



### Валерій Полухович

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

### Ольга Бакалінська

докторка юридичних наук, професорка,  
провідна наукова співробітниця  
відділу правового забезпечення ринкової економіки  
Науково-дослідного інституту  
приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1092-0914>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/M-2514-2016>  
bakalinskaya@ukr.net



УДК 346.546

## АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ГОРИЗОНТАЛЬНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. У статті проаналізовано правові засади допустимості обміну інформацією між підприємствами, які діють на відповідному ринку; розкрито основні характеристики типів інформації, форм обмінів, а також ринкових структур у контексті дотримання конкурентного законодавства. На прикладі конкретних справ проаналізовано європейську практику доведення та припинення порушень конкурентного законодавства у вигляді інформаційних обмінів між підприємствами, що призвели до обмеження економічної конкуренції.

На основі результатів науково-дослідної роботи розроблено пропозиції щодо надання Антимонопольним комітетом України рекомендаційних роз'яснень стосовно деяких питань застосування ст. 6 Закону України "Про захист економічної конкуренції" та аналітичні матеріали щодо кваліфікації порушень конкурентного законодавства у вигляді антиконкурентних інформаційних обмінів між підприємствами, які діють на відповідному ринку, на основі розгляду справ у країнах – членах Європейського Союзу.

Ключові слова: обмін інформацією; картель; узгоджені дії; обмеження конкуренції; порушення; конкурентне законодавство.

У сучасних умовах отримання інформації про динаміку ринку, тенденції зміни попиту, альтернативні пропозиції від конкурентів життєво необхідне для підтримання ефективної діяльності підприємств. Водночас істотна частина українських суб'єктів господарювання пов'язана господарськими зв'язками з суб'єктами господарювання держави-агресорки, а в такому випадку обмін інформацією дає змогу не тільки забезпечувати виробничу кооперацію, а й контролювати діяльність багатьох українських суб'єктів господарювання, що створює небезпеку для економічної системи нашої держави, яка постійно зазнає втрат із боку агресорки. Актуальність питання інформаційних обмінів між конкурентами набуває ще більшої значущості з огляду на інформаційну війну, що відбувається зараз, хоча варто зазначити, що майже всі перші 20 років ХХІ ст. характеризуються інформаційними війнами, які прямо або опосередковано впливають на економічне життя всього світу та міжнародну конкуренцію.

Звичайною діловою практикою є обговорення законодавчих ініціатив, неконфіденційних відомостей технічного характеру, стандартів якості та безпеки, різні аспекти розвитку галузі загалом. Однак за прямим або опосередкованим обміном інформацією можуть стояти різні неправомірні наміри суб'єктів господарювання (наприклад, усунення конкурентів, створення вхідних бар'єрів, погодження рівня цін, певних знижок, обсягів реалізації, географічний розподіл ринку, захоплення ринків, контроль над ринками окремих товарів і галузей тощо). Тому отримання інформації і, зокрема, обмін певними даними можуть містити у собі істотні ризики спотворення конкурентного середовища а, за певних умов, такі дії можуть розглядатися конкурентним відомством як антиконкурентна практика. У зв'язку з цим актуальним залишається питання, де пролягає межа між правомірними діями і порушенням законодавства про захист економічної конкуренції. На практиці оцінка допустимості інформаційного обміну, як правило, супроводжується багатьма невідомими або змінними факторами, зокрема, у частині зібрання належних доказів неформальних домовленостей, особливо доведення причинно-наслідкового зв'язку між обмінюваною інформацією та змінами, що відбулися на відповідному ринку. Із зазначеним повсякчас стикаються конкурентні відомства, особливо у випадках, коли необхідно довести обмеження конкуренції за наслідками.

Слід зазначити, що з точки зору захисту ефективного конкурентного середовища найбільш небезпечними (антиконкурентними) проявами є утворення практичного співробітництва між підприємствами саме внаслідок обмінів даними: наприклад, щодо встановлюваних цін, коли одержання даних про діяльність конкурента дає змогу адаптувати ціноутворення інших учасників ринку з урахуванням цих даних. Крім того,

необхідно враховувати, що навіть, якщо підприємства не ставлять перед собою антиконкурентних цілей, то, за певних умов, все одно продовжує існувати ризик розгляду конкурентним відомством процесу збору та використання інформації як механізму антиконкурентних узгоджених дій (або як можливість існування картелю). Варто зазначити, що все частіше в антимонопольних розслідуваннях фігурують асоціації, консалтингові, маркетингові агентства, соціологічні організації, за допомогою яких бізнес може отримувати індивідуалізовану інформацію про стан ринку, ринкові тенденції та ін. Так, наприклад, ще у 2009 р. Європейська Комісія довела картельну змову на ринку термостабілізаторів за участю швейцарської консалтингової фірми, що забезпечувала функціонування картелю. Згідно з даними розслідування консалтингова фірма виступала драйвером обміну чутливою для ринку інформацією – збирала інформацію і далі поширювала її серед учасників картелю. У зв'язку з цим постає питання: яка саме інформація і в яких випадках може викликати ризики порушення конкурентного законодавства?

Варто зазначити, що в Європейському Союзі (далі – ЄС) діють Керівні принципи Європейської Комісії з питань застосування статті 101 Договору про функціонування ЄС щодо горизонтальних угод про співпрацю<sup>1</sup>, переважна більшість країн – членів ЄС має внутрішній роз'яснювальний документ із зазначеного питання та напрацьовану відповідну практику.

Питання інформаційних обмінів частково нормативно врегульовано в Україні лише в межах оцінки антиконкурентних ризиків при створенні господарських асоціацій, а саме встановлено параметри, при дотриманні яких не вимагається дозволу Антимонопольного комітету України на узгоджені дії. Зокрема, Типові вимоги Комітету до створення асоціації<sup>2</sup> передбачають виключний перелік даних, які асоціація може збирати про своїх членів (такі як дані про технічну і наукову інформацію, дані про ефективні технології та засоби зниження витрат, екологічно чисті технології, проблеми галузі та пошук їх вирішення, іноземний досвід, інформацію для налагодження співпраці з державними органами влади й іншими організаціями).

Аналізу особливостей інформаційного обміну серед конкурентів у контексті дотримання конкурентного законодавства присвячено пра-

<sup>1</sup> Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. 2011/C 11/01 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52011XC0114%2804%29>> (accessed: 30.08.2022).

<sup>2</sup> Типові вимоги до створення господарської асоціації для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на її створення, затверджені Розпорядженням Антимонопольного комітету України 30 листопада 2006 р. № 511-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0061-07#Text>> (дата звернення: 30.08.2022).

ці багатьох науковців, зокрема: А. Усової<sup>3</sup>, В. Гладкої-Батюк<sup>4</sup>, М. Блум<sup>5</sup>, А. Капобьянко<sup>6</sup>, П. Ф. Вагнера<sup>7</sup>, Х.-Ю. Німейєра<sup>8</sup>, Е. Бісоколі<sup>9</sup>, К. Ості<sup>10</sup>. Вчені досліджують допустимі та неправомірні форми інформаційних обмінів у контексті захисту економічної конкуренції, критерії оцінки самого змісту обмінюваної інформації, ризику потрапляння підприємств під розслідування конкурентним відомством, специфіку розгляду справ про припинення порушень конкурентного законодавства у вигляді антиконкурентних інформаційних обмінів тощо.

Метою дослідження є встановлення нормативних засад оцінки обміну інформацією між підприємствами, що діють на відповідному ринку, у контексті дотримання законодавства про захист економічної конкуренції. З огляду на означену проблематику основними завданнями дослідження є:

- аналіз факторів, які визначають, чи є обмін інформацією таким, що не відповідає нормам конкурентного законодавства (в аспекті товарних меж, рівня агрегації, актуальності даних, частоти обміну, доступності інформації тощо);
- аналіз європейської практики припинення порушень у вигляді обміну інформацією між конкурентами, що призвів/може призвести до створення економічної конкуренції;
- встановлення умов, за яких обмін інформацією особливо забезпечує/ посилює координацію ринкової поведінки суб'єктів господарювання;
- розроблення пропозицій щодо кваліфікації порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних інформаційних обмінів між підприємствами, які діють на відповідному ринку, враховуючи результати розгляду аналогічних справ у країнах – членах ЄС.

У конкурентному законодавстві ЄС відсутні чіткі правила регулювання угод з обміну інформацією між конкурентами. У статті 101 (1) Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС)<sup>11</sup>, яка

<sup>3</sup> А Усова, 'Техніка безпеки при обміні інформацією між конкурентами' (ЛІГА:ЗАКОН, 05.06.2014) <<http://jurliga.ligazakon.ua/news/2014/6/5/111936.htm>> (дата звернення: 30.08.2022).

<sup>4</sup> В Гладкая-Батюк, 'Сговориться нельзя остановиться. Как не попасть под прицел АМКУ' (Ліга.net, 24.02.2017) <[http://www.liga.net/opinion/319862\\_sgovoritsya-nelzya-ostanovitsya-kak-ne-popast-pod-pritsel-amku.htm](http://www.liga.net/opinion/319862_sgovoritsya-nelzya-ostanovitsya-kak-ne-popast-pod-pritsel-amku.htm)> (дата звернення: 30.08.2022).

<sup>5</sup> М Bloom, 'Information exchange: be reasonable' (Federal Trade Commission, 11.12.2014) <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2014/12/information-exchange-be-reasonable>> (accessed: 30.08.2022).

<sup>6</sup> A Capobianco, 'Information exchange under EC competition law' (2004) 41 Common Market Law Review 1247–76.

<sup>7</sup> Florian Wagner-von Papp, "Who is't that can inform me?" The exchange of identifying and non-identifying information' (2007) 28 European Competition Law Review 264–70.

<sup>8</sup> H Niemeier, 'Market information systems' (1993) 14 E.C.L.R. 151–6.

<sup>9</sup> E Bissocoli, 'Trade Associations and Information Exchange under US and EC Competition Law' (2000) 23 World Competition 79–106.

<sup>10</sup> C Osti, 'Information exchanges in the obscure light of Woodpulp' (1994) 15 E.C.L.R. 176–82.

<sup>11</sup> Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union (Treaty on the Functioning of the European Union, 26.10.2012) <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> (accessed: 30.08.2022).

забороняє несумісні з внутрішнім ринком угоди між підприємствами, рішення асоціацій та узгоджені дії, які можуть вплинути на торгівлю між державами-членами і які мають на меті або призводять до запобігання, обмеження чи спотворення конкуренції на внутрішньому ринку, відсутня *чітка* заборона укладання угоди з обміну інформацією. Отже, нинішнє регулювання угод про обмін інформацією базується на основі правової практики Європейської Комісії та європейських судів щодо застосування і тлумачення ст. 101 ДФЄС. Ця стаття може бути застосована до договорів, зокрема й до угод з обміну інформацією, які задовольняють *чотири умови*: домовленості між підприємствами, обмеження конкуренції, істотного впливу на конкуренцію та впливу на торгівлю.

У кількох своїх документах Європейська Комісія представила рекомендації щодо правової оцінки таких угод. Перший такий документ – Повідомлення Європейської Комісії про угоди про співпрацю у 1968 р. (далі – Повідомлення)<sup>12</sup>. У цьому Повідомленні вперше було закріплено, що обмін інформацією між конкурентами у деяких випадках може бути порушенням ст. 101 ДФЄС, однак у кожному конкретному випадку необхідно оцінити інформацію про ринок (його структуру), а також проаналізувати інші важливі фактори. У Повідомленні були визначені фактори, які можуть вплинути на таку оцінку, зокрема: тільки обмін інформацією, який може мати вплив на конкуренцію, має значення відповідно до конкурентних правил; обмеження конкуренції є більш імовірним на олігополістичних ринках однорідних товарів<sup>13</sup>.

У VII Доповіді з питань конкурентної політики Європейської Комісії 1977 р. окрема частина була присвячена угодам з обміну інформацією<sup>14</sup>. У доповіді зазначалося, що обмін інформацією не є обмеженням конкуренції як такої, тому необхідно оцінювати вплив такої угоди на конкуренцію на відповідному (релевантному) ринку. Європейська Комісія у доповіді зазначила три основні критерії, яким буде слідувати при розгляді таких ситуацій.

По-перше, при оцінці наслідків подібних угод необхідно враховувати насамперед структуру ринку. Структура ринку може впливати на ймовірність того, що ці види контактів створюватимуть стимули для скоординованої поведінки між конкурентами (учасниками цього ринку).

<sup>12</sup> D Švirinas, 'The assessment of information exchange agreements between competitors from the perspective of competition law of the EU and of the Republic of Lithuania' (2012) 19 Jurisprudence 87–119; Commission Notice concerning agreements, decision, and concerted practices in the field of cooperation between enterprises, O.J. C 75/3 (1968), corrected version in O.J. C 84/14 (1968) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31968Y0729%2801%29>> (accessed: 30.08.2022); Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, DAF/COMP (2010) 37, 11-Jul-2011 <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>> (accessed: 30.08.2022).

<sup>13</sup> Information Exchanges Between Competitors under Competition Law (n 12).

<sup>14</sup> Seventh Report on competition policy, 1978 <[https://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/ar\\_1977\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1977_en.pdf)> (accessed: 30.08.2022).

Підвищена прозорість, що виникає у результаті обміну інформацією, підсилює взаємозалежність між фірмами і знижує інтенсивність конкуренції на олігопольних ринках, оскільки розширення знання про ринок (тобто прозорість) дає змогу учасникам відстежувати стратегії конкурентів і швидко (й ефективно) реагувати на дії один одного.

По-друге, характер і масштаби обміну інформацією мають важливе значення для оцінки ймовірності того, що ця інформація дійсно може використовуватися одержувачем для координації ринкових стратегій, а не для досягнення інтенсивнішої конкуренції.

По-третє, чи має обмін інформацією приватний характер, адже така форма співпраці між підприємствами, як правило, покращує знання умови функціонування ринку, або може мати широкий громадський вплив і на споживачів, а тому створює можливість порівняти різні пропозиції та підвищити рівень конкуренції<sup>15</sup>.

Хоча перша політична заява Європейської Комісії з оцінки інформаційного обміну датована 1968 р., на практиці вона здійснилася тільки на початку 90-х років у справі з оцінки допустимості обміну інформацією на ринку виробництва сільськогосподарських тракторів у Великій Британії<sup>16</sup>. У цій справі Європейська Комісія провела комплексну оцінку потенційних обмежувальних ефектів від автономної системи обміну інформацією. Рішення Європейської Комісії було розглянуто в порядку апеляції та Європейським судом. Обидва суди відхилили скарги і повністю підтримали підхід Європейської Комісії<sup>17</sup>. Після випадку у Великій Британії Європейська Комісія розпочала застосовувати принципи, викладені у різних рішеннях, із метою подальшого уточнення сфери їх застосування. Слід зазначити, що рішення у справі у Великій Британії призвело до звернень суб'єктів господарювання, які намагалися отримати індивідуальне звільнення від відповідальності за можливе порушення ст. 101 (3) ДФЕС.

Керівні принципи Європейської Комісії ЄС 2001 р.<sup>18</sup> із питання застосування ст. 81 Договору про заснування Європейської Спільноти (далі – Договір) до горизонтальних угод про співпрацю замінили Повідомлення. У них відсутня окрема глава, присвячена угодам з обміну інформацією. У пункті 10 Керівних принципів Європейська Комісія чітко зазначила, що вони не регулюють вказані вище угоди і що деякі види горизонтальних угод між конкурентами (наприклад, про обмін інформацією) розглядаються окремо. Наприклад, зазначено, що схеми комерціалізації, які

<sup>15</sup> Sapobianco (n 6) 1247–76.

<sup>16</sup> Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (n 1).

<sup>17</sup> Information Exchanges Between Competitors under Competition Law (n 12).

<sup>18</sup> Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements. 2001/C 3/02 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:EN:PDF>> (accessed: 30.08.2022).

впливають із спільного продажу, порушують дві важливі проблеми, однією з яких є 'явна можливість для обміну секретною комерційною інформацією, зокрема, щодо маркетингової стратегії і ціноутворення' (п. 146). У пункті 150 Керівних принципів також зазначено, що чим ринок концентрованіший, тим більш корисною є інформація про ціни або маркетингові стратегії для зменшення невизначеності, тим більше стимулів для учасників ринку обмінюватися такою інформацією<sup>19</sup>.

Переглянувши через 10 років Керівні принципи 2001 р., Європейська Комісія проаналізувала окремо і досить докладно угоди з обміну інформацією у пунктах 55–110 свого Повідомлення "Рекомендації з питань застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу для горизонтальних угод про співробітництво" (далі – Повідомлення-рекомендації)<sup>20</sup>. Правила, закріплені цим Повідомленням щодо угод з обміну інформацією – найбільш ретельне дослідження Європейської Комісії, яке не тільки узагальнює юридичні практики Європейської Комісії та Суду ЄС, а й являє собою квінтесенцію критичного погляду Європейської Комісії на прикладі аналізу окремих випадків інформаційних обмінів. Відповідні правила Повідомлення-рекомендації будуть проаналізовані нижче більш детально при розгляді конкретних аспектів обміну інформацією.

Спеціальні Керівні принципи обміну інформацією між конкурентами слід розглядати в більш широкому контексті перегляду правил конкуренції, які застосовуються до різних форм співпраці конкурентів (реальних чи потенційних). Проекти трьох документів були опубліковані Європейською Комісією для отримання коментарів із боку зацікавлених сторін. По-перше, два винятки з проекту (звільнення від зобов'язань) – для угод про дослідження і розробки (*R&D*) і спеціальних домовленостей – були опубліковані (і призначені для заміни існуючих винятків блоку, які закінчилися 31 грудня 2010 р.). Крім того, Європейська Комісія опублікувала ретельно проаналізований і розширений варіант Керівних принципів для угод горизонтального співробітництва<sup>21</sup>. У цих проектах документів Європейська Комісія роз'яснює, якою мірою правила конкуренції застосовні до деяких найбільш часто використовуваних форм співпраці між конкурентами, таких як спільні закупівлі, спільна комерціалізація і спільні виробничі угоди.

Європейська Комісія заповнила важливу прогалину новим розділом конкурентного законодавства з оцінки обміну інформацією. До цього не було ніяких чітких правил оцінки допустимості обміну інформацією між конкурентами – за винятком морського сектору – і можна було розрахо-

<sup>19</sup> Švirinas (n 12) 87–119.

<sup>20</sup> Information Exchanges Between Competitors under Competition Law (n 12).

<sup>21</sup> Commission Notice (n 18).

вувати тільки на досить обмежене прецедентне право Суду і практику прийняття рішень Європейською Комісією. Однією з найбільших переваг Керівних принципів є те, що вперше пропонуються добре організовані і чіткі умови оцінювання<sup>22</sup>. Керівні принципи не стосуються таких форм обміну інформацією, які спрямовані на створення або сприяння забороненим фіксуванням цін та угодам про розподіл ринку. Оцінка в межах конкурентного законодавства таких форм обміну інформацією не є особливо складною: у принципі, вони завжди будуть вважатися (і штрафуватися) як незаконні картелі.

Європейська Комісія зосередилась на оцінці ситуації, коли обмін інформацією існує як факт, незалежно від будь-якої картельної угоди, коли основний економічний процес і є, по суті, обміном інформацією (наприклад, обмін секторальними статистичними даними за допомогою асоціації чи без неї). У документі чітко закріплено позицію Європейської Комісії, що обмін інформацією часто сприяє конкуренції, оскільки компанії отримують більш глибоке розуміння функціонування ринку, що може призвести до значного підвищення ефективності. Утім, деякі форми обміну інформацією зумовлюють підвищення прозорості ринку до такої міри, що підприємствам стають відомі ринкові стратегії їх конкурентів, що в результаті може спричинити створення координації їх конкурентної поведінки. Для того щоб визначити, чи буде обмін інформацією створювати координацію ринкової поведінки, у більшості випадків необхідна індивідуальна оцінка. Тільки тоді, коли обмін інформацією відбувається із наміром подальшої координації поведінки щодо цін або інших ринкових параметрів (наприклад, майбутнього зниження цін, очікуваного розподілу ринкових часток, досліджених регіонів або клієнтів), Європейська Комісія буде розглядати питання про обмін інформацією як обмеження конкуренції за метою без необхідності будь-якого аналізу його дійсних наслідків. Крім того, Європейська Комісія вважає, що тільки у виняткових ситуаціях це може бути продемонстровано достатньо ефективно, і що така форма обміну інформацією прийнятна<sup>23</sup>.

Аналіз сучасної європейської юридичної практики свідчить, що зазвичай угоди з обміну інформацією між конкурентами, які розглядалися Європейською Комісією, підпадали під дію ст. 101 ДФЄС. Проте слід зазначити, що угоди з обміну інформацією можуть розглядатись як окреме порушення конкурентного законодавства, або у складі іншого порушення – відповідної угоди (наприклад, картельної) між конкурентами. У тих випадках, коли обмін інформацією є частиною іншої угоди між конкурентами, він повинен бути оцінений разом з останньою. У цьому дослідженні основна увага приділяється аналізу обміну інформацією

<sup>22</sup> Commission Notice (n 18).

<sup>23</sup> Ibid.



між конкурентами, який може бути кваліфікований як індивідуальне порушення конкурентного законодавства.

Доступ до достовірної інформації про стан ринку може дати можливість підприємствам ефективно планувати і прогнозувати свою виробничу та комерційну діяльність, а також інвестувати у нові виробничі потужності або у наукові дослідження і розробки, що, зі свого боку, може призвести до поліпшення якості і зниження цін на пропоновані товари і послуги та збільшення інновацій<sup>24</sup>.

Обмін ринковою інформацією, що підвищує прозорість ринку, є необхідним для ефективної конкуренції, якщо це не призводить до створення умов для узгодженої або скоординованої поведінки учасників ринку. У цьому контексті можна виокремити законні джерела пошуку інформації про конкурентів, зокрема: із відкритих джерел; відповідно до зобов'язань із конфіденційності від власних дочірніх компаній та управлінських підрозділів; від власних працівників<sup>25</sup>.

Відкритість інформації, як для підприємств, так і споживачів, сприяє підвищенню прозорості, що є одним із факторів, необхідних для забезпечення стабільності на ринку. Водночас штучне усунення невизначеності щодо дій конкурентів, яка, зокрема, є характерною ознакою конкуренції, сама собою може виключити нормальне конкурентне суперництво. Це особливо характерно для висококонцентрованих ринків, де підвищена прозорість дає змогу компаніям краще прогнозувати або передбачати поведінку своїх конкурентів і, таким чином, пристосовуватися до них<sup>26</sup>.

Розроблення загальних і теоретичних правил, щоб відрізнити рестриктивний обмін інформацією від обміну інформацією, яка є принаймні нейтральною для забезпечення розвитку конкуренції та підвищення ефективності, є складним завданням. На практиці траплялися випадки, коли підвищення прозорості як сприяло заохоченню суб'єктів господарювання до подальшого розвитку, так і стало чинником, що призводив до змови.

Аналіз поточної практики конкурентних відомств показує, що провідну роль в обміні інформацією між конкурентами можуть відігравати

<sup>24</sup> Guidelines on information exchange between competitors (Sofia Competition Forum 2011) <[https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb\\_SCF\\_InfoSharing\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb_SCF_InfoSharing_en.pdf)> (accessed: 30.08.2022); Anna Turi, András Nagy, 'Information cartels: a guide for undertakings' (03.03.2016) <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=00f77801-518c-4484-9c95-e966c9ae7219>> (accessed: 30.08.2022); Bloom (n 5).

<sup>25</sup> Antitrust guidance note. Competitive intelligence gathering versus commercially sensitive information exchanges <[https://new.abb.com/docs/librariesprovider78/chile-documentos/antitrust-guidance-note\\_competitive-intelligence-vs-commercially-sensitive-information.pdf?sfvrsn=2](https://new.abb.com/docs/librariesprovider78/chile-documentos/antitrust-guidance-note_competitive-intelligence-vs-commercially-sensitive-information.pdf?sfvrsn=2)> (accessed: 30.08.2022); Анти-монопольное регулирование информационного обмена в СНГ и Китае <[https://www.dentons.com/ru/insights/alerts/2016/august/26/~/\\_/media/3f7f7848c9fb416c8b6189e225c8fd68.ashx](https://www.dentons.com/ru/insights/alerts/2016/august/26/~/_/media/3f7f7848c9fb416c8b6189e225c8fd68.ashx)> (дата звернення: 30.08.2022); О Бакалінська, *Правове регулювання добросовісної конкуренції в Україні* (НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф Г Бурчака НаПрН України 2014) 374.

<sup>26</sup> Carobianco (n 6) 1247–76; Н Бойчук, 'Український ритейл: в меру публичный и слегка прозрачный' (2017) 66 All Retail 26–7; Н Іваницька, С Шкляр (заг ред), *Застосування конкурентного законодавства. Практика України, ЄС, РФ та США* (Юстініан 2014) 248.

об'єднання підприємств. Незважаючи на беззаперечно корисну діяльність, яку вони проводять із точки зору розвитку економіки, найчастіше об'єднання функціонують як центри для накопичення конфіденційної комерційної інформації та обміну нею між своїми членами. Сприяння обміну такою інформацією може призвести до зниження готовності підприємств чинити ефективний конкурентний тиск один на одного, і, таким чином, обмежити конкуренцію на відповідному ринку. Саме тому асоціації та галузеві організації у своїй діяльності повинні враховувати правила конкуренції, а саме: заборону обміну конфіденційною комерційною інформацією між конкурентами як форму порушення національного закону про захист економічної конкуренції та/або ст. 101 (1) ДФЄС<sup>27</sup>. Така співпраця між підприємствами підлягає правовому регулюванню у рамках конкурентного законодавства, оскільки це може призвести до появи про- або антиконкурентних ефектів, принаймні за трьома напрямками: спосіб, яким керуються окремі підприємства, приймаючи економічні рішення; спосіб, яким керуються клієнти при виборі відповідних товарів; а також способи конкурентного тиску, які реалізуються учасниками на релевантному ринку<sup>28</sup>.

Питання доступу, обміну та використання інформації є вирішальним фактором для побудови ефективної бізнесстратегії. Однак такий звичайний, на перший погляд, процес може створити для підприємства антимонопольні ризики. Конкурентне відомство може оцінити зазначений процес обміну і використання інформації як доказ антиконкурентних узгоджених дій. Обмін інформацією між конкурентами може набувати різних форм (так зване узгодження цін на товари і послуги, розподіл ринків, усунення конкурентів із ринку або обмеження доступу на ринок потенційним конкурентам тощо); він може посилювати або обмежувати конкуренцію<sup>29</sup>.

Перш за все при оцінці обміну інформацією як потенційного порушення норм конкурентного законодавства має бути встановлено: чи є він частиною іншої форми забороненого горизонтального співробітництва між підприємствами і може, за своєю сутністю, бути механізмом, який полегшує або контролює здійснення антиконкурентних практик підприємствами, що функціонують на ринку як картель; чи є самостійною формою співпраці і сам собою спотворює конкуренцію через антиконкурентні наслідки, які спричиняє або може викликати.

<sup>27</sup> Antitrust guidance note (n 25); Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64; В Шербина (ред), *Конкурентне право України: навчальний посібник* (Ліра-К 2017) 380.

<sup>28</sup> Antitrust guidance note (n 25); Огляди ОЕСР законодавства і політики у сфері забезпечення конкуренції. Україна. 2016. – Звіт щодо виконання попередніх рекомендацій <[https://www.oecd.org/daf/competition/UKRAINE-OECD-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy\\_WEBUKR.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/UKRAINE-OECD-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy_WEBUKR.pdf)> (дата звернення: 30.08.2022).

<sup>29</sup> Antitrust guidance note (n 25); Огляди ОЕСР законодавства і політики у сфері забезпечення конкуренції. Україна. 2016 (n 28).

Коли обмін інформацією між конкурентами здійснюється у контексті іншої форми забороненого горизонтального співробітництва між підприємствами (наприклад, картелю як найтяжчого порушення конкурентного законодавства), він повинен аналізуватись у контексті розслідування відповідного порушення. Наприклад, обмін інформацією може служити для посилення внутрішньої стабільності картелю через надання компаніям, які беруть у ньому участь, необхідного рівня прозорості ринку, тобто, допомагаючи їм контролювати поведінку компаній щодо виконання домовленостей, а також вживаючи відповідних заходів і санкцій у разі невиконання. Обмін інформацією також може бути механізмом посилення зовнішньої стабільності картелю через надання компаніям, які беруть у ньому участь, можливості стежити за потенційними новими учасниками, а також провадити узгоджені дії для усунення потенційних конкурентів. Перевагою у цьому випадку є те, що оцінка обміну інформацією як форми забороненої поведінки не вимагає додаткового економічного аналізу його антиконкурентних наслідків. У цьому випадку обмін інформацією забороняється сам собою відповідно до ст. 101 (1) ДФЕС. Основні труднощі у встановленні цієї форми забороненого обміну інформацією між конкурентами пов'язані з вимогою пошуку більш ґрунтовних доказів відносно самого картеля<sup>30</sup>.

Обмін інформацією може бути *самостійною формою горизонтального* співробітництва між конкурентами, що проявляється в одній із трьох форм забороненої поведінки підприємств відповідно до ст. 101 (1) ДФЕС: угоди між підприємствами, рішення асоціацій, узгоджені дії.

При встановленні відповідності інформаційного обміну між конкурентами нормам конкурентного законодавства важливим є *аналіз умови домовленості між підприємствами*<sup>31</sup>. Ця умова необхідна для кваліфікації порушення відповідно до ст. 101 ДФЕС або статті національного закону про економічну конкуренцію. Якщо конкуренти обмінюються інформацією без укладення угоди за змістом ст. 101 ДФЕС / статті національного закону про економічну конкуренцію (тобто у формі домовленості, узгодженої практики або рішення асоціації), відповідні статті не можуть бути застосовані. Зазначене закріплено у Повідомленні-рекомендації: 'обмін інформацією може бути вирішений тільки відповідно до статті 101, якщо він затверджується, або є частиною договору, узгодженої практики або рішення асоціації підприємств' (п. 60)<sup>32</sup>.

Наприклад, якщо конфіденційна інформація конкурентів стає доступною для підприємств не безпосередньо, а за допомогою засобів масової інформації, або інших третіх осіб, це не слід розглядати як угоду.

<sup>30</sup> Antitrust guidance note (n 25).

<sup>31</sup> Švirinas (n 12) 87–119.

<sup>32</sup> Ibid.

Або, якщо третя сторона (маркетингове агентство) в індивідуальному порядку збирає, систематизує і надає інформацію своїм клієнтам, навіть якщо така інформація отримана від конкуруючих підприємств, то таке отримання інформації також не слід розглядати як угоду про обмін інформацією, незважаючи на той факт, що конкуренти отримують інформацію один про одного<sup>33</sup>. Для того щоб одностороннє отримання інформації від третіх осіб не розглядалось як угода, воно повинно відбуватися без відома конкурента, оскільки, якщо третя сторона повідомляє конкурента-власника про те, що його дані будуть повідомлені іншому конкуренту і власник даних не заперечує проти цього, то вважається, що в такому випадку виникає причина для встановлення договору. Крім того, підприємству, яке отримало інформацію від третьої сторони, слід мати на увазі той факт, що ця інформація була отримана від конкурента, тобто обидва учасники повинні розуміти, що вони обмінюються інформацією через посередника – третю сторону, в іншому випадку не існує головної особливості угоди – узгодження дій. Слід визнати, що насправді відокремлення у цьому випадку односторонніх дій і угод дуже складне. Роз'яснення Європейської Комісії у Повідомленні-роз'ясненні не вносять більшої ясності. У ньому Європейська Комісія стверджує, що однією з форм узгодженої практики за наявності угоди може бути виникнення такої ситуації, коли тільки одне підприємство розкриває стратегічну інформацію для свого (своїх) конкурента (конкурентів) (п. 62). Таке розкриття може відбутися, наприклад, за допомогою пошти, електронної пошти, телефонних дзвінків, зустрічей тощо. Тоді не має значення, чи тільки одне підприємство в односторонньому порядку інформує конкурентів про свою можливу ринкову поведінку, чи всі залучені підприємства інформують один одного про відповідні наміри.

Отже, якщо один конкурент публічно розкриває певну інформацію, яка не буде обмінною і яка стане відомою іншому конкуренту, то факт угоди може бути встановлено, за винятком того, що учасник, який отримав інформацію, явно не висловив бажання не одержувати таку інформацію. Наприклад, якщо співробітник однієї компанії відправляє електронною поштою обсяги продажів компанії, а співробітник іншої компанії, який отримує цю електронну пошту, не реагує якимось чином на отримання інформації (наприклад, тому що вважає, що ця інформація не є важливою) і не відповідає, що він не бажає отримувати таку інформацію, то, за логікою Європейської Комісії, можна констатувати, що угода про обмін інформацією була укладена. Такий висновок не можна

<sup>33</sup> Whish, *Competition law* (Sixth Edition, LexisNexis 2009) 530.

вважати слушним, оскільки, на думку експертів, у цій ситуації явно не вистачає акту про узгодження дій<sup>34</sup>.

Один із рідкісних випадків, коли інформація була публічно декларована, а фактичної угоди не укладено, був проаналізований у справі *Wood Pulp* (справа про целюлозу)<sup>35</sup>. Підприємства публічно оголосили про підвищення цін, інформація дуже швидко поширювалася серед торговців і покупців через місцеві засоби масової інформації і не було заявлено ніякої угоди між конкурентами. Європейська Комісія при ухваленні рішення про існування узгоджених дій враховувала два фактори. По-перше, мав місце прямий і непрямий обмін інформацією між підприємствами, внаслідок чого була створена штучна прозорість відносно цінової інформації на ринку. По-друге, економічний аналіз показав, що ринок не був суто олігополістичним, на якому було б можливе існування паралельно встановлюваних цін. Імовірніше за все ринок був конкурентним: продавці, які мали справу з різноманітною продукцією, конкуренти, що мали справу з різними вартісними структурами, перебували у різних державах і повинні були за відсутності колізій встановлювати різні ціни. Тому єдиним поясненням паралельного встановлення цін були, на думку Європейської Комісії, узгоджені дії підприємств. У Повідомленні Європейської Комісії зазначено, що не може бути виключена можливість наявності узгоджених дій, наприклад, у ситуації, коли одностороннє і публічне оголошення, зроблене компанією (наприклад, у газеті), викликає публічні заяви з боку конкурентів, не в останню чергу тому, що стратегічні відповіді конкурентів один одному у публічних заявах можуть виявитися стратегією для досягнення загального розуміння про план координації<sup>36</sup>.

Вважається, що угода може бути кваліфікована тільки в тих випадках, коли асоціація, як посередник для своїх членів, збирає від них конфіденційну інформацію і забезпечує доступ до неї членів, або сама розподіляє дані між ними. Отже, якщо ця третя сторона, через яку відбувався обмін інформацією, являє собою об'єднання підприємств, то угода, швидше за все, буде у формі рішення об'єднання підприємств. Очевидно, що форма договору – узгоджена (картельна) практика або рішення асоціації – не буде мати вирішального значення у цьому випадку. Європейська Комісія виходить із того, що ситуація, коли асоціація приватних компаній X поширює індивідуалізовану інформацію про потенційні майбутні ціни

<sup>34</sup> Švirinas (n 12) 87–119; B Meyring, 'T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors. Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000' (2010) 1 *Journal of European Competition Law & Practice* 30–2.

<sup>35</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice. (2000) <[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf)> (accessed: 30.08.2022).

<sup>36</sup> Švirinas (n 12) 87–119; Meyring (n 34) 30–2.

тільки серед своїх членів, має розглядатись як обмін інформацією з метою обмеження конкуренції і Європейська Комісія навіть не буде визначати, чи це є угода чи рішення асоціації (п. 105 Повідомлення)<sup>37</sup>.

Кваліфікація порушення конкурентного законодавства у формі неправомірного інформаційного обміну залежить від низки параметрів інформації: її змісту, характеру, рівня деталізації, давності інформації, як часто і в який спосіб здійснюється обмін тощо.

У будь-якому випадку антиконкурентним буде вважатися обмін стратегічною конфіденційною інформацією, зокрема щодо цін, кількості, попиту чи пропозиції, наукових досліджень, інвестиційних планів. Наприклад, у справі проти виробників тракторів Велика Британія була однією з перших, кому Європейська Комісія заборонила обмінюватися інформацією з подальшим аналізом наслідків обмеження конкуренції. Вісім великих виробників тракторів у Великій Британії обмінювалися через свої торгові асоціації трьома видами інформації: 1) про продажі в галузі, зокрема, розбиту по продуктам, часовим періодам і територіям; 2) про сукупний обсяг продажів і частку ринку кожного окремого виробника, зокрема, розбитих по товарах, термінах і територіях; 3) про продажі дилерів у розподільчій мережі кожного учасника з розбивкою імпорту й експорту на своїх територіях. Перші два типи інформації були надані кожному виробнику та дилеру, які були членами асоціації, а третій був наданий виробнику, який користувався послугами конкретного дилера. Європейська Комісія заперечувала проти всіх трьох типів обміну інформацією, включаючи сукупну інформацію, якщо це давало змогу ідентифікувати обсяги продажів окремих підприємств.

У справі *Palaces Parisiens* Рада з конкуренції Франції оштрафувала шість готелів класу “люкс”, оскільки вони неодноразово обмінювалися інформацією на олігополістичному ринку відносно середньої ціни за кімнату, доходу за кімнату і рівня заповнюваності (який розраховувався діленням кількості орендованих номерів на кількість номерів, доступних за відповідний період). У періоди підвищеного попиту інформація про рівень заповнюваності дала змогу готелям підвищити ціни. У періоди низького попиту інформація давала змогу готелям встановити причини зазначеного і відслідкувати реакцію конкурентів.

Одним із основних критеріїв при оцінці угод з обміну інформацією є усунення невизначеності щодо поведінки конкурента, а при оцінці важливості змісту інформації головним питанням має бути – чи дає можливість проаналізована інформація передбачити поведінку конкурента в торгівлі і пристосуватися до неї, тобто обмежити незалежність цього підприємства в процесі прийняття рішень та обмежити конкуренцію на відповідному ринку. Тому виникає запитання: чи дійсно обмін певни-

<sup>37</sup> Švirinas (n 12) 87–119; Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (n 35).

ми даними дає змогу підприємству передбачити поведінку конкурента і ставить під загрозу конкуренцію? У своїй практиці Європейська Комісія визнала забороненими угоди з обміну інформацією про поставки товарів, поставки клієнтам, ринку акцій і т. д. Окремі експерти не поділяють позиції, що обмін інформацією, наприклад, про обсяги продажів/виробництва і частки на ринку, дійсно в усіх випадках дає змогу конкурентам на ринку будь-якої структури передбачити поведінку один одного і таким чином перелаштувати один одного. На їхню думку, обмін такою інформацією може мати негативний вплив на конкуренцію тільки у виняткових випадках. Насамперед інформація, що стосується обсягів продажів і частки на ринку, має за своєю природою строк давності, або, в кращому випадку, є актуальною натеper і ніколи не пов'язана з майбутніми планами конкурентів. Невизначеність щодо поведінки конкурентів, як правило, усувається саме інформацією про майбутні плани конкурентів, тому не ясно, яким чином застаріла або актуальна інформація про ринок акцій або обсяги продажів/виробництва може бути вигідною з тих же причин.

Більш імовірно, що обмін інформацією має обмежувальний вплив на конкуренцію, якщо суб'єкти господарювання, що беруть участь у обміні, мають достатньо великі ринкові частки. Розуміння “достатньо великої” ринкової частки залежить від кожного конкретного випадку. Нині відсутній чіткий поріг з метою забезпечення правової визначеності у цьому питанні. Окремі європейські експерти пропонують ввести безпечну область для обміну дійсно узагальненою інформацією – тобто інформацією, яка не допускала б визнання індивідуалізованого інформаційного рівня компанії – між конкурентами, які “не покривають” більше 60 % ринку. Тільки якщо цей поріг перевищено, повинна здійснюватися комплексна фактична оцінка, передбачена Регламентом Європейської Комісії<sup>38</sup>.

Відповідно до основоположного принципу конкуренції кожне підприємство повинно самостійно визначати свою економічну поведінку на відповідному ринку. Це означає, що воно повинно самостійно визначати як загальну політику, яку планує реалізувати на ринку, так і особливі умови реалізації продукції. Основний принцип конкуренції виключає всі прямі або непрямі контакти між конкурентами, метою або результатом яких є вплив на поведінку фактичного чи потенційного конкурента на ринку, або розкриття такої лінії поведінки одного з підприємств, яку б підтримували всі конкуренти, сприяючи тим самим узгодженій поведінці гравців на ринку<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Guidelines on information exchange between competitors (n 24); Turi, Nagy (n 24).

<sup>39</sup> Guidelines on information exchange between competitors (n 24); P Posada, G Frutos, ‘Competition Policy Applied to Information Exchanges between Competitors in the EU: Proceedings of the Spanish Competition Authority in a Recent Case’ (NERA Economic consulting, 22.12.2014) <<https://www.nera.com/content/dam/>

Для застосування ст. 101 ДФЄС потрібно, щоб угода обмежувала конкуренцію чи чинила помітний вплив на неї. Європейська Комісія справедливо зазначає, що для обміну інформацією достатньо чинити обмежувальний вплив на конкуренцію. Компанії, що беруть участь у обміні інформацією, повинні контролювати досить велику частину відповідного ринку, в іншому випадку конкуренти, які не беруть участі в обміні інформацією, можуть стримувати будь-які антиконкурентні дії компаній, залучених до змови. Наприклад, встановлення цін, нижчих за рівень узгоджених цін, підприємствами, що не входять до системи обміну інформацією, може поставити під загрозу зовнішню стабільність змови (п. 87 Повідомлення-роз'яснення)<sup>40</sup>.

Європейська Комісія також виходить із того, що поняття “досить велика частина відповідного ринку” не може бути визначене абстрактно і залежить від конкретних обставин кожної справи та застосованого типу обміну інформацією. Однак там, де обмін інформації відбувається у контексті угоди про горизонтальне співробітництво і не виходить за рамки того, що необхідно для її реалізації, охоплення ринку має бути нижче порогових значень частки ринку, які забезпечують “безпечну гавань” при застосуванні ст. 101 ДФЄС для підприємств, і викладені, зокрема, у Повідомленні-роз'ясненні. Наприклад, для спільних угод із закупівель – це до 15 % на покупку та продажі, для відповідного блоку виключень при регулюванні; наприклад, для угод про спеціалізацію – 20 %, або для *De Minimis Notice* (малозначних) горизонтальних угод (між конкурентами) – до 10 % від загального обсягу ринку – значення, які не можуть бути достатньо значними, щоб чинити обмежувальний вплив на конкуренцію (пункти 87–88 Повідомлення-роз'яснення).

Слід зазначити, що концепція правил Європейської Комісії для “досить значної частини відповідного ринку” надає деяку правову ясність і допомогу для встановлення помітного впливу на конкуренцію. Очевидно, що угоди про обмін інформацією між конкурентами, які спільно володіють часткою ринку у 10 % або навіть 20 %, не повинні розглядатись як такі, що мають помітний вплив на конкуренцію. Можна констатувати, що Європейська Комісія застосовує специфічне правило *de minimis*, яке допомагає визначати незначні угоди з обміну інформацією, які не чинять помітного впливу на конкуренцію, однак роз'яснення Європейської Комісії та посилання на інші правові акти не пояснюють, у яких випадках може бути встановлений помітний вплив на конкуренцію. Варто нагадати, що якщо угода не може розглядатись як *de minimis*, то

nera/publications/2014/PUB\_English\_Intercambios\_Info\_Entre\_Competidores\_Spain\_Eng\_1214.pdf> (accessed: 30.08.2022).

<sup>40</sup> Švirinas (n 12) 87–119; Information Exchanges Between Competitors under Competition Law (n 12); Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (OECD, Policy roundtables, 2012) <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>> (accessed: 30.08.2022).



вона також не може автоматично розглядатись як така, що суттєво обмежує конкуренцію. На думку експертів, завжди є певна “сіра зона”, яка включає у себе угоди, що не є *de minimis* і, водночас, не мають помітного впливу на конкуренцію. Очевидно, що якщо відбувається обмін інформацією між сторонами угоди про спеціалізацію, які спільно утримують 25 % ринку (тобто більше, ніж “безпечна гавань”), то це не повинно автоматично означати, що така угода чинить істотний вплив на конкуренцію, оскільки цілком можливо, що підприємства, які контролюють інші 75 % ринку, будуть успішно вдаватися до обмеження антиконкурентної поведінки учасників угоди з обміну інформацією. Ситуація може змінитися, якщо сторони договору утримуватимуть 40 % ринку. У такому випадку оцінка ситуації буде залежати від різних факторів, включаючи оцінку “протестного права” – можливості конкурентів і покупців чинити перешкоди укладенню або реалізації угоди<sup>41</sup>.

Класифікація угод про обмін інформацією залежно від обмеження конкуренції за метою, результатом має стає вкрай актуальною при оцінці помітного впливу на конкуренцію. Угоди, які мають своєю метою обмеження конкуренції, не розглядаються як такі, що мають другорядне значення, навіть якщо не перевищені порогові значення ринкових часток<sup>42</sup>. Аналіз практики застосування ст. 6 Закону України “Про захист економічної конкуренції”<sup>43</sup> органами Антимонопольного комітету України та судами зумовив необхідність визначення єдиних підходів до вирішення деяких питань, які виникають під час розслідування та кваліфікації порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді інформаційних обмінів між підприємствами, які діють на відповідному ринку, що призвели/можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження економічної конкуренції.

На нашу думку, Антимонопольним комітетом України мають бути надані роз’яснення з метою вдосконалення застосування положень конкурентного законодавства, що регулюють питання контролю за узгодженими діями, виявлення та припинення порушень конкурентного законодавства. Також вони призначені для інформування підприємств, асоціацій підприємств, маркетингових компаній та всіх зацікавлених сторін (зокрема, громадськості) про системний підхід, який застосовуватиметься органами Антимонопольного комітету України під час аналізу змісту, форм і наслідків для ринкового середовища інформаційних обмінів між конкурентами та їх оцінки (кваліфікації).

<sup>41</sup> Švirinas (n 12) 87–119; Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (n 40).

<sup>42</sup> Švirinas (n 12) 87–119; Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Report on Competition Policy 2016. COM/2017/0285 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0285>> (accessed: 30.08.2022).

<sup>43</sup> Про захист економічної конкуренції (n 27).

Обмін інформацією є формою горизонтального співробітництва між підприємствами, які діють на відповідному ринку, за допомогою якого вони пропонують один одному безпосередньо або опосередковано, в односторонньому порядку або на двосторонній основі історичні, поточні або прогнозні дані відносно параметрів своєї господарської діяльності, а саме:

- цінових параметрів (відпускні ціни, механізм ціноутворення, собівартість пропонованої продукції, знижки, структура витрат на виробництво, реалізація продукції тощо);
- нецінових параметрів (маркетингові стратегії, рекламні кампанії, акції, наміри відносно позиціонування нових товарів та виходу на нові ринки, відносини з іншими суб'єктами господарювання тощо).

Інформаційні обміни між підприємствами, які діють на відповідному ринку, приймаючи різні форми, можуть посилювати або обмежувати економічну конкуренцію, тому їх оцінка буде проводитись органами Комітету лише на індивідуальній основі та з урахуванням встановлених фактів відповідно до положеннях, викладених у цих роз'ясненнях.

*Антиконкурентний обмін інформацією* між суб'єктами господарювання, які діють на відповідному ринку – обмін стратегічною комерційною інформацією, а також обмін, який уможливорює особливу координацію окремих суб'єктів господарювання (учасників обміну) та/або суттєво підвищує передбачуваність майбутньої поведінки таких суб'єктів господарювання на відповідному ринку, які б не були можливі за відсутності зазначеного обміну та які призвели (можуть призвести) до недопущення, обмеження, усунення економічної конкуренції на відповідному ринку.

Під оцінку підпадають оприлюднення інформації, а також будь-які прямі або непрямі контакти між підприємствами, які діють на відповідному ринку, метою або наслідком яких є створення таких умов конкуренції, які б не існували за відсутності такої взаємодії суб'єктів господарювання, беручи до уваги характер товарів чи послуг, розмір і число підприємств, обсяг зазначеного ринку, тощо. Оцінка обмежувального впливу на конкуренцію передбачає порівняння ситуації на конкретному ринку за наявності обміну інформацією між підприємствами, які діють на відповідному ринку та за відсутності цього обміну. Встановлення органами Комітету обмежувального впливу інформаційного обміну на конкуренцію залежатиме як від структури (економічної кон'юнктури) відповідних ринків, так і від характеристик такого обміну інформацією<sup>44</sup>.

Висновки. Для підтримання ефективної діяльності суб'єктів господарювання необхідна сучасна та достовірна інформація про динаміку розвитку відповідного ринку. Однак засоби отримання такої інформації,

<sup>44</sup> Науково-дослідна робота за темою "Методичні підходи до оцінки обміну інформацією між конкурентами в контексті дотримання законодавства про захист економічної конкуренції". Звіт про НДР (2017) 222–3.

головним чином, обмін інформацією між підприємствами, які діють на відповідному ринку, можуть нести значну потенційну загрозу спотворення конкуренції на ринку та, відповідно, становити порушення конкурентного законодавства. Домовленості з обміну інформацією між конкурентами можуть бути як частиною іншої забороненої практики, так і являти собою самостійне порушення правил конкуренції.

Розрізняють кілька чинників, що впливають на правову оцінку угод з обміну інформацією: економічні умови ринку (структура відповідного ринку), де відбувається обмін інформацією, характеристика обмінюваної інформації та особливості самого обміну. Всі ці фактори є важливими і необхідними для оцінки допустимості обміну інформацією в контексті дотримання конкурентного законодавства. Сумісність конкретного обміну інформацією з правилами конкуренції не може бути оцінена абстрактно, а має проводитись конкурентним відомством на індивідуальній основі у кожному конкретному випадку.

У 2011 р. Європейська Комісія прийняла детальне Повідомлення “Рекомендації з питань застосування статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу для горизонтальних угод про співробітництво”, в якому викладені основні принципи та критерії оцінки допустимості інформаційних обмінів. Зокрема, у зазначеному документі визначено характеристики незаконного обміну інформацією; певні особливості ринків, наявність яких полегшує незаконний обмін інформацією; умови звільнення від відповідальності. Відповідно до європейського законодавства обмін стратегічною конфіденційною інформацією є незаконним (порушення ст. 101 ДФЄС). Відповідно до Повідомлення така інформація, як правило, стосується цін (наприклад, фактичних цін, знижок; збільшення/зменшення цін), клієнтів, витрат виробництва, обігу, прибутку, якості продукції, маркетингових планів і стратегій, виробничих ризиків, інвестицій та технологій тощо.

Аналіз європейської практики дав можливість зробити висновок, що антиконкурентні обміни інформацією найбільш імовірні на ринках, які є прозорими, висококонцентрованими (особливо олігопольними), простими і стабільними, де рідко з'являються нові гравці, зокрема й через істотні вхідні бар'єри на такі ринки. Підприємства, що беруть участь в обміні інформацією, у більшості випадків є однорідними з точки зору їх вартості, асортименту продукції, частки ринку. На ринках із такими характеристиками створюються сприятливі умови для підприємств для укладання негласних угод, успішного моніторингу їх виконання і застосування санкцій за ухилення від домовленостей. За таких умов результат розвитку конкурентних відносин внаслідок інформаційного обміну залежить як від початкових характеристик ринку, де відбувається обмін, так і від можливих змін цих характеристик, які можуть виникнути вна-

слідок обміну інформацією. Тому необхідним є аналіз не тільки початкових характеристик ринку, на якому відбувається обмін інформацією, а й прогноз розвитку ринкової ситуації без такого обміну.

Також імовірність координації конкурентної поведінки вище на ринках однотипних товарів, де конкуренція зводиться виключно до цінової і нівелюється роль нецінових факторів, таких як асортимент, імідж бренду, формат і якість обслуговування тощо. Крім того, істотний вплив на конкуренцію може з'явитися, якщо підприємства, які беруть участь у обміні інформацією, мають великі ринкові частки. Як правило, суттєві антиконкурентні ризики можуть виникати, якщо компанії обмінюються інформацією, яка стосується всього ринку або значної його частини: інакше залишається невизначеність щодо решти учасників ринку і в разі змови невідомо як відреагують інші гравці, що перешкоджає ефективній координації домовленостей.

Конкурентним законодавством ЄС передбачено певний виняток: угоди з обміну інформацією, які порушують ст. 101 ДФЄС, можуть не підпадати під дію зазначеної норми, якщо вони створюють економічну ефективність для споживачів, і при цьому відсутні інші альтернативні засоби, крім обміну інформацією, для створення такої ефективності і якщо учасники угоди про обмін інформацією не володіють значною ринковою владою.

Застосування ст. 6 Закону України “Про захист економічної конкуренції” органами Антимонопольного комітету України та судами зумовив необхідність визначення єдиних підходів до вирішення деяких питань, які виникають під час розслідування та кваліфікації порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді інформаційних обмінів між підприємствами, які діють на відповідному ринку, що призвели/можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження економічної конкуренції. Вирішення цього питання можливе завдяки наданню відповідних роз'яснень органами Антимонопольного комітету України, а їх застосування буде сприяти запобіганню порушень конкурентного законодавства та підвищенню рівня економічної безпеки держави.

## REFERENCES

### Authored books

#### *Bibliography*

1. Whish, *Competition law* (6th ed, LexisNexis 2009) (in English).
2. Bakalinska O, *Pravove rehuliuвання dobrosovisnoi konkurentsii v Ukraini* (NDI pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika F H Burchaka NaPrN Ukrainy 2014) (in Ukrainian).

*Edited books*

3. Ivanytska N, Shkliar S (zah red), *Zastosuvannia konkurentnoho zakonodavstva. Praktyka Ukrainy, EU, RF ta US* (Iustinian 2014) (in Ukrainian).
4. Shcherbyna V (red), *Konkurentne pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk* (Lira-K 2017) (in Ukrainian).

*Journal articles*

5. Bissocoli E, 'Trade Associations and Information Exchange under US and EC Competition Law' (2000) 23 *World Competition* 79–106 (in English).
6. Capobianco A, 'Information exchange under EC competition law' (2004) 41 *Common Market Law Review* 1247–76 (in English).
7. Meyring B, 'T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors. Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000' (2010) 1 *Journal of European Competition Law & Practice* 30–2 (in English).
8. Niemeier H, 'Market information systems' (1993) 14 *E.C.L.R.* 151–6 (in English).
9. Osti C, 'Information exchanges in the obscure light of Woodpulp' (1994) 15 *E.C.L.R.* 176–82 (in English).
10. Švirinas D, 'The assessment of information exchange agreements between competitors from the perspective of competition law of the EU and of the Republic of Lithuania' (2012) 19 *Jurisprudence* 87–119 (in English).
11. Wagner-von Papp Florian, "'Who is't that can inform me?' The exchange of identifying and non-identifying information' (2007) 28 *European Competition Law Review* 264–70 (in English).
12. Bojchuk N, 'Ukrainskij ritejl: v meru publichnyj i slegka prozrachnyj' (2017) 66 *All Retail* 26–7 (in Russian).

*Websites*

13. Bloom M, 'Information exchange: be reasonable' (*Federal Trade Commission*, 11.12.2014) <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2014/12/information-exchange-be-reasonable>> (accessed: 30.08.2022) (in English).
14. Posada P, Frutos G, 'Competition Policy Applied to Information Exchanges between Competitors in the EU: Proceedings of the Spanish Competition Authority in a Recent Case' (*NERA Economic consulting*, 22.12.2014) <[https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2014/PUB\\_English\\_Intercambios\\_Info\\_Entre\\_Competidores\\_Spain\\_Eng\\_1214.pdf](https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2014/PUB_English_Intercambios_Info_Entre_Competidores_Spain_Eng_1214.pdf)> (accessed: 30.08.2022) (in English).
15. Turi Anna, Nagy András, 'Information cartels: a guide for undertakings' (03.03.2016) <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=00f77801-518c-4484-9c95-e966c9ae7219>> (accessed: 30.08.2022) (in English).
16. Antimonopol'noe regulirovanie informacionnogo obmena v SNG i Kitae <<https://www.dentons.com/ru/insights/alerts/2016/august/26/~~/media/3f7f7848c9fb416c8b6189e225c8fd68.ashx>> (accessed: 30.08.2022) (in Russian).
17. Gladkaja-Batjuk V, 'Sgovorit'sja nel'zja ostanovit'sja. Kak ne popast' pod pricel AMKU' (*Liga.net*, 24.02.2017) <[http://www.liga.net/opinion/319862\\_sgovoritsya-nelzja-ostanovitsya-kak-ne-popast-pod-pritsel-amku.htm](http://www.liga.net/opinion/319862_sgovoritsya-nelzja-ostanovitsya-kak-ne-popast-pod-pritsel-amku.htm)> (accessed: 30.08.2022) (in Russian).
18. Usova A, 'Tekhnika bezpeky pry obmini informatsiieu mizh konkurentamy' (*LIHA:ZAKON*, 05.06.2014) <<http://jurliga.ligazakon.ua/news/2014/6/5/111936.htm>> (accessed: 30.08.2022) (in Ukrainian).

Valeriy Polyukhovych  
Olga Bakalinska

CURRENT ISSUES OF QUALIFICATION  
OF HORIZONTAL CONCERTED ACTIONS OF ENTERPRISES

ABSTRACT. The article analyzes the legal principles of the admissibility of information exchange between enterprises operating on the relevant market; the main characteristics of types of information, forms of exchanges, as well as market structures in the context of compliance with competition legislation are disclosed. On the example of specific cases, the European practice of proving and termination of violations of competition legislation in the form of information exchanges between enterprises, which led to the restriction of economic competition, was analyzed.

Based on the results of the research work, proposals were developed for the Anti-monopoly Committee of Ukraine to provide advisory clarifications regarding some issues of the application of Article 6 of the Law of Ukraine “On Protection of Economic Competition” and analytical materials on the qualification of violations of competition law in the form of anti-competitive information exchanges between enterprises operating on the relevant market, based on the consideration of cases in the member states of the European Union.

KEYWORDS: information exchange; cartel; concerted actions; restrictions of competition; violation; competition legislation.