

Almaty

47 Abai Ave., Office 2, Almaty 050000
tel.: +7 (727) 3 968 968 (multiline)
fax: +7 (727) 3 968 990
e-mail: aequitas@aequitas.kz
www.aequitas.kz

LAW FIRM**ÆQUITAS****ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА****Алматы**

пр. Абая 47, офис 2, г. Алматы 050000
тел.: +7 (727) 3 968 968 (многоканальный)
факс: +7 (727) 3 968 990
e-mail: aequitas@aequitas.kz
www.aequitas.kz

Всем нашим клиентам и друзьям

ИНФОРМАЦИОННЫЙ МЕМОРАНДУМ**Изменения и дополнения в законодательство Республики Казахстан по вопросам конкуренции**

6 марта 2013 года был принят Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции» (далее – «Закон»), вступивший в силу 25 марта 2013 года.

Закон вносит изменения в ряд действующих законодательных актов¹ Республики Казахстан (далее – «РК» или «Казахстан»), в том числе в Закон «О конкуренции»² (далее – «Закон «О конкуренции»»).

Целью принятия Закона является дальнейшее совершенствование действующего антимонопольного законодательства Казахстана, усиление защиты конкуренции, упрощение деятельности субъектов рынка. Кроме того, одним из приоритетов Закона является гармонизация антимонопольного законодательства стран-участниц Таможенного союза в рамках формирования Единого экономического пространства (далее – «ЕЭП») Казахстана, России и Беларуси. Так, ряд изменений был внесен в целях приведения норм, содержащихся в Законе «О конкуренции», в соответствие с Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции от 09 декабря 2010 года, ратифицированным Казахстаном 08 июля 2011 года. Многие поправки были внесены в преддверии принятия Модельного закона ЕЭП «О конкуренции», принятие которого ожидается летом 2013 года.

В настоящем Информационном меморандуме Вашему вниманию предлагается анализ наиболее, на наш взгляд, значимых для наших клиентов изменений и дополнений, внесенных Законом.

1. Изменения и дополнения в Закон «О конкуренции»**1.1. Понятийный аппарат**

¹ Законом внесены изменения и дополнения в следующие нормативные акты Республики Казахстан: Гражданский кодекс, Уголовный кодекс, Кодекс «Об административных правонарушениях», Кодекс «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс), Закон «О естественных монополиях и регулируемых рынках», Закон «Об электроэнергетике», Закон «О техническом регулировании», Закон «О лицензировании», Закон «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов», Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам электроэнергетики, инвестиционной деятельности субъектов естественных монополий и регулируемого рынка».

² Закон Республики Казахстан «О конкуренции» №112-IV от 25 декабря 2008 года, с последующими изменениями и дополнениями.

Понятийный аппарат Закона «О конкуренции» расширен и изменен, часть используемых понятий уточнена. В частности, определены следующие новые понятия:

- **потенциальный конкурент** – субъект рынка, который имеет возможность (владеет оборудованием, технологиями) производить и (или) реализовать товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром конкурента, но не производит и не реализует его на соответствующем товарном рынке;
- **конкурент** – субъект рынка, находящийся в состоянии состязательности с другими субъектами соответствующего рынка ввиду того, что производит и (или) реализует на соответствующем товарном рынке товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром субъектов рынка;
- **косвенный контроль** – возможность физического или юридического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом, через юридическое лицо или несколько юридических лиц, между которыми существует прямой контроль;
- **прямой контроль** – возможность физического или юридического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:
 - осуществление функций его исполнительного органа, совета директоров;
 - получение права определять условия ведения предпринимательской деятельности юридического лица;
 - распоряжение более чем 50% голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) юридического лица;
- **координация экономической деятельности** – согласование действий субъектов рынка третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких субъектов рынка и не осуществляющим деятельность на том товарном рынке (товарных рынках), на котором (которых) осуществляется согласование действий субъектов рынка.

В числе уточненных и дополненных понятий следует выделить следующие:

- доработано определение «*Антимонопольный орган*³» в связи с отнесением к его компетенции функции по осуществлению контроля и регулирования деятельности в сфере государственной монополии;
- некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность в соответствии с их уставными целями, прямо указаны в перечне лиц, подпадающих под определение субъекта рынка. На наш взгляд, данное изменение не является нововведением, поскольку в предыдущей редакции Закон «О конкуренции» хотя прямо и не называл некоммерческие организации в качестве субъектов рынка, тем не менее, из существовавшего определения вытекало, что субъектами рынка являлись все юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, т.е. и некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность в соответствии с их уставными целями в том числе.

1.2. Группа лиц

³ В настоящее время Агентство по защите конкуренции РК (далее – «Антимонопольный орган»)

В соответствии с ранее действующей редакцией Закона «О конкуренции» одним из условий, позволяющих квалифицировать совокупность физических и (или) юридических лиц как группу лиц, являлась возможность лица прямо или косвенно (через третьих лиц) распоряжаться более чем 25% голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) юридического лица.

Теперь, лицо будет входить в группу лиц, если оно имеет право прямо или косвенно (через третьих лиц) распоряжаться более чем 50% голосующих акций (долей участия в уставном капитале, паев) юридического лица.

Данное изменение свидетельствует о тенденции гармонизации казахстанского законодательства с мировой антимонопольной практикой (например, подобное положение содержится в законодательстве Российской Федерации и многих стран Европейского союза).

Также данное изменение является позитивным для крупных компаний, поскольку в результате сужения круга лиц, входящих в одну группу, уменьшается объем информации, предоставляемой в рамках ходатайства о даче согласия Антимонопольного органа на экономическую концентрацию. С другой стороны, в связи с указанным изменением некоторые субъекты рынка не будут признаваться группой лиц, что повлечет увеличение количества сделок, требующих получения предварительного согласия Антимонопольного органа.

1.3. Антиконтрентные соглашения

Законом были внесены положения, запрещающие заключение вертикальных и горизонтальных соглашений при условии возможного или фактического наступления ряда последствий, указанных ниже.

Так, запрещаются горизонтальные соглашения⁴ между субъектами рынка, которые ущемляют законные права потребителей и (или) приводят или могут привести к:

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

2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

4) сокращению или прекращению производства товаров;

5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками)» (пп.1-5, п. 1 статьи 10 Закона «О конкуренции»).

Одним из положительных моментов нововведений, приведенных выше, является тот факт, что раздел товарного рынка по территориальному признаку запрещается теперь только при заключении горизонтальных соглашений и допускается в таких распространённых видах вертикальных соглашений, как дистрибьюторские соглашения и иные подобные договоры.

Запрещаются вертикальные соглашения⁵ между субъектами рынка, если:

⁴ Горизонтальные соглашения – соглашения, заключенные между субъектами рынка, являющимися конкурентами либо потенциальными конкурентами на одном товарном рынке.

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

2) соглашением предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар субъекта рынка, который является конкурентом продавца. Такой запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя» (пп 1-2 п. 2 статьи 10 Закона «О конкуренции»).

Таким образом, Закон «О конкуренции» в действующей редакции прямо запрещает включение в вертикальные соглашения так называемого «положения об эксклюзивности», если речь не идет о договорах об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

Следует отметить, что предусмотренные Законом «О конкуренции» ограничения, установленные для антиконкурентных соглашений, не распространяются на вертикальные соглашения, являющиеся договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга), а также, если совокупная доля субъектов рынка на товарном рынке не превышает 20% (ранее данное пороговое значение составляло 15%).

Положения и требования, установленные Законом в отношении антиконкурентных соглашений, не распространяются на:

- соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов рынка в отношении другого субъекта рынка установлен прямой или косвенный контроль, а также если такие субъекты рынка находятся под прямым или косвенным контролем одного лица;
- соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

1.4. Доминирующее или монопольное положение

Законом внесены изменения, предусматривающие, что доминирующее положение субъектов рынка будет определяться на основании специального документа, содержащего порядок проведения оценки состояния конкуренции, формулы расчетов и прочее. Отметим, что ранее законодательство не содержало подобного положения.

Согласно внесенным изменениям доминирующее положение субъекта рынка должно устанавливаться на основании Методики оценки состояния конкуренции, утверждаемой Евразийской экономической комиссией⁶, исходя из анализа следующих обстоятельств:

- доля субъекта рынка и ее соотношение с долями конкурентов и покупателей;

⁵ Вертикальные соглашения – соглашения, заключенные между неконкурирующими субъектами рынка, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом (поставщиком).

⁶ Методика оценки состояния конкуренции, утвержденная решением Совета Евразийской экономической комиссии от 25 декабря 2012 года № 299.

- возможность субъекта рынка в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке;
- наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок;
- период существования возможности субъекта рынка оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Кроме того, расширен перечень запрещенных действий субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права потребителей, иных лиц. К запрещенным действиям теперь также относятся:

- изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора;
- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка;
- экономически, технологически или иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий.

1.5. Недобросовестная конкуренция

Расширен перечень действий, относящихся к недобросовестной конкуренции. В дополнение к ранее установленному в указанный перечень внесены:

- реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей;
- некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка.

Также к недобросовестной конкуренции, помимо реализации товара с принудительным ассортиментом, как было предусмотрено ранее, Закон отнес приобретение товара с принудительным ассортиментом.

1.6. Компетенция Антимонопольного органа

Основными нововведениями в компетенции Антимонопольного органа, которые следует отметить, являются:

- разработка правил включения и исключения субъектов рынка из реестра;
- осуществление пропаганды добросовестной конкуренции;

- обеспечение информационной открытости проводимой конкурентной политики, в том числе ежеквартальное (не позднее 15 числа месяца, следующего за отчетным) размещение сведений о деятельности Антимонопольного органа в средствах массовой информации и на интернет-ресурсе Антимонопольного органа;
- проведение экспертизы цен на товары, производимые и реализуемые субъектом государственной монополии.

Также Законом предусмотрена необходимость согласования с государственным органом, осуществляющим межотраслевую и межрегиональную координацию разработки основных направлений государственной социально-экономической политики, следующих действий Антимонопольного органа:

- утверждение методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке с определением критериев взаимозаменяемости товаров, доступности их приобретения, а также границ товарного рынка;
- утверждение методики по выявлению монопольно высокой (низкой) и монополистически низкой цен;
- внесение предложений в Правительство по отнесению товарного рынка к регулируемым рынкам.

1.7. Взаимодействие Антимонопольного органа с регулирующими, правоохранительными органами и антимонопольными органами других государств

Ранее действующая редакция Закона «О конкуренции» предусматривала нормы о взаимодействии Антимонопольного органа только с регулирующими и правоохранительными органами РК. Теперь в рамках ЕЭП Законом регламентирована норма о взаимодействиях Антимонопольных органов стран Таможенного союза, заключающихся, в том числе, в направлении уведомлений, запросов о предоставлении информации, проведении консультаций, информирования о расследованиях.

Кроме того, в рамках участия в международных организациях Антимонопольный орган вправе направлять запросы в антимонопольные органы иных государств и предоставлять информацию по их запросам.

1.8. Экономическая концентрация

Законом изменены и дополнены положения об экономической концентрации. Ранее действующая редакция Закона «О конкуренции» предусматривала возможность совершения сделок, признаваемых экономической концентрацией, при условии получения предварительного согласия Антимонопольного органа.

Закон вводит уведомительный порядок в отношении двух из пяти сделок, признаваемых экономической концентрацией. Так, в соответствии с новой редакцией Закона «О конкуренции» субъекты рынка при совершении определенных видов

сделок⁷ уведомляют Антимонопольный орган о совершении сделки не позднее чем через 45 календарных дней после даты заключения сделки.

С учетом таких изменений Закон «О конкуренции» дополнен положениями о порядке уведомления о совершении экономической концентрации и сроках его рассмотрения Антимонопольным органом.

Закон предусматривает следующие последствия направления уведомления Антимонопольному органу:

- в случае, если по истечении 45 календарных дней после поступления в Антимонопольный орган уведомления о совершенной экономической концентрации Антимонопольным органом не будет направлен письменный ответ о необходимости отмены сделки лицу, направившему уведомление, экономическая концентрация считается осуществленной;
- в случае, если Антимонопольным органом при рассмотрении уведомления о совершенной экономической концентрации будет установлено, что ее совершение привело или может привести к ограничению или устранению конкуренции, в том числе путем возникновения или усиления доминирующего положения субъекта рынка, Антимонопольный орган выносит предписание⁸, которое подлежит исполнению в течение 30 календарных дней;
- в случае неисполнения предписания Антимонопольный орган обращается в суд с иском о понуждении субъекта рынка исполнить предписание Антимонопольного органа.

Из анализа указанных выше положений можно сделать вывод о том, что уведомительный порядок является фактически пост-согласованием совершенных сделок, поскольку в случае если Антимонопольный орган усмотрит, что совершение сделки привело или может привести к ограничению или устранению конкуренции, для субъектов рынка могут наступить такие негативные последствия как отмена сделки или вынесение любого предписания Антимонопольным органом, предусмотренного Законом «О конкуренции».

⁷ К сделкам, совершение которых требует направления уведомления в Антимонопольный орган, относятся:

(1) приобретение субъектом рынка прав (в том числе на основании договора о доверительном управлении, договора о совместной деятельности, договора поручения), позволяющих давать обязательные для исполнения указания другому субъекту рынка при ведении им предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его исполнительного органа;

(2) участие одних и тех же физических лиц в исполнительных органах, советах директоров, наблюдательных советах или других органах управления двух и более субъектов рынка при условии определения указанными физическими лицами в данных субъектах условий ведения их предпринимательской деятельности.

⁸ Согласно Закону «О конкуренции» Антимонопольный орган может вынести предписания о:

- прекращении нарушений Закона «О конкуренции» и (или) устранении их последствий;
- восстановлении первоначального положения;
- расторжении или изменении договоров, противоречащих Закону «О конкуренции»;
- заключении договора с другим субъектом рынка в случае, если нарушением является необоснованный отказ, либо уклонение от заключения договора с определенными продавцами (поставщиками) либо покупателями;
- недопущении нарушений Закона «О конкуренции».

Законом установлено, что за субъектами рынка по-прежнему сохраняется право на подачу ходатайства о даче согласия Антимонопольного органа на экономическую концентрацию в отношении сделок, подпадающих под уведомительный порядок. Мы полагаем, что в ряде случаев, во избежание возникновения риска отмены сделки или вынесения предписаний Антимонопольным органом, следует получить предварительное согласие Антимонопольного органа на экономическую концентрацию, даже если совершение таких сделок подпадает под уведомительный порядок.

Одним из значимых изменений, которые следует отметить, является увеличение порогового значения совокупной балансовой стоимости активов и совокупного объема реализации товаров за последний финансовый год приобретателя (группы лиц), а также приобретаемой компании, при достижении которого возникает необходимость получения согласия либо уведомления Антимонопольного органа.

Этот показатель был увеличен с двухмиллионнократного до десятимиллионнократного размера месячного расчетного показателя (далее – «МРП»⁹). В денежном эквиваленте ранее это приблизительно составляло 23 080 000 Долларов США, а с учетом изменений ориентировочно составляет 115 400 000 Долларов США. Таким образом, с принятием таких изменений ожидается сокращение количества сделок, совершение которых требует получения предварительного согласия Антимонопольного органа.

1.9. Иные изменения

Кроме основных изменений, описанных выше, в Законе также содержится ряд иных изменений, направленных на дальнейшее совершенствование действующего антимонопольного законодательства Казахстана:

- закреплены процедуры формирования и ведения Государственного реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение;
- исключены положения, регламентирующие вопросы предоставления государственной помощи в связи с незначительным числом подаваемых ходатайств о государственной помощи;
- исключен институт предварительного расследования, поскольку, как показала практика, процедура выявления нарушений является затянутой;
- дополнены основания для начала проведения расследования нарушений антимонопольного законодательства, к числу которых теперь относятся и информация, содержащаяся в средствах массовой информации.

2. Изменения в части ответственности за нарушение законодательства о конкуренции

2.1. Административная ответственность

Законом внесены изменения в КоАП¹⁰, в соответствии с которыми начисление штрафов за монополистическую деятельность будет осуществляться не со всего дохода, как было установлено ранее, а с дохода, полученного в результате нарушения

⁹ В 2013 году размер МРП составляет 1 731 тенге (приблизительно 11,5 Долларов США).

¹⁰ Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 года № 155-ІІ, с последующими изменениями и дополнениями.

антимонопольного законодательства. С одной стороны, данное изменение является выгодным для правонарушителей, однако, с другой стороны, среди практиков существует мнение, что может быть затруднен расчет штрафов, поскольку определить точный размер дохода, полученного в результате нарушения законодательства, достаточно сложно.

Административная ответственность предусмотрена за следующие нарушения антимонопольного законодательства:

- 1) заключение антиконкурентных соглашений;
- 2) осуществление антиконкурентных согласованных действий;
- 3) злоупотребление доминирующим положением;
- 4) координацию экономической деятельности субъектов рынка;
- 5) совершение экономической концентрации без согласия Антимонопольного органа;
- 6) непредставление или несвоевременное предоставление уведомления в Антимонопольный орган о совершенной экономической концентрации;
- 7) невыполнение предписаний Антимонопольного органа;
- 8) антиконкурентные действия государственных, местных исполнительных органов.

Следует отметить, что за нарушения, указанные в п. 4) и п. 6) выше, административная ответственность предусматривается впервые. Ранее законодательство не рассматривало совершение подобных деяний в качестве административного правонарушения и, соответственно, не предусматривало ответственности за них.

При совершении действий, указанных в п.п. 1) – 3) выше, установлен штраф в размере от 5% до 10% дохода, полученного в результате осуществления монопольной деятельности с конфискацией монопольного дохода¹¹. При совершении остальных действий размер штрафа варьируется от 200 до 2000 МРП.

2.2. Уголовная ответственность

Уголовная ответственность предусмотрена за *«установление и (или) поддержание субъектами рынка монопольно высоких (низких) или согласованных цен, установление ограничений на перепродажу купленных у субъекта рынка, занимающего доминирующее или монопольное положение, товаров (работ, услуг) по территориальному признаку, кругу покупателей, условиям покупки, количеству либо цене, раздел товарных рынков по территориальному признаку, ассортименту товаров (работ, услуг), объему их реализации или приобретения, по кругу продавцов или покупателей, а также иные деяния, направленные на ограничение конкуренции, если они причинили крупный ущерб физическому лицу, организации или государству, либо сопряжены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере»* (п.1 Статьи 196 Уголовного кодекса¹²).

¹¹ Монопольный доход может быть получен субъектом рынка в результате: (1) совершения антиконкурентного соглашения или согласованных действий субъектов рынка; (2) злоупотребления субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением.

¹² Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-І, с последующими изменениями и дополнениями.

В качестве крупного ущерба Закон определил ущерб, причиненный физическому лицу на сумму, в тысячу раз превышающую МРП, либо ущерб, причиненный организации или государству на сумму, в десять тысяч раз превышающую МРП, установленный законодательством РК на момент совершения преступления (п. 2 Примечания к статье 196 Уголовного кодекса).

Если в связи с данным Информационным меморандумом у Вас появятся какие-либо дополнительные вопросы, мы будем рады предоставить более подробную информацию.

С уважением,
Юридическая фирма AEQUITAS

Astana

11 Kabanbai Batyr Ave., Office 45
Astana 010000

tel: +7 (7172) 68-88-61
fax: +7 (7172) 68-88-80
e-mail: astana@aequitas.kz

Астана

пр. Кабанбай Батыра 11, ВП-45
Астана 010000

тел: +7 (7172) 68-88-61
факс: +7 (7172) 68-88-80
е-mail: astana@aequitas.kz

Atyrau

27 Momysh-Uly Str., Office 8
Atyrau 060000

tel: +7 (7122) 58-61-10
fax: +7 (7122) 58-61-10
e-mail: aequitas_atyrau@nursat.kz

Атырау

ул. Момыш-Улы 27, офис 8
Атырау 060000

tel: +7 (7122) 58-61-10
fax: +7 (7122) 58-61-10
e-mail: aequitas_atyrau@nursat.kz