

Рынок и КОНКУРЕНЦИЯ

СПЕЦИАЛЬНОЕ
ПРИЛОЖЕНИЕ
№3/2016

КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО И ПОЛИТИКА В КАЗАХСТАНЕ

ЭКСПЕРТНЫЙ
ОБЗОР
ОЭСР



РЫНОК и конкуренция

Специальное приложение к журналу «Рынок и конкуренция», выпускаемое АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

Специальное приложение к журналу выпускается по заказу Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики РК по результатам итогов открытого конкурса государственных закупок от 26 февраля 2016 года № 121745.

Электронные версии журналов и его приложений на сайте www.czk.kz и www.kremzk.gov.kz

Адрес: 010000, г. Астана, ул. Орынбор 8 (Дом министерств), подъезд 3, офис 803.

Тел. (факс): 8 (7172) 792-735
Email: info@czk.kz

Тираж - 3000 экз.
Выпускается 1 раз в квартал

Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ басып шығаратын «Нарық пен бәсекелестік» журналының арнайы қосымшасы.

Арнайы қосымша ҚР Ұлттық экономика министрлігі табиғи монополияларды реттеу және бәсекелестікті қорғау комитетінің 2016 жылғы 26 ақпанда ашық өткен № 121745 мемлекеттік сатып алудың қорытындылары негізінде берілген тапсырысы бойынша жарияланады.

Журналдардың, арнайы қосымшаларының электрондық нұсқаларын www.czk.kz және www.kremzk.gov.kz сайтында көре аласыздар.

Адрес: 010000, Астана қ., Орынбор көш. 8 (Министрліктер үйі), 3 подъезд, 803 офис.

Тел. (факс): 8 (7172) 792-735
Email: info@czk.kz

Таралым - 3000 дана
Тоқсанына 1 рет жарық көреді

Уважаемые читатели!

Представляем вашему вниманию третий номер специального приложения к журналу «Рынок и конкуренция» за 2016 год.

Этот номер полностью посвящен Обзору конкурентного права и политики Республики Казахстан (далее - Обзор), который был презентован в мае т.г. на IX Астанинском экономическом форуме.

Обзор был подготовлен экспертами Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), которыми впервые официально были представлены рекомендации ОЭСР по дальнейшему реформированию национального конкурентного законодательства в Казахстане. Именно эти рекомендации наряду с резюме и выводами Обзора представлены в данном издании. С полным текстом Обзора можно ознакомиться на сайте ОЭСР по ссылке www.oecd.org/competition/competitionlawandpolicyinkazakhstan2016.htm.

Полагаем, что подготовленный Обзор послужит значимую роль в усовершенствовании действующего антимонопольного законодательства Республики Казахстан и в приведении его в соответствие с лучшей мировой практикой и международными стандартами. Как известно, в Плане нации «100 конкретных шагов по реализации 5-ти институциональных реформ» Глава государства обозначил необходимость изменения концепции работы антимонопольной службы и ее приведения в соответствие со стандартами Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).



Желаем вам приятного чтения!

*С уважением, Алдаш Айтжанов,
президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»,
заместитель заведующего Кафедрой экономической теории
и антимонопольного регулирования Евразийского национального
университета им.Л.Н.Гумилева*

Құрметті оқырмандар!

Назарларыңызға 2016 жылғы «Нарық пен бәсекелестік» журналына қосымшаның үшінші санын ұсынамыз.

Бұл сан толығымен а.ж. мамыр айында IX Астана экономикалық форумында таныстырылған Қазақстан Республикасының Бәсекелік құқығы мен саясатына шолуға (бұдан әрі - Шолу) арналған.

Шолуды Қазақстандағы ұлттық бәсекелік заңнаманы алдағы реформалау бойынша ЭЫДҰ-ның ұсынымдарын алғаш ресми таныстырған Экономикалық ынтымақтастық және даму ұйымының (ЭЫДҰ) сарапшылары әзірлеген. Аталған ұсынымдар Шолудың түйіні және қорытындыларымен бірге осы басылымда ұсынылған. Шолудың толық мәтінімен ЭЫДҰ сайтында мына сілтеме бойынша таныса аласыздар: www.oecd.org/competition/competitionlawandpolicyinkazakhstan2016.htm.

Бұл әзірленген Шолу Қазақстан Республикасының қазіргі монополияға қарсы заңнамасын жетілдіруде және оны әлемнің үздік практикасы мен халықаралық стандарттарға сәйкес келтіруде маңызды рөл атқарады деп болжаймыз. Өздеріңізге де мәлім, «5 институционалдық реформаны жүзеге асыру бойынша 100 нақты қадам» Ұлт жоспарында Мемлекет басшысы монополияға қарсы қызмет жұмысының тұжырымдамасын өзгерту және Экономикалық ынтымақтастық және даму ұйымының (ЭЫДҰ) стандарттарына сәйкес келтіру қажеттігін белгілеген болатын.

Ықыласпен оқуларыңызға тілектеспін!

*Құрметпен, Алдаш Айтжанов,
«Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ президенті,
Л.Н.Гумилев атындағы Еуразия ұлттық университетінің Экономикалық
теория және монополияға қарсы реттеу кафедрасы меңгерушісінің
орынбасары*

КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО И ПОЛИТИКА В КАЗАХСТАНЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ

На протяжении многих лет экспертные обзоры ОЭСР по законодательству и политике в сфере конкуренции являлись для стран (вне зависимости от их членства в ОЭСР) ценным инструментом по реформированию, усилению и усовершенствованию своих структур регулирования конкуренции. Экспертный обзор – это процесс, состоящий из двух этапов: сначала подготавливается отчёт о текущем состоянии структуры регулирования конкуренции в Казахстане и практика правоприменения в этой сфере; затем проводится экспертный обзор, основанный на отчёте. Экспертный обзор по Казахстану был проведён в рамках Глобального форума ОЭСР по конкуренции в 2015 году, в котором приняли участие более 90 делегаций со всего мира.

В данном отчёте даётся оценка разработки и применения законодательства и политики Казахстана о конкуренции на основе Законов «О конкуренции» и «О естественных монополиях и регулируемых рынках» 2008 года, при этом основное внимание уделено деятельности в период между 2010 г. и 2014 г.

В отчёте делается вывод о том, что в Казахстане существует режим конкуренции, который во многих правоприменительных аспектах основан на обоснованных принципах, но характер данного режима должен быть изменён с директивного применения к применению, которое в большей степени основано на результатах. Правоприменение должно решить основополагающие проблемы конкуренции и не должно фокусироваться на введении контроля за ценами. Содержащиеся в отчёте рекомендации сфокусированы, в частности, на следующих моментах:

- Преследование картелей, потребность в более качественных инструментах по их выявлению и более строгие стандарты доказывания;
- Разбирательства в отношении злоупотребления доминирующим положением, где фокус должен быть смещён с контроля за ценами к злоупотреблениям, которые ограничивают рынки и создают барьеры для входа на рынок;
- Пропагандистская деятельность и действия антимонопольных органов по борьбе с ограничивающими конкуренцию актами государственных органов и регуляторных органов и стимулирование антимонопольных органов к продолжению своей надлежащей работы;
- Необходимо строгое соблюдение правовых норм посредством предоставления права быть выслушанным, предоставления доступа к материалам

дела, повышения уровня прозрачности и опубликования решений; и

- Организационная структура и потребность в действительно независимых правоохранительных органах.

Анализ и рекомендации, содержащиеся в отчёте, являются весьма своевременными. В 2015 году Казахстан принял план действий по экономическому развитию «100 конкретных шагов», который предусматривает ряд институциональных реформ, включая реформы как законодательства о конкуренции, так и антимонопольных органов, чтобы привести их в соответствие со стандартами и передовыми практиками ОЭСР. Также в 2014 году Казахстан стал членом Евразийского экономического союза, что требует от него привести своё законодательство о конкуренции в соответствие со стандартами ЕАЭС.

Данный отчёт был подготовлен по запросу Правительства Казахстана. Ведущими экспертами являлись г-н Робледо де Кастийо и г-н Гарсиа Пинедо, Колумбия; г-н Юхани Йокинен, Финляндия; г-н Богдан Чиритою, Румыния; и Лорд Дэвид Карри, Великобритания. Отчёт был подготовлен Алексеем Ивановым, работающим в качестве консультанта Секретариата ОЭСР, при поддержке Линна Робертсона и Сабины Зигельски, Секретариат ОЭСР.

РЕЗЮМЕ

Казахстан по-прежнему находится на стадии перехода от централизованной плановой экономики к рыночной экономике. Законодательство о конкуренции и антимонопольные органы претерпевают продолжающиеся законодательные и институциональные изменения, которые являются отражением принимаемых Казахстаном мер по решению экономических проблем. Данные проблемы включают в себя продвижение малого бизнеса и малых предприятий; регулирование предприятий с государственным участием и частных предприятий, занимающих монопольное или доминирующее положение; а также инициативы по противодействию инфляции. Законодательство о конкуренции и экономические методы регулирования не всегда были взаимосвязаны друг с другом, а весьма регламентационный подход остаётся основной особенностью законодательства о конкуренции Казахстана на сегодняшний день. В 2014 году Казахстан присоединился к Евразийскому экономическому союзу (ЕАЭС). Данное членство обязывает Казахстан соблюдать рамочное законодательство ЕАЭС о конкуренции, и это ещё предстоит сделать.

Настоящий экспертный обзор является как про-

цессом инвентаризации, так и оценкой законодательства и правоприменительной практики в сфере конкуренции, которые основаны на международных передовых практиках и устоявшихся стандартах. В исследовании описываются основные правовые положения законодательства о конкуренции и органы, обеспечивающие его соблюдение. ОЭСР изучила судебную практику и решения в целях оценки правоприменительной практики. Заинтересованные лица из деловых кругов, юридической практики, политики и должностные лица государственных органов обменялись своими мнениями и опытом. На Глобальном форуме по конкуренции, который прошёл в 2015 году, четыре страны - Колумбия, Финляндия, Великобритания и Румыния - выступили в качестве ведущих экспертов, которые провели экспертный обзор Казахстана с использованием данного отчёта в качестве базы для своего исследования.

В ходе этой сессии Председатель Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции, Серик Жумангарин, ответил на вопросы ведущих экспертов и дал собственную оценку законодательства и правоприменительной практики в сфере конкуренции.

Оценка ОЭСР преимуществ и недостатков казахского законодательства о конкуренции позволила сделать выводы и рекомендации для Правительства Казахстана и антимонопольного органа. В частности, были даны рекомендации в отношении ограничительных соглашений и согласованных действий, доминирующего положения и монополизации, контроля за концентрацией, а также институциональных и процессуальных аспектов.

Ограничительные соглашения и согласованные действия

Практика правоприменения сфокусирована на наблюдавшихся примерах параллельного повышения цен и является отражением предположения, что антимонопольный орган должен предотвращать случаи повышения цен. Закон не предоставляет эффективных инструментов по выявлению картелей, например, необъявленные проверки, а программа по смягчению наказания представляется неэффективной. Вопросы, связанные с вертикальными ограничениями конкуренции, разрешаются с помощью правила о запрете *per se* без каких-либо исключений. В исследовании содержится рекомендация по разъяснению юридических терминов. Правоприменение должно быть сфокусировано исключительно на практиках, которые вредят конкуренции. В исследовании также содержится рекомендация относительно усовершенствованных инструментов по выявлению нарушений, а также более строгого стандарта по доказыванию фактов наличия сговора. При рассмотрении вертикальных ограничений необходимо использовать правило разумного подхода при применении антимонопольного законодательства. Оценка ограничений, касающихся прав на

объекты интеллектуальной собственности, должна проводиться в рамках общей структуры исключений вместо того, чтобы рассматриваться в качестве отдельной, исключительной категории соглашений.

Доминирующее положение и монополизация

Антимонопольный орган обладает обширными полномочиями по контролю за лицами, занимающими доминирующее положение на рынке. Наличие доминирующего положения определяется исключительно исходя из доли лица на рынке без проведения какого-либо углублённого анализа рыночных условий. Как только доля лица на соответствующем рынке начинает превышать определённую границу, лицо вносится в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее положение. Фактически это приводит к созданию системы контроля за ценами для всех субъектов рынка, которые определены в качестве занимающих доминирующее положение. Таким образом, практика правоприменения сфокусирована на контроле за ценами и доходами соответствующих субъектов рынка. Казахстану рекомендуется упразднить Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее положение. Выявление субъектов рынка, занимающих доминирующее положение, должно быть основано на экономическом анализе рыночных структур, а также на анализе последствий предполагаемых злоупотреблений. Антимонопольный орган должен сместить свой фокус с контроля за ценами и доходами на контроль за ограничительными практиками.

Контроль за концентрацией на рынке

Антимонопольный орган сталкивается с большим количеством дел о слияниях и поглощениях. Представляется, что правовая структура контроля за концентрацией на рынке является устойчивой и соответствует передовым международным практикам. Поскольку процесс не является прозрачным, а решения о слияниях и поглощениях не публикуются и пока ещё никогда не обжаловались, в рамках экспертного обзора необходимо оценить процесс правоприменения, основываясь на результатах исследований. Также представляется, что существует расхождение между высококонцентрированными структурами рынка, с одной стороны, и низким уровнем проникновения на рынок, с другой стороны. Поскольку решения не публикуются, в настоящем экспертном обзоре делается предположение, что в большинстве случаев принятия решений данную ситуацию можно частично объяснить использованием поведенческих средств правовой защиты. Поскольку в случаях с доминирующим положением и монополизацией антимонопольный орган должен перейти к анализу, который должен быть в большей степени основан на последствиях слияний и поглощений и сфокусирован на последствиях односторонних или скоординированных слияний и поглощений. Опубликование решений о слиянии или поглощении даст некое руководство и добавит

правовую определённую в деловой оборот. Всегда, когда это возможно, условия и обязательства должны основываться на структурных мерах.

Институциональные и процессуальные аспекты и международное сотрудничество

Процесс правоприменения не является прозрачным и не связан с общим обязательством по обеспечению законности. Субъектам рынка, участвующим в разбирательствах, проводимых антимонопольным органом, не предоставляется право быть услышанными или получить доступ к материалам дела. ОЭСР настоятельно рекомендует закрепить основные юридические права в процессуальных правилах, чтобы повысить уровень прозрачности разбирательств. Необходимо увеличить установленные срок, что позволит провести более качественный правовой и экономический анализ. Нехватка надлежащим образом обученных или специализированных судей и чрезвычайно короткие сроки негативно влияют на проведение проверок судебных процедур. Необходимо, чтобы либо суды были специализированными, либо чтобы, по крайней мере, дела были сосредоточены у нескольких универсальных судей. Казахстану также следует рассмотреть вопрос о выводе антимонопольного органа из-под Министерства национальной экономики и о создании его в качестве независимого государственного органа, чтобы минимизировать риск возникновения конфликта интересов и ненадлежащего влияния. Казахстан, являясь членом ЕАЭС, взял на себя обязательство по приведению своей структуры законодательства о конкуренции в соответствие со стандартами ЕАЭС, что должно позволить исправить многие из текущих недостатков.

РАЗДЕЛ 3.2. ОЦЕНКА ВОЗДЕЙСТВИЯ КОНКУРЕНЦИИ, ДЕМОНОПОЛИЗАЦИЯ И СОДЕЙСТВИЕ ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Закон «О конкуренции» особо выделяет перспективный контроль (ex-ante) за воздействием государства на конкурентные секторы рыночной экономики, а также и анализ фактического (ex-post) участия государства в экономике.

Статья 31 содержит продуманный набор норм, посвящённых созданию новых государственных компаний и дочерних обществ уже существующих государственных предприятий. Закон запрещает участие государства в коммерческой деятельности, за исключением особых случаев, предусмотренных пунктом 1 данной Статьи:

1. отсутствие иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества;

2. использование и содержание стратегических объектов, находящихся в государственной собственности;

3. осуществление деятельности в сферах, отнесённых к государственной монополии;

4. осуществление деятельности организациями, создаваемыми для анализа эффективности и выработки предложений по совершенствованию государственной политики;

5. отсутствие на рынках субъектов частного предпринимательства;

6. осуществление деятельности созданными аффилированными лицами национального управляющего холдинга;

7. а также в случаях, установленных законами Казахстана, указами Президента или постановлениями Правительства Казахстана.

Во всех случаях, когда государственный орган принимает решение об учреждении государственной компании или дочерней компании существующей государственной компании, он должен обратиться в антимонопольный орган с ходатайством, аналогичным используемому при получении разрешения на осуществление экономической концентрации. Антимонопольный орган обязан в течение 60 дней с момента поступления ходатайства и направить органу, представившему ходатайство, обоснованное решение, которое либо разрешает, либо запрещает создание новой компании, контролируемой государством. С этой целью согласно пункту 5 статьи 31 антимонопольный орган обязан провести исследование рынка и подготовить заключение об уровне развития конкуренции на таком рынке. Данное заключение должно содержать убедительные доводы относительно потенциальных ограничений конкуренции на соответствующих рынках.

В 2012 году ведомство рассмотрело 463 ходатайства от государственных органов и региональных администраций о создании новых государственных компаний; и 254 ходатайства о создании новых дочерних обществ существующих государственных компаний. В общей сложности, в 2012 году антимонопольный орган провёл работу по 721 ходатайству в соответствии со Статьёй 31, что почти в четыре раз больше, чем поданных уведомлений об экономической концентрации (Статья 50). Количество отказов в данной категории контролируемых сделок также существенно выше, чем в области согласования экономической концентрации. В 2012 году антимонопольный орган принял отрицательные решения по 40 ходатайствам о создании новых государственных компаний и 29 - по ходатайствам о создании новых дочерних структур на основании неоправданного ограничения конкуренции на рассмотренных рынках.

После вступления в силу Закона «О конкуренции» в 2009 году антимонопольный орган был обязан заниматься подтверждением легитимности всех государственных предприятий (Статья 77) и компаний с государственным участием (Статья 78). В результате этого в ноябре 2009 года антимонопольный орган запустил новый крупный трёхгодичный проект по демополизации экономики Казахстана. Ведомство разработало проект в соответствии

с изначальным законодательством о защите конкуренции, принятом на раннем переходном этапе. По проекту антимонопольный орган провёл анализ всех соответствующих рынков, на которых действуют государственные предприятия или компании с государственным участием, чтобы выяснить, будут ли эти сектора экономики более продуктивными без вовлеченности государства. Антимонопольный орган получил широкие полномочия для осуществления этой работы, единственной целью которой является повышение уровня интенсивности рыночной конкуренции в экономике Казахстана.

С 2009 года по 2011 год антимонопольный орган получил 5477 ходатайств по Статьям 77 и 78. В рамках Статьи 77 антимонопольный орган рассмотрел 4818 ходатайств, из которых 252 ходатайства были отклонены. В рамках Статьи 78 было рассмотрено 659 ходатайств, из которых 195 были отклонены. Большинство государственных предприятий и компаний с государственным участием, которые не получили согласия, были впоследствии приватизированы или ликвидированы. В основном, антимонопольный орган отказывал в выдаче согласия, поскольку он считал, что существует мощный потенциал развития конкуренции на соответствующих рынках.

Антимонопольный орган также был задействован в работе по оценке потенциального воздействия на конкуренцию со стороны проектов законов или других нормативно-правовых актов, а также общих предложений по политике в этой сфере. Ведомство является одним из исполнительных комитетов при Министерстве национальной экономики, которое выступает в качестве комплексного регулятора, охватывающего широкий спектр отраслей и политик. Основная часть деятельности антимонопольного органа в отношении законодательных инициатив осуществляется как раз в рамках этой структуры. Антимонопольный орган в большей степени полагается на свою роль и функции, определённые официальными документами, в т.ч. на те, которые были утверждены Министерством национальной экономики, чем на независимые инициативы по реформированию. Обычно, представляя собой комитет в рамках структуры организаций, подчинённых Министерству национальной экономики, антимонопольное ведомство имеет возможность высказывать своё мнение по большинству законопроектов и проектов постановлений Правительства или по общим предложениям в сфере защиты конкуренции, которые проходят через Министерство и имеют отношение к вопросам развития конкуренции. Антимонопольный орган не обладает необходимыми административными или политическими ресурсами ни для самостоятельного вмешательства в законодательный процесс в рамках Правительства, ни для выражения мнения по законопроектам, которые не относятся к конкурентной политике и направляются в антимонопольный ор-

ган Министерством национальной экономики.

Антимонопольный орган также принимает активное участие в других формах поддержки развития конкуренции. В ходе регулярно проводимых им исследований рынков в соответствии со Статьей 47 Закона «О конкуренции» ведомство изучает входные барьеры и прочие препятствия, имеющиеся на пути к эффективному функционированию анализируемых рынков. В своих регулярных отчётах перед Правительством антимонопольный орган рекомендует меры, определённые по результатам исследований рынков, которые следует принять Правительству с тем, чтобы бороться с любыми выявленными недостатками. Например, в 2014 году антимонопольный орган сообщил Правительству, что в ходе анализа рынка драгоценных камней выяснилось, что только одна организация была уполномочена осуществлять экспертную оценку драгоценных камней, которые предназначаются для экспорта в страны, не принадлежащие к Евразийскому экономическому союзу. Антимонопольный орган также обратился к Правительству с ходатайством о пересмотре Закона «О драгоценных камнях и металлах» для того, чтобы повысить уровень интенсивности конкуренции на данном рынке. Правительство приняло такую рекомендацию и инициировало изменения законодательства с целью устранения выявленного барьера.

Антимонопольный орган также тесно сотрудничает с деловым сообществом, особенно с Национальной палатой предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» и другими индустриальными организациями. Он также пытается участвовать в академической работе. Например, совместно с Центром развития и защиты конкурентной политики¹ антимонопольный орган организует серию семинаров и встреч с академическим сообществом, а также запускает первую в Казахстане специализированную образовательную программу в области конкурентного права и защиты конкуренции при Евразийском национальном университете им. Л.Н. Гумилёва в Астане.

РАЗДЕЛ 6. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

6.1. Преимущества и недостатки режима Закона Казахстана «О конкуренции»

История антимонопольного законодательства и правоприменительной практики в Казахстане после внезапного развала плановой экономики советского периода, ознаменовывается постоянными

¹ Экспертное учреждение, созданное Правительством и управляемое Агентством по антимонопольной политике в целях содействия изучению конкурентного права и политики в Казахстане. В 2011 году, согласно решению антимонопольного органа по делу из статьи 78 Закона «О конкуренции», он был приватизирован как организация, работающая на конкурентном рынке. В настоящее время учреждение является ведущим экспертным центром по конкурентному праву и защите конкуренции в Казахстане.

законодательными и институциональными изменениями. Антимонопольная политика подчинялась другим политическим целям; использовалась в качестве инструмента для выхода из кризиса; для создания независимой и устойчивой национальной экономики; либо для удовлетворения общественных потребностей. Но в большей степени антимонопольная политика использовалась для борьбы с повышением цен на потребительские товары в результате инфляции. Во многих сферах экономика по-прежнему характеризуется доминированием нескольких влиятельных субъектов рынка, а также естественных или государственных монополий. Антимонопольный орган в Казахстане всегда играл важную роль на переходном этапе при выявлении и содействии в устранении пробелов в правовой и институциональной структурах для целей регулирования деятельности компаний на рынке.

КРЕМЗК является государственным органом, обладающим широкими полномочиями. Широкий круг обязанностей - регулирование, защита прав потребителей, обеспечение применения антимонопольного законодательства, защита конкуренции и оценка состояния конкуренции - предусматривает наличие чрезвычайно широких полномочий, а большое количество сотрудников призвано обеспечить их выполнение. В то же время представляется, что широкие полномочия иногда создают у регуляторных органов и общественности головокружительные ожидания и замешательство в отношении приоритетов и принципов внутреннего применения законодательства. КРЕМЗК является мега-регулятором и всё ещё пытается наладить оптимальное использование своих ресурсов. Отсутствие дискреционных полномочий в отношении выбора дел, поданных потребителями или конкурентами, усложняет сложившуюся ситуацию. КРЕМЗК также может извлечь пользу из более внутренней координации и сотрудничества между правоприменительными органами, отвечающими за применение антимонопольного законодательства, регулирование и защиту прав потребителей.

6.1.1. Ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия

Правоприменение находится на достаточно высоком и постоянном уровне, в среднем около 30 дел в год. Большинство дел, если не все, связаны со Статьей 11 Закона «О конкуренции»: согласованные действия. Более того, также представляется, что большинство дел являются реакцией на жалобы отдельных потребителей или конкурентов, основанной на норме права о «нарушении прав потребителей» и наблюдении параллельного повышения цен, что также является нормой права. В связи с этим, представляется, что правоприменение не направлено на так называемые «картели-монополисты», а вместо этого ориентировано на предупреждение или запрет повышения цен. Эффективные полно-

мочия по проведению «рейдов на рассвете» не предусмотрены, и положения о смягчении наказания пока ещё не применялись.

Отсутствие эффективных инструментов по выявлению нарушений и правоприменению может частично объяснить акцентирование внимания на параллельном повышении цен. У КРЕМЗК есть несколько вариантов, чтобы действовать иначе, и такой вид правоприменения прекрасно соответствует сильно регуляторной позиции антимонопольного органа. Однако в случаях с параллельным повышением цен антимонопольный орган реагирует на потенциальные симптомы предположительно ограничивающих конкуренцию согласованных действий, при этом необязательно, что у него есть возможность устранить лежащие в основе причины проблем.

Повышение цен не должно подавляться ненадлежащим образом, учитывая, что у повышения цен могут быть различные основания, и оно является важным сигналом рыночной экономики, который стимулирует расширение производства, доступ на рынки, смену поставщиков и активный поиск замещающих товаров, работ и услуг. В рамках текущей политики правоприменения и правовой структуры существует реальная опасность того, что экономическая деятельность может быть замедлена или сдержана посредством искусственного снижения цен. Также политика правоприменения может создавать правовую неопределённость в деловом сообществе, поскольку очень сложно предугадать, какой вид деятельности будет рассматриваться антимонопольным органом в качестве незаконного. Данная правовая неопределённость в совокупности с неудовлетворительными инструментами по выявлению нарушений смогут в значительной степени объяснить неэффективность программы по смягчению наказаний. Риск выявления нарушающих конкуренцию соглашений или согласованных действий очень низок, и сложно понимать, что именно подпадает под указанные категории. Необходимо пересмотреть практику отдельного использования широкого правового определения «нарушения прав потребителей». Также необходимо пересмотреть запрет *per-se* ограничений, связанных с вертикальными соглашениями, в частности, для соглашений об эксклюзивности. Вертикальные соглашения могут повысить эффективность многих деловых взаимоотношений и поэтому должны рассматриваться в каждом конкретном случае в соответствии с законодательством о конкуренции, при этом необходимо соблюдать баланс потенциальных выгод и негативных последствий конкуренции.

6.1.2 Доминирующее положение и монополизация

Закон «О конкуренции» предоставляет антимонопольному органу обширные полномочия по осуществлению контроля за субъектами рынка, зани-

мающими доминирующее положение. Хотя часть первой Статьи 12 содержит общее описание доминирующего положения, которое в значительной степени соответствует законодательству о конкуренции других стран, часть второй указанной Статьи просто говорит о том, что субъект рынка занимает доминирующее положение, если принадлежащая ему доля рынка превышает 35 % (50/70% в случае совместного доминирования). В целях установления факта наличия доминирующего положения на рынке КРЕМЗК проводит в год 21⁴⁵ исследований рынка и выявляет в год в среднем около 40 случаев злоупотреблений. Представляется, что анализ рынка является достаточно директивным и, как минимум частично, основан на информационных ресурсах, которые не являются самыми достоверными. Нет никаких признаков того, что какой-либо экономический анализ проводится либо для определения рынка, либо для более пристального изучения состояния конкуренции на рынке. По итогам такого проведённого анализа информация о субъектах рынка заносится в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее и монопольное положение, и у этих субъектов рынка в результате возникают обширные обязательства по предоставлению отчётности. Фактически субъекты рынка также подлежат ценовому контролю после внесения информации о них в реестр.

Факт злоупотребления может быть выявлен, если поведение субъекта рынка ограничивает конкуренцию, или, по аналогии с нормой об ограничивающих конкуренцию соглашениях, если его поведение нарушает интересы потребителей или иных лиц. Закон также содержит длинный перечень действий, которые рассматриваются в качестве злоупотреблений. Содержание перечня варьируется от дифференциации цен до изъятия товара из обращения, и данный перечень не является исчерпывающим. Также запрещается установление монопольно высоких или монопольно низких цен; представляется, что на данном вопросе сосредоточено внимание КРЕМЗК.

Учитывая, что для установления самого по себе факта существования доминирующего положения использовались слабые основания, существует высокий риск использования потенциально излишнего и чересчур зарегулированного подхода. Поскольку внимание также уделяется так называемым монопольно высоким и низким ценам, то ценовое регулирование является логичным последствием данного подхода. Многие антимонопольные органы борются с - или избегают - излишнего количества дел по вопросам ценообразования вследствие свойственных им сложностей. Сопоставимые рынки найти сложно, а размер затрат может быть измерен разными способами. На вопрос о том, что является обоснованной прибылью, ещё предстоит ответить. В отношении данного вида злоупотреблений считается, что связанные с неверным пониманием

вопросам риски могут быть очень высокими, существенный вред может быть нанесён производительности, росту и, в конечном итоге, благосостоянию потребителей. По этим причинам многие антимонопольные органы обращают более пристальное внимание на исключаящие виды злоупотреблений, чтобы поддерживать рынки в открытом состоянии и позволить конкурентным силам действовать. Это может быть более сложно в условиях высококонцентрированных рынков, которые, похоже, преобладают в Казахстане. Однако, представляется, что ценовое регулирование также не приводит к эффективным результатам. Ценовое регулирование может справляться лишь с симптомами, а более тщательный анализ рынков и поведения на рынке, которое создаёт или усиливает барьеры для входа на рынок, может добраться до корней проблем в сфере конкуренции и, тем самым, помочь с выработкой решений.

6.1.3 Контроль за экономической концентрацией

Представляется, что положения Закона «О конкуренции» о контроле за экономической концентрацией являются обоснованными и соответствуют международной передовой практике, если посмотреть на факты концентрации, подпадающие под требование о предварительном или последующем уведомлении о слиянии и пороговой границе приобретения. Существуют определённые сомнения в отношении того, что подлежащая проверке локальная взаимозависимость экономических концентраций будет в достаточной степени чёткой и высокой. Требования о предоставлении уведомлений могут рассматриваться в качестве очень сложных, поскольку субъекты должны предоставить существенный объем информации уже на стадии первичного уведомления, вне зависимости от того, возникнут или нет вопросы относительно ограничения конкуренции в связи с соответствующей экономической концентрацией. Это приводит к большому количеству уведомлений, отклонённых антимонопольным органом вследствие неполного представления или непредставления информации. Количество уведомлений (228 уведомлений в 2013 году и 179 уведомлений в 2014 году) очень высоко по сравнению с небольшим количеством персонала (три сотрудника), отвечающего за вопросы контроля за экономической концентрацией. Это может объяснить низкий уровень проникновения на рынки и, возможно, излишне регламентированный анализ, который в большей части основан на критериях определения доли рынка и правовых презумпциях наличия доминирующего положения.

В условиях высококонцентрированных рынков с большим количеством субъектов, которые занимают доминирующее положение, как это считается согласно Реестру субъектов рынка, занимающих доминирующее и монопольное положение, и все

из которых обязаны уведомлять о планируемых сделках по слиянию, предполагается наличие высокого уровня проникновения на рынки. Если бы правоприменение функционировало на основе скорее регламентированных определений рынка и пороговых значений доли рынка для определения доминирующего положения, то тогда существенное количество сделок по слиянию должно было бы соответствовать критерию усиления существовавшего ранее доминирующего положения или критерию создания нового доминирующего положения. Вследствие существенной нехватки прозрачности в правоприменении в рамках процесса слияния субъектов рынка можно только догадываться о причинах низкого уровня проникновения на рынки. Одним из объяснений может быть то, что множественные разрешения сопряжены с поведенческими условиями, которые лишь обязывают участников сделки по слиянию воздерживаться от нарушающих конкуренцию соглашений и злоупотреблений. Если дело обстоит именно так, то система контроля сделок по слиянию не выполняет своё предназначение. В условиях уже высококонцентрированных рынков контроль сделок по слиянию должен главным образом предотвращать дальнейшее усиление позиции на рынке, чтобы держать рынки открытыми, насколько это будет возможно, и сохранять потенциал для конкуренции как в настоящее время, так и в будущем. Как только структурные изменения будут разрешены, более крупные компании можно будет контролировать только с помощью менее эффективных мер. В случае с Казахстаном это подразумевает под собой контроль цен. Может случиться так, что политика контроля сделок по слиянию будет способствовать общей тенденции работы над симптомами, нежели борьбе с причинами нарушающего конкуренцию поведения.

6.1.4 Дополнительные полномочия: защита прав потребителей, оценка состояния конкуренции, регулирование в рамках Закона «О естественных монополиях» и регулируемые рынки

КРЕМЗК является мега-регулятором, чьи обширные задачи включают в себя борьбу с недобросовестной конкуренцией и защиту прав потребителей, оценку состояния конкуренции и степени проникновения на рынок по сравнению с государственными субъектами, а также регулирование естественных монополий и субъектов на иных регулируемых рынках. Это может сделать КРЕМЗК очень сильным субъектом экономики Казахстана.

Правовой критерий, который должен применяться в сферах борьбы с недобросовестной конкуренцией и защитой прав потребителей, очень схож с тем, который можно найти в положениях о картелях и злоупотреблениях: «нарушение прав потребителей». В совокупности все выводы, полученные в результате применения правил о доминирующем положении и злоупотреблениях, о нарушающих

конкуренцию соглашениях и согласованных действиях, о схематичном использовании положений о контроле сделок по слиянию, а также о широком спектре деловой практики, которая считается недобросовестной или нарушающей права потребителей, создаёт обширную систему поведенческого контроля со стороны антимонопольного органа в большинстве сфер экономики.

Представляется, что антимонопольный орган обладает существенной свободой выбора того, на каких основаниях он отклоняет любой вид соглашения или экономического действия. При условии, что хотя бы на одного потребителя было оказано негативное воздействие, по сути в большинстве случаев будут существовать правовые основания для вмешательства.

Очевидно, что это также создаёт огромный объём работы для антимонопольного органа, что неизбежно сократит его возможности по установлению чётких приоритетов. Более того, антимонопольный орган ограничен в своих возможностях по разрешению случаев такого нарушения антимонопольного законодательства, которые в наибольшей степени наносят вред надлежащему функционированию экономической системы и общему благосостоянию общества и его потребителей.

КРЕМЗК также вправе осуществлять надзор в отношении государственных органов и вмешиваться в нарушающие конкуренцию акты государственных органов и эффективно использовать свои полномочия, что подтверждается потрясающим количеством дел из года в год. До объединения антимонопольного органа и директивных органов в сфере государственных и естественных монополий и регулируемых рынков директивные органы сами зачастую становились объектом внимания антимонопольного органа. Представляется, что количество таких случаев уменьшилось, поскольку в настоящее время регулятор и антимонопольный орган объединены под одним ведомством.

Регулирование естественных монополий и субъектов регулируемого рынка составляет более 50 % от общей деятельности КРЕМЗК, в связи с чем является одной из его основных задач. Все регулируемые субъекты рынка подпадают под строгое регулирование их деятельности и ценообразования. Не всегда понятно, какой именно сектор регулируется какими правовыми нормами, а также откуда возникают различия в правовом регулировании. Также представляется, что существует круг вопросов, связанных с сокращением объёма регулирования посредством либерализации секторов экономики и изменения подхода к регулированию.

6.1.5 Институциональные и процессуальные аспекты, вопросы международного сотрудничества

Хотя антимонопольный орган Казахстана на

протяжении всей своей истории был чрезвычайно активен в вопросах демополизации и оказывал повсеместную поддержку экономическим преобразованиям в Казахстане, в настоящее время ряд серьёзных структурных и правовых проблем мешает способности антимонопольного органа по эффективному продвижению конкуренции. Представляется, что процесс правоприменения страдает от чрезвычайно низкого уровня вовлечённости субъектов рынка, а также от общей нехватки прозрачности и толерантности. Эти недостатки можно частично объяснить чрезвычайно жёсткими сроками, с которыми сталкиваются суды и антимонопольный орган. В практическом отношении практически невозможно в установленные короткие сроки предоставить какое-либо значимое право быть услышанным, включая доступ к материалам дела и необходимое изъятие конфиденциальных документов из материалов дела. Такой процесс не очень хорошо вяжется с общим обязательством в отношении обеспечения верховенства закона. Данная ситуация усугубляется ещё и процессуальными правилами, которые требуют, чтобы административный суд завершил слушания по делу в течение одного месяца, с возможностью продления этого срока на один месяц. Строгие ограничения по времени в совокупности с отсутствием экспертизы в разрешении экономических вопросов заставляют судей административного суда фокусироваться в основном на процессуальных вопросах. Лишь немногие судебные решения включают в себя хотя бы базовый экономический анализ предмета спора. В некоторых случаях, когда такой анализ отсутствовал, суды описывают, в большей степени, выводы антимонопольного органа, а не взгляда на альтернативное мнение или экспертизу.

Позиционирование антимонопольного органа в рамках структуры исполнительной власти в условиях высокой централизации политики, а также в качестве части очень крупного Министерства национальной экономики оказывает непосредственное воздействие на способность антимонопольного органа оказывать влияние на государственную политику и принятие решений о приоритетных направлениях в правоприменительной практике. Антимонопольный орган в своей текущей роли и в рамках существующей правовой структуры является политическим инструментом, подчиняющимся взглядам и желаниям правительства, а не независимым директивным органом, который был бы сфокусирован в основном на продвижении конкуренции среди предприятий.

Казахстан является членом ЕАЭС, который создаёт условия для интегрированного на региональном уровне подхода для решения проблем, связанных с конкуренцией. Поскольку правила ЕАЭС о конкуренции были приняты лишь недавно, пока ещё рано говорить о какой-то сложившейся практике их применения. Ни Комиссия, ни антимоно-

польные органы государств-членов пока не принимали никаких решений на основании правил ЕАЭС о конкуренции. В общем, новые полномочия Комиссии и правил, расширяющие возможности для сотрудничества между антимонопольными органами государств-членов обеспечивают устойчивую структуру для создания эффективной и последовательной практики правоприменения в ЕАЭС и государствах-членах ЕАЭС.

6.2. Варианты политики для рассмотрения

6.2.1 Ограничивающие конкуренцию соглашения

6.2.1.1 Отменить или разъяснить правовые положения, касающиеся незаконным соглашений, согласованных действий и злоупотреблений: «нарушение прав потребителей» и «нарушение интересов потребителей или иных лиц».

Представляется, что нормы права способствуют правоприменению, основанному на жалобах отдельных потребителей или конкурентов. Поскольку нарушающее конкуренцию поведение в конечном итоге нанесёт вред потребителям, в связи с чем существуют особо жёсткие нормы, необходимо уделять более пристальное внимание вопросам «вреда, наносимого конкуренции» - правовой норме, которая также содержится в законе. Акцентирование внимания на вопросах вреда, наносимого конкуренции, поможет антимонопольному органу лучшим образом дифференцировать получаемые жалобы, осуществлять дискреционные полномочия и определять приоритеты в соответствии с антиконкурентными практиками, которые обладают наибольшим потенциалом для причинения вреда конкуренции, а также определять приоритеты среди тех вопросов, которые обладают наибольшим потенциалом с точки зрения причинения вреда благосостоянию общества в целом. По крайней мере, необходимо обеспечить, чтобы в то же время никакие меры принудительного характера не применялись без установления факта наличия вреда, нанесённого конкуренции (что может быть достигнуто посредством удаления союза «или» в соответствующих положениях). В противном случае существует риск смешения вопросов защиты прав (отдельных) потребителей с вопросами правоприменения в сфере защиты конкуренции.

6.2.1.2 Прекратить практику уголовного преследования за параллельное повышение цен без необходимости доказывания наличия сговора между соответствующими субъектами.

Представляется, что практика КРЕМЗК по правоприменению сфокусирована, в основном, на наблюдаемой практике параллельного повышения цен без проведения какого-либо дополнительного анализа причин такого поведения и расследования в течение очень короткого периода времени.

Данная практика по правоприменению может отвлекать ресурсы от картелей-монополистов, основанных на соглашениях или иных формах прямой или косвенной, формальной или неформальной координации. Параллельное повышение цен может являться симптомом такого вида картелей-монополистов, хотя также может существовать множество безобидных объяснений.

6.2.1.3 Предоставить КРЕМЗК усовершенствованные и более действенные инструменты для проведения расследований, как, например, необъявленные проверки и запросы об обязательном предоставлении информации, а также право опрашивать подозреваемых и свидетелей.

Одной из отличительных характеристик картелей-монополистов или согласованных действий, приводящих к аналогичным последствиям, является их скрытый характер. В целях выявления этих практик КРЕМЗК должен обладать полномочиями по проведению необъявленных проверок и изъятию подтверждающих вину доказательств (улик), в противном случае будет очень сложно доказать наличие картельного сговора или согласованных действий. Эти полномочия должны быть совмещены с правом запрашивать информацию в обязательном порядке и правом опрашивать свидетелей. Чтобы рассеять опасения относительно предоставления антимонопольному органу излишне широких полномочий, можно обусловить право проведения необъявленных проверок обязательным получением санкции суда. Данная санкция суда может быть получена без уведомления соответствующего субъекта при наличии достаточных мер по обеспечению безопасности от несвоевременного раскрытия информации и её утечек.

6.2.1.4 Отменить строгий запрет в отношении вертикальных соглашений, затрагивающих контракты об эксклюзивности.

Вертикальные соглашения рассматриваются в качестве нарушений Закона «О конкуренции» *per se*, а жёсткое применение существующих правовых норм позволит пресечь заключение вертикальных соглашений, включая те, которые фактически могут повысить эффективность. Правило разумного подхода при осуществлении антимонопольного законодательства, при котором тщательно взвешиваются положительные последствия для конкуренции и антиконкурентные последствия вертикальных соглашений в каждом отдельном случае, позволит решить эту проблему и будет в большей степени соответствовать международной передовой практике.

6.2.1.5 Предусмотреть исключение для ограничивающих конкуренцию соглашений, касающихся прав на объекты интеллектуальной собственности, только в рамках общей структуры исключений.

Все действия, включая (картельные) соглашения,

касающиеся осуществления прав на объекты интеллектуальной собственности, в настоящее время не подпадают под действие Закона «О конкуренции». Поскольку некоторые из таких соглашений могут нанести вред конкуренции, нет очевидных причин для систематического исключения их как категории из сферы действия Закона «О конкуренции». Любые выгоды и антиконкурентные последствия могут быть надлежащим образом сбалансированы в каждом конкретном случае в системе, которая допускает исключения для соглашений, которые приносят пользу потребителям, например, посредством стимулирования инноваций, и не ограничивают конкуренцию ненадлежащим образом, как это предусмотрено в общеприменимых правилах об исключениях.

6.2.1.6 Пересмотреть правила о наложении штрафов за ограничивающие конкуренцию соглашения, не требовать от антимонопольного органа, чтобы штрафы рассчитывались на основе фактического связанного с картельным соглашением дохода нарушителей.

Система штрафов, основанная на фактическом связанном с картельным соглашением доходом нарушителей, страдает от двух важных недостатков. Во-первых, зачастую бывает сложно распределить доход и зависить сумму по картелям, а также определить чёткие суммы, подлежащие возвращению. Во-вторых, это не применяется к ограничивающим конкуренцию соглашениям или согласованным действиям, если система не существовала на практике на момент выявления нарушения. Потенциал такого соглашения по нанесению вреда конкуренции должен быть достаточным для наложения штрафа в рамках нового закона. Данное изменение будет также иметь более сильный сдерживающий эффект. Система, с помощью которой можно только взимать штрафы на основании связанного с картельным соглашением дохода нарушителей, фактически позволяет эффективно наказывать только успешные картели.

6.2.2 Доминирующее положение и монополизация

6.2.2.1 Упразднить Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее и монопольное положение, и предусмотреть проведение глубокого экономического анализа рынков, доминирующего положения и потенциальных злоупотреблений.

Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее и монопольное положение, основан на недостаточном объёме данных и не регулярно обновляется. Записи вносятся на основании достаточно схематичного расчёта доли рынка. Необходимо упразднить Реестр и заменять его в каждом конкретном случае на проведение анализа доли рынка, принадлежащей субъекту,

если есть основания подозревать в наличии злоупотреблений. КРЕМЗК подтвердил, что Реестр будет упразднён в 2017 году, что вызвало повсеместное одобрение. В то же время необходимо обеспечить, чтобы КРЕМЗК мог проводить анализ рынка в каждом конкретном случае и обладал необходимой экономической экспертизой и инструментами. Даже в отсутствие реестра критерии, касающиеся доли рынка и используемые при установлении факта наличия доминирующего положения, должны быть по-прежнему закреплены в законе. Хотя размер доли рынка и может служить ценным инструментом для первичного скрининга потенциально проблемных случаев, проведение анализа не должно завершаться на этом этапе. Предположения о наличии доминирующего положения, основанные на размере доли рынка, должны опровергаться. Практически во всех случаях необходимо провести дополнительный анализ следующих вопросов: барьеры для входа на рынок, характер продукции, конкуренты и конкуренция на рынке, технологическое развитие, фаза рынка и его история, а также ожидаемые изменения на рынке.

6.2.2.2 Использовать в большей степени анализ последствий предположительных злоупотреблений и в меньшей степени полагаться на стандартные критерии.

Перечень злоупотреблений, указанный в части первой Статьи 13 Закона, является длинным и не исчерпывающим. В нем используется много неопределённых терминов, таких как «обременительный» и «необоснованный» и включает в себя взаимоотношения по вертикальной дистрибуции, а также обязательства по сделке. У этого существует потенциал для создания серьёзной правовой незащищённости для субъектов рынка и сдерживания экономически выгодного поведения и инвестиций. Необходимо обеспечить, чтобы ни одна из указанных практик не стала злоупотреблением *per se*, по которому будет наложен штраф или приостановлена деятельность без проведения дальнейшего анализа последствий поведения. Например, если дифференциация цен является результатом скидок за объем, то зачастую это не будет создавать проблемы с конкуренцией. Также необходимо обеспечить, чтобы никаких действий по защите конкурентов пока не предпринималось, если такие действия менее эффективны по сравнению с лицами, действующими на рынке. Это потребует провести «тестирование эффективного конкурента» в оговоренных рамках по уменьшению маржи и сокращению случаев хищения. КРЕМЗК должен всегда обеспечивать, чтобы все его меры способствовали конкуренции в целом, а не отдельным конкурентам или покупателям.

6.2.2.3 Смещение акцента с контроля за ценами на контроль за ограничительными практиками.

Контроль за ценами характеризует работу КРЕМЗК в сфере борьбы со злоупотреблениями и монополизацией. Это даже не включает в себя регулирование цен для государственных и естественных монополий. Как указано в разделе, содержащем выводы, контроль за ценами и доходами представляет собой очень сложное упражнение. Очень высокие риски, связанные с ненадлежащим вмешательством в рынки и с искажающими ценовыми сигналами. Рыночная экономика должна использовать контроль за ценами и/или доходами в основном в строго определённых случаях, например, в отношении естественных или государственных монополий. Для рынков, которые в целом открыты для конкуренции, разбирательства в отношении злоупотреблений должны быть сконцентрированы на практиках, которые приводят к исключению конкурентов и которые создают или усиливают барьеры для входа на рынок. Также необходимо уделять внимание причинам появления неконкурентных рыночных структур. Меры, которые должны быть предприняты или предложены антимонопольными органами, должны быть напрямую направлены на урегулирование этих причин. С помощью открытия рынков или поддержания на них конкуренции можно устранить симптомы наличия доминирующего положения, такие как высокие цены и доходы. Меры и разбирательства, затрагивающие рыночные структуры, также будут иметь гораздо более продолжительный эффект по сравнению с интервенциями, направленными на регулирование цен, которые должны были бы проводиться на постоянной основе, если не будут устранены основополагающие причины существования доминирующего положения.

6.2.3 Контроль за экономической концентрацией

6.2.3.1 Ввести четкое и простое исчисляемое пороговое значение для уведомления, которое обеспечивает наличие у экономической концентрации достаточного уровня локальной связи.

Анализ лишь совокупной стоимости активов и оборота субъекта рынка приведёт к подаче уведомлений, которые потенциально не будут актуальны для Казахстана, поскольку одна или более сторон в процессе слияния может и не вести активную деятельность в Казахстане. Спасти данную ситуацию может введение дополнительного критерия, касающегося экономической деятельности в Казахстане, например, оборот.

6.2.3.2 Чётко определить требования, предъявляемые к информации, содержащейся в уведомлении, и уменьшить их до такого объёма информации, который является необходимым для первой стадии расследования.

Текущие требования к уведомлению представляются весьма обременительными, и есть основания полагать, что некоторая запрашиваемая инфор-

мация не потребуется для определения, были ли формально соблюдены критерии, предъявляемые к уведомлению о слиянии, а также для проведения предварительного анализа. Например, бизнес-планы, данные по экспорту и импорту можно получить на более позднем этапе в рамках дополнительных информационных запросов.

Антимонопольное ведомство должно обладать достаточным объёмом полномочий и инструментов в процессе расследования, чтобы запросить данную информацию от участников сделки по слиянию и их конкурентов. Казахстан указал, что требования к предоставлению информации будут изменены в 2016 году, что можно только поприветствовать.

6.2.3.3 Обеспечить проведение всестороннего и отдельного анализа каждого факта экономической концентрации и сфокусироваться на односторонних или скоординированных последствиях экономической концентрации.

Сделки по слиянию могут быть экономически выгодными и влиять на повышение эффективности. Вмешательство может быть оправдано лишь в том случае, когда сделка по слиянию вызывает опасения с точки зрения защиты конкуренции и приводит к одностороннему или скоординированному повышению цен или ухудшению иных параметров конкуренции, таких как качество, инновации и т.д. Потенциально негативные последствия сделок по слиянию могут быть надлежащим образом подтверждены, что потребует проведения соответствующего, а в некоторых случаях очень тщательного, анализа рынка и условий конкуренции. Соответствующее определение рынка является лишь отправной точкой, а доли рынка в лучшем случае могут быть первыми индикаторами, подтверждающими необходимость проведения более подробного исследования. Тщательное исследование рынка потребуется в случаях, которые вызывают изначальные опасения, и оно должно сопровождать экономический анализ последствий сделки по слиянию и потенциальной эффективности, которые могут сгладить отрицательные последствия. Анализ, основанный на заранее определённых рынках и жёстких критериях, применяемых к определению доли рынка, не выполняет указанные требования. Представляется, что количество персонала, отвечающего за вопросы контроля за экономической концентрацией, является очень низким и не будет достаточным для рекомендованного вида анализа. Команды по осуществлению контроля за сделками по слиянию должны включать в себя юристов и экономистов.

6.2.3.4 Применять преимущественно структурные средства защиты для борьбы с ограничивающими конкуренцию слияниями. При любой возможности необходимо уделять внимание структурным средствам защиты.

Похоже, что Закон «О конкуренции» не прово-

дит различие между поведенческими и структурными средствами защиты в рамках сделок по слиянию. Структурные средства защиты гарантируют прежде всего, что проблема с конкуренцией не возникнет. Поведенческие средства защиты обычно допускают совершение сделки по слиянию, которая вызывает связанные с конкуренцией опасения, но создаёт меры по обеспечению безопасности от поведения, которое будет рассматриваться в качестве антиконкурентного. На практике это возлагает тяжёлое бремя на антимонопольные органы, а также требует проведения постоянного мониторинга и зачастую вмешательства. У антимонопольных органов обычно отсутствуют необходимые ресурсы для проведения эффективного мониторинга. Более того, поведенческие средства защиты обычно не позволяют решить ключевую проблему, в результате чего не достигается цель контроля за сделками по слиянию. Обычно контроль за сделками по слиянию устанавливается в целях защиты рыночных структур, обеспечивающих конкуренцию, чтобы прежде всего воспрепятствовать осуществлению антиконкурентного поведения одним из субъектов рынка. КРЕМЗК должен попытаться в максимальной степени ограничить использование поведенческих средств защиты и при любой возможности использовать структурные средства защиты, основанные на тщательном анализе рынка, в случаях, которые вызывают опасения в отношении конкуренции.

6.2.3.5 Должна быть предусмотрена обязанность и возможность КРЕМЗК опубликовывать свои решения о слияниях.

На настоящий момент КРЕМЗК не публикует решения и не даёт существенных указаний участникам сделки по слиянию. Согласно настоящему отчёту не было зафиксировано случаев обжалования принятых решений и не было опубликовано судебных решений. Отсутствие прозрачности существенно затрудняет проведение субъектами рынка и их консультантами оценки потенциальных последствий любой планируемой сделки по слиянию и возможное применение каких-либо средств защиты. Сделки по слиянию могут быть и не одобрены, поскольку сложно предвидеть результат возможно обременительной и дорогостоящей процедуры. Это также может увеличить нагрузку на антимонопольный орган в плане количества рассматриваемых ходатайств, поскольку будут подаваться ходатайства об одобрении сделок по слиянию, у которых нет шансов быть одобренными. Вследствие отсутствия указаний субъекты рынка и их консультанты не могут предвидеть этого и воздерживаются от направления уведомлений о таких сделках. В обоих случаях результат является неудовлетворительным. Опасения относительно того, что опубликование решений приведёт к увеличению нагрузки на антимонопольный орган или к раскрытию производственных секретов, не являются оправданными. Мож-

но ожидать, что любой анализ сделки по слиянию выражается в письменном отчёте, который является основанием для принятия решений и информационным источником в будущем. Такие отчёты не сложно подготовить таким образом, чтобы их можно было также использовать для последующего опубликования. Также достаточно будет обусловить прохождение фазы 2 в виде выдачи одобрений, запретов или разрешений под условием требованием об опубликовании решения. Производственные секреты не являются непреодолимым препятствием для большинства режимов законодательства о конкуренции. Существует множество способов соблюдения конфиденциальности при опубликовании решения.

6.2.3.6 Ввести процессуальные правила, гарантирующие право субъектов быть услышанными.

Субъекты рынка, участвующие в разбирательствах по слиянию компаний, должны быть услышаны, и им должна быть предоставлена возможность объяснить свои аргументы и представить возражения на аргументы антимонопольного органа. Согласно системе, которая следует принципу верховенства права, необходимо своевременно и в достаточном объёме предоставить данные права в ходе разбирательств. Это также должно включать в себя надлежащий доступ к делу. Антимонопольный орган не должен это в качестве необязательного бремени. Это возможность своевременно выяснить слабые стороны анализа и факты, которые остались незамеченными. Это позволит антимонопольному органу прийти к обоснованному решению, у которого будут более высокие шансы устоять в суде.

6.2.4 Дополнительные полномочия: защита прав потребителей, оценка состояния конкуренции, регулирование в рамках Закона «О естественных монополиях» и регулируемые рынки

6.2.4.1 Наилучшим образом использовать знания из различных подразделений ведомства, которые доступны в рамках КРЕМЗК.

Законодательство о конкуренции и законы о недобросовестной конкуренции и защите прав потребителей не должны быть взаимно эксклюзивными. Однако, их не нужно смешивать друг с другом, а правовое основание для вмешательства всегда должно быть чётко оговорено на внутреннем и внешнем уровнях. Зачастую связанные с конкуренцией проблемы можно решить с обеих сторон, но это требует коммуникации между правоприменительными органами, чтобы они могли выбрать оптимальную стратегию. Потенциальные злоупотребления могут быть прекращены с помощью информации для потребителей, носящей более обязательный характер, например. В рамках проведения анализа рынка различные департаменты КРЕМЗК также могут извлечь пользу из знаний, которые до-

ступны в других подразделениях. КРЕМЗК должен стимулировать обмен информацией, сотрудничество и коммуникацию.

6.2.4.2 Сократить количество и сферу действия государственных монополий.

Многие виды коммерческой и квази-коммерческой деятельности, рассматриваемые в качестве государственных монополий и осуществляемые государственными предприятиями в рамках жёсткого регулирования, могли бы быть осуществлены на конкурентных рынках и частными субъектами рынка, такие как экспертная оценка или производство бланков паспортов. По возможности необходимо критически оценить эти виды государственных монополий, а также открыть виды деятельности для частных субъектов и конкуренции. Во многих случаях основания и цели для рассмотрения отдельных отраслей в качестве государственных монополий также могут столкнуться со структурным законодательством и регулированием, например, природоохранными стандартами, которые ограничивают деятельность частных субъектов рынка. Затем они могут конкурировать и действовать свободно без каких-либо ограничений, зачастую это будет сопровождаться существенной экономией затрат для потребителей.

6.2.4.3 Постоянно осуществлять мониторинг и проверки регулируемых секторов и регуляторных правил.

По возможности необходимо использовать интеллектуальное регулирование, которое стимулирует эффективное поведение регулируемых субъектов рынка. Интеллектуальное регулирование должно заменить существующую систему очень строгого поведения и регулирования цен. Сектора, которые могут быть открыты для конкуренции, должны быть открыты и своевременно освобождены от ненужного регулирования. Сектора, обладающие потенциалом для более активной рыночной деятельности и умеренного регулирования, включают в себя ряд телекоммуникационных рынков и также частично рынки электроэнергии. Казахстан мог бы извлечь пользу из опыта других стран по введению регулирования, которое обеспечивает рост инвестиций, экономию затрат и повышение производительности.

6.2.5 Институциональные и процессуальные аспекты, вопросы международного сотрудничества

6.2.5.1 Рассмотреть вопрос о создании КРЕМЗК в качестве независимого государственного органа вне структуры Министерства национальной экономики.

Текущий формат неизменно приводит к конфликту интересов в Министерстве национальной экономики. Конфликты интересов будут возникать меж-

ду многими сферами компетенции Министерства. Интересы рынка труда, международной торговли, регионального развития, государственно-частных партнёрств – это лишь немногие из сфер деятельности Министерства, в которых рано или поздно возникнет конфликт с действиями антимонопольного органа. Неясно, каким образом можно разрешить эти конфликты в рамках прозрачного процесса. Даже если кажется, что никакие конфликты пока не материализовались, потенциал этих конфликтов очевиден. Такое ведомство как КРЕМЗК, которое является частью Министерства, может оказаться под разного рода указаний и влиянием, начиная от прямых инструкций, заканчивая сокращениями бюджетов и персонала. Можно предотвратить или по крайней мере затруднить реализацию многих форм влияния посредством создания КРЕМЗК в качестве независимого ведомства. Независимость не означает, что данное ведомство не будет отчитываться за свой бюджет и действия.

6.2.5.2 Предусмотреть возможность для КРЕМЗК определять приоритетные задачи в рамках своей работы и дискреционное право принимать решения об отказе по делам.

КРЕМЗК не вправе не предпринимать каких-либо действий по жалобам, что существенно затрудняет определение приоритетных задач. Если КРЕМЗК будет предоставлено дискреционное право отклонять дела, то ведомство сможет сфокусироваться на тех делах, которые наиболее релевантны для экономики или представляют важность с юридической или процессуальной точки зрения. Чтобы не допустить каких-либо обвинений о ненадлежащем поведении антимонопольного органа, которым в особенности подвержены «молодые» ведомства, необходимо опубликовывать критерии определения приоритетных задач и краткий отчёт оснований для принятия или отклонения дел.

6.2.5.3 Процедуры антимонопольного права должны отражать верховенство права и должны содержать в себе основные права субъектов рынка и физических лиц, затронутых соответствующими разбирательствами.

Субъекты рынка, принимающие непосредственное участие в разбирательствах, связанных с антимонопольным законодательством, а также затронутые третьи лица, должны быть своевременно уведомлены о начале разбирательств. В ходе разбирательств они должны быть уведомлены об основных этапах расследования; также им должно быть предоставлено слово до вынесения финального решения в рамках любого разбирательства, связанного с антимонопольным законодательством. Право быть заслушанным включает в себя право доступа к материалам дела. В противном случае принятие обоснованного заявления не представляется возможным. Антимонопольный орган обязан отразить

сделанные заявления в материалах дела и предоставить аргументы в свете соответствующих заявлений.

6.2.5.4 Необходимо увеличить юридические сроки для разбирательств.

В делах, связанных со злоупотреблениями и ограничивающими конкуренцию соглашениями, юридические сроки составляют два месяца с возможностью продления ещё на два месяца. По сравнению с практикой многих устоявшихся режимов антимонопольного законодательства, это чрезвычайно короткий срок, который не позволяет провести тщательное расследование и оценку фактов. Практически невозможно провести анализ рынка, включая экономический анализ. Сжатые сроки затрудняют предоставление надлежащего права быть услышанным.

6.2.5.5 Апелляционные суды должны специализироваться на вопросах антимонопольного права, и у них должно быть достаточно времени для проверки дел по законодательству о конкуренции.

Представляется, что в настоящее время судьи и суды не специализируются в антимонопольном праве. Поскольку вопросы антимонопольного права зачастую являются комплексными и сложными с экономической точки зрения, определённая специализация судей или определённая концентрация дел у нескольких судей общего профиля могла бы сильно помочь процедуре проверки таких дел, что тогда потребует больше времени для проверки. В интересах режима антимонопольного законодательства необходимо наличие строгой и объективной процедуры проверки, которая вводит необходимые дисциплинарные правила для правоприменительных органов. Надлежащие процедуры проверки помогают создать надлежащую практику антимонопольного органа и стать ориентиром для будущих дел. Правовая определённость и предсказуемость мер принудительного характера расширяются и в конечном итоге повышают эффективность режима антимонопольного законодательства.



**ЭЛЕКТРОННЫЕ ВЕРСИИ ЖУРНАЛА
ДОСТУПНЫ НА САЙТЕ**

www.czk.kz