

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Києво-Могилянська школа врядування імені Андрія Мелешевича

Магістерська робота
освітній ступінь – магістр

на тему: «Застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці»

Виконав студент 2-го року
навчання, спеціальність 281 Публічне
управління та адміністрування

Тримбач Микита Андрійович

Керівник: Кілієвич О. І.,

доцент

Рецензент:

Магістерська робота захищена

З оцінкою _____

Секретар _____

« ____ » _____ 2022 р.

Київ-2022

Декларація
академічної доброчесності
студента НаУКМА

Я, Тримбач Микита Андрійович, студент 2021-2022 року навчання факультету правничих наук, спеціальність 281. Суспільна політика і врядування, адреса електронної пошти m.trymbach@ukma.edu.ua

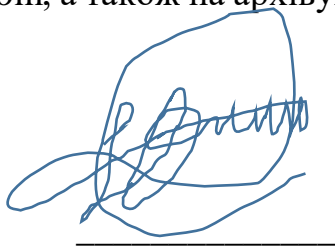
- Підтверджую, що написана мною кваліфікаційна (випускова) робота на тему «Застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці» відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених п. 1.3 Тимчасового положення про порядок перевірки письмових робіт студентів НаУКМА на відповідність вимогам академічної доброчесності, зі змістом якого ознайомлений;

- Заявляю, що надана мною для перевірки електронна версія роботи є ідентичною її друкованій версії;

- Згоден на перевірку моєї роботи на відповідність критеріям академічної доброчесності у будь-який спосіб, у тому числі за допомогою інтернет-системи StrikePlagiarism.com, а також на архівування моєї роботи в базі даних цієї системи*.

16.06.2022

Дата



Підпис

Тримбач М. А.

Прізвище, ініціали

* під перевіркою за допомогою інтернет-системи StrikePlagiarism.com розуміється порівняння змісту роботи переданої на перевірку для виявлення порушень, формування звіту подібності та зберігання роботи у базі даних для порівняння цієї та майбутніх робіт.

ПЛАН

Вступ	5
Розділ 1. Теоретико-методологічні засади застосування концепції м'якого права в конкурентній політиці	8
1.1. Зародження концепції м'якого права	8
1.2. Сутність м'якого права та його різниця з жорстким правом.....	11
1.3. Місце концепції м'якого права в конкурентній політиці.....	14
Висновки до розділу 1.....	15
Розділ 2. Пом'якшення відповідальності як інструмент м'якого права в конкурентній політиці	17
2.1. Сутність інструменту пом'якшення відповідальності в конкурентній політиці	17
2.2. Застосовні моделі інструменту пом'якшення відповідальності	25
2.3. Переваги та недоліки різних моделей інструменту пом'якшення відповідальності	35
Висновки до розділу 2.....	42
Розділ 3. Інструменти м'якого права в конкурентній політиці України	43
3.1. Застосовні інструменти м'якого права в конкурентній політиці України... ..	43
3.2. Проблеми застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці України.....	46

3.3. Пропонована модель програми пом'якшення відповідальності.....	50
Висновки до розділу 3.....	59
Висновки.....	61
Список використаних джерел та літератури.....	66
Додатки.....	71

ВСТУП

Актуальність. Конкурентна політика націлена на збереження конкуренції на ринках ресурсів, товарів і послуг в країні та запобігає спотворенню, обмеженню конкуренції та виникненню дисфункцій ринку. Недостатня увага до проблем, пов'язаних із захистом економічної конкуренції може призвести до монополізації, підвищення цін, обмеження входу на ринок для підприємств, що в кінцевому випадку негативно вплине на кінцевих споживачів та загальний добробут. У той час як конкурентна політика активно розвивається та модернізується у світі – законодавство України, яке регулює відповідну сферу, суттєво не оновлювалося вже понад 20 років. Інструменти м'якого права в конкурентній політиці активно застосовуються провідними країнами та допомагають виявляти та зупиняти порушення ефективніше – у швидші строки та з меншим супротивом. Проте в Україні відповідні інструменти або відсутні або існують тільки на папері та не мають історії правозастосування, наслідком чого також стає перевантаженість Антимонопольного комітету України. Саме тому важливо виявити необхідні моделі та шляхи впровадження інструментів м'якого права в конкурентній політиці в Україні задля підвищення її ефективності та результативності.

Ступінь дослідженості проблеми. Загалом, концепція м'якої сили, м'якого права є широкодослідженою та активно розвивається у внутрішніх та міжнародних відносинах, щонайменше, останні 30 років. Цій тематиці присвячено безліч книг, дисертацій, статей та інших наукових публікацій. Серед дослідників та їх робіт можна виділити Хендріка В. Онезорга «Soft Power: The Forces of Attraction in International Relations», Індерджіта Пармара та Майкла Кокса «Soft Power and US Foreign Policy: Theoretical, Historical and Contemporary Perspectives», Шалінську І. В. «Акти «М'якого права»: поняття та значення в міжнародному правопорядку», Смирнову К. В. «Правовий порядок конкуренції в Європейському Союзі» та багато інших. Що стосується м'якого права у конкурентній політиці – за основу були взяті дослідження ОЕСР, окремих експертів та документи Європейської Комісії.

Питання м'якого права саме в конкурентній політиці не можна назвати добре дослідженим, скоріше (здебільшого в ЄС), воно на етапі активного дослідження, оскільки продемонструвало, як безліч своїх переваг, так і певні загрози. В деяких країнах, в тому числі і в Україні, це питання не досліджено майже взагалі.

Об'єкт дослідження. Інструменти конкурентної політики.

Предмет дослідження. Застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці.

Дослідницьке питання. Яка модель м'якого права в конкурентній політиці придатна для реалізації в Україні?

Мета. Комплексний аналіз теоретичних і практичних засад застосування інструментів м'якого права при формуванні і реалізації державної політики у сфері конкуренції в Україні з урахуванням світового досвіду.

Практичне значення. Результати дослідження матимуть практичне значення, оскільки наразі в Україні проводиться реформа конкурентного законодавства, в рамках євроінтеграційних процесів, яка, зокрема, включає впровадження інструментів м'якого права в українське конкурентне законодавство.

Завдання:

- Проаналізувати спектр інструментів державної політики у сфері конкуренції.
- Визначити сутність і генезу м'якого права як інструменту вироблення державної політики.
- Дослідити концепт та сутність інструменту пом'якшення відповідальності.
- Розглянути та порівняти існуючі моделі інструменту пом'якшення відповідальності.
- Окреслити проблеми застосування інструменту пом'якшення відповідальності в Україні.

- Запропонувати нову модель програми пом'якшення відповідальності для реалізації в конкурентній політиці України.

Методи дослідження. У даній роботі застосовувалися загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання.

Аналіз і синтез. Використовувалися у процесі роботи над магістерською дипломною роботи при вивченні теоретико-методологічних засад м'якого права в конкурентній політиці України та світі.

Статистичний. Використовувався для аналізу ефективності використання інструменту м'якого права органами з питань конкуренції.

Метод аналізу кореляцій. Використовувався для визначення, чи існує зв'язок між типом покарання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції та моделлю інструменту пом'якшення відповідальності.

Метод індукції та дедукції. Використовувався для аналізу правових систем, які регулюють питання м'якого права в конкурентній політиці та сприйняття м'якого права державними органами та суб'єктами господарювання.

Історичний метод. Використовувався для виявлення того, коли зародилася та як розвивалася концепція м'якого права.

Логіко-семантичний метод дозволив сформулювати рекомендації, які стосуються конкретних завдань та заходів відносно збільшення ефективності та результативності застосування політики пом'якшення відповідальності в Україні.

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ КОНЦЕПЦІЇ М'ЯКОГО ПРАВА В КОНКУРЕНТНІЙ ПОЛІТИЦІ

1.1. Інструменти державної політики у сфері захисту економічної конкуренції

Конкуренція, в умовах ринкової економіки, є одним із найефективніших механізмів повідомлення суб'єктам господарювання про потреби суспільства з метою підвищення економічної ефективності та загального суспільного добробуту. Стале, послідовне зростання конкуренції стимулює економічне зростання, підвищення якості продуктів та послуг, зменшує безробіття шляхом оптимального використання матеріальних, трудових та фінансових ресурсів, що безпосередньо впливає на підвищення якості життя.

Власне Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ) визначає мету конкурентної політики наступним чином: «Кінцевою метою реалізації національної конкурентної політики є сталий розвиток та суспільний добробут за рахунок:

- рівних та справедливих можливостей та отримання прибутку для бізнесу;
- свободи вибору та доступності для споживачів;
- розвитку та процвітання економіки країни». [№33, с. 11]

Тобто, можна сказати, що конкурентна політика тримається на трьох стовпах: 1) справедливість (для бізнесу та споживачів), 2) доступність (товарів та послуг для споживачів, ринків – для підприємців), 3) розвиток та процвітання, за рахунок поєднання перших двох стовпів (бізнес дає якомога якіснішу та вигіднішу пропозицію, споживач дозволяє собі придбати якомога більше товарів та послуг).

Визначень поняття конкуренції та його ролі в державній та суспільній політиці існує безліч через постійний розвиток та актуальність відповідної тематики. Проте, наведене вище визначення є не тільки суто прагматичною думкою державного органу України, проте також включає в себе більш широке, міжнародне

визначення цього поняття. Так, відповідно до досліджень ОЕСР (Організація Економічного Співробітництва та Розвитку), конкуренція – це «Ситуація на ринку, в якій компанії або продавці самостійно прагнуть отримати покупців для досягнення певної бізнес-цілі, наприклад, прибутку, продажів та/або частки ринку». Отже, основною характеристикою економічної конкуренції є саме суперництво між компаніями [№36, с. 22-23]

Таким чином, можна сказати, що основною метою реалізації державної політики у сфері конкуренції – це утворення боротьби (змагання) «...за споживача і якнайповніше задоволення його потреб, за найвигідніші умови додатка капіталу, за частку на ринку, успіх якої залежить від дешевини і якості товару. [№25, с.25]

Негативні наслідки обмеження конкуренції, у свою чергу, можуть стати - бідніння споживачів через здороження товарів та послуг, прямі економічні втрати державного бюджету (у випадку, наприклад, антиконкурентних узгоджених дій у публічних закупівлях) тощо. Такі наслідки – здороження товарів та послуг, зменшення їх якості, втрати державного бюджету призведуть до загального зменшення суспільного добробуту.

Враховуючи сказане, можна зробити висновок, що сутність державної політики у сфері захисту економічної конкуренції полягає саме у превенції і/або усуненні негативних наслідків на конкуренцію, які можуть бути / були спричинені антиконкурентною поведінкою суб'єктів господарювання, органів влади тощо, шляхом структурних, поведінкових, штрафних та заохочувальних заходів.

Найкраще зобразити роль держави у сфері захисту економічної конкуренції можна на прикладі регулювання монополій. Загрозами монополізованих ринків є втрачання чистої вигоди для суспільства порівняно з конкурентними ринками і зменшення суспільного добробуту. Також, у тій ж мірі, зростає нерівність у розподілі доходів за рахунок отримання монополістами монополістичного прибутку. Через величезну концентрацію ринку в руках однією компанією, вона

може дозволити собі завищувати ціни і/або виробляти менш якісний продукт, адже не зазнає відчутної для себе конкуренції. Також монополіст може обмежувати доступ до ринку для інших суб'єктів господарювання шляхом, наприклад, застосування різних умов до рівнозначних угод. «Споживачі, які змушені переплачувати за товари і послуги монополістам, погіршують свої можливості щодо забезпечення якихось інших потреб. Ті ж споживачі, які змушено відмовляються від придбання надто дорогих для них товарів і послуг, погіршують своє становище через зміни у структурі споживання, адже повноцінна заміна на продукцію монополіста як правило відсутня». [№34]

З іншого боку, монополії можуть сприяти більш швидкому науково-технічному прогресу, за рахунок збільшення масштабів виробництва та, як наслідок, можливості вироблення більш якісного продукту (товару або послуги) у більших масштабах. «Значні прибутки дозволяють монополістам вкладати більші гроші в розробку нових технологій, які можуть принести вигоди лише в довгостроковому періоді, вкладати кошти у ризиковані інноваційні проекти». [№34]

У таких умовах регулювання конкурентної політики має бути десь посередині. Санкціонування суб'єктів господарювання, які займають монополіне становище на ринку має бути у випадку зловживання таким становищем, яке призводить до обмеження конкуренції, необґрунтованого завищення цін тощо.

Кожна політика має свої інструменти, які необхідні для її реалізації. Інструменти політики – це «специфічні способи, за допомогою яких політика як реакція на проблему впроваджується у життя... В термінах економічних моделей це означає з'ясування, які є екзогенні (внутрішні) змінні в розпорядженні органу влади, які значення цих змінних обрати». [№37, с. 66]

Таким чином, для впровадження та реалізації конкурентної політики можна виділити наступні інструменти:

1. Обмеження (поведінкові заходи) – заходи, спрямовані на зміну поведінки суб'єкта господарювання, його обмеження і/або примус і/або спонукання до відповідної поведінки.
2. Покарання (структурні заходи, штрафи) – заходи, які мають прямий каральний характер та безпосередньо впливають на економічне становище суб'єкта господарювання.
3. Проактивне адвокатування та заохочення (інструменти м'якого права) – заходи, які мають необов'язковий, заохочувальний та спонукаючий характер. Є скоріше можливістю для суб'єкта господарювання, аніж обов'язком.

Інструменти можуть, як значно підірвати економічне та репутаційне становище порушника, так і не мати жодних для нього наслідків, при цьому зберігаючи результат – превенцію і/або усунення порушення та його негативних наслідків.

1.2. Сутність м'якого права та його різниця з жорстким правом

«Концепція «м'якого» права в Євросоюзі почала активно розвиватись з середини 90-х рр. ХХ ст., що пов'язано із заснуванням самого Євросоюзу». [№25, с. 184] Особливо останніми роками в Євросоюзі спостерігається посилення інтересу до м'якого права. Можна сказати, даний інструмент є найбільш розвиненим саме в ЄС, де існує та активно розвивається відповідна культура адвокатування такої політики, а політичні інститути сприяли, а не перешкоджали впровадженню необхідного правового поля.

Держави достатньо швидко прийшли до висновку, що основними цілями права та політики в цілому є захист громадян, якомога швидке припинення порушення та усунення його наслідків та економія ресурсів, які витрачаються на такий захист. Для досягнення цих цілей необов'язково використовувати виключно жорсткі методи. Гібридна форма (поєднання жорстких та м'яких інструментів) потенційно матиме вищу ефективність та результативність.

Визначення м'якого права:

1) Френсіс Шнайдер надав визначення м'якого права в Євросоюзі, при цьому це визначення є класичним для міжнародного публічного права. У своєму дослідженні він визначає м'яке право, як «правила поведінки, які, в принципі, не мають юридично зобов'язуючої сили, але, попри це, можуть мати практичні наслідки», тобто головною ознакою актів м'якого права є те, що всі вони не є офіційно зобов'язуючими, хоча їх можуть дотримуватись й на практиці дотримуються, що зумовлює їх наслідки виконання. [№25, с. 184]

2) «Ще одне визначення «м'якого» права в Європейському Союзі дала Лінда Сенден в своїй науковій роботі, присвяченій саме цій тематиці. Вона вважає, що «м'яке» право формується з «правил поведінки, які закладені в документах, які не пов'язані з юридично обов'язковою силою як такою, але, тим не менш, можливо, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив». В своїй праці вона надала три характерні риси нормам «м'якого» права в Євросоюзі. По-перше, «м'які» правові інструменти встановлюють правила поведінки або зобов'язання. По-друге, ці правила поведінки або зобов'язання містяться в актах, які не мають юридично обов'язкової сили, але, тим не менш, можуть породжувати правові наслідки. По-третє, вони спрямовані на досягнення практичного результату або впливу на поведінку». [№25, с. 185]

3) «Зручний опис різноманітних необов'язкових нормативно сформульованих документів, які використовуються в сучасних міжнародних відносинах державами та міжнародними організаціями». [№35]

З цих визначень ми бачимо, що м'яке право це набір правил поведінки для потенційних або наявних порушників, які не є обов'язковими для них, а розглядаються скоріше, як можливість, як їх право на відповідну поведінку, яка, у свою чергу, буде вигідною і для них і для держави. М'яке право – це заохочення до «правильної» поведінки.

Інструменти м'якого права можуть відрізнятися в залежності від сфери застосування. Список усіх можливих інструментів буде занадто довгим. Тому ми спробуємо назвати базові, загальні інструменти м'якого права, які широко використовуються у багатьох сферах.

Інструменти м'якого права:

- 1) Саморегуляція (self-regulation). Саморегулювання – це коли бізнес або промислові сектори формулюють пропозиції щодо поведінки або операційні обмеження за власною ініціативою та відповідають за їх дотримання. [№29, с. 3] Тобто суб'єкт наявного або потенційного порушення надає пропозиції щодо усунення наслідків та самого порушення відповідному державному органу.
- 2) Встановлення стандартів. «Стандарти — це приватні та добровільні документи, розроблені визнаними органами стандартизації, в яких викладено специфікації та іншу технічну інформацію щодо різних видів продукції, матеріалів, послуг і процесів. Вони забезпечують спільне розуміння між підприємствами, іншими зацікавленими сторонами та державними органами загальновизнаного стану техніки, і вони часто переглядаються». [№29, с. 4] Тобто стандарти можуть бути необов'язковими для їх дотримання, проте надають можливість уникнути порушення, за умови їх дотримання.
- 3) Рекомендації. Державні органи влади можуть випускати, надавати рекомендації суб'єктам господарювання, іншим державним органам тощо щодо їх поведінки. Загалом, такі рекомендації є обов'язковими до розгляду, проте необов'язковими для виконання. Можна сказати, що цей інструмент несе попереджувальний характер.

Жорстке право, у свою чергу, «відноситься до юридично обов'язкових документів, які в міжнародному праві зазвичай мають форму договорів». [№35] В контексті національного права жорстке право приймає форму санкцій – примушення до певної поведінки, сплати штрафу тощо.

Виходячи з вищесказаного, можна зробити висновок, що основна різниця між цими двома видами права, полягає у тому, що м'яке право – це можливість, це саме право певного суб'єкта на певну дію. Жорстке право – це обов'язок суб'єкта вчинити певну дію, який накладений державою або отриманий у результаті відповідного договору.

М'яке право зазвичай менш трудомісткий, менш витратний та більш гнучкий ніж жорстке право. Цей вид права – про саме економію ресурсів та якомога швидке виявлення, припинення та превенцію порушення. І навпаки, жорстке право «вважається більш законним і демократичним, ніж м'яке право, більш точним і деталізованим, пов'язаним із сильними повноваженнями щодо виконання, і його застосування також можливе проти національних суб'єктів, таких як фізичні особи та підприємства». [№35]

1.3. Місце концепції м'якого права в конкурентній політиці

М'яке право в конкурентній політиці є одним із важливих інструментів державної політики у сфері захисту економічної конкуренції, зазначених вище. Проактивне адвокатування конкурентної політики та заохочування – це і є загальний інструмент м'якого права, який притаманний і цій сфері також.

Як вже зазначалося, Європейський Союз почав активно впроваджувати інструменти м'якого права і конкурентне право не є виключенням. «Прикладами таких актів «м'якого» права в антимонопольному праві Євросоюзу слугують Повідомлення Комісії стосовно співпраці Комісії з національними судами держав-членів щодо застосування ст.ст. 101 та 102 ДФЄС, Повідомлення Комісії стосовно доктрини *de minimis*, Повідомлення Комісії стосовно визначення відповідного ринку в цілях антимонопольного права Євросоюзу, Повідомлення Комісії – Керівні настанови щодо концепції впливу на торгівлю, Комюніке Комісії ЄС – Керівні настанови щодо застосування п. 3 ст. 81 Договору про заснування ЄС тощо». [№25, с. 186]

Також значної популярності зазнали такі інструменти м'якого права, як політика пом'якшення (Leniency Policy), яка регулюється Повідомленням Європейської Комісії 2006 р. про імунітет від штрафів та зменшення штрафів у картельних справах та процедура врегулювання у справах (settlement) – Повідомлення Європейської Комісії 2008 р. про процедуру врегулювання. Ці два інструменти знайшли своє місце не тільки в ЄС, але і в таких провідних країнах, як США, Японія, Британія та інших.

Основні цілі конкурентної політики – швидке припинення порушення, усунення наслідків порушення та захист споживачів. Саме м'яке право може прискорити досягнення цих цілей та зекономити ресурси відповідного Органу для розслідування більш важких та значущих справ.

М'яке право в конкурентній політиці відображає право суб'єкта господарювання добровільно повідомити про скоєне порушення або взяти на себе певні зобов'язання щодо усунення наслідків порушення – тобто право добровільно та самостійно виправити помилку використовуючи мінімум ресурсів держави та з певною вигодою для себе. Така вигода може мати форму звільнення від відповідальності, зменшення штрафу, закриття розслідування (за умови взяття на себе певних зобов'язань) тощо.

З іншого боку, м'яке право – це також право органу з питань конкуренції та державного апарату загалом не акцентувати увагу на суспільно незначимих справах, які не матимуть значного впливу на конкуренцію (*de minimis*). А також це право і можливість адвокатувати проконкурентну політику шляхом надання рекомендацій, встановлення стандартів тощо.

Висновки до Розділу 1:

Підсумовуючи, зазначимо, що м'яке право в конкурентній політиці націлене на:

1. Виявлення та припинення порушення на ранніх стадіях.
2. Якомога швидке усунення наслідків порушення.
3. Економія ресурсів держави.
4. Адвокатування проконкурентної поведінки.

Проте, важливо розуміти, що м'яке право не витісняє жорстке право. Жорстке право необхідне, як своєрідна стримуюча сила, яка завжди може прийти на заміну, у випадку, якщо м'яке право не спрацювало і/або не може бути застосоване. М'яке право, принаймні на даний момент, не може існувати самостійно, адже призведе до значних зловживань через свою «беззубу» натуру. Не дивлячись на те, що м'яке право в конкурентній політиці націлене на підвищення стримуючого ефекту – відсутність каральної міри нівелює його взагалі.

РОЗДІЛ 2. ПОМ'ЯКШЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ІНСТРУМЕНТ М'ЯКОГО ПРАВА В КОНКУРЕНТНІЙ ПОЛІТИЦІ

Існує безліч інструментів м'якого права, які активно застосовуються органами з питань конкуренції для регулювання відповідної сфери і цей список постійно оновлюється відповідно до нових викликів та методів регулювання.

У цьому розділі я б хотів поговорити про один із найпопулярніших інструментів м'якого права в конкурентній політиці – інструмент пом'якшення (або звільнення від) відповідальності, також відомий як «leniency policy». Цей інструмент активно використовується провідними органами з питань конкуренції у всьому світі та довів свою важливість та результативність. Проте, не дивлячись на те, що інструмент є широкоживаним вчені до сих пір вбачають безліч проблем з його використанням та виявляють все більше недоліків та прогалин.

Антимонопольний комітет України також має на меті застосовувати цей інструмент. Тому, враховуючи таку неоднотайність позицій, цей розділ присвячений дослідженню закордонного досвіду використання інструменту пом'якшення відповідальності, виокремлення різних його моделей та аналізу їх переваг та недоліків.

2.1. Сутність інструменту пом'якшення відповідальності в конкурентній політиці

Інструмент пом'якшення очима органу з питань конкуренції. Виявлення, зупинення порушення та усунення його наслідків, заподіяних у ході антиконкурентних узгоджених дій (картелів) – це один з основних пріоритетів кожного органу з питань конкуренції у світі. Такі дії мають безліч варіацій та націлені, в першу чергу, на незаконне збільшення прибутку залучених підприємств, що негативно впливає на споживачів, інші підприємства та економіку держави загалом. Одна з найбільш проблем з картелями полягає в тому, що їх дуже складно виявити та ще складніше потім довести їх існування, оскільки орган з питань

конкуренції (далі – Орган) може користуватися в основному непрямими доказами. Прямі докази існування картелю самостійно Органу дістати майже неможливо.

Така проблема з виявленням картелів і породила заснування інструменту пом'якшення відповідальності (далі – пом'якшення), відомого як «leniency policy». Суть інструменту полягає в тому, що порушник – учасник антиконкурентних узгоджених дій добровільно викриває такі дії Органу та співпрацює з ним. Орган, у свою чергу, звільняє такого порушника від відповідальності або значно її зменшує. Першими, хто заснував та почав використовувати інструмент стали Європейська Комісія та відповідний Орган у США. Така достатньо проста, на перший погляд, модель дуже швидко почала перейматися багатьма країнами: «за останнє десятиліття більше ніж 50 юрисдикцій впровадили певну форму програми пом'якшення у свою анти-картельну політику». [№1, с. 3]

Більш того, нещодавно була видана Директива Європейського Парламенту та Ради 2019/1 – ECN+, яка, серед іншого, передбачає необхідність впровадження та оновлення інструменту пом'якшення у всіх державах-членах ЄС. Показовим є те, що, відповідно до звіту ОЕСР, після прийняття Директиви ECN+ у 2019 році кількість рішень у справах про картелі збільшилася майже вдвічі порівняно з 2018 роком. [№2]

Деякі вчені, базуючись на загальновідомій моделі теорії ігор – «дилема в'язня» зазначають, що використання пом'якшення в анти-картельному правозастосуванні є одним з найбільш ефективних та найменш затратних механізмів для виявлення та розкриття антиконкурентних узгоджених дій. [№1, с. 3] Орган витрачає як можна менше ресурсів на викриття картелю, отримуючи усі необхідні докази, що, у свою чергу, також полегшує судове доведення існування такого порушення за необхідності. Учасник, який добровільно надав необхідну інформацію – звільняється від відповідальності за порушення або така

відповідальність суттєво зменшується. Концептуально, програма пом'якшення відповідальності – це «win-win condition».

Пом'якшення також надає ще один позитивний ефект – стримування. Суб'єкти господарювання, які матимуть намір взяти участь в антиконкурентних узгоджених діях матимуть більше підстав цього не робити, знаючи, що будь-хто інший з учасників може розкрити такі дії Органу. Більш того, деякі моделі інструменту передбачають можливість викриття таких дій не просто підприємством, як юридичною особою, а будь-яким співробітником, що значно ускладнює для порушників контроль за ситуацією. Тому усі органи з питань конкуренції до сих пір оновлюють свою програму пом'якшення задля винайдення «оптимальної» її моделі.

Інструмент пом'якшення буде ефективним та результативним лише у тому випадку, коли дотримуються 3 чинники: 1) підприємства бояться викриття (вірогідність підвищується через можливість доносу з боку такого ж учасника), 2) наслідки такого викриття є більшими ніж потенційна вигода самих антиконкурентних узгоджених дій, 3) чіткі вимоги до апліканта на програму, які забезпечують Орган належною співпрацею та доказами, необхідними для винесення рішення у справі та припинення порушення.

Щоб працював перший чинник – програма пом'якшення має бути прозорою з очевидними вигодами для потенційного апліканта. Законодавчі процесуальні норми мають бути чітко виписані, повинні бути надані чіткі настанови та рекомендації, а програма має постійно лобюватися. У такому разі суб'єкти господарювання у повній мірі зможуть зрозуміти свої права та обов'язки, ризики та вигоди співпраці з Органом. Програма не може бути простою, проте не повинна бути обтяжливою, щоб кожен суб'єкт господарювання, котрий порушив законодавство про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій міг скористатися цією програмою та отримати шанс на звільнення

від або пом'якшення відповідальності (звичайно, за умови, необхідної для винесення рішення у справі, співпраці з Органом). Таким чином, чим доступнішою є програма, чим вона є більш конфіденційною та чим більше існує захищених каналів для співпраці з Органом – тим більша вірогідність виникнення стримуючого ефекту для суб'єктів господарювання. Особливо це працюватиме, коли антиконкурентні узгоджені дії були вчинені відносно невеликими підприємствами зі слабкою вертикальною владою – слабким контролем над своїми співробітниками та відсутністю домінуючого становища на інших підприємствах–учасниках.

Для другого чиннику необхідне належне санкціонування порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій. Більшість країн застосовують штраф у розмірі до 10% річного обороту підприємства за минулий звітний рік. Проте цього може бути замало для мотивації підприємств брати участь у програмі пом'якшення. Особливо, враховуючи той факт, що максимальний штраф у 10% є рідким явищем. В Україні взагалі майже не існує таких прецедентів. Найбільшим «мотиватором», звичайно, є наявність можливої кримінальної відповідальності за відповідне порушення. Потенційне покарання повинно бути якомога менш передбачуваним, щоб порушник не міг його повністю прорахувати та закласти як маржу в порушення. Тому, якщо кримінальна відповідальність відсутня, як мінімум, Орган повинен мати право накладати структурні і/або поведінкові зобов'язання на суб'єкта господарювання додатково до штрафу. Ще одним важелем, який вже часто не залежить від Органу – це відшкодування збитків за вчинене порушення. Кожен громадянин і/або суб'єкт господарювання, котрий отримав збитки внаслідок такого порушення має можливість відшкодувати такі збитки у судовому порядку.

Тут важливо зазначити, що програма пом'якшення, незалежно від її моделі, не може звільняти підприємство від обов'язку відшкодування шкоди, проте усі заяви та айдентика апліканта, інформація про яку було отримано в результаті участі у програмі пом'якшення може не відкриватися у судовому процесі. А тому

відповідне підприємство у будь-якому випадку отримує менше покарання, а тягар доведення необхідності відшкодування збитків повністю покладається на об'єкта, якому вони були спричинені та жодним чином не полегшується.

Таким чином, стовпи «leniency policy» базуються на принципах «risk-reward». Якщо учасник картелю буде впевнений, що ризик бути пійманим є дуже малим – він просто продовжить свою незаконну антиконкурентну поведінку. У той самий час, якщо покарання за таку поведінку є слабким та передбачуваним – учасник антиконкурентних узгоджених дій буде закладати маржу відповідальності у своє порушення. Вигода від програми пом'якшення має бути очевидною, досяжною, зрозумілою та більшою від вигоди за продовження вчинення порушення. [№1, с. 21]

Кейс України чітко демонструє відсутність обох чинників. . Вся нормативно-правова база політики складається зі статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та Розпорядження Антимонопольного комітету України №399-р від 25.06.2012 «Про встановлення порядку звільнення від відповідальності» (далі – Розпорядження), про котрий, скоріше за все, знають навіть не усі працівники АМКУ. Розпорядження було впроваджене 10 років тому та не має жодного прецедента застосування. Політика жодним чином не лобювалася, не висвітлювалася, не оновлювалася, настанови та рекомендації не надавалися. Це говорить про те, що, як мінімум, перший чинник вже не дотриманий. Про кейс України ми поговоримо детальніше вже у 3 розділі.

Інша сторона медалі - інструмент пом'якшення очима суб'єктів господарювання. Говорячи про інструмент пом'якшення, варто розглянути його з усіх сторін. Вище ми говорили про цю політику лише з позиції держави та того, як вона бачить застосування цього інструменту. Проте, у процесі написання дослідження ми натрапили на статтю «Leniency in exchange for cartel confession» Дж. Д. Джаспера. [№3] Автор, провівши опитування серед учасників програми

пом'якшення та їх юристам у Нідерландах, виявив ключові мотиви та цілі, які переслідують підприємства, користуючись пом'якшенням. Тому, щоб більш комплексно зрозуміти політику пом'якшення ми подивимося на неї очима бізнесу.

Перший чинник, який штовхає підприємства до співпраці з Органом та участі у програмі пом'якшення – це **раціональна** поведінка. Низька правосвідомість учасників картелю щодо законодавства про конкуренцію та наслідків його порушення (саме тому наслідки мають бути великими та такими, що важко прорахувати – 2-й чинник очима Органу) спонукає порушників брати участь у програмі пом'якшення. Раціональність у цьому випадку відіграє роль пізньої поінформованості у скоєному і найкращим варіантом для підприємства, котре вчинило непередбачуване для себе порушення та хоче уникнути обтяжуючого покарання – піти на співпрацю з органом з питань конкуренції: «Результати показують, що картелісти наводять кілька причин і обґрунтування для своєї неправомірної поведінки. Вони стосуються традицій, структури ринку та взаємних залежностей між конкурентами на ринку. Юристи також вказали, як їхні клієнти часто подають пояснення чи обґрунтування щодо своєї картельної діяльності. Картелісти приймають ці виправдання і навіть раді пояснити свою незаконну поведінку посадовим особам з питань конкуренції». [№3, с. 10-11]

Другий чинник – це **передбачуваність та стратегічне використання** політики пом'якшення підприємствами. Передбачуваність інструменту відіграє не менш важливу роль, адже потенційний аплікант повинен розуміти не тільки наслідки порушення, а й повністю усвідомлювати вигоду від співпраці з Органом. Саме тому програма пом'якшення повинна бути прозорою, доступною та такою, що заохочує порушників до участі в ній. Проте така передбачуваність неминуче призводить до певного роду зловживань або «стратегічного використання» інструменту.

Розберемо наступну цитату з дослідження Дж. Д. Джаспера: «...результати підтверджують «опортуністичне» використання поблажливості та вибіркового формулювання зізнань. Опортуністичне використання – це або повідомлення про картелі, які вже закінчилися, наприклад, у процесі злиття та поглинання (щоб уникнути або зменшити підзвітність на пізнішому етапі), або повідомлення, з метою випередити конкурентів з більшою ринковою владою, коли ринкові умови змінюються. Прикладами опортуністичного використання поблажливості є картелі... де домінуюча фірма є виробником одного з ресурсів, наприклад, таким чином, що її конкуренти також є її клієнтами. Ці домінантні фірми встановлюють умови для інших гравців на ринку. У двох випадках компанії використовували поблажливість, щоб завдати шкоди домінантній фірмі, щоб уникнути обмежувальних контрактів і ринкових умов». [№3, с. 11-12] Щоб уникнути зловживань зі сторони підприємств у використанні інструменту пом'якшення чинники очима бізнесу мають балансувати з чинниками очима Органу. Таким чином, беручи до уваги першу частину цитати про повідомлення на пізніх етапах, після закінченню картелю – у відповідь має працювати другий чинник очима Органу – належне санкціонування. Орган повинен мати можливість не тільки накладати штраф а й застосувати структурні та поведінкові засоби правового захисту. Таким чином, наслідки порушення можуть бути більш належним чином усунені, а вигода від порушення для підприємства зменшена, а отже і збільшується заохочення до співпраці.

Не менш важливим є і третій чинник очима Органу, який зменшить вірогідність потенційних зловживань – чіткі вимоги. Підприємства можуть маніпулювати фактами та доказами і говорити тільки те та у тій мірі, в якій їм вигідно. Чіткі вимоги до апліканта щодо кількості та якості доказів, які необхідні для винесення рішення у справі зменшують ризик, а застосування моделі зі зменшенням пом'якшення в залежності від етапу розслідування – збільшить кількість охочих звертатися до Органу на ранніх етапах.

Друга частина цитати щодо використання інструменту пом'якшення задля завдання шкоди домінантному підприємству – є неоднозначним випадком. З однієї сторони це явне зловживання м'якою політикою держави. З іншої – свого роду, конкурентна поведінка в рівних умовах. Шкода від такого зловживання не є явною, адже порушення буде викрито у будь-якому разі. Питання залишаються лише в тому, чи могло воно існувати за умови неучасті цих менших підприємств в картелі з домінуючим? І якщо домінуюче підприємство поводити себе недобросовісно по відношенню до менших, чи не більш релевантно застосовувати інші норми та практики, як, наприклад, заборона щодо зловживання переважною переговорною позицією (*abuse of superior bargaining position*)?.

Третій чинник – **стримування** або перешкоди до участі у програмі пом'якшення. Автор відкриває іншу сторону медалі щодо «дилеми в'язня»: «...корпорації, залучені в картельну поведінку, часто вважаються агентами в дилемі ув'язненого щодо рішення про те, чи подавати заяву про пом'якшення. Однак, коли немає підстав вважати, що інформація про незаконні домовленості надходить до органів влади і існує достатня взаємна довіра, найкращим варіантом для всіх причетних є «взагалі не грати в гру». [№3, с. 12]

З найпростішого, першим аспектом, котрий стримує підприємства від участі в програмі пом'якшення – є недостатність доказової бази. Суб'єкти господарювання та окремі індивіди, банально, можуть просто не мати достатньої кількості інформації для участі. У такій ситуації Орган і держава загалом мало чим може допомогти. Єдина можливість – існування інших інструментів м'якого права, наприклад, врегулювання справи (*settlement*), який передбачає набагато менші вимоги, проте і пом'якшення відповідальності також суттєво нижче.

Другий аспект є більш важливим та цікавим, адже він стосується культури та подальшого відношення до суб'єкта господарювання, який пішов на співпрацю з Органом, на ринку. Звичайно, такі побоювання є виправданими, адже «донос» може

поставити хрест та клеймо на підприємстві та відгородити його від співпраці з іншими підприємствами на ринку. Саме тому, в сукупності з іншими стовпами програми пом'якшення має стояти ще один – збереження конфіденційності. В протилежному випадку втрати від співпраці з Органом переважають будь-які втрати від санкцій.

Інший аспект – культурний. Підприємства та індивіди можуть утримуватися від співпраці з Органом через соціальний вимір, де така співпраця вважатиметься «зрадою». Важливо, щоб держава комунікувала та адвокатувала конкурентну політику, а порушення конкуренції було маргіналізовано таким чином, що навіть «донос» був меншим злом.

Таким чином, програма пом'якшення відповідальності є відносно простим, зрозумілим та важливим інструментом м'якого права в конкурентній політиці. Він (інструмент) може значно підвищити ефективність розкриття справ та полегшити роботу органу з питань конкуренції, за умови, звичайно, дотримання ряду вимог: 1) прозорість, 2) санкції, 3) чіткі та достатні вимоги, 4) конфіденційність. У разі ігнорування однієї або декілька з цих вимог – підвищуються ризики зловживань з боку підприємств, зменшення ефективності інструменту і/або взагалі відсутність результативності (неможливість застосування).

2.2. Застосовні моделі інструменту пом'якшення відповідальності

Класифікувати моделі інструменту пом'якшення відповідальності можна за різними аспектами: вимоги до апліканта, типи пом'якшення відповідальності (повне, часткове, рівні), поетапність пом'якшення і т.д. Усі моделі будуть розглянуті у цьому підрозділі, проте вони не відіграють значної ролі в питанні ефективності та значущості для такого інструменту. На нашу думку, класифікація моделей інструменту пом'якшення відповідальності поділяється лише на дві: 1) повне збереження конфіденційності інформації щодо програми пом'якшення відповідальності (з частковою дискрецією розкриття такої інформації для судів), 2)

часткове збереження конфіденційності інформації щодо програми пом'якшення відповідальності, здебільшого, лише до винесення рішення у справі та інформації в тій частині, що стосується бізнес-таємниці.

Для аналізу моделей інструменту пом'якшення відповідальності були взяті наступні кейси: США, Японія, Європейська Комісія (далі – ЄК), Естонія та Німеччина. США та Японія є найбільш успішними прикладами застосування інструменту пом'якшення відповідальності. Їх моделі є усталеними та надійними. ЄК являє собою альтернативну модель інструменту, протилежну до США та Японії та є, свого роду, взірцем для впровадження схожої моделі в Європейському Союзі (далі – ЄС). Німеччина, свого роду, копія-підтвердження моделі ЄК для розуміння, як ця система була перейнята. Естонія являють собою виключення з правил. Модель інструменту пом'якшення відповідальності в Естонії є нехарактерною для ЄС та є ближчою до США та Японії. Також у вибірці представлені системи як з виключно адміністративною відповідальністю, так і з кримінальною. Чому тип відповідальності за порушення законодавства про конкуренцію відіграє роль – буде пояснюватися нижче.

США. США є одним з найбільш успішних прикладів застосування програми пом'якшення відповідальності. Завдяки цьому інструменту в США конкурентне відомство в 1999 році наклало більше штрафів ніж сума штрафів, накладених відповідно до Закону Шермана з моменту його прийняття 1890 році. [№3] А відповідно до звіту Управління підзвітності уряду за 2011 рік, Орган закрав загалом 173 кримінальні картельні справи між 2004 і 2010 роками, 129 з яких стосувалися успішного використання програми пом'якшення, що складає 75% від усіх справ. [№6]

В США існує два типи пом'якшення відповідальності: **індивідуальний** та **корпоративний**. Індивідуальний – заява від фізичної особи, причетної до порушення, з метою уникнення відповідальності за таке порушення.

Корпоративний, аналогічно, - заява від суб'єкта господарювання. Також США мають дві стадії подання заяв на Програму: ДО та ПІСЛЯ початку розслідування АУД. Подача заяв також проводиться у декілька етапів: 1) заява для отримання маркера та 2) заява на отримання звільнення від відповідальності. [№5]

Зменшення штрафу в США не передбачене в межах програми пом'якшення як таке. пом'якшення застосовується тільки до кримінальних правопорушень, а звільнення від відповідальності стосується лише частини **повного** звільнення від кримінальної відповідальності (фінансової та тюремної). Тому система США, в цій частині, передбачає лише два варіанти: **або суб'єкт господарювання підходить під програму або ні**. [№4]

У той самий час законодавство США також передбачає такі програми, як Leniency Plus та Penalty Plus, на які суб'єкти господарювання можуть податися, якщо не змогли пройти основну Програму. У разі, якщо суб'єкт господарювання не може бути звільнений від відповідальності до нього будуть застосоване пом'якшення. Проте не було знайдено жодного НПА, яке б визначало структуру зменшення штрафів (фінансового та тюремного). Скоріш за все це повністю індивідуально, а Орган має широку дискрецію у цьому питанні.

Проте найголовнішим в політиці пом'якшення відповідальності США є їх положення про конфіденційність інформації. Орган не розкриває ні інформацію про особу-апліканта ні щодо самої справи у цій частині загалом. Відповідно до конкурентної практики США викривачі можуть прирівнюватися до апліканта програми пом'якшення (leniency) та отримувати гарантії конфіденційності: «На основі сучасної політики Міністерства Юстиції США викривач може бути задіяний в програмі пом'якшення або імунітету, якщо він повідомляє про порушення антимонопольного законодавства, про яке органи державної влади не знали та відповідно співпрацює з Міністерством». [№7] Надалі, окрім збереження конфіденційності в рамках програми звільнення від відповідальності, у разі

необхідності застосовується інструмент захисту свідків (WITSEC): «Якщо свідчення свідка мають важливе значення для справи, і якщо акт дачі показань ставить під загрозу життя свідка або життя його чи її сім'ї, Мінюст США може запропонувати захист свідка через програму WITSEC». [№8]

У той самий час, відповідно до FAQ, який випустив Орган – дані про апліканта та про пом'якшення загалом можуть бути розкриті за вимогою суду. Проте суд має дискрецію щодо такого рішення та має приймати його враховуючи ризики розкриття такої інформації (в першу чергу для апліканта) та необхідність. А якщо існують ризики життю та здоров'ю особі-апліканту – він може взяти участь у вже згаданій програмі захисту свідків. Також Орган не може розкривати інформацію правоохоронцям за межами Сполучених Штатів без згоди заявника. [№9, с. 36-37]

Японія. Найуспішнішим прикладом може слугувати застосування даного інструменту конкурентним відомством Японії (JFTC). Більш ніж 80% справ про картелі в Японії розслідуються на підставі заяви про звільнення від відповідальності:

Таблиця №2.1. Кількість справ, які були закриті JFTC загалом та за процедурою пом'якшення відповідальності.

Рік	Кількість справ загалом	Кількість справ за процедурою пом'якшення відповідальності
2011	17	9
2012	20	19
2013	17	12
2014	7	4
2015	7	7
2016	9	9

[№10]

Також важливим є те, що кількість апікацій на програму звільнення від відповідальності, як видно з таблиці №2.1. збільшилася з 26 у 2005 році до 124 у 2016. Статистика говорить про ефективність даного інструменту як стримуючого ефекту та належного його використання та комунікації щодо основних його засад, адже кількість бажаючих повідомити про змову значно зросла, у той час, як кількість самих справ про картелі зменшилася, як і кількість справ, які розслідуються за власною ініціативою JFTC.

Загалом, японська система є копією американської та мало чим відрізняється. Існує така ж можливість індивідуальної подачі заяви, корпоративної та передбачені канали для викривачів. Єдина велика відмінність у цьому питанні – деталізована, чітка система зменшення відповідальності за порушення. В Японії діє «двоетапна» система зменшення штрафу та поділяється на 2 стадії – ДО та ПІСЛЯ дати початку розслідування.

1-й етап 1-ї стадії – подача заяви, яка має відповідати вимогам Закону та мати суттєву для розслідування інформацію. У такому випадку для 1-го заявника штраф зменшується на 100% і він не залучається до 2-го етапу. 2-й заявник отримує знижку у 20%, 3й-5й 10%, 6-й та після – 5%.

2-й етап 1-ї стадії – це додаткове зменшення розміру штрафу відповідно до ступені вкладу для викриття справи. Увесь 2-й етап скалюється до 40% в незалежності від черговості звернення. Таким чином, 2-й заявник може отримати знижку до 60%, 3й-5й до 50%, після 6-го до 45%.

1-й етап 2-ї стадії (після початку розслідування) – до 3-го заявника 10% зменшення штрафу (або до 5-го, якщо були заяви на минулій стадії), а все, що після – 5% зменшення штрафу. 2-й етап 2-ї стадії передбачає додаткове зменшення штрафу для всіх ДО 20%. [№12]

У питанні збереження конфіденційності – японське відомство має навіть жорсткіші правила. Політика JFTC щодо програми пом'якшення відповідальності

полягає в тому, що вона не розголошуватиме заяви про пом'якшення відповідальності (включаючи будь-які додані докази), що є у її розпорядженні, у відповідь на будь-які запити приватних позивачів або судів, як у Японії, так і в іноземних юрисдикціях. [№11]

Тобто, на відмінну від FTC – JFTC може взагалі ігнорувати запити щодо надання інформації щодо програми пом'якшення. Таким чином, аплікант може бути повністю спокійний, як за подальше відношення щодо нього та його бізнесу на ринку, так і за свій захист під час судового процесу щодо відшкодування шкоди.

Також, як вже було згадано, в Японії до законодавства про захист економічної конкуренції застосовується політика викривачів. Закон про захист викривачів від 2004 року (WPA) захищає тих, хто викриває корпоративну чи державну неправомірну поведінку, від несправедливого поводження та відплати. Відповідна інформація про розкриття означає інформацію про злочинну поведінку або порушення закону, що стосуються захисту інтересів споживачів, навколишнього середовища, чесної конкуренції та взагалі життя, тіла та майна громадськості. На додаток до поправок до WPA у червні 2020 року, які мають набути чинності не пізніше червня 2022 року, компанії, у яких працює понад 300 співробітників в Японії, повинні будуть створити систему повідомлень про інформування. Нова політика та відповідні рекомендації були опубліковані у серпні 2021 року та жовтні 2021 року відповідно. Вимоги включають наявність належної політики, гарячої лінії, правил, що забороняють помсту та неналежне поводження з викривачами, а також правила щодо конфіденційності та витоку інформації. Викривачам картелю буде наданий надійний захист та імунітет/пом'якшення (відповідно до системи). [№11]

ЄС. Модель програми пом'якшення Європейської Комісії (далі – ЄК) є дещо простішою за розглянуті вище. Між 1998 та 2014 роками процедура звільнення від

відповідальності була застосована до 52% учасників картелів у справах про картель. [№13]

В моделі ЄК відсутні такі види, як корпоративне чи індивідуальне пом'якшення. Також відсутня поетапність зменшення штрафів. Учасник картелю може подати заяву на пом'якшення відповідальності у будь-який момент до винесення рішення у справі. При цьому штраф буде зменшений на 100% для першого заявника, 30-50%, 20-30% та до 20% до інших, відповідно. [№14]

В ЄК також існує система викривачів. У березні 2017 року ЄК запустила новий інструмент анонімних викривачів, який дає можливість також особам, які знають про існування чи функціонування картелю чи інші види порушень антимонопольного законодавства, допомогти припинити такі практики. [№15] Проте через відсутність кримінальної відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, індивідуальної відповідальності – цей інструмент не прив'язаний до системи пом'якшення.

Найголовнішою відмінністю моделі ЄК від моделей органів з питань конкуренції США та Японії – є політика конфіденційності інструменту пом'якшення, а точніше її відсутність. Ні конфіденційність апліканта, ні змісту самого пом'якшення – не є такою інформацією, що буде зберігатися конфіденційною. Вона є такою лише до моменту надсилання подання про попередні висновки у справі (statement of objection). Після цього етапу – уся інформація, за винятком бізнес-таємниць, буде розкрита ЄК, у тому числі у суді. Винятком є також судовий процес щодо відшкодування збитків. Загалом, така модель є широковживаною через свою простоту, проте несе відповідні ризики та недоліки. Про них ми поговоримо в наступному підрозділі.

Німеччина. Німецька модель пом'якшення відповідальності не має значних відмінностей від моделі ЄК. Успішність також відносна. Кількість справ закритих з використанням інструменту пом'якшення дуже швидко набирала обертів з 10 у

2001 році до піку у 76 справ у 2015 році. Проте, наразі система дає збій та, скоріше за все, більше не відповідає вимогам реалій, оскільки кількість справ закритих за програмою пом'якшення зменшилася до 13 вже у 2020 році. [№16]

Основна відмінність німецької моделі від моделі ЄК – відсутність чіткого скалювання зменшення штрафів. Перший заявник отримує повний імунітет від штрафів. Інші – до 50%, в залежності від того, на скільки суттєвими було надані докази. Тобто Орган повністю зберігає дискрецію у визначенні розміру зменшення штрафу для кожного заявника, незалежно від їх черговості. Можливо, саме цей фактор зробив німецьку модель менш привабливою у перспективі, оскільки залишає менше мотивації для порушника якомога швидше повідомити про порушення. У минулому підрозділі ми зазначили, що однією з проблем, яку вбачає бізнес у використанні інструменту пом'якшення – є саме складність зібрання необхідних доказів. У такому випадку, за умови, що черговість не відіграє ніякої різниці при розрахунку зменшення штрафу – індивід/підприємство, яке вчинило порушення має набагато менше мотивації повідомляти про таке порушення.

Щодо політики конфіденційності – вона зберігається виключно до надсилання подання про попередні висновки у справі, тобто так само, як і в моделі ЄК. Також присутня можливість повідомляти про порушення через систему викривачів. Проте, загалом, викривачі не захищені німецьким законодавством. Тому інформатори можуть розраховувати лише на анонімність системи викривачів. Іншими словами - ця політика також не прив'язана до програми пом'якшення, а самі викривачі можуть розраховувати тільки на анонімність самої системи комунікацій. [№17]

Естонія. Естонія є цікавим прикладом, адже відходить від моделі ЄК щодо інструменту пом'якшення відповідальності. Ефективність естонської моделі важко відслідкувати, адже Орган не публікує жодної статистики відносно застосування своєї програми пом'якшення. Зазначається, що в середньому естонський Орган

отримує близько 5 заяв на програму пом'якшення, проте невідомо, яка частка з цих заяв доводиться до кінця. [№18, с. 117] Проте, тут варто також зазначити, що загалом кількість справ, які розслідує естонський Орган щодо порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, загалом, невелика. До прикладу, у 2009 році естонський Орган заклав 8 справ про картель. [№ 19, с. 17]

Естонська модель є дещо схожою на американську, проте, скоріше, є більш жорсткою. Система маркерів відсутня, а пом'якшення відповідальності (а точніше повне звільнення від відповідальності) надається лише першому заявнику та лише у випадку, коли це стосується кримінального провадження (АУД – криміналізований). Жодна інша система/градація пом'якшення відповідальності не передбачена, а рішення щодо надання звільнення від відповідальності повністю дискреційне та залежить від якості наданої інформації порушником.

Політика конфіденційності, відповідно, є також жорсткою. Жодна інформація про особу-заявника та щодо заяв та документів, які були надані у ході програми пом'якшення – не розкривається, а система відшкодування збитків взагалі відсутня. Тому, можна констатувати, що сама програма є повністю конфіденційна та захищена, а особа-заявник несе мінімум ризику при участі у цій програмі в частині збереження конфіденційності щодо себе та своїх заяв та документів. Більш того, у деяких випадках, задля збереження анонімності, передбачена можливість додаткової участі у програмі захисту свідків. [№18, с. 117-122]

Ще одним, свого роду, виключенням може виступати модель програми пом'якшення австрійського Органу. Відповідно до частини третьої, статті 37к, австрійського Федерального картельного закону: «Розкриття подання про пом'якшення або врегулювання не можна вимагати в будь-який час. Ця заборона не охоплює інформацію, яка є доступною незалежно від розгляду справи в антимонопольному органі, навіть якщо така інформація міститься в файлах

антимонопольного органу». [№20] На жаль, більш чітких інструкцій щодо своєї політики конфіденційності австрійський Закон не має. Проте, дана норма чітко дає зрозуміти, що Орган піклується про конфіденційність інформації про пом'якшення на усіх етапах, незважаючи на те, що АУД не є криміналізованим (за винятком змов на торгах).

Що взагалі мається на увазі, коли ми говоримо про відхилення від норми ЄС та практики ЄК в питаннях конфіденційності інструменту пом'якшення відповідальності? Засоби захисту конфіденційності можуть суперечити законодавству ЄС. Відповідно до пункту 2 статті третьої глави другої Директиви ECN+ «Держави-члени забезпечують, щоб здійснення повноважень, зазначених у параграфі 1, підлягало відповідним гарантіям щодо прав підприємств на захист, включаючи право бути заслуханим і право на ефективний засіб правового захисту перед судом.» [№21]

По друге, відповідно до судової практики ЄС Європейський Суд наголошує на важливості недискримінації учасників картелів при розрахунку розміру штрафу. До прикладу, у справі *Guardian Industries Corp. and Guardian Europe Sàrl v European Commission* заявник оскаржував рішення Європейської Комісії щодо розміру накладеного на нього штрафу. Скаржник зазначає, що штраф був розрахований неправильно та є дискримінаційним по відношенню до розміру штрафу, накладеного на інших учасників у справі. Суд, у свою чергу, говорить наступне: «... відповідно до усталеної прецедентної практики Суду, коли визначається сума штрафу, не може бути дискримінації між підприємствами, які брали участь у тому самому порушенні статті 81 ЄС із застосуванням різних методів розрахунку...». [№22]

Отже, основною проблемою цієї політики може стати саме право на недискримінаційний захист, оскільки задля збереження конфіденційності особи, яка взяла участь у програмі пом'якшення відомості про штраф мають бути надані

відповідачам у справі тільки у тій частині, в якій ці відомості їх стосуються. Це, згідно з практикою ЄС, може обмежити права суб'єктів господарювання на оскарження дискримінаційного розрахунку розміру штрафу по відношенню до інших сторін у справі. Також показовим для розуміння ставлення ЄК до конфіденційності програми пом'якшення є її наступна відповідь на вимогу щодо розкриття інформації: «вона (ЄК) відповіла, що вимагає високого рівня захисту інформації, спеціально підготовленої сторонами для добровільного подання в рамках заяви про пом'якшення. Доступ до такої інформації має життєво важливе значення для спроможності Комісії виконувати свої завдання. Однак Комісія також заявила, що не заперечує проти розкриття іншої інформації, наприклад, попередньої інформації та документів, які були у розпорядженні сторін, які були використані при підготовці подання про м'якість». [№23] Тобто, як і зазначалося раніше, ЄК зберігає «життєво важливу» інформацію, що включає в себе бізнес-таємницю, проте не заперечує щодо розкриття інформації про особу-заявнику та навіть документів, що були попередньо використані при підготовці заяви на програму пом'якшення.

Тому такі «відхилення», які демонструють приклади Естонії та Австрії є цікавими та показовими, які можуть говорити про те, що загальна концепція та бачення інструменту пом'якшення відповідальності ЄС є потенційно застарілим та неефективним. Про те, які все ж такі мінуси та плюси присутні у різних моделях буде йтися у наступному підрозділі.

2.3. Переваги та недоліки різних моделей інструменту пом'якшення відповідальності

Перш ніж говорити про мінуси та плюси кожної з моделей пом'якшення відповідальності, варто звернути увагу на можливу взаємозалежність існування відповідних моделей. По ходу дослідження неодноразово зверталася увага на типи покарання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції у

вигляді антиконкурентних узгоджених дій: кримінальне та адміністративне покарання. Виходячи з інформації вище – можна зробити припущення, що країни, які мають кримінальну відповідальність за порушення конкурентного законодавства з більшою вірогідністю зберігають особистість апліканта на програму пом'якшення (та, відповідно, супровідну інформацію) конфіденційною та не розкривають її навіть у судовому процесі. З метою виявлення, чи існує відповідна кореляція – ми використовуємо кореляційний аналіз Пірсона. Нижче, у таблицях №2.2. та №2.3. представлені результати цього аналізу. До вибірки були взяті Органи провідних країн світу з регіонів Азії, Європи та Америки.

Таблиця №2.2. Кореляція між типом покарання за порушення та моделлю конфіденційності програми пом'якшення відповідальності.

Країна	Тип покарання за порушення	Модель конфіденційності в «leniency policy»
США	2	4
Японія	2	4
Австрія	1	4
Німеччина	1	3
Мексика	2	4
Франція	2	3
Італія	1	3
Польща	1	3
Латвія	1	3
Корея	2	4
Іспанія	1	3
Швеція	1	3
Потругалія	1	3

Британія	2	4
Канада	2	4
Норвегія	2	3
Естонія	2	4
Бразилія	1	3
Угорщина	2	3
ЄК (ЄС)	1	3
Фінляндія	1	3

Цифри в таблиці №2.2. означають наступне:

- 1) цифра "1" позначає, що відповідна країна застосовує виключно адміністративну відповідальність за порушення законодавства у сфері конкуренції.
- 2) цифра "2" позначає, що відповідна країна може застосовувати кримінальну відповідальність за порушення законодавства у сфері конкуренції.
- 3) цифра "3" позначає, що відповідна країна не зберегіє конфіденційність апліканта на програму «leniency» після завершення розслідування.

цифра "4" позначає, що відповідна країна зберегіє конфіденційність апліканта на програму «leniency» і після завершення розслідування та може відмовити суду у наданні такої інформації.

Зазначимо, що:

1. В Кореї KFTC не може виносити рішення про кримінальну відповідальність за порушення, таке повноваження є тільки у суду. Проте такий вид відповідальності усе одно передбачений.
2. У Бразилії існує як кримінальна так і адміністративна відповідальність. Конфіденційність апліканта «leniency» не зберігається в адміністративному провадженні.

3. В Польщі також існує кримінальна відповідальність, проте вона поширюється лише на bid-rigging, а тому, не відповідає цілям визначення моделі «leniency», оскільки «leniency» в такому випадку застосовується лише в адміністративних провадженнях.
4. Британія зберігає конфіденційність аплікантів лише в індивідуальних заявах (робітників), проте не зберігає при подачі заяви від імені суб'єкта господарювання. Проте, оскільки можливість збереження конфіденційності існує - трактуємо як наявність такої можливості.

З метою виявлення, чи існує кореляція між типом відповідальності за порушення та моделлю конфіденційності – ми використовуємо кореляційний аналіз Пірсона (див. таблицю №2.3).

Таблиця №2.3. Результати кореляційного аналізу

Кореляція Пірсона	Висновок
0,626414483	Кореляція Пірсона показала помірний зв'язок між типом відповідальності за порушення та моделлю збереження конфіденційності аплікантів на програму пом'якшення. $R = 0,62$

Кореляційний аналіз показав, що існує помірна залежність між типом покарання за порушення та моделлю програми пом'якшення. Проте існують винятки, як в одну, так і в іншу сторону. З цього можна зробити висновок, що модель, при котрій зберігається повна конфіденційність апліканта на програму пом'якшення частіше застосовується в країнах з кримінальною відповідальністю за порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, а модель, яка зберігає таку конфіденційність лише до винесення попереднього рішення у справі – в країнах з адміністративною відповідальністю. При цьому застосування моделі у протилежному зв'язку також

можливе. Щоб краще зрозуміти, у якому випадку застосовувати яку модель і чи не є одна з моделей переважною – розглянемо їх основні плюси та мінуси.

Плюси та мінуси моделі пом'якшення без збереження конфіденційності.

Одним з головних плюсів, який спостерігається у моделі без збереження конфіденційності – це повна прозорість та передбачуваність процедури. Будь-який суб'єкт господарювання, котрий має намір взяти участь у програмі пом'якшення має усі дані – від статистики застосування інструменту, практики застосування (приклади кейсів) до повної, розлогої та детальної інформації щодо усіх етапів процедури. Здебільшого, така модель передбачає відносно невелику дискрецію для Органу та передбачає більше можливостей для заявника (повторні подачі заяви, неповні подачі, використання маркерів, ведення переговорів тощо). Більш того, оскільки Орган бере на себе менше зобов'язань щодо збереження конфіденційності, по суті, заявник також має менше зобов'язань щодо співпраці. Загалом, така співпраця є чітко регламентованою та передбачуваною, у той час, як в іншій моделі – необхідний рівень співпраці визначається дискреційно Органом (див. приклад Естонії).

Також одним з плюсів, похідним, є повна реалізація права на захист та наділення саме суддів дискрецією щодо розкриття інформації. Суд у кожному окремому випадку буде визначати яку та в якій мірі інформацію варто розкрити для реалізації такого права.

З іншого боку, така модель є достатньо уразливою до, по-перше, зловживань з боку суб'єктів, а по-друге, менш привабливою, якщо відповідна культура повідомлень про порушення не є розвинутою.

Стосовно першого чиннику – суб'єкти господарювання, знаючи усі деталі процедури та практику її застосування, а також маючи відносно широкий спектр можливостей через маленьку дискрецію Органу, можуть маніпулювати інформацією та самим інструментом. Тобто використовувати його в «стратегічних

цілях», як зазначалося в підрозділі 2.1. Хорошою ілюстрацією може слугувати приклад ЄК, адже їх модель критикується за великий відсоток рецидивів. В одному з документі ОЕСР зазначається, що під час дослідження було виявлено, що з 510 компаній-членів картелю – у 117 випадках був встановлений рецидив. [№24, с. 4] Тобто більше 20% суб'єктів господарювання після успішного використання програми пом'якшення повторно вчинили порушення та повторно подалися на цю програму. Це може пояснюватися багатьма чинниками, наприклад: 1) відсутність кримінальної відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, 2) достатньо довге існування незмінної процедури, до якої відповідні суб'єкти господарювання пристосувалися та навчилися використовувати для своєї вигоди, 3) зам'яка процедура.

Загалом, рецидивів можна було б уникнути додатково прописавши в Повідомлення про пом'якшення відповідальності норму, яка забороняє повторне використання інструменту суб'єктами господарювання (а точніше бенефіціарами, власниками тощо). З одного боку, це б додало стримуючого ефекту до вчинення повторного порушення відібравши можливість уникнення штрафу або його зменшення для таких суб'єктів господарювання. З іншого боку, у будь-якому випадку буде частка тих, хто піде на повторне порушення і відсутність можливості повторного використання інструменту може погіршити ефективність роботи ЄК. Проте, у будь-якому випадку, відсутність такої норми щодо неможливості повторної участі у програмі пом'якшення – вписується у загальну модель достатньо м'якого підходу ЄС.

Отже, відповідна модель більше підходить для систем, в яких вже розвинена культура повідомлення про порушення, а суб'єкти, котрі повідомляють – не зазнають утисків на ринку та у соціумі. Також дана модель може підходити для країн, де відповідний інструмент тільки впроваджується і де відповідальність за порушення законодавства про захист економічної конкуренції – адміністративна. У такому випадку модель може слугувати як, свого роду, тестова та можна буде

подивитися реакцію бізнесу і відповідно модифікувати її в залежності від реакції. Проте, у будь-якому випадку, інструмент має уникати ризиків зловживань та надавати ширшу дискрецію Органу та при цьому зберігати прозорість та відносну передбачуваність.

Плюси та мінуси моделі пом'якшення зі збереженням конфіденційності. Найбільшим плюсом даної моделі є її збалансованість. Орган має широку дискрецію щодо вирішення того, якою має бути співпраця та які саме докази є достатніми для надання пом'якшення відповідальності, проте, у той же час, бізнес отримує усі гарантії захисту особистості та наданої інформації. Будь-який суб'єкт господарювання або індивід має більшу мотивацію піти на співпрацю з Органом, знаючи, що про це ніхто не дізнається. Ця модель нівелює потенційні культурні та соціальні наслідки та знижує ризики зловживань.

З мінусів, однак, варто виділити непрозорість, відносну непередбачуваність та складність реалізації моделі. Через необхідність постійного збереження конфіденційності Орган може не мати можливості публікувати повні та чіткі звіти та статистику, а те що відбувається в межах програми пом'якшення – залишається в стінах Органу. Тому, у той самий час, як модель показує привабливість своєю конфіденційністю, з іншого боку її непередбачуваність може створювати бар'єри для бізнесу та стримувати його від участі у програмі.

Складність реалізації та впровадження моделі здебільшого пов'язана з необхідністю перегляду основних норм та практик країни, адже, як було визначено, в ЄС існує думка, що така надмірна конфіденційність може суперечити повному праву особи на захист. Також це зумовлено необхідністю побудови чітких та захищених каналів комунікації, а також створення Органом нових процедурних підходів та інструментів для збереження конфіденційності.

Тим не менш, така модель показує високу ефективність серед розглянутих прикладів. Вона підходить для країн, які вже мають усталену практику і/або

кримінальну відповідальність за порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій. Також модель буде релевантною для країн, де інша не показала ефективності, культура повідомлень про порушення не розвинута.

Висновки до Розділу 2:

Отже, програма пом'якшення відповідальності є відносно простим, зрозумілим та важливим інструментом м'якого права в конкурентній політиці та поділяється, загалом, на дві моделі: 1) зі збереженням конфіденційності, 2) без збереження конфіденційності. Даний інструмент може значно підвищити ефективність розкриття справ та полегшити роботу органу з питань конкуренції, за умови дотримання ряду вимог: 1) прозорість, 2) достатні санкції, 3) чіткі та достатні вимоги, 4) конфіденційність. У разі ігнорування однієї або декілька з цих вимог – підвищуються ризики зловживань з боку підприємств, зменшення ефективності інструменту і/або взагалі відсутність результативності (неможливість застосування).

Ми побачили, що країни застосовують майже рівномірно кожен з моделей з різними показниками ефективності, а вибір моделі може залежати від типу покарання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції (кримінального чи адміністративного), культури, практики застосування та правової системи. Виходячи з цієї інформації, у наступному розділі ми детально розглянемо, яка модель інструменту пом'якшення відповідальності є найбільш релевантною для реалізації в Україні відповідно до культурних та правових особливостей цієї країни.

РОЗДІЛ 3. ІНСТРУМЕНТИ М'ЯКОГО ПРАВА В КОНКУРЕНТНІЙ ПОЛІТИЦІ УКРАЇНИ

3.1. Застосовні інструменти м'якого права в конкурентній політиці України

М'яке право, загалом, не поширене в конкурентній політиці в Україні. Культурне та політичне середовище звикло до більш жорсткої моделі «є порушення – є покарання», де порушення та покарання знаходяться у постійній залежності. Це пояснюється тим, що своєрідним центром розвитку м'якого права є Європейський Союз, де відповідна концепція почала активно розвиватися лише у середині 90-х років 20 століття. [№25, с. 184] Україна у цей час лише тільки почала своє становлення, як незалежної держави та, з оглядом на минуле, встановлювати жорсткі правові інститути. І, не дивлячись на те, що українське конкурентне законодавство здебільшого запозичене з європейського, воно вже понад 20 років не зазнавало суттєвих оновлень, а тому, по своїй суті, не може містити розвинену систему м'якого права.

Проте українське конкурентне законодавство все одно містить інструменти м'якого права та навіть активно та успішно застосовує деякі з них. Зокрема, це – надання рекомендацій, рекомендаційних роз'яснень, прийняття зобов'язань (commitments) та власне пом'якшення відповідальності.

Рекомендації. Рекомендації — це правовий інструмент, який заохочує тих, кому вони адресовані, діяти певним чином або у певний спосіб та не є обов'язковими до виконання. Рекомендаціями Антимонопольний комітет України встановлює необов'язкові правила для органам влади, органам місцевого самоврядування, органам адміністративно-господарського управління та контролю, суб'єктам господарювання, об'єднанням.

Право АМКУ надавати рекомендації встановлено статтею 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Норма передбачає, що АМКУ може надавати

рекомендації «стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а у разі, якщо порушення припинено, - щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень». [№26] Відповідні рекомендації, як зазначалося, не мають характеру обов'язковості до виконання, а їх невиконання не несе за собою жодної відповідальності. У той самий час, виконання рекомендацій, за певних умов, може звільнити відповідного суб'єкта від відповідальності за вчинене порушення.

Отже, інструмент не несе зобов'язального характеру, проте може звільнити суб'єкта від тягаря відповідальності за порушення (штрафу). Рекомендації є широкоживаними зі сторони АМКУ, а тому можна констатувати, що цей інструмент м'якого права успішно реалізований в конкурентній політиці в Україні.

Рекомендаційні роз'яснення (РР). Метою надання рекомендаційних роз'яснень є запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції та підвищення передбачуваності його застосування Антимонопольним комітетом України. Даний інструмент передбачений статтею 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та передбачає, що суб'єкт господарювання може звернутися до АМКУ для отримання таких роз'яснень щодо відповідності дій суб'єктів господарювання положенням статей 6, 10 та 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та статті 15¹ Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції". [№26]

Тобто будь-який суб'єкт господарювання може звернутися до АМКУ з проханням надати РР щодо кваліфікації дій. Тим самим відповідний суб'єкт може забезпечити себе від вчинення порушення в майбутньому та не несе жодної відповідальності за висновки, які отримає.

Зобов'язання. Інструмент накладання зобов'язань (або в європейському праві – commitments) є наразі неповним в українському конкурентному законодавстві,

проте, у будь-якому випадку, він існує та застосовується. Чому відповідний інструмент є неповним, ми поговоримо у наступному підрозділі.

Суть накладання зобов'язань полягає у тому, що суб'єкти господарювання, котрі мають намір взяти участь в узгоджених діях або концентрації та подали відповідну заяву до АМКУ щодо наміру про такі дії, можуть запропонувати АМКУ взяти на себе певні зобов'язання пов'язані з узгодженими діями або концентрацією у випадку, якщо АМКУ знайшов підстави для заборони таких узгоджених дій або концентрації. Тобто АМКУ може дозволити узгоджені дії або концентрацію, які мають ознаки негативного впливу на конкуренцію, якщо відповідні суб'єкти господарювання запропонують пропорційні обгрунтованим загрозам негативного впливу на конкуренцію зобов'язання та будуть їх виконувати. Інструмент накладання зобов'язань передбачений частиною другою статті 31 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Пом'якшення відповідальності (leniency). Програма пом'якшення відповідальності прописана в Розпорядженні Антимонопольного комітету України №399-р від 25.06.2012 «Про встановлення порядку звільнення від відповідальності». Розпорядження передбачає можливість для суб'єктів господарювання звільнитися від відповідальності за вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій. Для цього суб'єкту господарювання потрібно:

- 1) раніше за інших учасників антиконкурентних узгоджених дій добровільно повідомити про свою участь в антиконкурентних узгоджених діях;
- 2) надати інформацію, що має суттєве значення для прийняття рішення у справі;
- 3) вжити усі заходи, спрямовані на надання всіх доказів або інформації стосовно антиконкурентних узгоджених дій, а також співпрацювати з Комітетом.

[№27]

Прецедентів використання цього інструменту в українській конкурентній практиці – немає.

3.2. Проблеми застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці України

Як було згадано вище – інструменти м'якого права в конкурентній політиці та загалом в Україні є нерозвиненими. Серед основних проблем: 1) відсутність деяких інструментів, 2) інструменти є неповними, 3) норми щодо цих інструментів є мертвими.

Щодо першої проблеми – в українській конкурентній політиці повністю відсутні, щонайменше, два важливих інструменти м'якого права. Перший з них – це принцип «de minimis». Суть цього принципу полягає в тому, що відповідний Орган має право не розглядати справи про порушення законодавства, якщо таке порушення не досягло певного рівня значущості, тобто не має значного впливу, у нашому випадку, на конкуренцію. Принцип «de minimis» не тільки пом'якшує тягар відповідальності суб'єктів господарювання, котрі вчинили малозначуще порушення законодавства про захист економічної конкуренції, але й відсіює та зменшує спам заяв та справ, які Орган повинен розглядати.

Варто зазначити, що в Законі України «Про захист економічної конкуренції» присутні певні ознаки такого принципу. Так, частиною другою статті 36 Закону передбачено, що «у випадках, коли дії чи бездіяльність, що містить ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції не має відчутного впливу на умови конкуренції на ринку, заявнику може бути відмовлено у розгляді справи». З цього випливає дві проблеми. По-перше, цей принцип працює лише виключно у випадках розгляду справи за заявою. По-друге, цей принцип не працює взагалі, оскільки частиною першою статті 37 Закону передбачено, що «у разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі наслідків такого порушення, органи Антимонопольного комітету

України приймають розпорядження про початок розгляду справи». Тобто Антимонопольний комітет України, у разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції має у будь-якому випадку відкривати розпорядження про початок розгляду справи. Коли надходить заява про порушення, в якій АМКУ встановлює, що містяться ознаки порушення – він (АМКУ) зобов'язаний відкривати справу, навіть, якщо таке порушення не має значного впливу на конкуренцію, оскільки АМКУ вже знає про такі ознаки порушення. А тому принципу «de minimis», по факту, в конкурентній політиці України – не існує.

Другий важливий інструмент, який відсутній в конкурентній політиці України – врегулювання в справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Інструмент врегулювання є дещо схожим до програми пом'якшення відповідальності, проте є менш обтяжуючим. Вся його суть полягає у трьох умовах:

- 1) Визнати порушення законодавства.
- 2) Розкрити таке порушення до винесення органом АМКУ подання про попередні висновки (statement of objection).
- 3) Отримати невелику знижку штрафу (в ЄК – 10%).

Тобто, все що необхідно з боку відповідача – визнати порушення на ранньому етапі розслідування, а з боку Органу – надати невелику знижку штрафу. Інструмент є менш обтяжливим, адже не вимагає від відповідача жодних дій, окрім визнання порушення, а Орган, у свою чергу, пришвидшує розкриття справи, зменшує вірогідність потенційного супротиву у суді та все одно накладає велику частку штрафу.

На даний момент, як було зазначено, інструмент врегулювання не передбачений чинним законодавством, проте знаходиться на етапі розробки в

Проекті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 5431. [№28]

Щодо другої проблеми, у минулому підрозділі ми говорили про те, що інструмент накладання зобов'язань є неповним та передбачений лише частиною другою статті 31 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Проблема полягає в тому, що відповідна стаття передбачає можливість накладання зобов'язань тільки у випадку подання заяви на надання дозволу на узгоджені дії та концентрацію, проте не застосовується у випадках, коли порушення вже вчинене. Концепція зобов'язань у цій частині в парадигмі м'якого права називається самоврегулювання (self-regulation) та передбачає, що суб'єкти господарювання, котрі вчинили порушення законодавства про захист економічної конкуренції можуть надати пропозиції Органу щодо зобов'язань, які вони будуть виконувати задля усунення наслідків такого порушення, а Орган, у свою чергу, вирішить чи погоджуватися на такі зобов'язання та чи звільняти від сплати штрафу. [№29, с. 109]

Такі зобов'язання (commitments) можуть носити структурний (примусовий поділ, продаж активів) та поведінковий (зміна поведінки суб'єкта господарювання) характер. Відповідний інструмент передбачений статтею 9 Регламенту Європейського парламенту та Ради № 1/2003, в якому зазначається, що «Якщо Комісія має намір прийняти рішення, що вимагає припинення порушення, і відповідні підприємства пропонують зобов'язання задовольнити занепокоєння, висловлені їм Комісією під час її попередньої оцінки, Комісія своїм рішенням може зробити ці зобов'язання обов'язковими для підприємств. Таке рішення може бути прийняте на певний строк і повинно містити висновок про відсутність підстав для дій Комісії». [№30] Також стаття 12 Директиви ECN+ також передбачає необхідність впровадження такого інструменту відповідними Органами держав-членів ЄС. [№21]

Іншими словами, якщо суб'єкт господарювання вчинив порушення законодавства про захист економічної конкуренції він може звернутися до Органу з пропозицією щодо взяття на себе структурних або поведінкових зобов'язань, які є пропорційними до наслідків такого порушення. Орган може або відхилити такі пропозиції та накласти штраф, або зробити такі зобов'язання обов'язковими для суб'єкта господарювання та звільнити його від сплати штрафу.

Щодо третьої проблеми, мова йде про інструмент пом'якшення відповідальності, котрий існує вже 10 років в конкурентному законодавстві України та не має жодного прецеденту застосування. Одна з основних причин проблем застосування цього інструменту – відсутність належного його адвокатування. Єдиний документ, в якому містяться хоч якісь подробиці щодо програми пом'якшення – це вище згадане Розпорядження, що є неправильним, щонайменше, з правової точки зору, адже ця процедура містить безліч зобов'язань, які повинні бути прописані в законі/законах. Таким чином, за відсутності також адвокатування інструменту комунікаційним апаратом держави, про наявність програми пом'якшення відповідальності потенційно можуть не знати навіть співробітники Органу.

Існують і інші проблеми, зокрема - абсолютна неадаптованість інструменту до українських реалій та відсутність будь-яких оновлень. Існуюча норма не враховує ані культурні, ані соціальні особливості України та є, по своїй суті, лише копією інструменту певної країни ЄС.

Отже, як ми бачимо, існують суттєві недоліки в застосуванні інструментів м'якого права в конкурентній політиці України. Мертві, неповні концепції або взагалі їхня відсутність є основними перешкодами для ефективного та результативного їх застосування. У наступному підрозділі ми поговоримо про те, як можна вирішити, щонайменше, одну з цих проблем та запропонуємо модель інструменту пом'якшення відповідальності, яка може бути реалізована в Україні, та

яка, при належному використанні інструменту, може значно підвищити ефективність застосування конкурентного законодавства та діяльності відповідного органу з питань конкуренції.

3.3. Пропонована модель програми пом'якшення відповідальності

Перш ніж формувати модель програми пом'якшення, варто визначити основні конфлікти та проблеми в чинній конкурентній політиці України. Для того, щоб пояснити, чому нинішня модель не працює та зконструювати нову – ми виділяємо три основні конфлікти: 1) конфлікт в стейкголдерських відносинах (включає три підконфлікти), 2) культурний конфлікт, 3) політичний конфлікт.

Стейкголдерський конфлікт. Для формування основних засад стейкголдерського конфлікту для початку визначимо основні групи стейкголерів, які тим чи іншим чином зацікавлені у впровадженні та реалізації програми пом'якшення в Україні. У додатку №1 зображені основні групи стейкголдерів, їх значимість, впливовість та потенційна роль у впровадженні політики.

Підконфлікт №1: НАЗК – європейські експерти. Суть проблеми полягає в том, що фундаментальне право ЄС та європейська практика дуже відрізняється від української. Європейська Комісія та більшість органів з питань конкуренції в ЄС мають належний рівень дискреції – можливість приймати рішення на свій розсуд. Європейське право виходить з того, що передбачити усі випадки неможливо, а тому і залишають вільне місце для розсуду для державних органів. Відповідно, довіра до державних органів та системи в цих країнах має достатній рівень для вільного впровадження необхідних норм.

У той самий час, рівень довіри до державних органів в Україні є достатньо малим і, серед іншого, це пов'язано з великим рівнем корупції в країні. За таких умов, НАЗК не може пропустити значну кількість норм, які притаманні праву ЄС, а отже дуже важко гармонізувати наше законодавство з законодавством ЄС. Це стосується і програми пом'якшення відповідальності. Для прикладу, Європейська

Комісія має повну дискрецію щодо визначення того, з ким вона хоче співпрацювати в рамках програми пом'якшення або врегулювання в справах, а з ким – ні. При спробі впровадження такої норми в українське законодавство, НАЗК з великою вірогідністю заблокує цю норму через її корупціогенність, адже з'являється «корупційний ризик», що «вхід» на програму пом'якшення буде проплачений.

Для уникнення конфлікту ми маємо, де це можливо, розписувати процедуру, замінити її аналогічними інструментами, які вже існують в українській практиці, та передбачати вичерпний перелік дозволів та заборон. Також може допомогти повне (або майже повне) копіювання необхідних норм з європейського права, що буде слугувати підґрунтям для їх відстоювання, оскільки, відповідно до Угоди про Асоціацію – ми маємо гармонізувати наше законодавство із законодавством ЄС. Тому, беручи до уваги наведений вище приклад, можна спробувати передбачити усі необхідні випадки та підстави для відмови в участі у програмі пом'якшення і/або припинення цієї процедури, спираючись на українську практику.

Підконфлікт №2: АПУ - АМКУ. Це конфлікт полярних інтересів. АМКУ, з однієї сторони, заінтересований у максимально швидкому розкритті справи, припиненню порушення, усунення його наслідків та низькому подальшому супротиву у суді. Програма пом'якшення, сама по собі передбачає зниження супротиву та пришвидшення процесу. Проте, з іншого боку, АПУ заінтересований, навпаки, у якнайбільших можливостях у процесі судового оскарження, а отже і в якомога більших правах для суб'єктів господарювання під час їх участі у програмі пом'якшення відповідальності.

Уникнути конфлікту, зберігаючи фундаментальну сутність політики – неможливо. Єдиним варіантом залишається проведення обговорень зі стейкхолдером для наведення роз'яснень щодо необхідності норми у тому чи іншому вигляді, опираючись на всесвітню практику. Також можна зменшити вплив даного стейкхолдера та переманити на свою сторону бізнес, надавши інші «пільги»,

в яких вони зацікавлені, як, наприклад, програма конфіденційності під час процедури пом'якшення відповідальності.

Підконфлікт №3: ЕВА - європейські експерти. Бізнес, говорячи про програму пом'якшення відповідальності, зацікавлений у максимальній збереженні конфіденційності. В цей самий час, європейська практика показує, що це може суперечити правам суб'єктів на належний захист, про що ми детально говорили у підрозділі 2.2.

Задля уникнення конфлікту ми маємо знайти щось середнє – збереження конфіденційності та збереження права на захист відповідно до європейського права. Оскільки ми вже знаємо про такі винятки, як Естонія – цей баланс є можливим, а конфіденційність та належне право на захист не є взаємовиключними поняттями.

Культурний конфлікт. Українській культурі притаманний культурний конфлікт, котрий ми зачіпали у підрозділі 2.1. Підприємства та індивіди можуть утримуватися від співпраці з Органом через соціальний вимір, де така співпраця вважатиметься «зрадою». В Україні не розвинена культура повідомлень про порушення, а реакція ринку та соціуму загалом буде, з високою вірогідністю, в край негативною. Також, як вже було зазначено, українській системі притаманна модель «є порушення – є покарання», а тому такий сильний пом'якшуючий інструмент сприймається з обережністю.

Важливо, щоб держава комунікувала та адвокатувала конкурентну політику, а порушення конкуренції було маргіналізовано таким чином, що навіть «донос» був меншим злом. Для вирішення конфлікту програма пом'якшення має бути, по-перше, якісною – мати прозору процедуру і зрозумілі та досяжні цілі. А по-друге, комфортною – суб'єкти господарювання мають не переживати за культурний аспект (і тут ми знову звертаємося до конфіденційності). Після поєднання цих двох чинників у суб'єктів з'явиться цікавість. Цікавість має підкріплюватися належним санкціонуванням за порушення, щоб суб'єкт господарювання чітко відчував вигоду

від співпраці. І тільки після комбінації якості, комфортності та цікавості до процедури – з'явиться лояльність, яка, власне, і стає вирішенням конфлікту.

Політичний конфлікт. Політичний конфлікт включає в себе, як стейкхолдерський, так і культурний конфлікт. Основними проблемами цього конфлікту є:

1. Нав'язування європейської моделі політики, яка не враховує культурні та інші українські особливості, що унеможлиблює, на даному етапі, її копіювання.
2. Політична неспроможність наділення АМКУ широкими (навіть в межах необхідного) повноваженнями для ефективного та результативного виконання своїх обов'язків із захисту економічної конкуренції. Блокування будь-якої дискреції.
3. Нерозуміння на рівні парламентарів, як зменшення відповідальності може сприяти розвитку конкуренції та збільшенню стримуючого ефекту через усталеність жорсткої моделі права.

Щодо проблем чинної політики. Як вже зазначалося, уся суть програми пом'якшення полягає в Розпорядженні Антимонопольного комітету України №399-р від 25.06.2012 «Про встановлення порядку звільнення від відповідальності». Ми не будемо детально розписувати усі проблеми цього документу, проте зупинимося на найважливіших, глобальних його аспектах і політики загалом:

1. **Система штрафів.** Існуючий варіант політики не передбачає жодної системи зменшення штрафу, а лише повну звільненість від відповідальності. Аналізуючи всесвітній досвід ми, звичайно, бачили схожі моделі, проте вони були пов'язані з наявністю кримінальної відповідальності за вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій. Українська модель передбачає лише адміністративну відповідальність, а тому повне звільнення від

відповідальності лише для одного суб'єкта робить цей інструмент менш привабливим. Також перешкоджає культурний та політичний конфлікти – чому порушник має повністю звільнитися від відповідальності?

2. **Визначення ініціатора.** Відповідно до пункту 1.5 Розпорядження, звільненим від відповідальності не може бути ініціатор антиконкурентних узгоджених дій. Така умова робить політику майже не можливою для реалізації, адже АМКУ доведеться в кожній справі встановлювати, хто є ініціатором картелю, що значно ускладнює, якщо не унеможлиблює застосування інструменту.
3. **Рецидиви.** Розпорядження жодним чином не забезпечує політику від виникнення рецидивів. Звичайно, прецедентів застосування інструменту немає, проте це явний недолік документу.
4. **Конфіденційність.** Існуюча процедура не містить положень про збереження конфіденційності, що унеможлиблює застосування інструменту через існування культурного конфлікту.
5. **Відсутність процедури в Законі.** Процедура пом'якшення відповідальності майже ніяк не виписана в Законі України «Про захист економічної конкуренції», що значно знижує довіру до процедури і її загальну впізнаваність.
6. **Комунікації.** Ні АМКУ, ні державний апарат загалом жодним чином не адвокатавав та не комунікував відповідну політику, а тому відсутня довіра до інструменту або знання щодо його існування загалом.

З урахуванням конфліктів та проблем, зазначених вище, пропонується альтернативна модель конкурентної політики щодо застосування інструменту пом'якшення відповідальності. Опираючись на проаналізований у минулому розділі досвід та існуючі конфлікти, ми спробуємо сформулювати найбільш придатну модель пом'якшення відповідальності для її реалізації в Україні. Розглянемо для

цієї моделі систему зменшення штрафів, ризику зловживання, умови застосування, адвокатування цієї політики та заходи зі збереження конфіденційності.

Система зменшення штрафів (знижки). Враховуючи усталену жорстку правову практику, пропонується відмовитися від повного звільнення від відповідальності навіть для першого заявника та обмежитися системою зменшення штрафів до 50% для першого заявника, до 30% для другого та до 10% для інших.

Модель повинна бути максимально зрозумілою та зустрічати якомога менший супротив у суспільстві. Тому, враховуючи, що ми не маємо прецедентів використання такого інструменту, відсутність «радикалізму» у вигляді повного звільнення від відповідальності може посприяти більш м'якій та швидкій його (інструменту) адаптації. Більш того, це зменшить силу можливих негативних наслідків від корупційних ризиків, ризиків неправильного застосування інструменту та надасть час органам АМКУ напрацювати відповідну практику. Повне звільнення від відповідальності може бути впроваджене згодом. Таким чином ми не так сильно відійдемо від «жорсткості» правової системи, проте, тим не менш, 50% зменшення штрафної санкції буде суттєвим стимулом для суб'єктів господарювання співпрацювати з АМКУ.

Ризики зловживання. Як вже зазначалося, в одному з документі ОЕСР згадується, що під час дослідження було виявлено, що з 510 компаній-членів картелю – у 117 випадках був встановлений рецидив. [№24, с. 4] Тобто більше 20% суб'єктів господарювання після успішного використання програми пом'якшення повторно вчинили порушення та повторно подалися на цю програму. Тому дуже важливо забезпечити відповідний інструмент від таких випадків. Пропонується прописати умову, що один і той же суб'єкт господарювання не може брати участь у програмі пом'якшення повторно протягом 5 років з дати встановлення факту вчинення такого порушення.

Умови застосування. Загалом, умови майже у кожній моделі, яку ми розглядали є однаковими. З найважливіших умов для отримання пом'якшення відповідальності виділяються наступні:

1) розкрити Антимонопольному комітету України антиконкурентні узгоджені дії;

2) припинити участь в антиконкурентних узгоджених діях відразу після звернення із заявою про звільнення від відповідальності за винятком, коли є необхідність подальшої її участі в антиконкурентних діях для забезпечення цілісності розслідування справи;

3) співпрацювати з органами Антимонопольного комітету України на засадах, зокрема, оперативності, своєчасності надання інформації, повноти та достовірності наданої інформації, тривалості співпраці;

4) надати докази, які відсутні в Антимонопольному комітеті України та які є: достатніми для прийняття розпорядження про початок розгляду справи, якщо на момент звернення із заявою про звільнення від відповідальності розпорядження про початок розгляду справи за ознаками того самого порушення не прийняте;

мають суттєве значення для прийняття рішення у справі, та які відсутні в Антимонопольного комітету України.

Найважливішою умовою є саме надання доказів, які мають суттєве значення, та які відсутні в Антимонопольного комітету України, адже саме ця умова є запобіжником від необхідності приймати усі заяви на програму пом'якшення.

Адвокатування. АМКУ та інші заінтересовані органи державної влади мають проводити комунікаційну кампанію щодо захисту прав викривачів, розробити та опублікувати по шагову та доступну інструкцію щодо того, як повідомляти про порушення. Передбачити комунікаційні канали з судами щодо надання та передачі інформації та надати консультації щодо неможливості розкриття конфіденційної її частини.

Заходи зі збереження конфіденційності. Аспект збереження конфіденційності є надто важливим. Суб'єкт господарювання не має 100% гарантій, що штраф буде зменшений (тому що таких гарантій бути не може, все залежить від співпраці), тому відсутність гарантій конфіденційності зробить потенційні втрати, а також їх вірогідність набагато більшою за можливі вигоди.

Модель політики, що пропонується передбачає більш комплексні зміни в українському законодавстві, які виходять за рамки антимонопольного законодавства. Оскільки цей варіант відходить від європейської моделі є ризики її суперечності європейському законодавству та Угоді про Асоціацію в частині нерозголошення інформації про особу-апліканта на програму звільнення від відповідальності та матеріалів, які він/вона надає.

По-перше, необхідні засоби захисту конфіденційності можуть суперечити законодавству ЄС та Угоді про Асоціацію. Відповідно до пункту 2 статті третьої глави другої Директиви ECN+ «Держави-члени забезпечують, щоб здійснення повноважень, зазначених у параграфі 1, підлягало відповідним гарантіям щодо прав підприємств на захист, включаючи право бути заслуханим і право на ефективний засіб правового захисту перед судом.» [№21] Пункт 3, статті 255 Угоди про Асоціацію також передбачає, що сторони у справі мають право на захист у прозорий, своєчасний та недискримінаційний спосіб. [№31]

Отже, основною проблемою цієї політики може стати саме право на недискримінаційний захист, оскільки задля збереження конфіденційності особи, яка взяла участь у програмі звільнення від відповідальності відомості про штраф мають бути надані відповідачам у справі тільки у тій частині, в якій ці відомості їх стосуються. Це, згідно з практикою ЄС, може обмежити права суб'єктів господарювання на оскарження дискримінаційного розрахунку розміру штрафу по відношенню до інших сторін у справі.

Враховуючи викладене, задля утворення необхідного правового поля та уникнення ризиків утворення суперечностей із законодавством та практикою ЄС рекомендується прив'язати статус апліканта на програму звільнення від відповідальності до статусу викривача та передбачити відповідні зміни.

Відповідно до конкурентної практики США викривачі можуть прирівнюватися до апліканта програми звільнення від відповідальності (leniency) та отримувати гарантії конфіденційності: «На основі сучасної політики Міністерства Юстиції США викривач може бути задіяний в програмі пом'якшення або імунітету, якщо він повідомляє про порушення антимонопольного законодавства, про яке органи державної влади не знали та відповідно співпрацює з Міністерством». [№7] Надалі, окрім збереження конфіденційності в рамках програми звільнення від відповідальності, у разі необхідності застосовується інструмент захисту свідків (WITSEC): «Якщо свідчення свідка мають важливе значення для справи, і якщо акт дачі показань ставить під загрозу життя свідка або життя його чи її сім'ї, Мінюст США може запропонувати захист свідка через програму WITSEC». [№8]

Захист викривачів передбачений розділом восьмим Закону України «Про запобігання корупції». На жаль, наразі захист викривачів процедурно не прописаний та ефективно не здійснюється через відсутність методів. Враховуючи це, додатково рекомендується розглянути до цього Закону та, за необхідності, створити додатковий НПА, котрий буде регулювати процедуру захисту викривачів. Наразі існує проєкт закону, котрий регулює сферу захисту викривачів, розроблений Нестеренко О. В. та Шостко О. Ю. «Правовий захист викривачів» (заг. Редакція Нестеренко О. В., Шостко О. Ю. — Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини»). Дана редакція передбачає вже більш повноцінні інструменти захисту та, що важливо, процедуру у статтях 12, 13, 16, 19 та 20. [№32] Зробивши необхідні коригування та передбачивши можливість саме АМКУ визначати кому, як та на якій підставі надавати статус викривача у програмі звільнення від відповідальності

та, відповідно, зберігати конфіденційність у справах про антиконкурентні узгоджені дії.

Методи збереження конфіденційності аплікантів на програму звільнення від відповідальності та додаткового застосування викривачів у справах про порушення антимонопольного законодавства також рекомендується в одному з аналітичних документів ОЕСР «Проблеми та координація програм пом'якшення – Примітка Брента Снайдера». [№ 18]

Проте недостатньо просто мовчати щодо відповідної інформації. АМКУ пропонується запровадити процедурну можливість випускати в таких випадках 2 рішення. Перше рішення – публічне, містить інформацію щодо накладення штрафу на суб'єкта господарювання. Друге рішення – зменшує відповідний штраф та є повністю конфіденційним та не розголошується. Запроваджуючи такий механізм ми потенційно, по-перше, уникаємо конфлікту щодо дискримінації та права на належний захист у суді, адже суб'єкт господарювання зможе ознайомитися з штрафом, який був би накладений на іншого суб'єкта господарювання. А по-друге, ускладнюємо можливість розкриття особи-апліканта.

Такі заходи з конфіденційності не тільки вирішують культурний конфлікт, проте и значно підвищують стримуючий ефект, адже при наявності належних заходів забезпечення конфіденційності суб'єкти господарювання будуть мати страх, що їх можуть здати, не зазнавши для себе навіть соціальних наслідків та тиску. Саме така привабливість інструменту зменшить привабливість порушення при раціональній оцінці вигід та витрат.

Висновки до Розділу 3:

Таким чином, врахувавши усі конфлікти, недоліки існуючої політики та закордонний досвід ми сформувавши модель, яка потенційно зможе зіштовхнути відповідний інструмент з мертвою точкою. Модель не є кінцевою та потребуватиме оновлення відповідно до практики, яка буде встановлюватися та загальним

розвитком конкурентного права. Успішне впровадження політики пом'якшення відповідальності та розвиток м'якого права в Україні значно збільшить стримуючий ефект, ефективність розслідування справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та пришвидшить усунення його негативних наслідків.

Ми бачимо, що хоча українське законодавство і містить окремі положення щодо інструментів м'якого права – вони, здебільшого є застарілими. Це, в першу чергу, пов'язано з тим, що українська конкурентна практика та законодавство вже довгий час не оновлювалося. Частина інструментів відсутня, інша – є неповною і/або непрацюючою (відсутність прецедентів). Тому воно (законодавство) та діяльність окремих державних органів влади потребує суттєвого перегляду.

ВИСНОВКИ

У цій роботі було досліджено інституційно-правову базу сфери застосування інструментів м'якого права в конкурентній політиці України та світі. Ми розглянули суть м'якого права як інструменту в конкурентній політиці, визначили та порівняли різні типи інструменту пом'якшення відповідальності відповідно до закордонного досвіду. Також, ґрунтуючись на основних проблемах та конфліктах української конкурентної політики у сфері м'якого права, ми надали рекомендації щодо підвищення її результативності та ефективності та дійшли наступних висновків.

1. У ході дослідження було визначено, що кожна політика має свої інструменти, які необхідні для її впровадження та реалізації. Конкурентна ж політика має свої власні інструменти, зокрема, це:

- a. Обмеження (поведінкові заходи) – заходи, спрямовані на зміну поведінки суб'єкта господарювання, його обмеження, і/або примус і/або спонукання до відповідної поведінки.
- b. Покарання (структурні заходи, штрафи) – заходи, які мають прямий каральний характер та безпосередньо впливають на економічне становище суб'єкта господарювання.
- c. Проактивне адвокатування та заохочення (інструменти м'якого права) – заходи, які мають необов'язковий, заохочувальний та спонукаючий характер. Є скоріше можливістю для суб'єкта господарювання, аніж обов'язком.

Перші два інструменти – обмеження і покарання – несуть характер інструментів жорсткого права. Вони реалізуються безпосередньо державним органом, а об'єкти використання цих інструментів саме зобов'язані їм слідувати та можуть негативно вплинути на їх (об'єктів) економічне і/або репутаційне становище.

Проте інструменти можуть як значно підірвати економічне та репутаційне становище порушника, так і не мати жодних для нього наслідків, при цьому зберігаючи результат – превенцію і/або усунення порушення та його негативних наслідків. Мова йде про інструмент проактивного адвокатування та заохочення, який є інструментом м'якого права.

2. М'яке право як інструмент вироблення державної політики включає в себе спектр заходів, нормативно-правових актів та дій/бездіяльності державних органів - які не є обов'язковими для суб'єкта наявного або потенційного порушення, а розглядаються скоріше, як можливість, як їх (суб'єктів порушення) право на відповідну поведінку, яка, у свою чергу, буде вигідною і для них і для держави. М'яке право – це заохочення до «правильної» поведінки.

Тому, можна зробити висновок, що основна різниця між м'яким та жорстким правом полягає у тому, що м'яке право – це можливість, це саме право певного суб'єкта на певну дію. Жорстке право – це обов'язок суб'єкта вчинити певну дію, який накладений державою або отриманий у результаті відповідного договору. Також м'яке право зазвичай менш трудомісткий, менш витратний та більш гнучкий ніж жорстке право. Цей вид права – про економію ресурсів та якомога швидке виявлення, припинення та превенцію порушення.

3. Одним з найпопулярніших та ефективних інструментів м'якого права в конкурентній політиці – є інструмент пом'якшення відповідальності, також відомий як «Leniency policy». Суть інструменту полягає в тому, що порушник – учасник антиконкурентних узгоджених дій добровільно викриває такі дії Органу та співпрацює з ним. Орган, у свою чергу, звільняє такого порушника від відповідальності або значно її зменшує.

Орган з питань конкуренції, застосовуючи цей інструмент, витрачає як можна менше ресурсів на викриття картелю, отримуючи усі необхідні докази, що, у свою чергу, також полегшує судове доведення існування такого порушення за

необхідності. Учасник, який добровільно надав необхідну інформацію – звільняється від відповідальності за порушення або така відповідальність суттєво зменшується. Концептуально, програма пом'якшення відповідальності – це «win-win condition».

Таким чином, програма пом'якшення відповідальності є відносно простим, зрозумілим та важливим інструментом м'якого права в конкурентній політиці та може значно підвищити ефективність розкриття справ та полегшити роботу органу з питань конкуренції, за умови, дотримання ряду вимог: 1) прозорість, 2) санкції, 3) чіткі та достатні вимоги, 4) конфіденційність. У разі ігнорування однієї або декілька з цих вимог – підвищуються ризики зловживань з боку підприємств, зменшення ефективності інструменту і/або взагалі відсутність результативності (неможливість застосування).

4. Програма пом'якшення відповідальності поділяється, загалом, на дві моделі: 1) зі збереженням конфіденційності, 2) без збереження конфіденційності. Звичайно, класифікувати моделі інструменту пом'якшення відповідальності можна за різними аспектами: вимоги до апліканта, типи пом'якшення відповідальності (повне, часткове, рівні), поетапність пом'якшення тощо. Проте така класифікація не має значного впливу на загальну структуру програми та залежить, у більшості випадків. У той час, як моделі за класифікацією конфіденційності значно змінює поведінку Органу та сприйняття програми суб'єктами господарювання.

У ході дослідження було виявлено, що країни застосовують майже рівномірно кожен з моделей з різними показниками ефективності, а вибір моделі може залежати від типу покарання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції (кримінального чи адміністративного), культури, практики застосування та правової системи.

5. Виявлені наступні проблеми застосування програми пом'якшення відповідальності в Україні. Неможливо виділити якийсь певний тип моделі програми

пом'якшення. Уся суть програми полягає в Розпорядженні Антимонопольного комітету України №399-р від 25.06.2012 «Про встановлення порядку звільнення від відповідальності», яка є вже застарілою та не містить жодної практики застосування. Ця модель, по-перше, сама по собі містить безліч правових проблем, які унеможливають її застосування. А по-друге, суперечить наявним у державі конфліктам. Ми виділяємо три основні конфлікти: 1) конфлікт в стейкгоल्дерських відносинах (включає три підконфлікти), 2) культурний конфлікт, 3) політичний конфлікт.

Маючи суттєві правові прогалини та невідповідність моделі наявним у державі конфліктам, програма пом'якшення відповідальності повністю втрачає свою привабливість для суб'єктів господарювання та свою ефективність та результативність для органу державної влади.

б. Для того, щоб вирішити вищезазначені конфлікти запропонована нова модель програми пом'якшення. Вона будується навколо соціального, державного запиту та закордонного досвіду. Вона включає в себе:

- a. Зміну системи зменшення штрафів, яка відповідає культурному середовищу.
- b. Уникнути ризиків виникнення рецидивів відповідно до проаналізованого досвіду Європейського Союзу.
- c. Чіткі умови співпраці з Антимонопольним комітетом України, які є прозорими та передбачуваними.
- d. Адвокатування програми, яке допоможе інструменту не загубитися в тонах підзаконних актів.
- e. Та, найголовніше, пропонується модель конфіденційності програми, яка не буде суперечити європейському праву та значно збільшить привабливість інструменту та надасть можливість напрацювати певну практику для подальшого вдосконалення політики.

Таким чином, пропонується модель, яка потенційно зможе зіштовхнути відповідний інструмент з мертвою точки. Відповідна модель не є остаточною та потребуватиме вдосконалення відповідно до практики, яка буде встановлюватися та загальним розвитком конкурентного права. Успішне впровадження політики пом'якшення відповідальності та розвиток м'якого права в Україні значно збільшить стримуючий ефект, ефективність та результативність розслідування справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та пришвидшить усунення його негативних наслідків.

Список використаних джерел та літератури:

1. Buhart J. Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion / Jacques Buhart. – London, 2012. – 329 с. – (Sweet & Maxwell).
2. OECD COMPETITION TRENDS 2021 [Електронний ресурс] // OECD. – 2021. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2021-highlights.pdf>.
3. Jaspers J. D. Leniency in exchange for cartel confessions [Електронний ресурс] / J. D. Jaspers. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1477370819874432>.
4. United States Department of Justice [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.
5. Cartel leniency in the United States: overview [Електронний ресурс] // Practical Law – Режим доступу до ресурсу: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-006-7098?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-006-7098?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
6. Buretta J. The Cartels and Leniency Review: USA [Електронний ресурс] / J. Buretta, J. Terzaken // The Law Reviews. – 2022. – Режим доступу до ресурсу: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-cartels-and-lenieny-review/usa>.
7. Cartles and leniency laws an regualtions [Електронний ресурс] // ICLG – Режим доступу до ресурсу: <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-lenieny-laws-and-regulations/usa>.
8. What Is the Witness Protection Program? [Електронний ресурс] // CriminalDefenceLawyer – Режим доступу до ресурсу: <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/defendants-rights/what-witness-protection-program>.
9. <https://www.justice.gov/file/1490271/download>
10. Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programmes - Note by Japan. // OECD. – 2018. – С. 9.

11. Ishida H. The Cartels and Leniency Review: Japan [Электронный ресурс] / Н. Ishida, Y. Tanaka // The Law Reviews. – 2022. – Режим доступа до ресурсу: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-cartels-and-leniency-review/japan#:~:text=The%20JFTC's%20policy%20on%20discovery,Japan%20or%20in%20foreign%20jurisdictions.>
12. About the Leniency Program [Электронный ресурс] // JFTC – Режим доступа до ресурсу: https://www.jftc.go.jp/files/about_leniency.pdf.
13. Challenges and co-ordination of leniency programmes – Note by Catarina Marvão. // OECD. – 2020. – С. 13.
14. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [Электронный ресурс] // Official Journal of the European Union. – 2006. – Режим доступа до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52006XC1208%2804%29>.
15. Report on Competition Policy 2017 [Электронный ресурс] // European Commission. – 2018. – Режим доступа до ресурсу: https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2017/part1_en.pdf.
16. The Cartels and Leniency Review: Germany [Электронный ресурс]. – 2022. – Режим доступа до ресурсу: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-cartels-and-leniency-review/germany#footnote-043>.
17. Cartel Leniency in Germany: Overview [Электронный ресурс] // Practical Law. – 2021. – Режим доступа до ресурсу: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-2172?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a778936](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-2172?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a778936).
18. Buhart J. Leniency Regimes: Jurisdictional Comparisons / Jacques Buhart. – London, 2012. – 329 с. – (Sweet & Maxwell).
19. Shaffer G. Criminalizing cartels: a global trend? / G. Shaffer, N. Nesbitt, S. Waller. – 2015. – С. 37.

20. Federal Cartel Act 2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/PDFs3/2-Federal_Cartel_Act_final.pdf.
21. DIRECTIVE (EU) 2019/1 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL [Електронний ресурс]. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0001>.
22. JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber) [Електронний ресурс] // EUR-Lex. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ058>
23. https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2011/07/top-secret-how-confidential-is-your-leniency-appli/files/news1_corp_jul11_update_top-secret/fileattachment/news1_corp_jul11_update_top-secret.pdf
24. Challenges and co-ordination of leniency programmes – Note by Catarina Marvão. // OECD. – 2020. – С. 13.
25. Смирнова К. В. ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК КОНКУРЕНЦІЇ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ (НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ) : дис. докт. юр. наук : 12.00.11 – міжн / Смирнова Ксенія Володимирівна – Київ, 2015. – 500 с.
26. Закон України "Про захист економічної конкуренції" [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>.
27. Розпорядження Антимонопольного комітету України "Про встановлення порядку звільнення від відповідальності" [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1553-12#Text>.
28. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:

- http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71771.
29. TOOL #18. THE CHOICE OF POLICY INSTRUMENTS [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/better-regulation-toolbox-18_en_0.pdf.
30. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [Електронний ресурс] // Official Journal of the European Union – Режим доступу до ресурсу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>
31. УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] // ВРУ. – 2015. – Режим доступу до ресурсу:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text.
32. Нестеренко О. В. Правовий захист викривачів / О. В. Нестеренко, О. Ю. Шостко., 2016.
33. КОНЦЕПЦІЯ державної політики розвитку та захисту економічної конкуренції в Україні [Електронний ресурс] // Антимонопольний комітет України – Режим доступу до ресурсу:
https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d690bbe727c8.pdf.
34. Кілієвич О. Антимонопольна політика та регулювання природних монополій / О. Кілієвич, О. Мертенс // Мікроекономіка для аналізу державної політики / О. Кілієвич, О. Мертенс., 2005. – С. 397–401
35. Overcoming the “Soft vs Hard Law” Debate in the Development of New Global Health Instruments [Електронний ресурс]. – 2021. – Режим доступу до ресурсу: <https://opiniojuris.org/2021/11/30/overcoming-the-soft-vs-hard-law-debate-in-the-development-of-new-global-health->

instruments/#:~:text=Examples%20of%20soft%20law%20include,present%20bot
h%20advantages%20and%20disadvantages.

36. GLOSSARY OF INDUSTRIAL ORGANISATION ECONOMICS AND

COMPETITION LAW [Електронний ресурс] // OECD – Режим доступу до
ресурсу: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.

37. Кілієвич О. І. Державна політика: аналіз та механізми її впровадження / О. І.
Кілієвич, В. В. Тертичка. – Київ: Національна академія державного
управління при Президентіві України, 2009. – 89 с.

ДОДАТКИ

Додаток №1. Аналіз стейкхолдерів.

Стейкхолдер	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
Цільова група				
1. Європейська бізнес асоціація (ЕВА) та інші бізнес асоціації України. За можливості - отримати консолідовану позицію від однієї бізнес асоціації, яка буде представляти інтереси усіх.	4	3	2	Надання консультацій: свого бачення ефективного впровадження інструменту, його реалізації, законодавчих норм, які його регулюють. Надання порад щодо імплементації та комунікативного супроводу. ЕВА може також створити сприятливе медійне поле, підтримавши необхідність відповідних змін.

Стейкхолдер	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
2. Комітет Верховної Ради з питань європейської інтеграції.	3	3	4	Аналітичний супровід щодо відповідності політики вимогам законодавства ЄС.
3. Антимонопольний комітет України	4	4	4	Безпосередня участь у формуванні політики, аналітичний супровід щодо можливості впровадження тієї чи іншої моделі відповідно до існуючої системи та реалізація такої політики.
Група непрямого впливу				
1. НАЗК	0	3	4	Інструмент звільнення від відповідальності є схожим за своєю процедурною та правовою сутністю з викривачами корупції. НАЗК може надати експертну допомогу у

Стейкголддер	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
				<p>формуванні та реалізації норм.</p> <p>Паралельно з цим, НАЗК, як антикорупційний орган, допоможе запобігти виникненню корупційних ризиків, адже інструмент, сам по собі, має вагоме корупційне підґрунття.</p>
2. Державна судова адміністрація	0	3	4	<p>Оскільки впровадження політики в частині змін до законодавства може зачіпати зміни до Господарського та навіть Кримінального кодексів України – відповідна консультація щодо можливості таких змін</p>

Стейкголддер	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
				в кодекси буде необхідною. Політика у будь-якому разі буде зачіпати судовий процес.
Група потенційного впливу				
1. Мінекономіки	0	1	2	Розроблення аналітичних довідок щодо потенційних позитивних і/або негативних економічних наслідків впровадження та реалізації політики.
Група з вагомим авторитетом				
1. Асоціація правників України (АПУ).	3	2	2	Мають вагомий авторитет в медійному просторі. Корисним буде альтернативний погляд на політику.
Експерти				

Стейкголдери	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
1. Європейські експерти та партнери.	4	4	4	Аналітична підтримка та супровід на усіх етапах впровадження політики. Комунікаційна підтримка, зокрема, листи-підтримки від ЄС.
2. Експерти та працівники конкурентних відомств: FTC, JFTC, CMA, COMCO	2	4	3	Аналітична підтримка, консультації щодо впровадження та реалізації політики, надання інформації щодо практики застосування політики у відповідних відомствах (реалізується шляхом онлайн зустрічей).
3. Експерти ОЕСР.	0	4	4	Аналітична, експертна допомога у формуванні політики

Стейкголддер	Заінтересованість	Значимість	Впливовість	Можлива роль
				(реалізується шляхом онлайн зустрічей).

Заінтересованість, впливовість, значимість стейкголдерів оцінюється за шкалою від 0 до 4, де 0 – відповідь «невідомо», 1 – найслабший показник, а 4 - найсильніший.