



## Валерій Полухович

доктор юридичних наук,  
старший науковий співробітник,  
завідувач відділу правового забезпечення  
ринкової економіки  
Інституту приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України  
(Київ, Україна)  
esse3343@gmail.com

УДК 346.546

### ОГЛЯД ОСТАННІХ ЗАКОНОДАВЧИХ ІНІЦІАТИВ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджено та проаналізовано основні законопроекти з питань захисту економічної конкуренції, що зареєстровані Верховною Радою України протягом 2020–2021 рр. Визначено проблемні аспекти правового регулювання, перепони для дієвого регулятивного впливу, недоліки та неузгодженості в представлених проектах нормативних актів. Запропоновано шляхи подолання існуючих прогалин правового регулювання, уточнення до норм законопроектів і напруги здійснення заходів із розвитку конкурентних відносин та антимонопольного регулювання.

Основними напрямками, що підлягають реформуванню відповідно до поданих законопроектів, є процедура призначення та звільнення голови Антимонопольного комітету України (АМКУ), його заступників та державних уповноважених. Є багато різних пропозицій щодо кількості державних уповноважених.

Також важливим напрямком реформування є чинна процедура оскарження у публічних закупівлях. Неодноразові пропозиції з реформування органу оскарження у сфері публічних закупівель реалізовані завдяки створенню нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель у кількості 10 осіб. Хоча, на нашу думку, найбільш адекватним буде повне відокремлення функції оскарження у сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ.

Розглянуто можливості запровадження нової термінології з питань захисту економічної конкуренції, зокрема: “конгломератна горизонтальна інтеграція”, “горизонтальна інтеграція”, “вертикальна інтеграція”, “перехресне фінансування” та пов’язане з цією пропозицією запровадження додаткових критеріїв для визначення монопольного (домінуючого) становища та додаткових обмежень в господарській діяльності.

Слушними є запропоновані новели до Закону України “Про Антимонопольний комітет України” з удосконалення процедури, уточнення та деталізації змісту повноважень органів АМКУ щодо перевірки з метою збирання доказів у вигляді інформації.

Водночас пропозиції із закріплення обов’язку звернення органів АМКУ до суду для надання дозволу на окремі заходи, пов’язані зі збиранням доказів у справі, потребують доопрацювання. Вважаємо, що проведення перевірок, накладення ареш-

ту або вилучення документів може здійснюватися із наступним отриманням погодження суду, а не з попереднім, бо інакше втрачається раптовість при проведенні перевірки, а відповідно, у багатьох випадках, – і смисл її проведення.

Ключові слова: реформування системи правового регулювання; захист економічної конкуренції; антимонопольне регулювання; конкуренційна політика.

Діяльність держави із захисту економічної конкуренції було розпочато з перших років незалежності України та втілено через ухвалення відповідних законів і нормативних актів. Водночас із плином часу розвиток господарських відносин спонукає до відповідного розвитку нормативного регулювання. Але існуюча незмінність багатьох базових норм чинних нормативних актів, їх часто загальний, декларативний і недостатньо деталізований зміст, а по суті відсталість і невідповідність вимогам сьогодення, стає значним гальмом у процесі забезпечення правового регулювання господарської діяльності суб'єктів господарювання.

Отож розглянемо окремі актуальні нині проблеми, що виникають при здійсненні правового регулювання відносин із захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання.

У зв'язку з тим, що основний регулятивний вплив на вказані господарські відносини з боку держави здійснюється державним органом зі спеціальним статусом – Антимонопольним комітетом України (далі – 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<sup>1</sup>.

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про Антимонопольний комітет України”<sup>2</sup> АМКУ є державним органом зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель. При цьому положення щодо державних закупівель (із 2016 р. публічних закупівель) були додані в 2006 р., чим було поширено компетенцію АМКУ на цю сферу суспільних відносин. Починаючи з 2010 р., він є органом оскарження у сфері державних закупівель. Безпосередньо цю діяльність здійснює постійно діюча адміністративна колегія (колегії) АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Процеду-

<sup>1</sup> В Полюхович, ‘Проблемні питання правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції в господарській діяльності в Україні’ (2020) 20 Приватне право і підприємництво 27–32.

<sup>2</sup> Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

ра оскарження визначена Законом України “Про публічні закупівлі”<sup>3</sup> і зазнає постійних змін, спрямованих на удосконалення процесу оскарження, подолання існуючих прогалин у регулюванні. Але поза увагою законодавця вже тривалий час залишаються організаційні питання функціонування органу оскарження, відсутні будь-які норми щодо правового статусу державних уповноважених саме як членів постійно діючої адміністративної колегії, не визначені межі їхньої компетенції при розгляді скарг, правові засади та гарантії забезпечення їх незалежності, самостійності й об’єктивності. Адже норми ст. 14 Закону України “Про Антимонопольний комітет України”, де визначено компетенцію адміністративних колегій АМКУ та норми ст. 16 Закону України “Про публічні закупівлі”, де визначено компетенцію державних уповноважених АМКУ, хоч і мають деталізований зміст, пов’язаний безпосередньо зі здійсненням ними функцій із захисту економічної конкуренції, але не враховано специфіки виконання функцій із розгляду скарг у сфері публічних закупівель.

Проте 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”<sup>4</sup>, суть яких полягає в запровадженні посади уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Це спеціально створювана посада для роботи виключно в сфері оскарження публічних закупівель, та, відповідно, в перспективі державні уповноважені АМКУ вже не будуть виконувати функції членів колегії з оскарження. Передбачено, що кількість уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель становить десять осіб. Це дійсно позитивні зміни для роботи АМКУ, адже станом на сьогодні державні уповноважені АМКУ в кількості дев’ять осіб, включаючи голову Комітету, виконують свої основні повноваження і повноваження членів колегії з оскарження у сфері публічних закупівель. Також змінено назву органу оскарження – замість існуючих нині колегій законом передбачено створення комісій. Проте зміна назви нічого не змінює по суті виконання функцій та обсягу компетенції існуючих колегій.

Проте звернемо увагу на те, що в п. 5 розділу II “Прикінцеві та перехідні положення” зазначено:

<sup>3</sup> Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

<sup>4</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Антимонопольного комітету України у сфері публічних закупівель: Закон України від 5 лютого 2021 р. № 1219-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1219-20#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

5. Голові Антимонопольного комітету України у тримісячний строк з дня набрання чинності цим Законом підготувати та подати до Верховної Ради України звіт про здійснення добору та призначення уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та про процес утворення Комісії (комісій) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель<sup>5</sup>.

І хоча цей Закон набрав чинності 4 березня 2021 р., станом на сьогодні комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель не створені, а діяльність з оскарження продовжують здійснювати колегії, у складі яких здійснюють повноваження державні уповноважені АМКУ.

Сподіваємося, що добір кадрів на посади уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель буде здійснено та комісії з оскарження у сфері публічних закупівель.

Проте необхідно зазначити, що наведені вище новели в чинному законодавстві спрямовані лише на кадрове забезпечення процесу розгляду скарг і зовсім обійшли стороною проблеми, що виникають у процесі розгляду скарг. Існуючі проблеми можна розділити на три категорії.

Перша безпосередньо пов'язана з визначенням меж компетенції членів колегії при розгляді скарг. Нині відсутні чіткі норми щодо меж розгляду скарги, можливості колегії виходити за межі заявлених скаржником підстав для оскарження та обставин, визначених у скарзі, давати оцінку належності та допустимості доказів. Відсутні положення про те, що ніякі докази не мають для постійно діючої адміністративної колегії задалегідь встановленої сили, а члени колегії мають право та повинні оцінювати надані сторонами докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді в процесі оскарження всіх обставин справи в їх сукупності.

Друга група обставин стосується безпосередньо правового статусу члена колегії, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень.

До третьої групи обставин можна віднести відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії.

Наслідком означених прогалин правового регулювання у цій сфері стає формування практики, заснованої на прецедентах раніше ухвалених рішень, створенні та застосуванні звичаїв при вирішенні справ, при цьому такі звичаї часто базуються не на правових засадах, а виходять зі світогляду окремих членів колегії, також непоодинокі випадки різного тлумачення та, відповідно, неоднакового застосування норм чинного

<sup>5</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Антимонопольного комітету України у сфері публічних закупівель (н 4).

законодавства залежно від складу колегії. Відсутність норм, що забезпечують незалежність, самостійність і захист члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель, мають своїм наслідком часто зайвий формалізм, скутість при оцінці доказів та обставин справи, що негативно впливає на можливість приймати рішення самостійно за своїм внутрішнім переконанням. Відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії породжує практику невиконання її рішень і брак відповідних засобів покарання за бездіяльність.

Все це породжує певний хаос у процесі ухвалення рішень за скаргами та, відповідно, формування практики діяльності колегії та часто унеможливує для сторін процесу оскарження – скаржників та замовників системне й обґрунтоване планування своєї роботи як із підготовки тендерної документації замовниками, так і з підготовки учасниками своїх пропозицій щодо участі в закупівлі. Адже суттєвою складовою при підготовці тендерної документації є врахування замовниками практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель для забезпечення прав учасників та мінімізації обставин, що можуть стати підставою для оскарження.

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 Законі України “Про Антимонопольний комітет України”), гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту 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 ухвалення рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо.

Хоча створення посад уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель є ґрунтовним кроком у напрямку розвитку належного кадрового забезпечення процедури розгляду скарг, на нашу думку, найбільш адекватним було б повне відокремлення функції оскарження у сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ, але станом на сьогодні, здається, ні законодавець, ні система органів виконавчої влади матеріально та ментально не готові для таких рішучих кроків. Проте, вважаємо, що запровадження нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель суттєво знизить обсяг виробничого навантаження на державних уповноважених, а відповідно, повинно бути

розглянуте питання щодо скорочення численності останніх. Вважаємо, оптимальним за таких умов буде скорочення чисельності державних уповноважених до семи осіб при збереженні кворуму для проведення засідань АМКУ в п'ять осіб<sup>6</sup>.

У сфері захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання наявна низка проблем організаційно-правового характеру. Звернемо увагу на шляхи їх вирішення, які запропоновані в законопроектах, що зареєстровані Верховною Радою України протягом останнього часу.

Наймасштабнішим став проєкт Закону України “Про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольну реформу” (далі – Законопроект № 2730)<sup>7</sup>, в якому відбулася спроба системно охопити всі основні складові процесу правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції. Зупинимо увагу на найбільш значущих, на нашу думку, пропозиціях з удосконалення існуючої нормативної бази.

У проєкті широко вживається термін “конкуренційне законодавство”, який, по суті, використовується на зміну усталеному терміну “законодавство про захист економічної конкуренції”. При цьому відсутні будь-які обґрунтування для такої заміни. На наше переконання, будь-які новели, зокрема й термінологічні, повинні бути обґрунтовані об'єктивними потребами й узгоджені з існуючими правовими засадами. У конкретному випадку поняття “захист конкуренції” має своє закріплення у ч. 3 ст. 42 Конституції України<sup>8</sup>. Водночас вважаємо теоретично можливим використання запропонованого терміна “конкуренційне законодавство” як синонімічного, проте його зміст повинен бути чітко визначений, а запровадження обґрунтовано. У цьому випадку наявна механічна заміна одного терміна на інший у межах ст. 3 Закону України “Про захист економічної конкуренції” (далі – Закон). У контексті запропоновано внесення змін до ст. 1 через доповнення терміном

конкуренційна політика – державна політика у сфері розвитку, захисту економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності; здійснення заходів щодо розвитку та адвокатування конкуренції; забезпечення нейтральності у конкуренції, – яка здійснюється органами законодавчої та виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та

<sup>6</sup> В Полохович, ‘Перспективи вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції (з практики законотворення)’ (2020) 10 Підприємництво, господарство і право 51–60.

<sup>7</sup> Проєкт Закону про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольної реформи від 14 січня 2020 р. № 2730 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67870](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67870)> (дата звернення: 15.11.2021).

<sup>8</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 12.10.2021).

контролю, органами місцевої виконавчої влади, а у сфері захисту економічної конкуренції – Антимонопольним комітетом України<sup>9</sup>.

Вважаємо, що така термінологія має загально декларативний характер і не містить необхідного правового регулюючого змісту, що притаманний нормі права, а тому є по суті зайвим нормативним баластом.

Окремо звернемо увагу на пропозиції щодо зміни вимог до кандидатур і порядку призначення голови, державного уповноваженого АМКУ, що викладені завдяки доповненню цього Закону ст. 11<sup>1</sup> “Особливості призначення Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України”.

Запропоновано запровадження конкурсного відбору, для чого передбачено формування конкурсної комісії через надання пропозицій Президентом України, Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України. При цьому зазначено, що членами Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади голови, державного уповноваженого АМКУ можуть бути особи, які мають повну вищу освіту, бездоганну ділову репутацію, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Також визначено, що членами Конкурсної комісії не можуть бути особи, які є членами органів управління суб’єктів господарювання, а також особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 1 ст. 3 Закону України “Про запобігання корупції”<sup>10</sup>). А строк повноважень члена Конкурсної комісії становить сім років та може бути припинений достроково за ініціативою органу або особи, що призначила такого члена Конкурсної комісії, або за власною ініціативою члена Конкурсної комісії.

У зв’язку з цим викликає подив той факт, що кількість і зміст вимог до члена Конкурсної комісії значно перевищує та є більш складним порівняно з вимогами, які Закон передбачає до голови та державних уповноважених, для яких обов’язковим є лише наявність вищої юридичної чи економічної освіти та стаж роботи за фахом не менше п’яти років протягом останніх десяти років. Також виникають труднощі для застосування таких критеріїв оцінки членів Конкурсної комісії, як бездоганна ділова репутація, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Чинне законодавство України не містить визначення критеріїв бездоганної ділової репутації, високих професійних та моральних якостей і суспільного авторитету і на практиці, якщо, звичайно, до цього ставитись сумлінно, виникатимуть проблеми з визначенням осіб, які відповідають таким вимогам. Тому відсутність критеріїв визначення

<sup>9</sup> Конституція України (н 8).

<sup>10</sup> Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

бездоганної ділової репутації, високих професійних та моральних якостей і суспільного авторитету у проєкті свідчить про неповноту визначення відповідних оціночних критеріїв, що не відповідає вимогам якості законів у контексті забезпечення дії принципу верховенства права відповідно до вимог ст. 8 Конституції України. Адже юридична невизначеність законодавчих норм призводить до їх довільного тлумачення як органами державної влади, так і іншими суб'єктами. А пропозиція щодо строку повноважень члена Конкурсної комісії в сім років не має жодного змістовного обґрунтування, окрім такого ж семирічного терміну перебування на посаді голови та державних уповноважених. Хоча в чому полягає цей зв'язок окрім арифметичного збігу, не зрозуміло.

Також як ми вже вище зазначали в аналогічному випадку, повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України і не можуть бути розширені через надання йому додаткових повноважень на підставі закону. З огляду на те, що Конституція України не наділяє Президента України повноваженнями щодо призначення членів Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади голови, державного уповноваженого АМКУ, запропонований у Законопроєкті № 2730 порядок формування Комісії суперечить Основному Закону України.

На нашу думку, все це свідчить, що такі пропозиції, спрямовані на постійне укладення процедур призначення, не досягають своєї мети (прозорості, неупередженості тощо), а лише без кінця бюрократизують процес і вихолощують здоровий глузд та логіку у функціонуванні органів державної влади.

Щодо кандидатур голови та державних уповноважених запропоновано додатковий критерій розподілу за ознакою освіти: у складі АМКУ не може бути менше п'яти державних уповноважених з юридичною освітою та не менше двох державних уповноважених з економічною освітою. На нашу думку, ця додаткова вимога в запропонованій редакції є зайвою. Адже зовсім не зрозуміло, чим зумовлений саме такий розподіл фахівців. Гіпотетично можливо було б вести мову про рівне представництво юристів та економістів, але це не можливо з огляду на непарну кількість членів АМКУ та можливість наявності в однієї особи одночасно юридичної та економічної освіти.

Заслуговує на увагу і проєкт Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції" (далі – Законопроєкт № 4122)<sup>11</sup>. Він є достатньо стислим, але ґрунтовним за змістом у частині базових засад антимонопольного регулювання. Зупинимо ува-

<sup>11</sup> Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції від 18 вересня 2020 р. № 4122 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=69991](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69991)> (дата звернення: 15.11.2021).



гу на основних запропонованих новелах до Закону України “Про захист економічної конкуренції”.

Пропонується запровадження низки нових суттєвих 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, що визначений як такий, що займає монополльне (домінуюче) становище, та пов’язаність (об’єднаність) спільним бенефіціаром.

Запровадження такої термінології є прогресивним напрямом у правовому регулюванні та загалом співзвучне з нормативними засадами Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) та Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони<sup>12</sup>. 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 виключень навіть у, здавалось би, однозначних випадках. Вітчизняна правова традиція у цій сфері має більш чіткий нормативний порядок з обмеженням, як правило, набором можливих варіантів поведінки суб’єкта господарської діяльності<sup>13</sup>.

У досліджуваному випадку в межах Законопроекту № 4122 запровадження цих норм має, серед іншого, наступну реалізацію в нормах, присвячених визначенню монополльного (домінуючого) становища та випадків застосування обмежень у діяльності суб’єктів господарювання. І саме в зв’язку з цим постає низка питань, які потребують додаткового обґрунтування та узгодження.

Так, стосовно визначення монополльного домінуючого становища запропоновано додати п. 6 ст. 12 Закону України “Про захист економічної конкуренції” такого змісту:

6. Монопольним (домінуючим) вважається також становище суб’єкта господарювання, якщо стосовно нього виконуються такі умови:

<sup>12</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#n2820](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#n2820)> (дата звернення: 14.11.2021).

<sup>13</sup> В Полохович, “Щодо окремих законодавчих пропозицій до Закону України “Про захист економічної конкуренції”” (2020) 12 Підприємство, господарство і право 75–9.

він є учасником конгломератної горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 1 або більше відсотків.

він є учасником вертикальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 10 або більше відсотків.

він є учасником горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 5 або більше відсотків<sup>14</sup>.

І водночас стосовно обмежень у діяльності суб'єктів господарювання запропоновано додати пункти 3.1, 3.2, 3.3 до ст. 18 Закону України “Про захист економічної конкуренції” такого змісту:

3.1. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час конгломератної горизонтальної інтеграції суміщати банківську та страхову діяльність із будь-якими іншими напрямками діяльності.

3.2. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час вертикальної інтеграції використовувати перехресне фінансування.

3.3. Суб'єктам господарювання, об'єднанням забороняється під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи і податкові для окремих видів діяльності<sup>15</sup>.

Як ми бачимо, запровадження нової термінології та пов'язаних із цим наступних правових наслідків створює низку додаткових обмежень для суб'єктів господарської діяльності. На нашу думку, будь-які нові правові норми, що передбачають певні ускладнення та обмеження для господарюючих суб'єктів, повинні мати чітко визначену мету й обґрунтування їх запровадження. Проте викладені в пояснювальній записці до Законопроекту № 4122 аргументи в обґрунтуванні необхідності ухвалення Закону та меті і завданнях мають здебільшого загальний характер і не містять конкретики в цій частині.

На основі змісту викладеного, цілком можливою є ситуація, коли суб'єкт господарської діяльності може бути визнаний монополістом з усіма наступними правовими наслідками при наявності частки на ринку товару у розмірі лише 1 %. На нашу думку, така позиція є економічно необґрунтованою, містить у собі пряме протиріччя і не кореспондує існуючому масиву правового регулювання у цій сфері. Адже учасником злиття у межах конгломератної горизонтальної інтеграції відповідно до визначеного терміна є суб'єкт господарювання, який визначений таким, що займає монополіне (домінуюче) становище. Тоді постає логічне запитання: за якими критеріями відбулося його визнання монополістом? Отже, він спочатку

<sup>14</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції № 4122 (н 11).

<sup>15</sup> Там само.

мав ознаки монопольного (домінуючого) становища, а потім став учасником конгломератної горизонтальної інтеграції чи навпаки? Тоді в першому випадку умовою визнання його монополістом відповідно до існуючого правового порядку повинна бути частка в розмірі більше 35 % на ринку товару, а в другому – 1 % або більше. Аналогічно постає запитання і щодо учасників горизонтальної та вертикальної інтеграції.

На нашу думку, запровадження пов'язаних із новою термінологією додаткових критеріїв для визначення монопольного (домінуючого) становища є необґрунтованим, некореспондуючим існуючому правовому регулюванню та таким, що не виправдано ускладнює діяльність суб'єктів господарювання.

Ба більше, всі зазначені види інтеграцій є відповідно до наведених визначень злиттям в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром, тобто по суті одним із видів концентрації (ст. 22 Закону України “Про захист економічної конкуренції”). Тому в цьому випадку доцільним є узгодження з чинними положеннями щодо концентрації суб'єктів господарювання.

Водночас запровадження означеної термінології може бути виправдане розширенням у зв'язку з цим критеріїв обмежувальної діяльності суб'єктів господарювання. Але і в цьому випадку такі обмеження повинні мати своє обґрунтування та кореспондувати існуючим положенням нормативних актів спеціального законодавства.

Так, при конгломератній горизонтальній інтеграції забороняється суміщення банківської та страхової діяльності із будь-якими іншими напрямками діяльності. Спеціальними нормативними актами, якими регулюється банківська діяльність, зокрема Законом України “Про банки та банківську діяльність”<sup>16</sup>, передбачається існування банківської групи, в складі якої банківська діяльність може становити 50 % і більше сукупного розміру середньоарифметичних значень активів усіх фінансових установ, що належать до цієї групи. Страхова діяльність відповідно до Закону України “Про страхування” є виключним видом діяльності, а тому не потребує встановлення додаткових положень стосовно конгломератної горизонтальної інтеграції. Адже згідно зі ст. 2 “підприємства, установи та організації не можуть стати страховиками шляхом внесення змін до статутних документів за умови, що вони попередньо займалися іншим видом діяльності, навіть у разі виконання положень цієї статті”<sup>17</sup>.

Також як обмеження у діяльності суб'єктів господарювання пропонується заборонити суб'єктам господарювання, об'єднанням під час вертикальної інтеграції, використовувати перехресне фінансування. У зв'язку

<sup>16</sup> Про банки та банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

<sup>17</sup> Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 15.11.2021).

з цим доцільно зазначити, що така заборона не є виправданою, адже в межах технологічного процесу виробництва суб'єкти господарювання пов'язані спільним виробничим циклом, при цьому випуск товарів частиною з них є складовою собівартості інших учасників групи. Окремі ланки цього циклу можуть бути збитковими, але загалом група здійснює випуск продукції і бере участь у конкурентних відносинах на відповідному ринку.

У світовій практиці антимонопольне регулювання більш терпимо ставиться до вертикальних обмежень конкуренції, ніж до горизонтальних. Це пояснюється тим, що такі угоди можуть сприяти появі нових продуктів, посиленню конкуренції між марками (навіть на шкоду конкуренції у межах однієї марки), супроводжуючись при цьому обмежуючою конкуренцією побічною дією. Потрібно відзначити, що низка систем антимонопольного права взагалі не містять вертикальної заборони, рівнозначної горизонтальній, а застосування вертикальних обмежень ставиться в залежність від ринкової сили (прецедентне право США, цей підхід довгий час застосовувався німецьким, а в період 1990–1996 рр. – й угорським антимонопольним правом)<sup>18</sup>.

Тому застосування вертикальних обмежень щодо перехресного фінансування, на нашу думку, можливе лише за наявності великого рівня монополізації ринку конкретного товару, про що повинно бути чітко визначено в законі.

Передбачена Законом № 4122 заборона суб'єктам господарювання, об'єднанням під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи і податкові для окремих видів діяльності потребує не тільки аргументації, а перш за все регламентації, зокрема і термінологічної. Адже в цьому випадку повинні бути вироблені чіткі критерії для визначення суб'єкта учасником горизонтальної інтеграції, зокрема з метою оподаткування.

Також заслуговують на увагу окремі законодавчі ініціативи, що викладені в тексті проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України" (далі – Законопроект № 5431)<sup>19</sup>. У ньому в частині внесення змін до Закону України "Про Антимонопольний комітет України" запропоновано низку новел з удосконалення процедури, уточненню та деталізації змісту повноважень органів АМКУ, закріплення на рівні закону норми оплати праці посадових осіб АМКУ. Проте за обсягом представленого нормативного матеріалу складається враження, що основною метою внесення змін саме до Закону України "Про Антимонопольний

<sup>18</sup> Тихамер Тот, *Антимонопольное право Европейского Союза* (2014) 150.

<sup>19</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України від 27 квітня 2021 р. № 5431 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=71771](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71771)> (дата звернення: 15.11.2021).

комітет України” є закріплення нових посадових окладів працівників АМКУ. Що ж про це можна сказати? Питання оплати праці є важливим, а сама оплата праці є значним стимулом у роботі окремого працівника. Проте, на нашу думку, просте збільшення розміру оплати праці без оптимізації організаційних засад функціонування органу є недостатнім для підвищення його ефективності та свідчить про відсутність у законодавця будь-яких ідей з оптимізації існуючих виробничих процесів, окрім ідеї за допомогою збільшення фінансування компенсувати працівникам надмірне перевантаження, що є наслідком серйозних дисбалансів в організації роботи органу. Це примітивний підхід до вирішення існуючих проблем. Коли більш раціонально було б спрямувати зусилля на ліквідацію існуючого дисбалансу шляхом оптимізації системи, а матеріальне заохочення використовувати як додатковий стимул.

Проте стисло розглянемо суттєві із запропонованих змін до Закону України “Про Антимонопольний комітет України”.

Так, пропонуються зміни, якими уточнюються і деталізуються повноваження АМКУ, державного уповноваженого АМКУ, голови територіального відділення АМКУ щодо проведення перевірки з метою збирання доказів у вигляді інформації. Зміни корисні та відповідають вимогам часу. Однак, на нашу думку, не менш важливим повинно бути удосконалення засобів для забезпечення збирання доказів. Нині серед повноважень органів АМКУ передбачено можливість залучення поліцейських, працівників митних та інших правоохоронних органів для забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема в разі проведення розслідування. Проте на практиці ця норма не працює, бо відсутні нормативно закріплені процедурні механізми такого залучення, зокрема у законодавчих актах, якими регулюється діяльність поліцейських, працівників митних та інших правоохоронних органів. Тому необхідно саме в цій частині нормативного закріплення обов’язку відповідних силових структур реагувати на звернення органів АМКУ для забезпечення проведення розслідування із залученням силових підрозділів. Адже в АМКУ відсутні власні силові підрозділи, що ми вважаємо суттєвим недоліком у справі забезпечення розслідування та збирання доказів.

Пропозиції до ст. 25 Закону, що закріплюють обов’язок звернення органів АМКУ до суду для надання дозволу на проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів та затвердження угоди про врегулювання справи мають неоднозначний характер з огляду на необхідність забезпечення збирання доказів у справі. Якщо із можливістю затвердження судом угоди про врегулювання справи загалом можна погодитися, бо залучення суду як інстанції, яка контролює дотримання законності, є цілком можливим, хоча в такому випадку доцільним було б, щоб така угода набувала чинності з моменту її укладення, а не з момен-

ту її затвердження судом, бо саме затвердження може бути затриманим у часі, що завдасть шкоди інтересам сторін угоди. Не затвердження судом такої угоди буде означати втрату її чинності з моменту укладення. Водночас питання отримання органами АМКУ попереднього дозволу суду на проведення перевірок є таким, що напряду шкодить діяльності органів АМКУ із виявлення правопорушень і збирання доказів. У практиці конкурентних органів багатьох країн світу є так звані “рейди на світанку”, що є засобом раптової перевірки, який знижує можливість потенційного порушника приховати документальні докази протиправної діяльності. Тому вважаємо, що проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів може здійснюватись із наступним отриманням погодження суду, а не з попереднім. Адже інакше втрачається раптовість при проведенні перевірки, а відповідно, у багатьох випадках і смисл її проведення.

Запропоновано в ст. 6 Закону виключити положення, що передбачали можливість застосування так званої “програми ліценсії”, яка полягає у тому, що якщо учасник картелю звертається до органів АМКУ із заявою про участь у ньому раніше за інших учасників та надає суттєву інформацію, то він звільняється від відповідальності за ст. 52 Закону. Натомість запропоновано доповнити Закон ст. 52<sup>1</sup> Підстави та порядок звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій. Процедура звільнення від відповідальності більш деталізована, визначено цілий перелік підстав, які в сукупності будуть підставою для повного звільнення від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої ст. 52 цього Закону. Для інших заявників, які не можуть бути повністю звільнені від відповідальності, передбачено пропорційне зменшення розміру від попередньо розрахованого розміру штрафу залежно від черговості звернення: перший заявник – до 50 %, другий заявник – до 30 %, інші заявники – до 20 %. Також передбачено суворі обмеження щодо звільнення від відповідальності та не менш суворі обов’язки особи, що співпрацює з органами АМКУ.

Після ознайомлення із запропонованими новелами складається враження, що потенційні учасники картелів та, відповідно, порушники конкурентного законодавства наввипередки біжать до органів АМКУ з метою прибігти першими та щонайбільше надати інформацію про своїх колег і партнерів щодо узгодження дій, які мають ознаки антиконкурентних, а вже потім напружено чекають, до якої черги вони потраплять для зменшення можливого штрафу. Все це виглядає достатньо дивно з огляду на існуючу практику застосування так званої “програми ліценсії” в минулому. Адже реально ця програма не працює. Наша бізнес-спільнота загалом не сприймає явку з повинною як модель поведінки. Можливо, це пов’язано з тим, що на завтра доведеться працювати з тими самими партнерами, на яких ти сьогодні доніс, щоб виторгувати собі звільнення від відповідальності. З мого особистого досвіду роботи на посаді державного уповноваженого можу зазначити, що в роботі ор-

ганів АМКУ були спроби прихованого залучення учасників картельних змов до співпраці на умовах “програми ліненсі”, але, в результаті, і щодо таких учасників потім застосовувалися санкції, що, звичайно, серйозно підірвало їхню довіру до можливості співпраці у такій формі з органами АМКУ. Річ у тому, що зазначений у п. 5 ст. 6 Закону механізм “програми ліненсі” не співвідноситься з механізмом прийняття рішень АМКУ щодо накладення санкцій. Адже при ухваленні рішень відбувається голосування державних уповноважених чи членів адміністративної колегії у конкретній справі, а тому, відповідно, про наявність учасника картельної змови, який пішов на співпрацю з органами АМКУ, повинно бути відомо всім членам колегіального органу, повинен існувати відповідний документ, що підтверджує факт співпраці та підставу для звільнення від відповідальності, та й саме звільнення від відповідальності стане відомим усім учасникам процесу у відкритому засіданні органу АМКУ. Тобто зберегти факт співпраці в таємниці від інших учасників картельної змови фактично неможливо, а тому і сам механізм для потенційного учасника “програми ліненсі” стає менш привабливим. Тому на практиці застосування норми п. 5 ст. 6 Закону не знайшло свого реального втілення. Наведені законодавчі пропозиції ст. у ст. 52<sup>1</sup> встановлюють достатньо жорсткий порядок застосування звільнення від відповідальності, та з огляду на існуючий досвід застосування “програми ліненсі” навряд чи будуть широко використовуватись на практиці<sup>20</sup>.

Висновки. Узагальнюючи зазначене вище, вважаємо за необхідне відзначити, що існуюча сьогодні система правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції потребує докорінних суттєвих змін, які б забезпечили її адекватність вимогам часу та сучасному рівню господарських відносин у країні та світі. Запровадження кращих зразків зарубіжного досвіду, формування чіткої нормативної бази, оптимізація процедур, а відповідно, значне зменшення дискреції в діяльності АМКУ, повинні забезпечити якісні зміни як у правовому регулюванні, так і в конкурентному середовищі, де здійснюють свою діяльність суб’єкти господарювання в Україні.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Tihamer Tot, *Antimonopol'noe pravo Evropejskogo Sojuza* (2014) (in Russian).

#### *Journal articles*

2. Poliukhovych V, ‘Novi zakonodavchi initsiatyvy po vdoskonalenniu zakonodavstva pro zakhyst ekonomichnoi konkurentsii’ (2021) 5 *Podpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 34–9 (in Ukrainian).

<sup>20</sup> В Полохович, ‘Нові законодавчі ініціативи по вдосконаленню законодавства про захист економічної конкуренції’ (2021) 5 *Підприємництво, господарство і право* 34–9.

3. Poliukhovych V, 'Perspektyvy vdoskonalennia zakonodavstva pro zakhyst ekonomichnoi konkurentsii (z praktyky zakonotvorennia)' (2020) 10 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 51–60 (in Ukrainian).
4. Poliukhovych V, 'Problemni pytannia pravovoho rehuliuвання v sferi zakhystu ekonomichnoi konkurentsii v hospodarskii diialnosti v Ukraini' (2020) 20 *Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo* 27–32 (in Ukrainian).
5. Poliukhovych V, 'Shchodo okremykh zakonodavchykh propozytsii do Zakonu Ukrainy "Pro zakhyst ekonomichnoi konkurentsii"' (2020) 12 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 75–9 (in Ukrainian).

Valeriy Polyukhovych

### OVERVIEW OF RECENT LEGISLATIVE INITIATIVES IN THE FIELD OF PROTECTION OF ECONOMIC COMPETITION

**ABSTRACT.** The article examines and analyzes the main bills on the protection of economic competition, registered by the Verkhovna Rada of Ukraine during 2020–2021. Problematic aspects of legal regulation, obstacles to effective regulatory influence, shortcomings and inconsistencies in the submitted draft regulations have been identified. Ways to overcome the existing gaps in legal regulation, clarification of draft laws and directions for implementing measures to develop competitive relations and antitrust regulation are proposed.

The main areas to be reformed in accordance with the submitted bills are the procedure of appointment and dismissal of the Chairman of the Antimonopoly Committee of Ukraine, his deputies and state commissioners. There are many different proposals for the number of state commissioners.

Another important area of reform is the current public procurement appeal procedure. Immediate proposals to reform the appellate body in the field of public procurement have been implemented through the creation of a new body of the Antimonopoly Committee of Ukraine (AMCU) – the Commissioner for Complaints of Violations of Public Procurement Legislation in the amount of 10 people. Although, in our opinion, the most adequate would be the complete separation of the appeal function in the field of public procurement from the activities of the AMCU.

Possibilities of introduction of new terminology on protection of economic competition, in particular “conglomerate horizontal integration”, “horizontal integration”, “vertical integration”, “cross-financing” and the introduction of additional criteria for definition of a monopoly (dominant) position and additional restrictions on economic activity.

Thus, the proposed amendments to the Law of Ukraine “On the Antimonopoly Committee of Ukraine” to improve the procedure, clarify and detail the content of the powers of the AMCU to inspect in order to gather evidence in the form of information are appropriate.

At the same time, the proposals to consolidate the obligation of the AMCU to apply to the court for permission to take certain measures related to the collection of evidence in the case need to be finalized. We believe that inspections, seizures or seizures of documents may be carried out with the subsequent approval of the court, and not with the previous one. Because otherwise the suddenness of the inspection is lost, and accordingly, in many cases, the meaning of its conduct.

**KEYWORDS:** reforming the system of legal regulation; protection of economic competition; antitrust regulation; competition policy.