

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Аналіз останніх тенденцій розвитку світової економіки вказує на те, що більшість розвинених держав світу поступово відмовляються від державного лібералізму, а діяльність урядів спрямовується не на фіскалізацію економіки, а на підтримку та захист власних підприємств і підприємців, громад та споживачів. Це, безумовно, не скасовує зобов'язання щодо відкритості, нейтральності, прозорості або можливості реалізації права “чотирьох свобод”, проте світова пандемія та економічна криза призвели до зростання ролі і значення держави та її інститутів. Для багатьох громадян і підприємців держава залишилася хіба що не єдиним надійним та ефективним партнером, який підтримує і захищає приватну ініціативу та свободу здійснення господарської діяльності, таким чином є гарантом майбутнього відновлення і зростання.

Досягнення загальнодержавних цілей нерозривно пов'язане з розвитком конкуренції, що забезпечується державною конкурентною політикою та конкурентним законодавством. Діалектика взаємозв'язку державної політики щодо розвитку конкуренції та конкурентного права здатна забезпечити досягнення загальнодержавних цілей, спрямованих на комплексний розвиток соціально-економічних відносин в інтересах суспільства і держави.

Розвиток економічної конкуренції є значним резервом економічного зростання. Також очевидним є той факт, що цей резерв сьогодні використовується неефективно. Розвиток і захист економічної конкуренції є визнаною конституційною цінністю, основою функціонування товарних ринків та ринкової економіки загалом. Забезпечення розвитку і захисту конкуренції – це питання національної безпеки. Лише в умовах забезпечення і розвитку добросовісної економічної конкуренції можливе економічне зростання, яке відповідає темпам змінних потреб громадян, суспільства та держави. Норми Конституції України, незважаючи на їх пряму дію, вимагають формування належної та ефективної системи забезпечення їх реалізації. Такими засобами реалізації мають слугувати конкурентна політика і конкурентне право.

Державна конкурентна політика та конкурентне право мають розвиватися у системному зв'язку та взаємопроникненні. Вона має визначальний вплив на розвиток правового забезпечення підтримки і захисту конкуренції та повинна узгоджуватися з стратегічним вектором розвитку держави.

На жаль, не припиняють спроби окремі представники науки цивільного права зруйнувати досягнутий рівень кодифікації цивільного та господарського законодавства на користь монізму Цивільного кодексу

України. Зокрема, 9 вересня 2021 р. у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект № 6013 “Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об’єднань у перехідний період”, який передбачає, зокрема, втрату чинності Господарським кодексом України (далі – ГК України).

Скасування ГК України утворить прогалину у визначенні основних правових понять господарської діяльності, інституту підприємства та гарантій підприємництва, що становлять основу конкурентного законодавства і юрисдикційну базу господарського судочинства, до відання якого віднесено спори у сфері захисту економічної конкуренції. Примусовий законодавчий тиск на вибір конкурентних форм ведення бізнесу, що виникає в результаті скасування ГК України, може мати негативний вплив на розвиток конкурентних відносин. Вважаємо неприйнятним для розвитку правовідносин економічної конкуренції відмову від інституту типових і примірних договорів, що видаються органами державної влади та мають на меті обмеження сваволі з боку суб’єктів господарювання, які мають ринкову владу. Також у випадку скасування ГК України існує ризик втрати правової основи визначення розміру штрафних санкцій у договорах за участі суб’єктів господарювання державного сектору економіки, що з великою вірогідністю призведе до довільного закріплення відповідних положень на шкоду суб’єктам малого та середнього бізнесу.

Аналіз сучасного стану конкурентного законодавства дає підстави стверджувати, що чинні норми є частково застарілими та дуже розгалуженими. Звісно, за таких умов постає питання їх унормування у формі систематизації та кодифікації.

Якщо розглядати конкурентне право як підгалузь господарського права, то варто відзначити, що вона структурується у вигляді цілої низки відносно автономних інститутів, якими є інститут економічної конкуренції, інститут природних монополій, інститут недобросовісної конкуренції, інститут обмеження монополізму й економічної концентрації, інститут відповідальності за конкурентні правопорушення, інститут суб’єктів організаційно-господарських повноважень у конкурентній сфері тощо. Крім того, між правовою природою і правовою спрямованістю цих інститутів (регулююча, правоохоронна, процедурна) існує суттєва різниця. Таким чином, за ситуації, яка виникла, при вдосконаленні конкурентного законодавства України оптимальним варіантом є його кодифікація у вигляді низки кодексів, кожен з яких регламентуватиме гомогенні за своєю природою відносини.

При цьому ГК України залишиться базовим нормативно-правовим актом, тобто, у разі ухвалення будь-яких спеціальних актів у сфері правового регулювання конкуренції, зокрема і Конкурентного кодексу або

Конкуренційно-процесуального кодексу України, його функціональна роль ніяк не заперечується. Така позиція зумовлена тим, що, на наше переконання, ГК України слід віддати більш політико-правову функцію, ніж функцію безпосереднього регулятора господарських відносин у певних галузях і сферах господарювання. Він має забезпечити термінологічну єдність, однаковість у використанні і дотриманні положень господарського права, принципів господарювання тощо.

Практика переконливо свідчить про те, що Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) є частиною національного законодавства України, її положення мають імперативний характер та є обов'язковими до виконання на всій території України.

У праві ЄС розроблені принципи правового регулювання державного втручання на наднаціональному рівні, яким має відповідати національне законодавство держав – членів ЄС, а також країн, які створили зону вільної торгівлі з ЄС. Екстериторіальність права конкуренції Євросоюзу зумовлює поширення дії його норм на правопорядки третіх країн, і можна спостерігати процеси “європеїзації” права конкуренції у світі завдяки запозиченню норм права ЄС органами державної влади та судами третіх країн. У зв'язку з посиленням глобалізації, лібералізації торгівлі та відкриття національних ринків забезпечення добросовісної конкуренції в умовах ринкової економіки стає першочерговим завданням не тільки для внутрішньо-національного, а й для міжнародно-правового регулювання.

Відповідно до ст. 256 Угоди про асоціацію Україна наближує своє законодавство про конкуренцію та практику застосування до *acquis* ЄС. Саме через механізм реалізації цього положення відбувається транспозиція не тільки матеріальних норм права ЄС, а й правозастосовної практики.

Варто особливо відзначити, що норми Закону України “Про захист економічної конкуренції” розроблялися відповідно до *acquis* Євросоюзу й мають багато спільних рис. Таким чином, і правозастосовна практика Антимонопольного комітету України (далі – АМКУ) також має відбуватися із дотриманням принципів застосування схожих норм права ЄС.

Імплементация положень Угоди про асоціацію в національне законодавство України та її правозастосовну практику має відбуватися із дотриманням права конкуренції ЄС. Окрім цього, Угода про асоціацію містить запозичені положення з установчих договорів про ЄС, а також значну кількість внесених до додатків актів інститутів Євросоюзу. Застосовуючи їх, Україна має враховувати відповідну практику ЄС, зокрема і Суду ЄС у цих сферах. Правові позиції, сформульовані в рішеннях Суду ЄС, а також за запитом у преюдиційних рішеннях Суду ЄС, можуть

бути дієвим інструментом для формування українського законодавства у контексті його наближення до законодавства ЄС.

Аналіз практики застосування конкурентного законодавства дав змогу визначити проблемні аспекти його застосування. Автори виділили такі з них.

У зв'язку з тим, що основний регулятивний вплив на вказані господарські відносини з боку держави здійснюється державним органом із спеціальним статусом АМКУ, то й багато проблемних питань пов'язані з виконанням ним своїх функцій, змістом компетенції, визначенням і деталізацією повноважень, порядком формування та кількістю його складу, особливостями здійснення правозастосовної діяльності тощо. Тому доцільним є розгляд актуальних проблем, що виникають у процесі правового регулювання відносин захисту економічної конкуренції, крізь призму, зокрема, і діяльності АМКУ.

Починаючи з 2010 р., АМКУ є органом оскарження у сфері державних закупівель. Безпосередньо цю діяльність здійснює постійно діюча адміністративна колегія (колегії) АМКУ із розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Процедура оскарження визначена Законом України “Про публічні закупівлі”. Проте поза увагою законодавця довгий час залишалися організаційні питання функціонування органу оскарження, були відсутні будь-які норми щодо правового статусу державних уповноважених саме як членів постійно діючої адміністративної колегії, не визначені межі їх компетенції при розгляді скарг, правові засади та гарантії забезпечення їх незалежності, самостійності та об'єктивності.

Однак кроком до вирішення проблем, пов'язаних зі здійсненням розгляду скарг у сфері публічних закупівель, стало ухвалення Закону України “Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Антимонопольного комітету України у сфері публічних закупівель”, суть яких полягає у запровадженні посади уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Також змінено назву органу оскарження – замість існуючих колегій законом передбачено створення комісій. Проте зміна назви нічого не змінює по суті виконання функцій та обсягу компетенції існуючих колегій.

Одним із можливих шляхів для вирішення означених проблем повинно стати закріплення в Законі України “Про Антимонопольний комітет України” норм із визначення правового статусу та повноважень уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (як це здійснено щодо державного уповноваженого АМКУ в ст. 16 Закону України “Про Антимонопольний комітет України”), гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захис-

ту при здійсненні повноважень. Також необхідним є внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та визначення положень, що стосуються меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо.

Заслуговують на увагу окремі законодавчі ініціативи, що викладені в тексті проєкту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України” (далі – законопроект № 5431). У законопроекті в частині внесення змін до Закону України “Про Антимонопольний комітет України” запропоновано низку новел щодо вдосконалення процедури, уточнення та деталізації змісту повноважень органів АМКУ, закріплення на рівні закону норми оплати праці посадових осіб АМКУ.

Заслуговує на увагу і проєкт Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції” (далі – законопроект № 4122). Він є достатньо стислим, але ґрунтовним за змістом у частині базових засад антимонопольного регулювання. Зупинимо увагу на основних запропонованих новелах до Закону України “Про захист економічної конкуренції”.

Пропонується запровадження низки нових важливих за змістом термінів, а саме: “конгломератна горизонтальна інтеграція”, “горизонтальна інтеграція”, “вертикальна інтеграція”, “перехресне фінансування”. Із визначень цих термінів випливає, що всі види інтеграцій та перехресного фінансування мають дві спільні ознаки, а саме: наявність в означених господарських відносинах хоча б одного суб’єкта господарювання, який визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище та пов’язаність (об’єднаність) спільним бенефіціаром.

Запровадження такої термінології є прогресивним напрямом у правовому регулюванні і загалом співзвучне з нормативними засадами Договору про функціонування ЄС та Угоди про асоціацію. Проте необхідно звернути увагу на особливості формулювання норм права ЄС. Подібні правові норми відображені в Регламентах Ради ЄС та Комісії ЄС, проте там вони мають достатньо загальний характер і не мають наступної жорсткої нормативної прив’язки.

Взагалі правове регулювання ЄС у сфері антимонопольного регулювання характеризується поліваріантністю поведінки для господарюючих суб’єктів і можливістю застосування багатьох винятків навіть, у здавалось би, однозначних випадках. Вітчизняна правова традиція в цій сфері має більш чіткий нормативний порядок з обмеженням, як правило, набором можливих варіантів поведінки суб’єкта господарської діяльності.

Останніми роками спостерігається збитковість діяльності суб'єктів природних монополій. Причини збитковості різні: встановлення низьких тарифів органами місцевої та загальнодержавної влади на послуги таких підприємств і неповне відшкодування різниці між встановленими тарифами й операційними витратами; зношеність основних фондів; неналежне корпоративне управління, корупція, пандемія коронавірусу тощо. Саме тому низка вітчизняних і закордонних учених відстоюють думку, що поняття природних монополій є пережитком минулого і перешкодою для економічного розвитку країни. Адже такі сфери, як постачання електричної енергії, транспортування газу тощо, перестають бути природними монополіями і все більше зазнають впливу конкуренції через технологічні зміни. Відтак держави перестають надавати таким ринкам особливий статус.

Серед аргументів на користь реформування природних монополій є думка про те, що держава не може бути ефективним управлінцем у сфері регулювання діяльності природних монополій, особливо тоді, коли суб'єкти господарювання, що займають монополієне становище на ринку, перебувають у державній власності. Тому у тих сферах, де це можливо, доцільним є стимулювання конкурентних засад, в інших – збереження стану природних монополій, які б за умови відповідного державного регулювання забезпечили б споживачів високою якістю товарів і послуг.

Істотною проблемою захисту економічної конкуренції в Україні є питання визначення змісту оціночних понять і наповнення реальним змістом використаних у чинному законодавстві конструкцій. Наприклад, для концепції суб'єкта господарювання актуальні два проблемних аспекти: звуженість терміну “група суб'єктів господарювання” та визначення обсягу відповідальності учасників групи суб'єктів господарювання як єдиного суб'єкта господарювання.

Перша проблема може бути вирішена завдяки внесенню змін у ст. 1 Закону України “Про захист економічної конкуренції”. Пропонується викладення терміна “група суб'єктів господарювання” у новій редакції, а саме: “група суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю”. Запропонований термін включає в себе як горизонтальні, так і вертикальні відносини контролю, що мінімізує ризики скасування рішень АМКУ на цій підставі.

Друга проблема може бути вирішена двома шляхами. Одним із варіантів є внесення змін у ч. 3 ст. 52 Закону з метою уточнення, що вона застосовується у разі, якщо відповідачем є група суб'єктів господарювання. Іншим варіантом може бути надання АМКУ рекомендаційних роз'яснень щодо застосування ч. 3 ст. 52 Закону при обрахунку розміру штрафу у разі вчинення порушення однією компанією. Проте до уваги

необхідно взяти те, що на практиці АМКУ часто відступає від своїх же рекомендацій і приймає інші рішення.

Отже, визначення терміна “група суб’єктів господарювання” та його застосування мають проблемні питання у трактуванні та правозастосуванні, проте вони можуть бути вирішені за допомогою законодавчих змін і зміни практики АМКУ. Після їх вирішення можливе запровадження підходу притягнення до відповідальності групи суб’єктів господарювання, які брали участь у вчиненні порушення про захист економічної конкуренції. Цей аспект потребуватиме додаткового вивчення та впровадження практики ЄС.

Адвокатування конкуренції найчастіше розглядають крізь призму державної політики та державного регулювання. Однак сучасні тенденції трансформації суспільства, вивчення їх глобалізаційних тенденцій, включаючи процеси в міжнародній економіці, призводять до думки, що без механізмів саморегулювання успішне адвокатування конкуренції уявити не можливо та його ефективність буде сумнівною. Важливим сучасним напрямом є визначення специфіки адвокатування конкуренції на певному ринку, у певній галузі (цифрова економіка, зелена енергетика тощо). Слід зазначити, що коли йдеться про розвиток конкуренції, то її адвокатування забезпечується як органами державної влади, так і суб’єктами господарювання та їх об’єднаннями, громадянським суспільством (громадськими організаціями тощо). У першому випадку адвокатування є інструментом реалізації державної економічної політики, у другому – інструментом саморегулювання відповідних суб’єктів.

Дослідження проблем правового регулювання добросовісної конкуренції надає нам можливість стверджувати, що в Україні неодноразові намагання законодавців і представників АМКУ сформувати більш-менш визначені правила добросовісного конкурентного змагання не увінчалися успіхом. Ефективним механізмом впровадження принципів добросовісності учасників конкурентного змагання залишаються правила професійної етики, що розробляються підприємцями у співдружності з торгово-промисловими палатами та погоджуються з АМКУ, рекомендації дорадчих органів та міжнародних неурядових організацій і спілок, рішення Європейського суду з прав людини. Важливим механізмом захисту добросовісної конкуренції є механізм протидії та заборони недобросовісній конкуренції як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Закон України “Про державну допомогу суб’єктам господарювання” став правовим підґрунтям нового механізму захисту конкуренції від створення унаслідок дій державних органів із надання суб’єктам господарювання підтримки завдяки державним і місцевим ресурсам. Попри стрімке впровадження норм ЄС щодо державної допомоги, у чинному

Законі є значні термінологічні розбіжності з положеннями Угоди про асоціацію. Задля їх усунення пропонуємо визначення поняття “державна допомога”, в якому передбачено критерій впливу на торгівлю між Україною та ЄС; можливість надання державної допомоги завдяки лише державним ресурсам та у визначених законом формах.

Необхідно наголосити на необхідності визначення та дотримання критеріїв допустимості державної допомоги для конкуренції на двох рівнях: міжнародному (відповідно до вимог європейського законодавства державної допомоги щодо імплементації якого Україна взяла на себе зобов’язання) та національному.

Існуюча багатоманітність форм державної допомоги може провокувати зловживання правами як із боку надавачів, так і одержувачів. З метою узгодження національного законодавства з п. 1 ст. 263 Угоди про асоціацію та забезпечення максимальної прозорості та послідовності щодо надання державної допомоги пропонуємо передбачити вичерпний перелік форм державної допомоги суб’єктам господарювання, показники по кожній з яких мають відображатися у звіті АМКУ.

Через відсутність вичерпного переліку форм державної допомоги актуалізується питання віднесення публічних закупівель до державної допомоги. На основі аналізу практики ЄС та роз’яснень АМКУ встановлено, що застосування дискримінаційних умов у тендерній документації за певних обставин може містити ознаки державної допомоги та бути підставою для звернення суб’єкта господарювання до АМКУ не лише як до органу оскарження у сфері публічних закупівель, а й як до органу, що здійснює контроль за державною допомогою.

Запровадження в Україні законодавчо врегульованого механізму надання та використання державної допомоги має стимулювати економічний розвиток менш розвинутих чи пріоритетних галузей, регіонів, а не окремих суб’єктів господарювання. Встановлення єдиних підходів до врегулювання надання державної допомоги сприятиме усуненню нерівності суб’єктів господарювання перед їх європейськими конкурентами, позбавить останніх можливості використовувати надання державної допомоги в Україні для стимулювання необґрунтованих антидемпінгових та інших захисних заходів, що безпідставно обмежують українських товаровиробників на світових ринках.

Для забезпечення нормального й ефективного розвитку соціально-економічної системи нашої держави необхідними є наявність сумлінних і цивілізованих відносин між суб’єктами господарювання, що конкурують, дотримання ними певних правил поведінки на ринку. Для того щоб свобода конкуренції не перетворювалася на анархію, потрібні певні гарантії та механізми, спрямовані на підтримання справедливих і рівних

для всіх учасників ринку умов підприємництва і конкуренції. Особливу роль у цьому процесі відіграє держава, встановлюючи в нормах конкурентного законодавства принципи сумлінної і правомірної конкурентної поведінки. Водночас слід звернути увагу на те, що формування ефективних конкурентних відносин багато в чому залежить від особливостей взаємодії окремих суб'єктів господарювання на ринку, корпоративної культури, правил професійної етики, звичаїв ділового обороту, на формування яких впливають самі підприємці.

*За редакцією координаторки актуальної теми
“ДОКТРИНА КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА”,
докторки юридичних наук, професорки,
провідної наукової співробітниці
відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
Ольги БАКАЛІНСЬКОЇ*