимонопольный орган по-прежнему имеет право отменить сделку или приостановить закрытие сделки в течение 45 дней с момента получения уведомления. Практическое влияние второго момента заключается в том, что в связи с риском аннулирования сделки, стороны по-прежнему должны ждать дня окончания рассмотрения уведомления, прежде чем завершить сделку.

Обязательный срок уведомления антимонопольного органа указан, как «не позднее чем 45 календарных дней после даты заключения сделки». Исчисление 45-дневного срока начинается на следующий день после заключения сделки. Это соответствует ст. 173 Гражданского кодекса Республики Казахстан, в соответствии с которой течение срока, определяемого периодом времени, начинается на следующий день после наступления события, которым определено его начало. Дата заключения сделки – это событие. Со следующего дня надлежит исчислять 45 календарных дней, в течение которых должно быть направлено уведомление в антимонопольный орган.

Как правило, сделки совершаются под различными условиями и имеют разные стадии (к примеру, получение каких-либо согласований, выполнение определенных условий, отлагательные условия и т.д.), однако в рассматриваемой статье говорится именно о дате заключения сделки. По сути, в большинстве случаев это означает дату подписания соответствующего договора, когда стороны договорились обо всех существенных условиях. При этом факт выполнения каких-либо условий, как правило, не будет иметь значения для целей уведомления, поскольку требуется уведомление не позднее, чем через 45 календарных дней после даты заключения сделки.

Статья 203. Порядок подачи ходатайства

1. Ходатайство составляется в письменном виде по форме, установленной антимонопольным органом, с приложением документов и сведений, предусмотренных в статье 204 настоящего Кодекса.

2. Сведения, указанные в ходатайстве, и документы, приложенные к ходатайству, должны быть достоверными и полными, представлены в виде оригиналов или копий оригиналов, заверенных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке. Лицо, подписавшее ходатайство, должно письменно подтвердить достоверность и полноту представленных в ходатайстве и приложениях к нему сведений и документов.

3. Ходатайство и приложения к нему представляются в прошитом виде и заверяются печатью (при ее наличии) лица, подающего ходатайство.

Ходатайство и приложения к нему, представляемые физическим лицом, подаются в прошитом виде и заверяются нотариально удостоверенной подписью физического лица.

4. Представляемые документы и сведения нумеруются и представляются с указанием номеров пунктов и подпунктов статьи 204 настоящего Кодекса. На каждый вопрос пункта и подпункта представляется исчерпывающий ответ.

При невозможности предоставить полную информацию участником экономической концентрации предоставляется оценочная или прогнозная информация с указанием на то, что она является оценочной или прогнозной, а также указываются источники ее получения и использованные методы оценки и прогноза.

5. Сведения, составляющие коммерческую тайну, представляются с обязательной пометкой «коммерческая тайна».

6. Сведения и документы к ходатайству представляются за финансовый год, предшествующий году подачи ходатайства, а также за текущий период с начала года с указанием временного периода.

В случае отсутствия сведений и документов, составленных за текущий период с начала года, сведения и документы представляются за финансовый год, предшествующий году подачи ходатайства.

В случае, если субъект рынка существовал в течение срока, меньшего чем последний финансовый год, предшествовавший подаче ходатайства, сведения и документы представляются за время с начала осуществления деятельности субъекта рынка.

7. Сведения об объемах производства, реализации товаров в Республике Казахстан, объемах экспорта и импорта товаров субъекта рынка (группы лиц) представляются за два финансовых года, предшествующих году подачи ходатайства, за текущий период с начала года, а также представляется прогноз на три года, следующих за текущим периодом.

В случае, если субъект рынка осуществлял деятельность менее двух лет на момент подачи ходатайства, сведения и документы представляются за время с начала осуществления деятельности субъекта рынка.

8. В рассмотрении ходатайства о даче согласия на экономическую концентрацию вправе принимать участие третьи лица, если решение антимонопольного органа может существенно затронуть их права, охраняемые настоящим Кодексом.

Вопрос привлечения к участию в рассмотрении ходатайства о даче согласия на экономическую концентрацию третьих лиц решается антимонопольным органом, о чем уведомляется лицо, подавшее ходатайство.

1. По общему правилу ходатайство о даче согласия на экономическую концентрацию составляется в произвольной письменной форме, при соблюдении формы титульного листа (условное название вводной части ходатайства), установленной приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 10 апреля 2015 г. № 321. Обращаем внимание, что титульный лист в обязательном порядке должен содержать следующее:

- описание сделки с указанием предмета и сторон сделки;
- сведения о заверителе/представителе заявителя;
- основание подачи ходатайства о предоставлении согласия на экономическую концентрацию (с указанием статьи Предпринимательского кодекса РК);
- перечень документов прилагаемых к ходатайству (с указанием статьи Предпринимательского кодекса РК, на основании которой прилагаются документы);
- соответствующие оговорки (к примеру, подтверждение о полноте и достоверности прилагаемых документов и сведений или согласие на использование сведений, составляющих охраняемую законом тайну, содержащихся в информационных системах);
- подпись уполномоченного лица.

Общий перечень документов и сведений, необходимых для подачи ходатайства о планируемой экономической концентрации в антимонопольный орган, предусмотрен в ст. 204 Предпринимательского кодекса РК.

2. Как следует из п. 2 комментируемой статьи, сведения, указанные в ходатайстве, и документы, приложенные к ходатайству, должны быть достоверными и полными. Документы также должны быть представлены в оригиналах или надлежащим образом заверенных копиях. Если какие-либо документы представляются иностранными субъектами рынка, то такие документы должны быть переведены и апостилированы с приложением перевода, заверенного казахстанским нотариусом. Достоверность и полнота прилагаемых документов и сведений может быть подтверждена путем внесения в текст ходатайства соответствующей оговорки: *«Полноту и достоверность прилагаемых документов и сведений подтверждаю»*.

Обращаем внимание на то, что если решение было принято на основании недостоверной информации, что привело к принятию незаконного решения, антимонопольный орган может пересмотреть свое решение. Поэтому очень важно предоставлять полную и достоверную информацию.

3. В п. 3 комментируемой статьи предусмотрены требования к оформлению ходатайства и приложений к нему. Например, если ходатайство подается юридическим лицом, то оно должно быть прошито и заверено печатью лица, подающего ходатайство.

В свою очередь, при подаче ходатайства физическим лицом и/или представителем, действующим по доверенности, оно также должно быть прошито, при этом подпись физического лица заверяется нотариусом.

4. Определенными особенностями обладает порядок представления сведений и документов. Как следует из п. 4 комментируемой статьи, в ходатайстве должен быть указан каждый подпункт соответствующего пункта ст. 204 и на каждый вопрос подпункта и пункта предоставляется исчерпывающий ответ. В случае отсутствия у заявителя каких-либо документов или сведений или невозможности предоставить полную информацию предоставляется оценочная или прогнозная информация с указанием на то, что она является оценочной или прогнозной, а также указываются источники ее получения и использованные методы оценки и прогноза.

В качестве примера можно рассмотреть случаи предоставления прогнозных сведений об объемах производства, реализации товаров в Республике Казахстан, объемах экспорта и импорта товаров субъекта рынка (группы лиц) на три года, следующих за текущим периодом. Для целей подготовки прогнозных сведений в качестве источников могут быть использованы внутренние исследования компании, данные за последние несколько лет (включая данные о реализации) и т.д. Вместе с тем, при предварительном подсчете и оценке будущих объемов могут быть использованы различные методы анализа финансово-хозяйственной деятельности предприятия с указанием конкретного метода (к примеру, формализованные методы анализа, классические методы, математическо-статистические методы, экономико-математические методы экономического анализа и т.д.).

В дополнение хотелось бы обратить внимание на требование о раскрытии информации вплоть до «конечных бенефициаров» группы лиц приобретателя. Возможно, что со временем будут внесены изменения и дополнения в антимонопольное законодательство, и раскрывать группу лиц можно будет не в полном, а усеченном виде (по примеру РФ), путем предоставления только сведений, которые имеют значение для экономического анализа.

5. В п. 5 комментируемой статьи предусмотрены случаи представления сведений, составляющих коммерческую тайну. Как

следует из п. 9 ст. 28 Предпринимательского кодекса РК, «государственные органы и их должностные лица без согласия субъекта предпринимательства не вправе распространять и (или) использовать ставшую известной им в силу выполнения должностных (служебных) обязанностей информацию, составляющую коммерческую тайну, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан».

За незаконное распространение и (или) использование информации, составляющей коммерческую тайну, предусмотрена административная и уголовная ответственность. При этом ущерб, причиненный субъекту предпринимательства в результате такого распространения и (или) использования, подлежит возмещению в соответствии с гражданским законодательством Республики Казахстан. Поэтому информация с пометкой «коммерческая тайна» не может быть разглашена без согласия субъекта рынка, за исключением информации, по которой имеется вступившее в законную силу решение суда.

6. Период времени, за который предоставляются сведения и документы, указан в п. 6 комментируемой статьи. Так, согласно п. 6, сведения и документы к ходатайству представляются за финансовый год, предшествующий году подачи ходатайства, а также за текущий период с начала года с указанием временного периода.

Как было отмечено в комментариях к п. 3 ст. 203, соответствующие нормативно-правовые акты (за исключением Бюджетного Кодекса Республики Казахстан) не конкретизирует понятие «финансовый год». Предполагается, что законодатель имел в виду «отчетный год», который применяются всеми организациями при бухгалтерском учете и финансовой отчетности. Как следует из Закона «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности», отчетным периодом для годовой финансовой отчетности является календарный год, начиная с 1 января по 31 декабря. Поэтому финансовый год, указанный в п. 6, покрывает период времени, начинающийся 1 января и заканчивающийся 31 декабря календарного года предшествующего года. В свою очередь, сведения и документы за текущий период предоставляются с начала года с указанием временного периода. В п. 6 также определяются периоды представления сведений и документов в случае

(а) отсутствия каких-либо сведений и документов, составленных за текущий период с начала года, и (б) если субъект рынка существовал в течение срока, меньшего, чем последний финансовый год, предшествовавший подаче ходатайства.

7. Периоды представления сведений об объемах производства, реализации товаров в Республике Казахстан, объемах экспорта и импорта товаров субъекта рынка (группы лиц) конкретизированы в п. 7 комментируемой статьи. Такие сведения представляются:

- за два финансовых года, предшествующих году подачи ходатайства;
- за текущий период с начала года;
- прогнозы на три года, следующих за текущим периодом (прогнозные показатели).

Необходимость представления сведений за два финансовых года, предшествующих году подачи ходатайства, отсутствует, если субъект рынка осуществлял деятельность менее двух лет на момент подачи ходатайства. В таком случае сведения и документы представляются за время с начала осуществления деятельности субъекта рынка.

8. Последний пункт комментируемой статьи предусматривает возможность участия третьих лиц в рассмотрении ходатайства о даче согласия на экономическую концентрацию, если решение антимонопольного органа может существенно затронуть их права, охраняемые Предпринимательским кодексом РК. Как следует из положения п. 8, вопрос привлечения к участию в рассмотрении ходатайства о даче согласия на экономическую концентрацию третьих лиц решается непосредственно антимонопольным органом, о чем уведомляется лицо, подавшее ходатайство.

Например, в ТОО «А» (далее – ТОО) имеется три участника. Один участник владеет 75%, второй – 24% и третий – 1% доли участия. ТОО решило приобрести крупные производственные активы и для принятия решения требуется квалифицированное большинство голосов участников. На общем собрании участников, второй и третий участники, владеющие в совокупности 25% доли, голосуют против указанной сделки. Однако первый участник голосует положительно и на основании квалифицированного большинства голосов принимает соответствующее решение.

Принимая во внимание, что сделка превышает установленные законодательством пороговые значения, ТОО решило подать ходатайство и получить предварительное согласие антимонопольного органа. Однако при поступлении, к примеру, соответствующих заявлений от второго и/или третьего участника о возможных рисках нарушения антимонопольного законодательства, которые могут возникнуть при совершении сделки и являются причиной отказа в голосовании, антимонопольный орган может приостановить рассмотрение ходатайства до разрешения соответствующих фактов, а также привлечь второго и третьего участника к участию в рассмотрении ходатайства.

Статья 206. Порядок уведомления антимонопольного органа о совершенной экономической концентрации

Субъекты рынка, совершившие сделки, предусмотренные подпунктами 4) и 5) пункта 1 статьи 201 настоящего Кодекса, уведомляют антимонопольный орган в срок, установленный частью второй пункта 8 статьи 201 настоящего Кодекса.

Письменное уведомление о совершенной экономической концентрации может быть передано как непосредственно в антимонопольный орган, так и через учреждения связи.

Антимонопольный орган должен быть уведомлен:

1) физическим лицом, которое входит в состав исполнительных органов, советов директоров, наблюдательных советов или других органов управления двух и более субъектов рынка, при условии определения указанным физическим лицом условий ведения их предпринимательской деятельности;

2) субъектом рынка, приобретающим права (в том числе на основании договора о доверительном управлении, договора о совместной деятельности, договора поручения), позволяющие давать обязательные для исполнения указания другому субъекту рынка при ведении им предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его исполнительного органа.

Настоящая статья предусматривает порядок уведомления антимонопольного органа в случае совершения двух видов сделок, относящихся к экономической концентрации, предусмотренных п.п.) 4 и п.п.) 5 п. 1 ст. 201 Предпринимательского кодекса РК.

Данной нормой предусмотрены два способа подачи уведомления в антимонопольный орган: как напрямую в антимонопольный орган путем подачи его в канцелярию с получением

входящего штампа о его принятии, так и посредством учреждения связи. В последнем случае, направляя уведомление через учреждение связи, необходимо в накладной об отправке уведомления указать наименование документа (уведомление), количество страниц или листов, а также количество приложений с указанием количества страниц или листов. Также при отправке посредством учреждения связи имеется услуга заказа уведомления о доставке корреспонденции, которой можно воспользоваться. Это позволит впоследствии избежать споров о соблюдении срока направления уведомления.

На практике не во всех случаях является очевидной применимость требований комментируемой статьи к тем или иным субъектам, поэтому в каждом случае заключения указанных видов сделок рекомендуется проведение анализа о том, какие лица имеют обязанность подавать уведомление.

Вопросы, связанные с личностью заявителя или с соблюдением сроков уведомления, имеют значение с точки зрения привлечения к ответственности. В случае непредставления и несвоевременного представления уведомления в антимонопольный орган о совершенной экономической концентрации при условии, что наличие такого уведомления необходимо, имеется риск привлечения к административной ответственности. Помимо административной ответственности, лицо, привлеченное к ответственности, должно устранить нарушение, указанное в протоколе об административных правонарушениях.

К примеру, при непредставлении уведомления может быть предусмотрена необходимость подачи уведомления. Если уведомление подано ненадлежащим лицом, может потребоваться подтвердить полномочия заявителя. Подробный комментарий касательно лиц, которые могут выступать заявителями, и предусмотренных случаев уведомления, содержится в комментариях к ст. 201.

Глава VI. Выявление нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

Статья 216. Основания для начала расследования нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

1. Антимонопольный орган в пределах своих полномочий расследует нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и принимает по результатам расследования решение.

Под расследованием понимаются мероприятия антимонопольного органа, направленные на сбор фактических данных, подтверждающих или опровергающих совершение нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом.

2. Основанием для начала расследования является поступление в антимонопольный орган сведений о нарушении законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которыми являются:

1) материалы, поступившие от государственных органов, с указанием на нарушение законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

2) обращение физического и (или) юридического лица, указывающее на признаки нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

3) обнаружение антимонопольным органом при осуществлении своей деятельности в действиях субъекта рынка, государственных органов, местных исполнительных органов признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

4) сообщения средств массовой информации о наличии признаков нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, поступившие в антимонопольный орган.

3. Начало расследования оформляется приказом о проведении расследования.

4. Копия приказа о проведении расследования не позднее трех рабочих дней со дня его подписания направляется заявителю и объекту расследования, за исключением объектов расследования, в действиях которых усматриваются признаки картеля.

Копия приказа о проведении расследования вручается объектам расследования, в действиях которых усматриваются признаки картеля в момент проведения расследования.

1. Выявление нарушений антимонопольного законодательства является одной из главных функций антимонопольных органов. Антимонопольный орган в пределах своих полномочий расследует нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и принимает по результатам расследования решение. Под «расследованием» понимаются мероприятия антимонопольного органа, направленные на сбор фактических данных, подтверждающих или опровергающих совершение нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, в порядке, предусмотренном Кодексом.

2. Основанием для начала расследования является поступление в антимонопольный орган сведений о нарушении законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которыми являются:

1) материалы, поступившие от государственных органов, с указанием на нарушение законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

2) обращение физического и (или) юридического лица, указывающее на признаки нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

3) обнаружение антимонопольным органом при осуществлении своей деятельности в действиях субъекта рынка, государственных органов, местных исполнительных органов признаков

нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

4) сообщения средств массовой информации о наличии признаков нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, поступившие в антимонопольный орган (п. 2 ст. 216 ПК РК).

В период с 6 марта 2013 г. по 5 мая 2015 г. основанием для начала расследования было также предусмотрено наличие информации, содержащейся в средствах массовой информации, о признаках нарушения антимонопольного законодательства. Вместе с тем, эта норма за период ее действия на практике не применялась, так как не было четко прописанного механизма и процедуры ее применения.

3. Сведения, указывающие на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства на территории одной области (города республиканского значения, столицы), рассматриваются территориальными подразделениями антимонопольного органа на соответствующей территории. Центральный аппарат антимонопольного органа рассматривает сведения, указывающие на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях центральных государственных органов, а также по своей инициативе в действиях субъектов рынка, государственных и местных исполнительных органов. Также центральный аппарат вправе поручить территориальным подразделениям рассмотрение сведений, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях субъектов рынка, государственных и местных исполнительных органов.

4. Чаще всего основанием для начала расследования являются обращения физических и юридических лиц, что предусмотрено п.п.) 2 п. 2 ст. 216 ПК РК. Редакция закона «О конкуренции» 2008 г. предусматривала основанием для начала расследования любые жалобы физических и юридических лиц, даже не содержащие признаки нарушений. Действующая редакция была введена в мае 2015 г.

Таким образом, для начала расследования в основаниях (материалах, обращениях, жалобе, сведениях и т.д.) должны быть указаны признаки нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

5. На практике сведения о нарушении антимонопольного законодательства, указанные в п.п.) 1, 2 и 4 п. 2 ст. 218 ПҚ РК, на первоначальном этапе могут рассматриваться антимонопольным органом и в соответствии с нормами закона Республики Казахстан от 12 января 2007 г. № 221 «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц», так как для издания приказа о проведении расследования в силу п. 1 ст. 218 ПҚ РК требуется наличие фактических данных, указывающих на наличие в действиях субъекта рынка признаков нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан⁹⁶.

В соответствии со сроками рассмотрения обращений юридических и физических лиц, предусмотренными указанным законом, для установления фактических данных, указывающих на признаки нарушения либо их отсутствие, сведения, указанные в п.п.) 1, 2 и 4, могут быть рассмотрены антимонопольным органом в срок от 15 дней до 2 месяцев.

По итогам рассмотрения сведений в случае наличия фактических данных антимонопольным органом издается приказ о проведении расследования. Если признаки не установлены, направляется письменный ответ заявителю об их отсутствии.

6. Начало расследования оформляется приказом о проведении расследования, копия которого не позднее трех рабочих дней со дня его подписания направляется заявителю и объекту расследования, за исключением объектов расследования, в действиях которых усматриваются признаки картеля. Копия приказа о проведении расследования вручается объектам расследования, в действиях которых усматриваются признаки картеля в момент проведения расследования (п. 4 ст. 216 ПҚ РК). Требование о направлении копии приказа в течение трех рабочих дней до 5 мая 2015 г. распространялось на все виды нарушений законодательства без исключения.

Исключение в отношении картелей, как и сам термин «картель», было введено в казахстанское антимонопольное законодательство 5 мая 2015 г. Основной целью данного изменения было повышение эффективности расследований по делам об антикон-

⁹⁶ Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 231.

курентных соглашениях и действиях, относящихся к категории картелей, в части исключения обязанности заранее информировать подозреваемых в картельном сговоре о начале расследования. На практике это дает сотрудникам антимонопольного органа право приходить к субъектам рынка, подозреваемым в заключении картельных сговоров, с неожиданной проверкой в рамках начавшегося расследования. В мировой практике зарубежных конкурентных ведомств такие внезапные проверки называют «рейдами на рассвете» (dawn raids). Проведение внезапных проверок дает антимонопольным органам существенное преимущество, так как неосведомленность нарушителя о предстоящей проверке оставляет мало шансов для уничтожения доказательств его вины.

Статья 218. Проведение расследования

1. В случае наличия фактических данных, указывающих на наличие в действиях субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа признаков нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, устанавливаемых в рамках рассмотрения сведений, предусмотренных пунктом 2 статьи 216 настоящего Кодекса, антимонопольным органом издается приказ о проведении расследования.

2. При проведении расследования на предмет нарушений статьи 174 настоящего Кодекса антимонопольный орган вправе путем проведения анализа товарных рынков выявлять доминирующее или монопольное положение субъекта рынка, в отношении которого подается заявление (жалоба). При этом меры антимонопольного реагирования в отношении данного субъекта рынка применяются и за период его фактического доминирования.

3. Приказ о проведении расследования должен содержать:

- 1) наименование объекта расследования;
- 2) перечень вопросов и круг обстоятельств, подлежащих установлению в ходе расследования;
- 3) срок начала и окончания расследования;
- 4) фамилии, имена и отчества (если оно указано в документе, удостоверяющем личность) должностных лиц антимонопольного органа, уполномоченных на проведение расследования.

4. Расследование нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции проводится в срок, не превышающий двух месяцев со дня издания приказа о проведении расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции. Срок расследования

дела может быть продлен антимонопольным органом, но не более чем на два месяца. О продлении срока издается приказ, копии приказа в течение трех дней со дня его издания направляются заявителю и объекту расследования.

5. Антимонопольный орган до начала расследования регистрирует в уполномоченном органе по правовой статистике и специальным учетам акт о назначении расследования путем его представления территориальному подразделению уполномоченного органа по правовой статистике и специальным учетам, в том числе в электронной форме.

6. Антимонопольный орган в ходе расследования может принять решение об объединении нескольких расследований в одно или о выделении и проведении отдельного расследования.

1. Начало расследования оформляется приказом антимонопольного органа. Приказ подписывается руководителем центрального аппарата органа при проведении расследования центральным аппаратом или руководителем территориального подразделения органа – в случае проведения расследования этим подразделением. Необходимо отметить, что приказ может быть издан лишь в случае наличия фактических данных, указывающих на наличие в действиях субъекта рынка, государственного органа, местного исполнительного органа признаков нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, устанавливаемых в рамках рассмотрения сведений, предусмотренных п. 2 ст. 216 ПҚ РҚ.

2. При проведении расследования на предмет нарушений ст. 174 ПҚ РҚ антимонопольный орган вправе путем проведения анализа товарных рынков выявлять доминирующее или монопольное положение субъекта рынка, в отношении которого подается заявление (жалоба). При этом меры антимонопольного реагирования в отношении данного субъекта рынка применяются и за период его фактического доминирования (п. 2 ст. 218 ПҚ РҚ). Данная норма была введена в казахстанское антимонопольное законодательство в мае 2015 г. и тем самым положила конец практике признания субъектов доминантами и привлечения их к ответственности за злоупотребления ими доминирующим по-

ложением лишь с момента (периода) официального включения в Реестр доминантов⁹⁷.

3. Приказ о проведении расследования должен содержать:

1) наименование объекта расследования;

2) перечень вопросов и круг обстоятельств, подлежащих установлению в ходе расследования;

3) срок начала и окончания расследования;

4) фамилии, имена и отчества (если они указаны в документе, удостоверяющем личность) должностных лиц антимонопольного органа, уполномоченных на проведение расследования.

4. Расследование нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции проводится в срок, не превышающий двух месяцев со дня издания приказа о проведении расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции. Срок расследования дела может быть продлен антимонопольным органом, но не более чем на два месяца (п. 4 ст. 218 ПК РК). То есть официально допустимый срок расследования составляет не более четырех месяцев.

Антимонопольным органом проводилось расследование нарушений антимонопольного законодательства в отношении ТОО «Связь-Д» (со 100% участием государства) и Управления транспорта и коммуникаций, в действиях которых выявлены признаки нарушений антимонопольного законодательства в части ведения недобросовестной конкуренции и антиконкурентных действий государственных органов. В рамках проведения расследований нарушений антимонопольного законодательства антимонопольным органом были направлены соответствующие запросы, однако запрашиваемая информация должностными лицами, уполномоченными на проведение расследования, на срок завершения расследования была получена не в полном объеме. Принимая во внимание тот факт, что собранные сведения и материалы не дают возможности принять окончательные решения по указанным расследованиям, сроки проведения расследований в отношении ТОО «Связь - Д» и Управления были продлены еще на 2 месяца.

В то же время, как было отмечено выше, антимонопольный орган может рассматривать поступившие жалобы на первоначальном этапе и в соответствии с нормами закона Республики

⁹⁷ Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 234.

Казахстан от 12 января 2007 г. № 221 «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц», в рамках которого также осуществляется сбор необходимых сведений и материалов, доказывающих наличие или отсутствие признаков нарушений. Данное обстоятельство позволяет, в итоге, собирать доказательную базу и фактически расследовать нарушения антимонопольного законодательства в срок до шести месяцев без учета приостановлений.

5. Антимонопольный орган до начала расследования регистрирует в уполномоченном органе по правовой статистике и специальным учетам прокуратуры акт о назначении расследования путем его представления территориальному подразделению уполномоченного органа по правовой статистике и специальным учетам (п. 5 ст. 218 ПК РК). Эта обязанность антимонопольного органа регистрировать начало расследования появилась в антимонопольном законодательстве в июле 2012 г.

6. Антимонопольный орган в ходе расследования может принять решение об объединении нескольких расследований в одно или о выделении и проведении отдельного расследования.

Статья 224. Решения антимонопольного органа по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции

1. По результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции должностное лицо антимонопольного органа готовит заключение, на основании которого антимонопольный орган принимает соответствующее (соответствующие) решение (решения) о:

1) прекращении расследования нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции по основаниям, предусмотренным статьей 223 настоящего Кодекса;

2) возбуждении дела об административном правонарушении;

3) вынесении предписания об устранении нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

4) передаче материалов в правоохранительные органы для возбуждения уголовного дела.

2. В случае обращения объекта расследования, в срок не менее чем за семь рабочих дней до завершения расследования, должностное лицо (должностные лица) антимонопольного органа выносит (выносят) на рассмотрение согласительной комиссии проект заключения по результатам расследования нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан.

Согласительная комиссия рассматривает проект внесенного заключения в срок не более пяти календарных дней со дня внесения на предмет его полноты и качества приведенных в нем доказательств фактов нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции с приглашением на заседание лиц, участвующих в расследовании.

По результатам рассмотрения проекта заключения согласительная комиссия выносит свои замечания и рекомендации, которые направляются должностному лицу (должностным лицам) для работы.

Положение, регламент и состав согласительной комиссии, в которой кроме сотрудников антимонопольного органа должны быть представлены независимые эксперты, включая со стороны объекта расследования, разрабатываются и утверждаются антимонопольным органом.

3. Завершением расследования считается день подписания должностным лицом (должностными лицами) антимонопольного органа заключения по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

Копия заключения по результатам расследования не позднее трех рабочих дней со дня его подписания вручается или направляется письмом с уведомлением объекту расследования.

4. Утверждение заключения по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции оформляется приказом антимонопольного органа в срок не более тридцати календарных дней со дня завершения расследования.

5. Копия приказа об утверждении заключения по результатам расследования не позднее трех рабочих дней со дня его подписания вручается или направляется письмом с уведомлением объекту расследования, с приложением заключения по результатам расследования. Заявитель в те же сроки информируется о принятом решении.

6. День подписания приказа об утверждении заключения по результатам расследования (принятия решения) считается моментом обнаружения факта совершения административного правонарушения.

7. Приказ об утверждении заключения по результатам расследования может быть обжалован объектом расследования в суде в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан.

1. Статья 224 ПК РК регламентирует решения антимонопольного органа по результатам расследования нарушений антимонопольного законодательства. Так, по результатам расследования должностное лицо антимонопольного органа готовит заключение, на основании которого антимонопольный орган принимает соответствующее (соответствующие) решение (решения) о:

1) прекращении расследования нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции по основаниям, предусмотренным ст. 223 ПК РК;

2) возбуждении дела об административном правонарушении;

3) вынесении предписания об устранении нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

4) передаче материалов в правоохранительные органы для возбуждения уголовного дела.

Необходимо отметить, что редакция закона «О конкуренции» с 2009 г. ограничивала антимонопольный орган по итогам расследований принятием только одного из вышеуказанных решений. В марте 2013 г. были внесены поправки в законодательство, предусматривающие принятие одного или нескольких решений по итогам проведенных расследований.

2. Одним из новшеств антимонопольного законодательства, которые появились в ПК РК, является введение института предварительного рассмотрения проектов заключений по делам о нарушении антимонопольного законодательства коллегиальным органом при антимонопольном органе (далее - Комиссия). Комиссия является консультативно-совещательным органом при ведомстве. Функциями Комиссии являются:

1) рассмотрение проектов заключений по итогам расследований нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан на предмет их полноты и качества приведенных в них доказательств фактов нарушений;

2) выработка рекомендаций по проектам заключений по итогам расследований нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан на предмет их полноты и качества приведенных в них доказательств фактов нарушений⁹⁸.

98 Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года № 746 «Об утверждении Положения и регламента согласительной комиссии».

Проект заключения выносится на рассмотрение Комиссии в случае обращения объекта расследования в срок не менее чем за семь рабочих дней (п. 2 ст. 224 ПК РК). Комиссия рассматривает проект внесенного заключения в срок не более пяти календарных дней со дня внесения на предмет его полноты и качества приведенных в нем доказательств фактов нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции с приглашением на заседание лиц, участвующих в расследовании.

Состав Комиссии должен включать представителей антимонопольного органа, отраслевого государственного органа, Национальной палаты предпринимателей и других независимых экспертов. Комиссию возглавляет руководитель ведомства антимонопольного органа. Во время отсутствия руководителя антимонопольного органа его функции выполняет лицо, исполняющее его обязанности.

Приказом Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан № 63-ОД от 9 марта 2016 г. была сформирована Согласительная комиссия для рассмотрения проекта заключения по результатам расследования в отношении ТОО «РЦКУ-Костанай». В состав Комиссии вошли от антимонопольного органа председатель КРЕМЗК Жуманагарин С.М., его заместители Ахметов Р.А., Майтиев А.Б., заместитель директора Департамента по формированию тарифной и институциональной политики Министерства национальной экономики Ержанова С.А., а от негосударственных органов – заместитель председателя Правления Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» Дузбаева М.А., генеральный секретарь ЧУ «Центр арбитражного и третейского разбирательства Национальной палаты предпринимателей» Калдыбаев А.К. и президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» Айтжанов А.Т.

Заседания Комиссии считаются правомочными, если на них присутствует не менее половины от общего числа членов Комиссии. Состав Комиссии формируется по каждому обращению объекта расследования решением руководителя ведомства антимонопольного органа. Число членов Комиссии не должно превышать семи человек. В соответствии с ч. 4 п. 2 комментируемой статьи в составе согласительной комиссии кроме сотрудников

антимонопольного органа должны быть представлены независимые эксперты, включая участников со стороны объекта расследования.

В связи с этим при формировании каждой комиссии по рассмотрению результатов расследования в ее состав в обязательном порядке включаются независимые эксперты, в том числе и представитель объекта расследования. Кандидатуру этого эксперта представляет сам субъект рынка, в отношении которого проводится расследование.

Так, в состав Комиссии от ТОО «РЦКУ-Костанай» был заявлен генеральный секретарь ЧУ «Центр арбитражного и третейского разбирательства Национальной палаты предпринимателей» Калдыбаев А.К., в состав Комиссии от АО «Международный аэропорт» - генеральный директор юридической компании «Лигал Профит Астана» Кырыкбаев Б.М. В качестве других независимых экспертов в состав Комиссии включаются представители объединений предпринимателей, а также специалисты узко специализирующихся в области антимонопольного регулирования, защиты и развития конкуренции организаций (например, Ассоциации развития конкуренции и товарных рынков, АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», кафедры «Экономическая теория и антимонопольное регулирование» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева).

Согласительная комиссия до завершения расследования и принятия антимонопольным органом решения будет заслушивать доводы субъектов рынка, в отношении которых проводится расследование. При рассмотрении возражений представителя объекта расследования члены Комиссии высказывают свое мнение по поводу их принятия или непринятия, мотивируя его нормами законодательства Республики Казахстан.

Решение Комиссии принимается простым большинством голосов. Право голоса имеют только члены Комиссии. Каждый член Комиссии имеет только один голос. При равенстве голосов окончательное решение принимается Председателем Комиссии. При этом, как показывает практика, член Комиссии, включенный в его состав приказом антимонопольного органа как представитель от организации, не может делегировать свои полномочия другому представителю своей организации.

Так, для рассмотрения проекта заключения Департамента Комитета по г. Алматы по результатам расследования нарушений законодательст-

ва Республики Казахстан в области защиты конкуренции в отношении ТОО «Carlsberg Kazakhstan (Карлсберг Казахстан)» приказом КРЕМЗК № 90-ОД от 5 апреля 2016 г. была сформирована очередная согласительная комиссия, в состав которой от НПП «Атамекен» вошла Романова А.В., директор Департамента экономики. Вместе с тем, в день проведения заседания Комиссии 7 апреля 2016 г. Романова А.В. не смогла прийти и делегировала вместо себя другого представителя НПП «Атамекен». Однако, решением председателя Комиссии представитель НПП «Атамекен» не был допущен к работе Комиссии как ее член, имеющий право голоса.

Результаты заседания Комиссии оформляются протоколом с приложением необходимых документов. В протоколе указываются состав Комиссии, приглашенные лица, место, время и дата ее заседания, высказанные позиции членов Комиссии, а также, при наличии приглашенных экспертов, их мнения.

Так, Комиссией было рассмотрен результат расследования в отношении ТОО «РЦКУ-Костанай». Расследование было проведено Департаментом Комитета по Костанайской области, которым распространение ТОО «РЦКУ-Костанай» недостоверной информации о своей деятельности среди своих потенциальных потребителей было квалифицировано как злоупотребление доминирующим положением.

На заседании Комиссии ее членами было отмечено, что по рассмотренным материалам расследования в действиях ТОО «РЦКУ-Костанай» отсутствуют признаки вменяемого ему нарушения. Так в п. 4 Протокола Комиссии было отмечено: «Принять к сведению мнения членов согласительной комиссии Комитета Ахметова Р.Н., Айтжанова А.Т. об отсутствии в действиях ТОО «РЦКУ - Костанай» признаков злоупотребления доминирующим положением и наличия признаков недобросовестной конкуренции».

По результатам рассмотрения проекта заключения Комиссия выносит свои замечания и рекомендации, которые направляются должностному лицу (должностным лицам) для работы. Как показывает практика работы согласительных комиссий, решения могут быть двух видов:

- 1) констатируется наличие инкриминируемого нарушения антимонопольного законодательства и поддерживается позиция антимонопольного органа с вынесением при наличии дополнительных рекомендаций (например, по делам в отношении ТОО «Carlsberg Kazakhstan (Карлсберг Казахстан)», АО «Международный аэропорт Астана», ТОО «Павлодарский нефтехимический завод»).

Так, Комиссия единогласно поддержала решение антимонопольного органа о наличии в действиях ТОО «Павлодарский нефтехимический завод» факта злоупотребления своим доминирующим положением в части установления и поддержания монопольно высокой цены на битум. При этом антимонопольному органу Комиссией рекомендовано пересмотреть расчет монопольного дохода, рассчитываемого при определении размера административного штрафа.

2) отмечается отсутствие инкриминируемого нарушения и рекомендуется расследование прекратить (например, по делам в отношении ТОО «РЦКУ-Костанай», в отношении четырех угольных компаний – ТОО «Богатырь Комир», АО «Евроазиатская энергетическая корпорация» (ЕЭК), АО «Шубарколь Комир» и ТОО «Каражыра ЛТД»). При этом, в случае усмотрения в действиях объекта расследования признаков другого нарушения, Комиссия может рекомендовать рассмотреть их в рамках нового или уже другого проводимого расследования.

1. Так, по итогам рассмотрения Комиссией заключения по результатам расследования в отношении ТОО «РЦКУ-Костанай» было принято следующее решение:

1) Рекомендовать Департаменту Комитета по Костанайской области расследование в отношении ТОО «РЦКУ - Костанай» по признакам злоупотребления доминирующим положением прекратить.

2) Изучить имеющиеся сведения о навязывании услуг потребителям в рамках начатого расследования в отношении ТОО «РЦКУ - Костанай» по факту недобросовестной конкуренции»⁹⁹.

2. Департаментом Комитета по Павлодарской области на заседании Комиссии были представлены материалы по подтверждению факта нарушения антимонопольного законодательства со стороны «Богатырь Комир», ЕЭК и «Шубарколь Комир» в части антиконкурентных согласованных действий. По итогам заседания Комиссии, с учетом всех выступлений и доводов, Согласительной комиссией было принято решение, что в действиях объектов расследований отсутствуют факты инкриминируемого им нарушения и антимонопольному органу было рекомендовано преквалифицировать рассматриваемое дело. Новое расследование будет проведено в части рассмотрения деятельности субъектов рынка на предмет установления монопольно высоких цен на уголь.

⁹⁹ Протокол заседания согласительной комиссии Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан №1 от 11 марта 2016 года.

3. В действующем антимонопольном законодательстве законодатель разделил понятия «завершение расследования» и «утверждение заключения по итогам расследования». Завершением расследования считается день подписания должностным лицом антимонопольного органа заключения по результатам расследования (п. 3 ст. 224 ПҚ РК). Вместе с тем, утверждение заключения оформляется приказом антимонопольного органа в срок не более тридцати календарных дней со дня завершения расследования (п. 4 ст. 224 ПҚ РК). При этом в приказе антимонопольного органа указывается решение по итогам расследования (возбуждение административного дела, предписание или прекращение). День подписания приказа об утверждении заключения по результатам расследования (принятия решения) считается моментом обнаружения факта совершения административного правонарушения.

4. День подписания приказа об утверждении заключения по результатам расследования (принятия решения) считается моментом обнаружения факта совершения административного правонарушения. Приказ об утверждении заключения по результатам расследования может быть обжалован объектом расследования в суде в порядке, предусмотренном Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан.

Вместе с тем, на практике суды обычно отказываются принимать в производство жалобы субъектов рынка на выносимые антимонопольным органом приказы об утверждении заключения по результатам расследования, так как считают, что оспариваемое заключение не может служить предметом отдельного судебного разбирательства. Как отмечается в судебных решениях по данному вопросу, заключением по результатам расследований, утвержденного приказом антимонопольного органа, оспариваемый субъект рынка не привлечен к ответственности, не нарушены его права и охраняемые законом интересы, поскольку все указанные документы являются подготовительными действиями антимонопольного органа по составлению протокола об административном правонарушении¹⁰⁰.

100 Постановление №3гп-48-12 Надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан от 11 января 2012 года.

Глава VII. Пресечение нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и пересмотр предписаний антимонопольного органа

Статья 225. Основания и порядок определения монопольного дохода

1. Доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, ограниченной настоящим Кодексом, является монопольным доходом.

2. Монопольный доход может быть получен субъектом рынка в результате:

1) совершения антиконкурентного соглашения или согласованных действий субъектов рынка;

2) злоупотребления субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением.

3. Монопольный доход определяется с момента осуществления субъектом рынка действий, указанных в пункте 2 настоящей статьи, до момента прекращения субъектом рынка данных действий.

4. Монопольный доход определяется при:

1) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно высоких цен - как разница между доходом, полученным при применении монопольно высокой цены, и доходом, рассчитанным на основании цены, определенной в соответствии с положениями статьи 175 настоящего Кодекса;

2) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно низкой цены - как дополнительный доход, полученный субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, в результате увеличе-

ния объемов реализации за счет устранения конкурентов с товарного рынка;

3) установлении субъектом рынка, занимающим монопсоническое положение, монопсонически низкой цены - как разница между затратами данного субъекта рынка на покупку товара по цене, определенной на основании необходимых субъекту рынка, реализующему товар, расходов на производство и реализацию такого товара и прибыли, и затратами, сложившимися при покупке товаров по монопсонически низким ценам;

4) совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий как весь доход, полученный от данных действий, за вычетом обоснованных расходов, необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов.

5. Изъятие монопольного дохода производится в порядке, установленном Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях.

П. 1-4 ст. 159 Кодекса об административных правонарушениях регламентируют ответственность за нарушение антимонопольного законодательства Республики Казахстан в виде штрафов и конфискации монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год.

Согласно определению, имеющемуся в п. 1 ст. 225 ПК РК, монопольный доход – это доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, ограниченной Предпринимательским Кодексом.

Развивая смысл определения, данный в п. 1 ст. 225 ПК РК, законодатель устанавливает, что монопольный доход может быть получен субъектом рынка в результате:

1) совершения антиконкурентного соглашения или согласованных действий субъектов рынка;

2) злоупотребления субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением.

Список деяний, изложенный в п. 2 ст. 225 ПК РК, в результате которого может быть получен монопольный доход, является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию.

Согласно смыслу п. 2 ст. 225 ПК РК монопольный доход должен быть получен именно в результате совершения субъектом

рынка противоправных действий. Практика знает случаи, когда в результате допущения нарушения антимонопольного законодательства Республики Казахстан на субъекта рынка возлагался штраф с конфискацией дохода в сумме 0 тенге, поскольку монопольный доход в результате антиконкурентных действий субъект рынка не получил.

Так, согласно постановлению специализированного административного суда г. Семей в результате злоупотребления доминирующим положением, выразившемся в отказе от заключения договора, на ТОО «АЭС Шульбинская ГЭС» был наложен административный штраф в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности – 104 749 997 (сто четыре миллиона семьсот сорок девять тысяч девятьсот девяносто семь) тенге с конфискацией монопольного дохода в сумме 0 (ноль) тенге.

При установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно высоких цен монопольный доход определяется как разница между доходом, полученным при применении монопольно высокой цены, и доходом, рассчитанным на основании цены, определенной в соответствии с положениями ст. 175 ПҚ РҚ.

Согласно п. 1 ст. 175 ПҚ РҚ в качестве такой цены определяют:

1) максимально высокую цену, которую на этом же товарном рынке в условиях конкуренции устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, или превышающую цену на сопоставимом товарном рынке, которая сформировалась в условиях конкуренции;

2) сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли.

Кроме того, согласно п.п.) 2 п. 4 ст. 225 ПҚ РҚ при установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно низкой цены, монопольный доход определяется как дополнительный доход, полученный субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, в результате увеличения объемов реализации за счет устранения конкурентов с товарного рынка.

П.п.) 3 п. 4 ст. 225 ПҚ РҚ гласит, что при установлении субъектом рынка, занимающим монополистическое положение, монополистически низкой цены монопольный доход определяется

как разница между затратами данного субъекта рынка на покупку товара по цене, определенной на основании необходимых субъекту рынка, реализующему товар, расходов на производство и реализацию такого товара и прибыли, и затратами, сложившимися при покупке товаров по монопсонически низким ценам.

При совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий монопольный доход должен определяться как весь доход, полученный от данных действий, за вычетом обоснованных расходов, необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов (п.п.) 4) п. 4 ст. 225 ПК РК).

КоАП РК предусматривает специальный институт освобождения от административной ответственности по нарушениям антимонопольного законодательства касательно антиконкурентных соглашений (ст. 169 ПК РК) и согласованных действий (ст. 170 ПК РК). Так, первым абзацем примечания ст. 159 КоАП РК предусмотрено, что субъект рынка, совершивший административное правонарушение в виде антиконкурентного соглашения или антиконкурентных согласованных действий, освобождается от административной ответственности при совокупном соблюдении следующих условий:

1) к моменту, когда субъект рынка заявляет антимонопольному органу об антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях, антимонопольный орган не получал информации о данных антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях из других источников;

2) субъект рынка предпринимает срочные меры по прекращению своего участия в антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях;

3) субъект рынка сообщает полную информацию о фактах антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий на протяжении всего расследования с момента заявления;

4) субъект рынка добровольно возмещает потребителям ущерб, причиненный в результате совершения антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий.

**Научно-практический комментарий к
Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан.
Раздел 4 “Экономическая конкуренция”
Под общей ред. А.Т. Айтжанова**

Корректор-редактор *Татьяна Каукенова*
Дизайн обложки *Бауыржан Еженов*

Подписано в печать 01.09.2016. Формат 60x84¹/₁₆.
Гарнитура DS SchoolBook. Печать офсетная.
Усл.-печ.л 16.
Тираж 1100. Заказ №146.

АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»
01000, Астана, ул. Орынбор, 8
Тел./факс: (7172) 792 736
e-mail: info@czk.kz
www.czk.kz

Отпечатано в ТОО «Дайыр Баспа»