

ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ



ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

ЛИСТОПАД 2021

Посібник підготовлено у рамках реалізації проєкту міжнародної технічної допомоги:
«Тренінг із питань конкуренції та державної допомоги»,
що фінансується зі Спеціального фонду акціонерів ЄБРР

Рекомендовано до друку Науково-методичною радою Національної школи суддів України
(протокол № 6 від 16 грудня 2021)

ПОДЯКА

Цей посібник підготовлено Європейським банком реконструкції і розвитку (ЄБРР) у співпраці з Міжнародною організацією права розвитку (ІДЛО) у рамках реалізації проєкту міжнародної технічної допомоги «Тренінг із питань конкуренції та державної допомоги», що фінансується зі Спеціального фонду акціонерів ЄБРР.

Розробку посібника координувала пані Вероніка Брадеуцану, старший радник ЄБРР, пані Анна Коппель, керівник регіональних програм Центральної Азії ІДЛО, пані Наталія Шукліна, проректор з науково-дослідної роботи та науково-методичної роботи Національної школи суддів України, професор, к.ю.н., заслужений юрист України, пані Олена Коптева, к.ю.н., радник із правових питань ІДЛО.

Над посібником працювали: пані Тетяна Малашенкова, суддя Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, пані Наталія Буроменська, заступник голови АМКУ – державний уповноважений, пан Сергій Шкляр, доктор юридичних наук, партнер-засновник адвокатської компанії «Арцінгер», пані Ніна Кучерук, провідний науковий співробітник Національної школи суддів України (НШСУ), пан Деніель Северінссон, суддя Стокгольмського суду з питань патентів та ринків, пан Джанлука Сепе, голова Управління у європейських справах Відомства з питань конкуренції та захисту споживачів Італії.

Рецензентами виступили пані Наталія Шукліна, проректор з науково-дослідної роботи та науково-методичної роботи Національної школи суддів України, професор, к.ю.н., заслужений юрист України, та пані Галина Прокопанич, суддя Вищого господарського суду України у відставці, к.ю.н., заслужений юрист України.

Проєкт технічної підтримки «Тренінг з питань конкуренції і державної допомоги» є частиною Програми правової реформи, що реалізується ЄБРР. Більше інформації за посиланням: <https://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform.html>

© Європейський банк реконструкції і розвитку
Площа One Exchange
Лондон EC2A 2JN
Велика Британія

Веб-сайт: www.ebrd.com

Всі права захищені.

Зміст посібника відображає думки окремих авторів і не обов'язково відображає погляди ЄБРР.

ЄБРР звільняється від будь-якої відповідальності щодо відбору ІДЛО та якості роботи ІДЛО у процесі підготовки цього Посібника. У жодному разі ЄБРР не несе відповідальності за будь-які втрати, витрати, шкоду чи відповідальність, пов'язану із роллю ЄБРР у відборі, залученні та здійсненні моніторингу за роботою ІДЛО або в результаті використання послуг ІДЛО. Цей Посібник підготовлено виключно для ЄБРР та надається широкій громадськості виключно з метою ознайомлення.

ЄБРР не робить жодних заяв і не дає жодних гарантій, прямо чи опосередковано, щодо точності та повноти інформації, викладеної у цьому Посібнику. ЄБРР не підтверджував незалежно жодної інформації, викладеної у цьому Посібнику, та ЄБРР не бере на себе жодної відповідальності за будь-яку інформацію, що міститься у цьому Посібнику, чи за недостовірність або опущення якоїсь інформації. Цей Посібник залишається власністю ЄБРР.

ЗМІСТ

СПИСОК ОСНОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	5
ГЛОСАРІЙ	6
ВСТУП	8
1. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ЄС ТА УКРАЇНІ	9
Питання для самоконтролю	22
2. МЕЖІ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ СУДУ ПРИ ПЕРЕГЛЯДІ РІШЕНЬ АМКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ	23
Питання для самоконтролю	33
3. ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА ІНСТРУМЕНТИ ДОКАЗУВАННЯ:	34
3.1 НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ	34
Питання для самоконтролю	47
3.2 ЗЛОВЖИВАННЯ МОНОПОЛЬНИМ (ДОМІНУЮЧИМ) СТАНОВИЩЕМ	48
Питання для самоконтролю	63
3.3 АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ	64
Питання для самоконтролю	70
4. АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ: ПІДХОДИ ДО ДОКАЗУВАННЯ В ПРАКТИЦІ АМКУ	71
Питання для самоконтролю	81
5. СУДОВІ СПОРИ ЗА УЧАСТЮ АМКУ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ	82
Питання для самоконтролю	90
РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА	91

СПИСОК ОСНОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

АМКУ або Комітет	Антимонопольний комітет України
ВРУ	Верховна Рада України
ГПК	Господарський процесуальний кодекс
ДФЄС	Договір про функціонування Європейського Союзу
ЄБРР	Європейський банк реконструкції і розвитку
ЕК або Комісія	Європейська Комісія
ЄС	Європейський Союз
ЄСПЛ	Європейський суд із прав людини
ІДЛО	Міжнародна організація права розвитку
КМУ	Кабінет Міністрів України
НШСУ	Національна школа суддів України
ПІВ	Права інтелектуальної власності
ТОВ	Товариство з обмеженою відповідальністю

Антиконкурентні узгоджені дії – узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.

Вертикальні антиконкурентні узгоджені дії – формальні та неформальні угоди між суб'єктами господарювання, що не є конкурентами (провадять свою господарську діяльність на різних рівнях відповідного ринкового сегменту), але пов'язані між собою єдиним виробничим ланцюжком.

Вертикальні узгоджені дії вважаються порушенням, якщо вони:

- призводять (призводять, а не можуть призвести) до суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині, у тому числі монополізації відповідних ринків;
- обмежують (а не можуть обмежити) доступ на ринок інших суб'єктів господарювання;
- призводять до економічно необґрунтованого підвищення цін або дефіциту товарів.

Горизонтальні антиконкурентні узгоджені дії – формальні та неформальні угоди між юридично незалежними суб'єктами господарювання, що перебувають у конкурентних стосунках.

Зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку є дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку.

Виключні зловживання – зловживання, коли монопольний суб'єкт господарювання використовує свою ринкову владу для виключення конкурентів/унеможливлення конкуренції на ринку (ціновий демпінг, зменшення маржі, схеми знижок, відмова постачати, нав'язування та групування).

Дискримінаційні зловживання – зловживання, коли монопольний суб'єкт господарювання застосовує неоднакові умови в еквівалентних правочинах з іншими торговими сторонами, що створює невідгідні для них умови конкуренції.

Експлуатаційні зловживання – зловживання, коли монопольний суб'єкт господарювання використовує свою ринкову владу для експлуатації (надмірні ціни).

Монополізація – досягнення суб'єктом господарювання монопольного (домінуючого) становища на ринку товару, підтримання або посилення цього становища. Суб'єкт господарювання займає монопольне (домінуюче) становище на ринку товару, якщо:

- на цьому ринку у нього немає жодного конкурента;
- не зазнає значної конкуренції внаслідок обмеженості можливостей доступу інших суб'єктів господарювання щодо закупівлі сировини, матеріалів та збуту товарів, наявності бар'єрів для доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, наявності пільг чи інших обставин;

а також суб'єкт господарювання:

- частка якого на ринку товару перевищує 35 відсотків, якщо він не доведе, що зазнає значної конкуренції;
- частка на ринку товару становить 35 або менше відсотків, але він не зазнає значної конкуренції, зокрема внаслідок порівняно невеликого розміру часток ринку, які належать конкурентам.

Недобросовісна конкуренція – будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Це завжди умисні дії, а не бездіяльність, тобто активна форма діяльності, коли особа, що вчиняє акт недобросовісної конкуренції, усвідомлено та цілеспрямовано порушує установлені правові чи морально-етичні норми ведення підприємницької діяльності з метою отримання конкурентних переваг у підприємницькій діяльності.

Узгоджені дії – укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

У посібнику висвітлюються питання нормативно-правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції в Україні та Європейському Союзі (ЄС) і перспективи його розвитку. Особливу увагу присвячено судовій практиці із розгляду порушень законодавства у сфері захисту економічної конкуренції та інструментам і способам доказування недобросовісної конкуренції, антиконкурентних узгоджених дій та зловживання монопольним становищем.

Посібник розрахований на широке коло зацікавлених осіб: суддів, працівників органів державної влади та місцевого самоврядування, підприємців, викладачів та науковців, а також усіх, хто цікавиться питаннями захисту економічної конкуренції.

1. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ЄС ТА УКРАЇНІ

Сергій Шкляр, доктор юридичних наук,
партнер-засновник адвокатської компанії «Арцінгер»

1.1 Законодавство про захист економічної конкуренції

Статтею 42 Конституції України гарантовано захист конкуренції в підприємницькій діяльності і заборонено обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем та недобросовісну конкуренцію¹. Також, статтею 92 Конституції України встановлено, що правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються виключно законами України.

Основним нормативно-правовим актом, який визначає правові засади підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності і спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин є Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III (Закон № 2210-III)².

Стаття 3 Закону № 2210-III встановлює, що законодавство про захист економічної конкуренції ґрунтується на нормах, установлених Конституцією України, і складається із зазначеного Закону, законів України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII (Закон № 3659-XII)³, «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 №236/96-ВР (Закон № 236/96-ВР)⁴, інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів.

¹ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-ВР>

² Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

³ Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12>

⁴ Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-ВР>

Окрім згаданих вище нормативно-правових актів, правовою основою для захисту економічної конкуренції в Україні є також:

1. Закони України: 	— Закон України «Про природні монополії»⁵; — Закон України «Про публічні закупівлі»⁶; — Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання»⁷; — Господарський кодекс України⁸; — Кодекс України про адміністративні правопорушення⁹ тощо.
2. Постанови Кабінету міністрів України (КМУ): 	— постанова КМУ «Про затвердження Порядку надання Кабінетом міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання» від 28 лютого 2002 р. № 219¹⁰; — постанова КМУ «Про Положення про державне регулювання цін (тарифів) на продукцію виробничо-технічного значення, товари народного споживання, роботи і послуги монопольних утворень» від 22 лютого 1995 р. № 135¹¹ тощо.

⁵ Закон України «Про природні монополії» від 20.04.2000 № 1682-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-14>

⁶ Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

⁷ Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 № 1555-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18>

⁸ Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

⁹ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

¹⁰ Постанова КМУ «Про затвердження Порядку надання Кабінетом міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання» від 28.02.2002 № 219. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/219-2002-п>

¹¹ Постанова КМУ «Про Положення про державне регулювання цін (тарифів) на продукцію виробничо-технічного значення, товари народного споживання, роботи і послуги монопольних утворень» від 22.02.1995 № 135. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/135-95-п>

3. Розпорядження
Антимонопольного
комітету України
(АМКУ):



- розпорядження АМКУ «Про Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України» від 23 лютого 2001 р. № 32-р¹²;
- розпорядження АМКУ «Про затвердження Тимчасових правил розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України» («Правила розгляду справ») від 19 квітня 1994 р. № 5¹³;
- розпорядження АМКУ «Про затвердження Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію» від 19 лютого 2002 р. № 33-р¹⁴;
- розпорядження АМКУ «Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання» від 12 лютого 2002 р. № 27-р¹⁵;
- розпорядження АМКУ «Про затвердження Типових вимог до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання та внесення змін до Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України» від 12 жовтня 2017 р. № 10-рп¹⁶;

¹² Розпорядження АМКУ від 23.02.2001 № 32-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0291-01>

¹³ Розпорядження АМКУ від 19.04.1994 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0090-94>

¹⁴ Розпорядження АМКУ від 19.02.2002 № 33-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02>

¹⁵ Розпорядження АМКУ від 12.02.2002 № 27-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-02>

¹⁶ Розпорядження АМКУ від 12.10.2017 № 10-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1364-17>

	— розпорядження АМКУ «Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку» від 05 березня 2002 р. № 49-р¹⁷; — розпорядження АМКУ «Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій малих та середніх підприємців щодо спільного придбання товарів» від 13 червня 2019 р. № 10-рп¹⁸; — розпорядження АМКУ «Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання у сфері трансферу технологій, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України» від 09 листопада 2018 р. № 21-рп¹⁹;
4. Накази АМКУ: 	— наказ АМКУ «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо оцінки впливу нормативно-правових актів та проектів актів на конкуренцію» від 14 листопада 2017 р. № 117²⁰ тощо.
5. Міжнародні договори: 	— Паризька конвенція «Про охорону промислової власності» від 20 березня 1883 р.²¹;

¹⁷ Розпорядження АМКУ від 05.03.2002 № 49-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02>

¹⁸ Розпорядження АМКУ від 13.06.2019 № 10-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0773-19>

¹⁹ Розпорядження АМКУ від 09.11.2018 № 21-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1413-18>

²⁰ Наказ АМКУ від 14.11.2017 № 117. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/metodichni-rekomendaciyi-shchodo-ocinki-vplivu-normativno-pravovihaktiv-ta-proektiv-aktiv-na-konkurenciyu>

²¹ Паризька конвенція «Про охорону промислової власності» від 20 березня 1883 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123

	— Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2014 р. (Угода про асоціацію)²²; — Договір про заснування Енергетичного Співтовариства від 25 жовтня 2005 р.²³.
6. Судова практика 	

Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (ВРУ), встановлено інші правила ніж ті, що містяться у законі, то застосовуються правила міжнародного договору.

Узгоджена конкурентна політика країн Європейського Союзу є одним з наріжних каменів європейської інтеграції. Спільні норми щодо регулювання питань конкуренції були впроваджені у 1957 р. одночасно зі створенням Європейського Економічного Співтовариства, яке згодом трансформувалось у Європейський Союз.

Так, у *Римській угоді 1957 р. про створення Європейського Економічного Співтовариства*²⁴, яка визначає спільні правила Співтовариства, ст. 85-99 регулюють питання конкурентної поведінки підприємств, демпінгу та державної допомоги. Зокрема, статті 85-86 Римського договору визначили основні правила щодо заборони картелів (узгоджених дій, направлених на усунення конкуренції), зловживання монополією (домінуючим) положенням, а також визначили їх основні види. Зазначені положення включені до ст. 101 і 102 *Договору про функціонування ЄС (ДФЄС)*²⁵.

Відповідно до ст. 101 ДФЄС як несумісні з внутрішнім ринком забороняються всі угоди між суб'єктами господарювання, рішення об'єднань суб'єктів госпо-

²² Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

²³ Договір про заснування Енергетичного Співтовариства від 25.10.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_926#o91

²⁴ Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства) від 25.03.1957. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017

²⁵ Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06

дарювання та узгоджені практики, що можуть вплинути на торгівлю між державами-членами та метою або наслідком яких є перешкоджання, обмеження чи спотворення конкуренції на внутрішньому ринку.

Зокрема ті, що прямо або опосередковано встановлюють ціни на купівлю або продаж чи будь-які інші торговельні умови; обмежують або контролюють виробництво, ринки, технічний розвиток або інвестиції; ділять ринки або джерела постачання; застосовують неоднакові умови в еквівалентних правочинах з іншими торговими сторонами, створюючи цим невідгідні для них умови конкуренції; зумовлюють укладання договорів прийняттям іншими сторонами додаткових зобов'язань, які за своєю суттю або згідно з торговельними звичаями не пов'язані з предметом цих договорів.

Одним із принципів конкурентної політики ЄС є також *принцип регулювання концентрацій*. Відповідні норми не встановлені прямо у Римському договорі, але пізніше Європейська Комісія (ЄК або Комісія), а також практика суду ЄС, довели необхідність винесення цього питання на наднаціональний рівень.

У 1989 р. прийнятий Регламент № 4064/89, який передбачав отримання єдиного дозволу Європейської Комісії на концентрації, які за своїм масштабом можуть вплинути на конкуренцію на рівні всього співтовариства. Цей регламент потім був замінений *Регламентом 139/2004*²⁶, що продовжив вдосконалення механізму контролю за концентраціями.

Імплементация положень конкурентного права ЄС до права України почалась фактично одразу після набуття незалежності.

Підписавши *Угоду про асоціацію* у 2014 році, Україна взяла на себе зобов'язання із подальшої гармонізації конкурентного законодавства України. Ст. 256 Угоди передбачає подальше наближення законодавства України до права ЄС та має перелік положень Регламентів ЄС, які потрібно імплементувати до законодавства України²⁷. Хоча зміни і не будуть радикальними, але в деяких випадках дуже очікуваними та важливими.

Слід зазначити, що такі заходи здійснюються за підтримки ЄС шляхом реалізації проєктів міжнародної технічної допомоги (у т. ч. Twinning і TAIEX), а також в рамках двостороннього міжвідомчого співробітництва з конкурентними відомствами країн-членів ЄС.

²⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance). URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>

²⁷ Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

Наразі Україна імплементувала всі обов'язкові норми, передбачені статтею 256 Угоди про асоціацію, окрім викладених у статті 5 (1) - (2) Регламенту №139/2004 від 20 січня 2004 р. про контроль за концентрацією між підприємствами стосовно обрахунку порогових показників концентрації²⁸. У Верховній Раді зареєстрований проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» від 27 квітня 2021 р. № 5431, та у разі його прийняття ці норми також будуть імplementовані. Зазначений законопроект був розроблений безпосередньо АМКУ за участі міжнародних експертів.

Окрему увагу варто звернути також на **рекомендаційні роз'яснення АМКУ** – методологічні документи, які, втім, не мають обов'язкової сили.



До таких документів належать:

Рекомендаційні роз'яснення щодо підходів застосування частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 03 липня 2020 р. № 24-pp²⁹;

Рекомендаційні роз'яснення щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 09 серпня 2016 р. № 39-pp³⁰;

Рекомендаційні роз'яснення щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки негоризонтальних концентрацій) від 16 березня 2018 р. № 13-pp³¹ та ін.

²⁸ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance). URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>

²⁹ Рекомендаційні роз'яснення АМКУ від 03.07.2020 № 24-pp. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/shchodo-pidhodiv-do-zastosuvannya-chastini-tretoy-statiti-46-zakonu-ukrayini-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi>

³⁰ Рекомендаційні роз'яснення АМКУ від 09.08.2016 № 39-pp. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v16pp226-15>

³¹ Рекомендаційні роз'яснення АМКУ від 16.03.2018 № 13-pp. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d69108da1a3d.pdf

До актів, які мають рекомендаційний характер також відносяться **методичні рекомендації**.



До них належать:

Методичні рекомендації щодо застосування поняття контролю, затверджені протокольним рішенням АМКУ від 01 листопада 2018 р.³²;

Методичні рекомендації щодо особливостей застосування пункту 3 частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції» при розгляді заяв про надання дозволу на концентрацію у вигляді створення спільних підприємств від 26 вересня 2019 р.³³;

Методичні рекомендації щодо застосування тесту гіпотетичного монополіста під час визначення ринків, затверджені протокольним рішенням АМКУ від 10 липня 2020 р.³⁴.

Діяльність АМКУ також врегульовується інформаційними листами, в яких по суті містяться роз'яснення яким чином мають діяти органи АМКУ при виконанні своїх повноважень. Серед прикладів таких листів: *Інформаційний лист АМКУ від 13 червня 2019 р. № 70/01 «Про запитування інформації органами Антимонопольного комітету України та застосування відповідальності за порушення, пов'язані з запитуванням інформації»*³⁵; *Інформаційний лист АМКУ від 02.04.2012 №60/01 «Про проведення досліджень ринків»*³⁶, та ін.

³² Методичні рекомендації щодо застосування поняття контролю, затверджені протокольним рішенням АМКУ від 01.11.2018. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d69108d71592.pdf

³³ Методичні рекомендації щодо особливостей застосування пункту 3 частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції» при розгляді заяв про надання дозволу на концентрацію у вигляді створення спільних підприємств від 26.09.2019. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/novosti_dla_pdf/%20рекомендації_створення%20СП%2026.09.2019.pdf

³⁴ Методичні рекомендації щодо застосування тесту гіпотетичного монополіста під час визначення ринків, затверджені протокольним рішенням АМКУ від 10.07.2020. URL: <https://amcu.gov.ua/news/amku-zatverdiv-metodichni-rekomendaciyi-iz-zastosuvannya-testu-gipotetichnogo-monopolista>

³⁵ Інформаційний лист АМКУ від 13.06.2019 № 70/01. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-zapituvannya-informaciyi-organami-antimonopolnogo-komitetu-ukrayini-ta-zastosuvannya-vidpovidalnosti-za-porushennya-povyazani-z-zapituvannyam-informaciyi>

³⁶ Інформаційний лист АМКУ від 02.04.2012 № 60/01. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-provedennya-doslidzen-rinkiv>

1.2 Проблемні питання та перспективи розвитку регулювання у сфері захисту економічної конкуренції

Окремо слід зупинитися на проблемних питаннях у правозастосуванні конкурентного регулювання, які потребують вирішення. У цій статті ми окреслимо деякі з них, а саме:

- визначення групи суб'єктів господарювання як суб'єкта притягнення до відповідальності;
- межі дискреційних повноважень суду при розгляді конкурентних спорів;
- дослідження судом доказів, які не подавалися на етапі розслідування АМКУ.

1.2.1 Визначення групи суб'єктів господарювання як суб'єкта притягнення до відповідальності.

Притягнення декількох компаній з групи або навіть всієї групи суб'єкта господарювання є уже звичною практикою в правозастосуванні АМКУ³⁷.

Водночас, відповідно до частини четвертої ст. 52 Закону №2210-III у разі, коли декілька юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, які входять до групи, що визнається суб'єктом господарювання, вчинили діяння (дії, бездіяльність), які призвели до порушення законодавства про захист економічної конкуренції зазначеним суб'єктом господарювання, та/або мають права, без яких вчинення порушення було б неможливим, та/або отримали чи можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди, штраф накладається на суб'єкт господарювання в особі юридичних та/або фізичних осіб, які вчинили наведені діяння (дії, бездіяльність) або отримали чи можуть отримати наведені вигоди. Під вигодою вважається, зокрема, можливість впливати на діяльність інших юридичних та/або фізичних осіб - суб'єктів господарювання, одержання частини їх прибутку³⁸.

³⁷ Рішення АМКУ від 10.10.2019 р. у справі № 697-р, пп.138-156. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/rishennya-697-r-vid-10102019>

³⁸ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

Отже, для притягнення до відповідальності групи суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими, АМКУ має довести такі (вичерпні) умови:

УМОВА 1

здійснення контролю (група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими);

УМОВА 2

декілька юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, які входять до групи, що визнається суб'єктом господарювання

- вчинили діяння (дії, бездіяльність), які призвели до порушення законодавства про захист економічної конкуренції зазначеним суб'єктом господарювання, та/або
- мають права, без яких вчинення порушення було б неможливим, та/або
- отримали чи можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди.

Потрібно наголосити, що правильне встановлення групи суб'єктів господарювання має значення з точки зору повноти виявлення кола причетних (зокрема, до порушення) осіб, невідворотності та індивідуалізації їх відповідальності³⁹; й відповідає нормам Конституції України (щодо індивідуального характеру юридичної відповідальності), Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (щодо завдань та повноважень АМКУ), Закону «Про захист економічної конкуренції» (щодо меж його застосування).

Таким чином, особи, не причетні до порушення (такі, що не організовували вчинення порушення та/або істотно не сприяли його вчиненню, та/або не отримали чи не можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди), включенню до складу названої групи не підлягають.

³⁹ Постанова ВС від 03.11.2020 р. у справі №910/12464/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92770811>

1.2.2 Межі дискреційних повноважень суду при розгляді конкурентних спорів

В частині визначення меж дискреційних повноважень суду та антимонопольного органу існує ряд проблем, які активно обговорюються як у суддівських, так і в експертних колах. Зокрема, дискусійним є питання про те, які рішення може переглядати суд.



До суду можуть бути оскаржені:

- рішення у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та у заявах, справах про узгоджені дії, концентрацію;
- інші рішення органів АМКУ (вимога, відмова у розгляді справи, розпорядження, рішення про закриття справи, рішення у формі листів тощо).

Перш за все, досі суди і АМКУ вказують, що деякі рішення АМКУ, що не оформлені формальними рішеннями, не можуть бути оскаржені. Річ у тім, що законодавство про захист економічної конкуренції не містить чітких вимог до рішень Комітету, зокрема й щодо його законності чи обґрунтованості. Зазначене час від часу стає причиною для зловживань.

Зокрема цікавим прикладом є відмова АМКУ в розгляді справи, оформлена не розпорядженням, а листом-повідомленням. Як зазначав в одній зі справ АМКУ⁴⁰, відмова у розгляді справи викладена у листі, який підписано Першим заступником Голови Антимонопольного комітету України – державним уповноваженим, здійснена у межах наданих йому повноважень, зокрема ст. 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України».

Водночас, Верховний Суд не погодився з АМКУ й дійшов до висновку, що відмова Комітету в розгляді справи є рішенням Комітету, оформленим не розпорядженням, а листом-повідомленням. Отже, таке рішення може бути оскаржене заявником у господарському суді.

Крім цього, Верховний Суд встановив, що Комітет у межах цієї справи надав позивачу формальну відповідь про відмову в розгляді справи, яка ґрунтувалася на суперечливій та нерелевантній аргументації. Оскільки чинним законодавством майже не врегульовано процедури та критерії, за якими Комітет ухва-

⁴⁰ Постанова ВП ВС від 02.07.2019 р. у справі № 910/23000/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998256>

лює рішення про відкриття чи відмову в розгляді справи, рішення Комітету про відмову має бути максимально вичерпним, ґрунтовним, повинне розкривати заявникові мотиви його ухвалення. Дискреційні повноваження не повинні використовуватися органом свавільно, а суд повинен мати можливість переглянути рішення, прийняті на підставі реалізації цих дискреційних повноважень, що є запобіжником щодо корупції та свавільних рішень в умовах максимально широкої дискреції державного органу.

У таких випадках, суду належить в першу чергу встановити, чи порушують певні рішення права чи такі рішення є просто процесуальними і можуть бути оскаржені разом з кінцевим рішенням по справі⁴¹. Оскільки у ситуації з листом-повідомленням кінцевого рішення не передбачалось, лист-повідомлення фактично був рішенням по суті скарги.

Також широко обговорюється питання меж дискреційних повноважень суду в Україні у порівнянні з ЄС. Компетенція українського суду значно вужча за компетенцію Суду ЄС, як можна побачити у таблиці, наведеній нижче.

Загальне правило перегляду рішень	
В Україні: суд переглядає рішення лише в межах підстав , визначених ст. 59 Закону № 2210-III:	В ЄС: Суд ЄС переглядає рішення відповідно до ст. 31 Регламенту № 1/2003 і має необмежену юрисдикцію щодо перегляду рішень ЄК.
— неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи; — недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими; — невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи; — заборона концентрації відповідно до Закону України «Про санкції»; — порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права (тільки за умови, якщо це порушення призвело до прийняття неправильного рішення); — недотримання законодавства чи порушення компетенції Комітету.	Відповідно до ст. 263 ДФЄС: <i>«Суд ЄС контролює правомірність законодавчих актів, актів Ради, Комісії і Європейського центрального банку, окрім рекомендацій і висновків, а також актів Європейського парламенту і Європейської ради, спрямованих на створення правових наслідків для третіх сторін. Крім того, Суд ЄС контролює правомірність актів органів, установ чи агенцій Союзу, спрямованих на створення правових наслідків для третіх сторін...»</i>

⁴¹ Постанова ВС від 30.09.2019 р. у справі № 910/23375/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84665462>.

Кваліфікація	
В Україні: суд не має права переглядати кваліфікацію порушення, встановлення товарних, територіальних (географічних), часових меж певних товарних ринків, визначені АМКУ – ці питання відносяться до виключної компетенції АМКУ ^{42,43} .	В ЄС: Суд ЄС має право переглядати кваліфікацію порушення, аналіз товарних, територіальних (географічних), часових меж певних товарних ринків визначену ЄК.

Зміна розміру штрафу	
В Україні: визначення розміру штрафу, з огляду на відсутність у Законі будь-яких механізмів розрахунку точної суми штрафу (крім лімітів, зазначених у ст. 52 Закону) – виключна дискреція АМКУ ⁴⁴ .	В ЄС: Суд ЄС має право переглядати рішення в ЄК в частині встановлення штрафу або пені, в тому числі може скасувати, зменшити або збільшити накладений штраф або пеню.

Скасування та прийняття нового рішення	
В Україні: суд не має права скасовувати рішення АМКУ з одночасним прийняттям нового рішення.	В ЄС: при оскарженні Суд ЄС може замінити оцінку ЄК своєю власною та прийняти нове рішення, підтверджуючи, збільшуючи або, найчастіше, зменшуючи/скасовуючи штраф ^{45,46} .

1.2.3 Дослідження судом доказів, які не подавалися на етапі розслідування в АМКУ

Певний час суди керувались підходом, за якого судом не можуть досліджуватись та оцінюватись додаткові докази/пояснення сторін, які стосуються кваліфікації встановленого АМКУ порушення конкурентного законодавства, які не надавались у межах розгляду справи про порушення конкурентного законодавства⁴⁷, оскільки згідно із Правилами розгляду справ, відповідні докази/пояснення могли бути надані сторонами справи і мали розглядатись АМКУ як доказ.

⁴² Постанова ВС від 02.07.2020 р. у справі № 922/3506/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90232129>.

⁴³ Постанова ВС від 16.01.2020 р. у справі № 910/367/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86999019>.

⁴⁴ Постанова ВС від 13.02.2018 р. у справі № 910/20661/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72201361>.

⁴⁵ Справа T-201/04 R Microsoft v. Commission [2004] ECR II-4463. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57226&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27804>.

⁴⁶ Справа T-48/00 Corus UK Ltd, formerly British Steel plc v Commission [2004] ECR II-232. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=64601&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=28225>.

⁴⁷ Зокрема такий підхід відображений у Постанові ВС від 19.08.2019 р. у справі №910/12487/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83783471>.

Відтак, попри відсутність прямих норм щодо прийняття судами до уваги доказів, заявлених на стадії судового оскарження, судами повсякчас відхилялись і ряд доказів/пояснень, які не могли бути надані на етапі розгляду справи АМКУ, зокрема: висновки експертів та фахівців у галузі права.

Водночас, суди не брали до уваги той факт, що частіше за все позивачі не просили експертів здійснити власний аналіз ринку/поведінки гравців на ньому. Натомість, метою зазначених експертиз може бути демонстрація невідповідності висновків АМКУ фактичним обставинам справи (тобто вихідним даним, на підставі яких здійснювався аналіз).

Таким чином, завдяки висновкам експертів та фахівців у галузі права, позивачі мають намір підтвердити наявність підстав, передбачених ст. 59 Закону для скасування рішення АМКУ.

26 квітня 2021 року, Велика Палата Верховного Суду, розглядаючи **справу № 910/701/17** за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Золотий екватор» про визнання частково недійсним рішення АМКУ від 28.10.2016 № 480-р «Про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та накладення штрафу», змінив позицію, дійшовши висновку що положення ст. 40 Закону та п. 16 Правил розгляду справ стосовно прав осіб, які беруть (брали) участь у справі (зокрема, щодо наведення доказів) *не обмежують цих осіб у наданні до суду доказів, які раніше не були подані ними в процесі розгляду АМКУ справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції*⁴⁸.

Таким чином, Верховний Суд постановив, що подання до суду доказів, які раніше не були подані ними в процесі розгляду АМКУ справи можливе, а судам необхідно перевірити такі докази на належність, допустимість та достовірність у відповідності із правилами, передбаченими Господарсько-процесуальним кодексом України.

Питання для самоконтролю

1. Які рішення АМКУ може переглядати суд?
2. Як відрізняється компетенція українського суду при розгляді конкурентних спорів від компетенції суду ЄС?
3. Які умови має довести АМКУ для притягнення до відповідальності групи суб'єктів господарювання, якщо один або декілька здійснюють контроль над іншими?

⁴⁸ Постанова ВП ВС від 21.04.2021 р. у справі № 910/701/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96501275>.

2. МЕЖІ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ СУДУ ПРИ ПЕРЕГЛЯДІ РІШЕНЬ АМКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Тетяна Малашенкова,
суддя Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року № 3659-XII⁴⁹ Комітет є державним органом зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель.



Основне завдання АМКУ – участь у формуванні та реалізації конкурентної політики

Відповідно до статті 3 Закону № 3659-XII основним завданням АМКУ є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині, зокрема здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

Статті 7 та 16 Закону № 3659-XII закріплюють, що Комітет має повноваження, зокрема, приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції рішення за заявами і справами. Державний уповноважений Антимонопольного комітету України має повноваження розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, про надання дозволу, надання попередніх висновків стосовно узгоджених дій, концентрації, приймати розпорядження про початок розгляду справи або надавати мотивовану відповідь про відмову в розгляді справи.

Правові засади підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності визначені Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р. №2210-III⁵⁰, який спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин.

Згідно з частинами першою, другою статті 12 Закону № 3659-XII для реалізації завдань, покладених на АМКУ, в Автономній Республіці Крим, областях, містах

⁴⁹ Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12>

⁵⁰ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

Києві і Севастополі утворюються територіальні відділення АМКУ, повноваження яких визначаються Комітетом у межах його компетенції. У разі необхідності можуть утворюватись міжобласні територіальні відділення.

За приписами статті 22 Закону № 3659-XII розпорядження, рішення та вимоги органу АМКУ, голови територіального відділення АМКУ, вимоги уповноважених ними працівників АМКУ, його територіального відділення в межах їх компетенції є обов'язковими для виконання у визначені ними строки, якщо інше не передбачено законом. Невиконання розпоряджень, рішень та вимог органу АМКУ, голови територіального відділення АМКУ, вимог уповноважених ними працівників АМКУ, його територіального відділення тягне за собою передбачену законом відповідальність.

Суб'єкти господарювання, об'єднання, органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, інші юридичні особи, їх структурні підрозділи, філії, представництва, їх посадові особи та працівники, фізичні особи зобов'язані на вимогу органу АМКУ, голови територіального відділення АМКУ, уповноважених ними працівників АМКУ, його територіального відділення подавати документи, предмети чи інші носії інформації, пояснення, іншу інформацію, в тому числі з обмеженим доступом та банківську таємницю, необхідну для виконання АМКУ, його територіальними відділеннями завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції та про державну допомогу суб'єктам господарювання (стаття 22-1 Закону № 3659-XII).

Конституція України у частині другій статті 19 закріплює правило, згідно з яким органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.



Заборонено все, крім дозволеного законом



Дозволено лише те, що прямо передбачено законом

Аналіз цієї норми дає змогу дійти висновку, що діяльність органів державної влади здійснюється у відповідності до спеціально-дозвільного типу правового регулювання, яке побудовано на основі принципу «заборонено все, крім дозволеного законом; дозволено лише те, що прямо передбачено законом».

Застосування такого принципу суттєво обмежує цих суб'єктів у виборі варіантів чи моделі своєї поведінки, а також забезпечує використання ними владних повноважень виключно в межах закону і тим самим істотно обмежує можливі зловживання з боку держави та її органів.

Аналізуючи наявність чи відсутність дискреції в органів публічної влади, суди, як вказує практика, застосовують підхід, взявши до уваги *Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2*⁵¹, які прийняті Комітетом Міністрів 11.03.1980 на 316-й нараді і відповідно до яких під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин.

На нашу думку, можна виокремити, зокрема, такі **основні види дискреції органу**:

- дискреція щодо прийняття або вчинення як такого рішення/дії, тобто орган має право самостійно вирішувати, чи буде/не буде приймати або вчиняти рішення / діяти у конкретній ситуації;

- дискреція щодо вибору одного з декількох варіантів рішення/дії, тобто органу, у передбачених законом підставах та варіантів надається можливість прийняти одне з юридично допустимих рішень або вчинити одну із юридично допустимих дій за даних обставин;

- дискреція щодо способу дії, тобто органу надається можливість самостійно вирішити, яким чином він буде діяти/приймати рішення, яке він вважає найкращим за даних обставин у конкретній ситуації.

⁵¹ Recommendation adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 11 March 1980 No R (80) 2 concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities. URL: <https://rm.coe.int/16804f22ae>

Дискреційні повноваження можуть закріплюватися в нормативно-правових актах, проектах нормативно-правових актів такими способами⁵²:

1) за допомогою оціночних понять, наприклад: «а наявності поважних причин орган вправі надати...», «у виключних випадках особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може дозволити...», «рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам...» тощо;

2) шляхом перерахування видів рішень, що приймаються органом (особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), не вказуючи підстав для прийняття того чи іншого рішення або шляхом часткового визначення таких підстав;

3) шляхом надання права органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) при виявленні певних обставин (настанні конкретних юридичних фактів) приймати чи не приймати управлінське рішення залежно від власної оцінки цих фактів;

4) за допомогою нормативних приписів, що містять лише окремі елементи гіпотези чи диспозиції правової норми, що не дозволяють зробити однозначний висновок про умови застосування нормативного припису або правові наслідки застосування такого припису.

Судова практика Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) з питань обсягу судового контролю встановлює загальні рамки, в межах яких дискреційна влада може здійснюватися і юридично контролюватися. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи, Венеційської комісії хоча формально й не мають обов'язкового характеру, однак вони є дуже важливими для національної практики, зокрема, для надання змістовного тлумачення, а також розширення принципів, втілених у процесуальних кодексах України, які встановлюють вимоги і для реалізації дискреційних повноважень, зокрема частини другої статті 2 *Господарського процесуального кодексу України* (ГПК)⁵³.

У практиці ЄСПЛ вироблено низку принципів і тестів, які дають судам орієнтири під час судового контролю за реалізацією дискреційних повноважень адміністративними органами, у тому числі АМКУ.

⁵² Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів» від 23.06.2010 № 1380/5. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_30668

⁵³ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 №1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

Будь-яке рішення державного органу, уповноваженого на здійснення певної діяльності, не може ґрунтуватися на припущеннях чи досліджених не у повній мірі фактах та обставин, що стали підставою для ухвалення певного рішення.

Вказаний висновок ґрунтується також на правовій позиції Великої Палати Верховного Суду, яка викладена у постанові від 02.07.2019 у справі **№910/23000/17**⁵⁴ стосовно того, що дискреційні повноваження АМКУ не повинні використовуватися органом свавільно, а суд повинен мати можливість переглянути рішення, прийняті на підставі реалізації цих дискреційних повноважень, що є запобіжником щодо корупції та свавільних рішень в умовах максимально широкої дискреції державного органу.

У постанові від 02.07.2019 у справі № 910/23000/17 Велика Палата Верховного Суду наголосила на важливості дотримання принципу належного врядування та унеможливлення свавільного використання дискреційних повноважень, що АМКУ має враховувати при ухваленні рішень.

Завдання судочинства полягає не у забезпеченні ефективності державного управління, а у гарантуванні дотримання вимог права, інакше було б порушено принцип розподілу влади.

Принцип розподілу влади заперечує надання суду адміністративно-дискреційних повноважень – єдиним критерієм здійснення правосуддя є право, тому завданням судочинства завжди є контроль легальності.

З огляду на завдання та основні засади господарського судочинства, закладені у статті 2 ГПК України⁵⁵ (які є суттєво відмінними від завдань та основних засад кримінального та адміністративного судочинства), перевірка правильності кваліфікації дій АМКУ щодо порушення суб'єктами господарювання законодавства про захист економічної конкуренції, передбачених у статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», певним чином співвідносяться із компетенцією суду, визначеною, зокрема, статтею 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції»⁵⁶. Аналіз норм статей 19, 124 Конституції України, статті 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції», норм процесуального права, які закріплені в ГПК України щодо компетенції суду, дає підстави дійти висновку, що останній не може підміняти інший орган державної влади, зокрема АМКУ, та перебирати на себе повноваження щодо вирішення питань, які законодавством віднесені до компетенції цього органу.

⁵⁴ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 02.07.2019 у справі № 910/23000/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998256>

⁵⁵ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 №1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

⁵⁶ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

Схожі правові висновки викладені у постановках Верховного Суду, зокрема: **у справі № 910/17929/19** від 15.04.2021⁵⁷, **у справі № 910/6322/20** від 22.04.2021.⁵⁸

Підстави для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів АМКУ визначені частиною першою ст. 59 Закону №2210-III, а саме⁵⁹:

- неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи;
- недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими;
- невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи;
- заборона концентрації відповідно до Закону України «Про санкції»;
- порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права.



У Постанові Верховного Суду від 4 березня 2021 р. **у справі №908/1879/17** зазначається⁶⁰:

«Відповідно до частин першої та третьої статті 74 ГПК України кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. Докази подаються сторонами та іншими учасниками справи.

Обов'язок з доказування слід розуміти як закріплену в процесуальному та матеріальному законодавстві міру належної поведінки особи, що бере участь у судовому процесі, із збирання та надання доказів для підтвердження свого суб'єктивного права, що має за мету усунення невизначеності, яка виникає в правовідносинах у разі неможливості достовірно з'ясувати обставини, які мають значення для справи.

⁵⁷ Постанова Верховного Суду від 15.04.2021 у справі № 910/17929. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96461245>

⁵⁸ Постанова Верховного Суду від 22.04.2021 у справі № 910/6322/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96501391>

⁵⁹ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

⁶⁰ Постанова Верховного Суду від 04.03.2021 у справі №908/1879/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95343913>

При цьому відповідно до статті 73 ГПК України доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Ці дані встановлюються такими засобами: 1) письмовими, речовими і електронними доказами; 2) висновками експертів; 3) показаннями свідків.

Відповідно до статті 76 ГПК України належними є докази, на підставі яких можна встановити обставини, які входять в предмет доказування. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмета доказування. Предметом доказування є обставини, які підтверджують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для розгляду справи і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення.

Згідно зі статтею 77 ГПК України допустимість доказів полягає у тому, що обставини, які відповідно до законодавства повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування. Докази, одержані з порушенням закону, судом не приймаються.

Достовірними є докази, створені (отримані) за відсутності впливу, спрямованого на формування хибного уявлення про обставини справи, які мають значення для справи (стаття 78 ГПК України).

Відповідно до статті 79 ГПК України наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування. Питання про вірогідність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання.

Із внесенням 17.10.2019 змін до ГПК України його статтю 79 викладено у новій редакції, чим фактично впроваджено в господарський процес стандарт доказування «вірогідності доказів».

Зазначений стандарт підкреслює необхідність співставлення судом доказів, які надають позивач та відповідач. Тобто з введенням в дію вказаного стандарту доказування необхідним є не надання достатньо доказів для підтвердження певної обставини, а надання саме тієї кількості, яка зможе переважити доводи протилежної сторони судового процесу.

Іншими словами, тлумачення змісту статті 79 ГПК України свідчить, що нею покладено на суд обов'язок оцінювати докази, обставини справи з огляду на їх вірогідність, яка дозволяє дійти висновку, що факти, які розглядаються, скоріше були (мали місце), аніж не були.

Одночасно статтею 86 ГПК України передбачено, що **суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів**. Жодні докази не мають для суду заздалегідь встановленої сили. Суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також вірогідність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. Суд надає оцінку як зібраним у справі доказам в цілому, так і кожному доказу (групі однотипних доказів), який міститься у справі, мотивує відхилення або врахування кожного доказу (групи доказів).

Таким чином, з'ясування фактичних обставин справи має здійснюватися судом із застосуванням критеріїв оцінки доказів, передбачених статтею 86 ГПК України, щодо відсутності у доказів заздалегідь встановленої сили та оцінки кожного доказу окремо та їх сукупності в цілому.

Верховний Суд у ході касаційного перегляду судових рішень неодноразово наголошував щодо необхідності застосування категорій стандартів доказування та зазначав, що **принцип змагальності забезпечує повноту дослідження обставин справи**. Зазначений принцип передбачає покладання тягаря доказування на сторони. Одночасно цей принцип не передбачає обов'язку суду вважати доведеною та встановленою обставину, про яку сторона стверджує. Така обставина підлягає доказуванню таким чином, аби задовольнити, як правило, стандарт переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, ніж протилежний.

Близький за змістом правовий висновок викладений у постановках Верховного Суду від 02.10.2018 у справі № 910/18036/17, від 23.10.2019 у справі № 917/1307/18, від 18.11.2019 у справі №902/761/18, від 04.12.2019 у справі № 917/2101/17.

Такий підхід узгоджується з судовою практикою ЄСПЛ, який у рішенні від 23.08.2016 у справі «**Дж. К. та Інші проти Швеції**» зазначив, що «у країнах загального права у кримінальних справах діє стандарт доказування «поза розумним сумнівом» (*beyond reasonable doubt*). Натомість, у цивільних справах закон не вимагає такого високого стандарту; скоріше цивільна справа повинна бути вирішена з урахуванням «балансу вірогідностей». ... Суд повинен вирішити, чи з'являється вірогідність, що на підставі наданих доказів, а також правдивості тверджень заявника, вимога цього заявника заслуговує на довіру».

Верховний Суд також зазначав, що у пунктах 1 - 3 частини першої статті 237 ГПК України передбачено, що при ухваленні рішення суд вирішує, зокрема питання чи мали місце обставини (факти), якими обґрунтовувалися вимоги та заперечення, та якими доказами вони підтверджуються; чи є інші фактичні дані, які мають значення для вирішення справи, та докази на їх підтвердження; яку правову норму належить застосувати до цих правовідносин».

Відтак Верховний Суд наголошував на тому, що суд не втручається у дискрецію АМКУ поза межами перевірки за наявними підставами, які передбачені у статті 59 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Водночас суди можуть контролювати як відповідність реалізації дискреції закону (праву), так і узгодженість рішень /дій, прийнятих на підставі дискреції, з правами особи, загальними принципами публічної адміністрації, процедурними нормами, обставинами справи, наявними ресурсами тощо.

Отже, у разі звернення позивача до суду з вимогою про оскарження рішення/дій АМКУ саме на суд покладено обов'язок перевірки дотримання органами АМКУ вимог законодавства та здійснення ними рішення/дій на підставі, у спосіб та у межах повноважень, передбачених законодавством України.



У **справі № 910/701/17⁶¹** від 21.04.2021 Верховний Суд у складі суддів палати для розгляду справ щодо захисту прав інтелектуальної власності, а також пов'язаних з антимонопольним та конкурентним законодавством Касаційного господарського суду конкретизував правові висновки, викладені у постановах від 19.08.2019 у справі № 910/12487/18 та від 30.01.2020 у справі № 910/14949/18, на які посилався суд апеляційної інстанції у своїй постанові, зазначивши таке:

«За приписами пунктів 23 та 32 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ), затверджених розпорядженням АМКУ від 19.04.1994 № 5 (в редакції розпорядження АМКУ від 29.06.1998 № 169-р), зареєстрованих в Міністерстві юстиції України 06.05.1994 за № 90/299, службовцями Комітету, відділення, яким доручено збирання та аналіз доказів, проводяться дії, направлені на всебічне, повне і об'єктивне з'ясування дійсних обставин справи, прав і обов'язків сторін; у рішенні наводяться мотиви рішення, зазначаються встановлені органом Комітету обставини справи з посиланням на відповідні докази, а також положення законодавства, якими орган Комітету керувався, приймаючи рішення.

Правовий аналіз зазначених норм свідчить про те, що Рішення АМКУ має містити усі докази, якими обґрунтовуються його висновки.

Водночас положення статті 40 Закону № 2210-III та пункту 16 названих Правил стосовно прав осіб, які беруть (брали) участь у справі (зокрема, щодо наведення доказів), не обмежують цих осіб у наданні до суду доказів, які раніше не були подані ними в процесі розгляду АМКУ справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції».

⁶¹ Постанова ВП ВС від 21.04.2021 р. у справі № 910/701/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96501275>.

Господарські суди у розгляді справ про визнання недійсними/скасування рішень АМКУ не повинні перебирати на себе не притаманні суду функції, які здійснюються виключно органами АМКУ, але при цьому зобов'язані перевіряти правильність застосування органами АМКУ відповідних правових норм. Відповідний правовий висновок неодноразово викладався в судових рішеннях Верховного Суду, зокрема в постанові Великої Палати Верховного Суду від 02.07.2019 зі справи № 910/23000/17 та інших. Інакше кажучи, якщо фактичні обставини справи не змінюються, доказів щодо інших обставин справи не подано, то переоцінювати висновок органу АМКУ суд на власний розсуд не вправі.

Питання для самоконтролю

1. Чи володіє український суд повною юрисдикцією у справах про перегляд рішень АМКУ?
2. Які підстави для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень АМКУ?
3. Що означає стандарт «вірогідності доказів»?

3. ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ ТА ІНСТРУМЕНТИ ДОКАЗУВАННЯ:

Сергій Шкляр, доктор юридичних наук,
партнер-засновник адвокатської компанії «Арцінгер»

3.1 НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

3.1.1 Поняття і види недобросовісної конкуренції

Одним із видів порушення законодавства про захист економічної конкуренції є недобросовісна конкуренція. Поняття недобросовісної конкуренції, її види та відповідальність визначені у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР⁶².

Відповідно до ст. 1 зазначеного закону недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Така нормативна дефініція за юридичною конструкцією формулює **генеральний делікт**, який поглинає всі дії, що виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності⁶³. Відтак генеральний делікт означає, що поняття недобросовісної конкуренції виходять й за межі складів правопорушень, передбачених статтями 4-20 Закону № 236/96-ВР.

Захист від недобросовісної конкуренції передбачений і міжнародними зобов'язаннями України. Відповідно до статті 10bis *Паризької конвенції про охорону промислової власності* від 20 березня 1883 року (набула чинності для України 25.12.1991) країни Союзу зобов'язані забезпечити ефективний захист від недобросовісної конкуренції⁶⁴. Будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах вважається актом недобросовісної конкуренції.

Для встановлення суперечності торговим та іншим чесним звичаям необхідно встановити конкретне правило, торговий або інший чесний звичай у господарській діяльності, що був порушений – не встановивши його зміст та не послав-

⁶² Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-ВР>

⁶³ Науково-практичний коментар до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» Науково-практичне видання / Г. О. Андрощук, Т. Б. Бондарев, Н. А. Іваницька, С. В. Шкляр. — К. : ВД «Юридична газета», 2013. — 176 с.

⁶⁴ Паризька конвенція «Про охорону промислової власності» від 20 березня 1883 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123

шись на докази існування такого правила як звичаю, порушення буде недоведене. Тобто, Антимонопольний комітет України зобов'язаний довести існування звичаю й описати його зміст.

Відповідно до ст. 7 *Цивільного кодексу України*⁶⁵ звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Звичай може бути зафіксований у відповідному документі.

Актом недобросовісної конкуренції слід вважати таку дію чи поведінку, яка суперечить етичним правилам ведення ділової практики загалом (а не окремим звичаям у діловій практиці) та є нечесною, тобто недобросовісною.

Під час кваліфікації дій суб'єктів підприємницької діяльності як актів недобросовісної конкуренції недопустимо застосовувати формально-юридичний підхід, шукаючи положення законодавства або звичай у цивільно-правовому значенні, які були б порушені аналізованою поведінкою.

Будь-які дії, які здатні викликати змішування підприємства, товарів чи промислової або торговельної діяльності конкурента можуть бути визнані актом недобросовісної конкуренції і такими, що суперечать чесним звичаям. Аналогічна позиція викладена у постанові Верховного Суду 02.07.2019 **у справі № 910/1047/18**⁶⁶.

Відповідно до *Річного звіту*⁶⁷ АМКУ за 2020 рік органами АМКУ було припинено **147 порушень** Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Із них — 49 порушень у вигляді недобросовісної конкуренції, стосовно яких Комітетом прийнято рішення про накладення штрафних санкцій, та 98 — дій, що містили ознаки таких порушень, які було припинено відповідно до наданих органами Комітету рекомендацій суб'єктам господарювання.

⁶⁵ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/435-15>

⁶⁶ Постанова ВС від 02.07.2019 у справі № 910/1047/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82772712>

⁶⁷ Річний звіт Антимонопольного Комітету України за 2020 рік. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/605/4a0/e26/6054a0e268fc0702551413.pdf>

В Україні наразі **НАЙПОШИРЕНІШИМИ** види недобросовісної конкуренції є:

- поширення інформації, що вводить в оману (ст. 15¹ Закону);
- неправомірне використання позначень (ст. 4 Закону);
- досягнення неправомірних переваг у конкуренції (ст. 15 Закону).

МЕНШ ПОШИРЕНІ види недобросовісної конкуренції:

- дискредитація суб'єкта господарювання (ст. 8 Закону)
- схилення до бойкоту суб'єкта господарювання (ст. 10 Закону)
- неправомірне використання комерційної таємниці (ст. 19 Закону)

Відповідальністю за порушення у вигляді недобросовісної конкуренції може бути:

- Штраф у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) суб'єкта господарювання за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу АМКУ не надав відомостей про розмір доходу (виручки), штраф накладається у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
- Вилучення товарів з неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання;
- Відшкодування шкоди особам, яким завдано шкоду внаслідок порушення (в порядку приватного позову до суду).

Суб'єкт і суб'єктивна сторона конкурентного правопорушення

Суб'єкт – юридична чи фізична особа, яка здійснює господарську діяльність з метою отримання прибутку, а отже, веде повноцінну конкурентну боротьбу для збільшення своєї ринкової влади та розміру прибутку. Однак за окремими складами конкурентного правопорушення суб'єктом може бути також особа, яка безпосередньо не перебуває у конкурентних відносинах з особою, проти якої спрямовано акт недобросовісної конкуренції.

Суб'єктом недобросовісної конкуренції може виступати:



- юридична чи фізична особа, яка здійснює господарську діяльність з метою отримання прибутку, а отже, веде повноцінну конкурентну боротьбу для збільшення своєї ринкової влади та розміру прибутку.



- особа, яка безпосередньо не перебуває у конкурентних відносинах з особою, проти якої спрямовано акт недобросовісної конкуренції (за окремими складами правопорушення).

Суб'єктивна сторона: недобросовісна конкуренція завжди виступає умисними діями, а не бездіяльністю.

Під час кваліфікації акту недобросовісної конкуренції вина порушника, зокрема її конкретна форма, значення не мають та доказуванню не підлягають, водночас як наявність у порушника мотиву (мети) на досягнення неправомірних переваг у конкуренції презюмується та не підлягає доказуванню.

3.1.2 Інструменти та особливості доказування недобросовісної конкуренції

Оскільки акти недобросовісної конкуренції частіше за все впливають на сприйняття споживачем певної інформації стосовно діяльності суб'єкта господарювання, аналіз оцінки споживачем відповідних дій є важливим аспектом доказування порушення.

Конкурентні відомства ЄС орієнтуються на те, що споживач є *раціональним* (*reasonable consumer*), а саме:

- достатньо проінформований про діяльність тих чи інших суб'єктів господарювання та товари;
- відповідально підходить до свого вибору, обачний;
- критично оцінює інформацію (напр. щодо складу товару, місця його походження, тощо), не піддається імпульсам у виборі нових товарів.

В той же час, до українського споживача застосовується протилежний стандарт *пересічного / наївного споживача* (*average consumer*), який:

- вірить у повноту інформації, що надається щодо товару та виробників, не шукає додаткових відомостей стосовно них;
- керується загальними уявленнями та легкодоступною інформацією;
- не піддає критиці та сумніву інформацію, частіше здійснює імпульсивний вибір товарів/послуг.

АМКУ: некваліфікований споживач (<i>average consumer</i>)	ЄС: раціональний споживач (<i>reasonable consumer</i>)
Презюмує повноту інформації, не шукає додаткових даних	Достатньо проінформований
Керується загальними уявленнями та легкодоступною інформацією	Відповідальний та обачний у своєму виборі
Не піддає критиці та сумніву інформацію	Критично оцінює інформацію

При розгляді справ про недобросовісну конкуренцію часто як докази використовуються **результати маркетингових досліджень та соціологічних опитувань**.

Чинне законодавство України прямо не встановлює вимог та критеріїв щодо проведення маркетингових досліджень та соціологічних опитувань, однак, як показує правозастосовна практика, їх результати часто стають об'єктом аналізу та критики з боку конкурентних відомств (як АМКУ, так і відомств інших юрисдикцій), а також судів. З огляду на це, зупинимось на цьому питанні детальніше, зокрема на вимогах, які ставляться до таких досліджень і опитувань.

Маркетингові дослідження і соціологічні опитування у практиці АМКУ

Під час розгляду справ, пов'язаних з використання різноманітних заяв (наприклад, таких як «бренд № 1» або «вибір споживача № 1») в рекламних кампаніях АМКУ, як правило, аналізує:

- 1) чи здійснює таке повідомлення вплив на думку споживача на асоціативному рівні (якщо так, то яку саме асоціацію викликає / може викликати певна заява);
- 2) чи мають такі повідомлення підтвердження (наприклад, результати соціологічних опитувань / маркетингових досліджень тощо);
- 3) чи така заява, яка використовується в рекламній кампанії (з врахуванням змісту застережень, вказаних в ній, та способу їх розміщення) дійсно відтворює результати проведеного дослідження / опитування та не спотворює їх, зокрема, внаслідок замовчування окремих фактів чи нечіткості формулювань або обраного способу їх викладення (наприклад, в результаті використання для певних застережень до заяв шрифтів меншого розміру, меншої контрастності, певних кольорів, фону тощо, що ускладнює легку доступність таких застережень для ознайомлення споживачами).

Правильне формулювання питань. З практики АМКУ вбачається, що важливо правильно сформулювати питання для проведення маркетингового дослідження чи соціологічного опитування з врахуванням:



особливостей запланованої заяви, яку необхідно підтвердити;



асоціацій/уявлень, які можуть виникнути у споживачів у випадку використання такої заяви;



можливих контраргументів / заперечень, які у майбутньому можуть виникнути у конкурентів та АМКУ.

Водночас, суди приймають до уваги результати опитувань / досліджень лише за умови, якщо питання в опитуванні / дослідженні були коректними та дозволяли отримати об'єктивну інформацію по ринку. АМКУ також звертає увагу на побудову питань в опитуванні / дослідженні, зокрема, на зрозумілість формулювань як заяв, так і самих питань для опитувань / досліджень.

Репрезентативність вибірки. Питання категорії споживачів, які брали участь в опитуванні / дослідженні, детально аналізується під час судових процесів, а також розслідувань АМКУ.

Судова практика визначає правильною вибіркою - звичайного пересічного споживача. Оскільки обізнані та проінформовані споживачі через власні індивідуальні відмінності мають набагато меншу від звичайної вірогідність придбати продукцію не того призначення або не того виробника (навіть за умови її схожості), то у вирішенні питань недобросовісної конкуренції орієнтуватись належить на звичайного пересічного споживача⁶⁸.

Підтвердження результатів дослідження / опитування. Як вбачається з практики Комітету та судової практики, результати дослідження / опитування можуть додатково перевірятися та підтверджуватися чи спростовуватися експертними / громадськими організаціями^{69,70}. Зокрема, Комітет при оцінці правдивості результатів досліджень / опитувань, проведених на замовлення суб'єктів господарювання, може також перевіряти наявність експертних висновків / свідоцтв / сертифікатів органів державної влади та організацій тощо, які підтверджують результати таких досліджень / опитувань та є релевантними до рекламних клеймів. На думку Комітету, відсутність таких підтверджуючих документів (чи наявність таких документів, які суперечать результатам досліджень / опитувань) ставить під сумнів правильність висновків дослідження / опитування та коректність формулювань рекламної заяви⁷¹.

У зв'язку з цим, у випадку незгоди Комітету з результатами досліджень / опитувань, проведених на замовлення суб'єкта господарювання, рекомендується (з метою розвіяння сумнівів як Комітету, так і судів): посилювати результати таких досліджень / опитувань висновками компетентних організацій, які спеціалізу-

⁶⁸ Постанова ВС від 10.03.2021 у справі 910/15222/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95567204>

⁶⁹ У рішенні Господарського суду м. Києва від 24 липня 2018 року у справі № 910/2353/18 (<http://reyestr.court.gov.ua/Review/75794527>) зазначається, що Комітетом були направлені листи про надання інформації до таких громадських об'єднань, як Всеукраїнська Федерація Споживачів «ПУЛЬС» та Громадська організація «Науково-дослідний центр незалежних споживчих експертиз «ТЕСТ». Із відповідей, отриманих від вказаних громадських об'єднань, Комітет зробив висновок, що інформація, зазначена в примітках тарифних планів ПрАТ «Київстар» щодо тарифікації вихідних дзвінків може вводити споживачів/абонентів в оману.

⁷⁰ Рішення Адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення АМКУ, С. 5. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=87617&schema=kyivr>

⁷¹ Рішення АМКУ від 18.04.2019 у справі № 264-п, п. 39. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=149309&schema=main>

ються в питаннях, щодо яких проводиться відповідне дослідження / опитування; залучати незалежні профільні організації (асоціації) з метою отримання їх думки щодо достовірності рекламного клейму.

В Україні існують різні практики проведення маркетингових досліджень та соціологічних опитувань.

Зокрема, діє низка асоціацій, які встановлюють стандарти проведення маркетингових досліджень⁷² та соціологічних опитувань⁷³, яких повинні дотримуватися члени таких організацій. Це дозволяє (незважаючи на відсутність достатнього законодавчого регулювання в цій сфері) формувати кращі практики проведення таких досліджень/опитувань в Україні.

Як показує практика АМКУ, під час здійснення розслідувань Комітет використовує власні підходи щодо проведення опитувань/досліджень, які відрізняються залежно від конкретного випадку (в т.ч. від того, ким саме – суб'єктом господарювання чи АМКУ – замовляється / організовується таке опитування / дослідження). Як правило, АМКУ ставить вищі вимоги до опитувань/досліджень, поданих суб'єктами господарювання, ніж до власних.

В правозастосовній практиці соціальне опитування не виступає єдиним доказом у справі АМКУ, а є факультативним. Результати опитування думки споживачів у сукупності з іншими доказами можуть прийматися на підтвердження наявності у діях суб'єкта господарювання порушень, передбачених Законом.

Маркетингові дослідження у судовій практиці

Результати досліджень в розумінні процесуального законодавства України – це письмовий доказ, який містить дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

Прийняття досліджень як письмових доказів судом розкривається через чотири складові: належність, допустимість, достовірність та вірогідність.

⁷² ГО «Українська Асоціація Маркетингу» (ГО «УАМ») – всеукраїнська громадська організація, створена за професійною ознакою, і не має на меті отримання прибутку. Свою діяльність ГО «УАМ» здійснює відповідно до Статуту та Етичного Кодексу Асоціації. Члени УАМ у своїй діяльності дотримуються Стандарту якості маркетингових досліджень УАМ-СОУ 91.12.0-21708654-001-2002, Настанов і Директив ESOMAR. [Електронний ресурс]. URL: <http://uam.in.ua/ukr/about/>

⁷³ Соціологічна асоціація України (САУ) – неприбуткова всеукраїнська громадська організація, що об'єднує вітчизняних та іноземних членів, колективи і організації, які працюють у сфері соціології [Електронний ресурс]. URL: <http://sau.in.ua/pro-sau/>

1. **Належність**

Дослідження приймаються судами як належні докази. Такий висновок узгоджується із законодавчими положеннями та підтверджується позицією Верховного Суду⁷⁴:

«Доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи; жоден законодавчий чи інший нормативний акт не виключає результати проведених опитувань з числа доказів у справі».

Предметом доказування в конкретній справі є обставини, які підтверджують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для розгляду справи і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення.

Дослідження буде належним доказом, якщо на підставі його результатів можна встановити обставини, які входять в предмет доказування. Суд не прийме як доказ до розгляду дослідження, результати якого не стосуються предмета доказування. Окрім того, дослідження необхідно проводити щодо схожості пакування товарів (продукції) в цілому (а не окремих її елементів)⁷⁵.

2. **Допустимість**

Обставини, які відповідно до законодавства повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування. Дослідження, одержані з порушенням закону, можуть бути відхилені судом.

3. **Достовірність**

Достовірними є результати дослідження, створені (отримані) за відсутності впливу, спрямованого на формування хибного уявлення про обставини справи, які мають значення для справи.

Дослідження не повинно містити невірною трактування певних фактів. Наприклад, в контексті аудиторії опитуваних: якщо в рамках дослідження були опитані респоденти лише декількох областей України, рекламна заява не повинна міс-

⁷⁴ Постанова ВС від 26.03.2019 у справі № 910/23532/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80786652>

⁷⁵ Постанова ВС від 10.03.2021 у справі № 910/15222/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95567204>

тити твердження «Рекомендовано / № 1 у всьому світі», оскільки, як показує судова практика, таке твердження може бути розцінене як «перебільшення і відвертий та свідомий обман покупців»⁷⁶.

4. Вірогідність

Наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування.

Питання про вірогідність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання.

Отже, дослідження повинні відповідати як процесуальним критеріям, так і матеріальному законодавству України.

При розгляді категорії справ, де доказами виступають соціологічні опитування / маркетингові дослідження, суди, як правило, приймають їх як належні докази.

Зокрема, у постанові Верховного Суду від 24 вересня 2019 року **у справі № 926/1307/18** зроблено висновок, що результати опитування думки споживачів в сукупності з іншими доказами можуть прийматись на підтвердження наявності у діях особи порушень, передбачених статтею 15¹ Закону, що не суперечить наведеним положенням законодавства, у зв'язку з чим Суд відхилив відповідні доводи скаржника про те, що в жодному нормативно-правовому документі не йдеться про такий доказ як висновок за результатами соціологічного опитування⁷⁷.

В постанові **у справі №910/1047/18** від 02 липня 2019 року Верховний Суд також зазначив, що опитування є належним доказом у справі⁷⁸.

В рішенні Господарського суду міста Києва, яке підтримав Вищий господарський суд України **у справі № 5011-39/13172-2012**, зазначено, що для визначення питання сприйняття певної інформації споживачами та їх уявлення щодо властивостей товару, Відповідач (АМКУ) мав би проводити заходи, спрямовані на підтвердження таких обставин, зокрема, опитування споживачів, в процесі

⁷⁶ Рішення Господарського суду Волинської області у справі № 903/26/14 від 24.03.2014, залишене в силі Постановою ВГСУ від 05.08.2014. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37911458>

⁷⁷ Постанова ВС від 24.09.2019 у справі 926/1307/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84482872>

⁷⁸ Постанова ВС від 02.07.2019 у справі №910/1047/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82772712>

яких ставити респондентам питання щодо їх сприйняття товару та уявлень, які у них викликає сукупність текстової та графічної інформації, розміщеної на лицьовій поверхні упаковки продукту⁷⁹.

У справі «Кондитерська корпорація «Рошен» vs «Київський БКК» № 910/10604/18⁸⁰ опитування також було визнано як належний доказ, який підтвердив позицію Рошен по справі.

3.1.3 Склади правопорушень

Стаття 4 (неправомірне використання позначень) та стаття 6 Закону (копіювання зовнішнього вигляду виробу).



- **Стандарти доказування:** важливо доказати причинно-наслідковий зв'язок змішування на ринку та довести що:
 - суб'єкт господарювання почав використовувати ім'я, комерційне найменування, торговельну марку, рекламні матеріали, оформлення упаковки тощо – раніше за конкурента;
 - конкурент використовує схоже ім'я, комерційне найменування, торговельну марку, рекламні матеріали, оформлення упаковки, тощо;
 - антиконкурентного ефекту, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю першого користувача.
- **Засоби доказування:** фактичні дані, опитування споживачів, опитування конкурентів, висновки експертів/спеціалістів.
- **Дискреція суду:** господарський суд має не встановлювати безпосередньо наявність чи відсутність акту недобросовісної конкуренції з боку позивача, а зобов'язаний перевірити наявність чи відсутність визначених законом підстав для визнання Рішення Антимонопольного комітету України недійсним.

⁷⁹ Рішення Господарського суду м. Києва від 22.04.2013 у справі №5011-39/13172-2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30871878>

⁸⁰ Рішення Господарського суду міста Києва від 02.11.2018 у справі № 910/10604/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77688883>. ВС підтримав рішення суду першої інстанції. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83669451>

Так, 20 серпня 2020 року АМКУ ухвалив **рішення №511-р**⁸¹, яким визнав, що ТОВ «АНІТА КО», вчинило порушення статті 4 Закону 236/96-ВР щодо використання без дозволу (згоди) оформлення упаковок панчішно-шкарпеткових виробів, яке є схожим на оформлення упаковок панчішно-шкарпеткових виробів під торговельною маркою «Conte», а також порушення, передбачене ст.15¹, у вигляді поширення інформації, що вводить в оману.

Стаття 15 Закону (досягнення неправомірних переваг у конкуренції).



— **Стандарти доказування:**

- предикатна умова: наявність порушення законодавства, встановленого компетентним органом;
- досягнення неправомірних переваг у конкуренції стосовно іншого суб'єкта господарювання шляхом порушення законодавства;
- окремо розраховувати негативний вплив на конкуренцію – не вимагається.

- **Дискреція суду:** господарський суд має не встановлювати безпосередньо наявність чи відсутність акту недобросовісної конкуренції з боку позивача, а зобов'язаний перевірити наявність чи відсутність визначених законом підстав для визнання Рішення АМКУ недійсним.

⁸¹ Рішення АМКУ від 20.08.2020 № 511-р. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5f4/8b8/5e0/5f48b85e0abb1774152245.pdf>

Стаття 15¹ Закону (поширення інформації, що вводить в оману).



- **Стандарти доказування:** АМКУ не є органом захисту прав споживачів. Введення в оману кваліфікується у контексті ущемлення прав конкурентів (їхні продажі зменшуються, оскільки споживачі переходять на товари відповідача). Важливо довести:
 - антиконкурентний ефект: це вплинуло або могло вплинути на наміри осіб щодо придбання, чи реалізації товарів цього суб'єкта господарювання;
 - що відомості про діяльність суб'єкта не відповідають дійсності: містять неповні, неточні, неправдиві дані про товар, фінансовий стан, обсяги виробництва тощо;
 - відомості, що вводять в оману, повідомляються суб'єктом господарювання принаймні одній особі (реклама, етикетки).

Відповідно до диспозиції статті відомості, що вводять в оману, можуть кваліфікуватися як: *неповні, неточні та неправдиві*. На практиці АМКУ за поширення неповних відомостей суб'єкт господарювання може отримати рекомендації, проте за поширення неправдивих відомостей отримує штраф. В більшості випадків поширення неправдивих відомостей за своєю формою є дією вчиненою з умислом.



- **Засоби доказування:** фактичні дані, результати опитування споживачів, конкурентів та висновки експертів.
- **Дискреція суду:** господарський суд має не встановлювати безпосередньо наявність чи відсутність акту недобросовісної конкуренції з боку позивача, а зобов'язаний перевірити наявність чи відсутність визначених законом підстав для визнання рішення АМКУ недійсним.

Стаття 19 Закону (неправомірне використання комерційної таємниці).



- **Стандарти доказування:** необхідно чітко встановити основні елементи складу порушення, а саме: відомості, що становлять комерційну таємницю, впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності конкурента, відсутність дозволу уповноваженої особи.
- **Засоби доказування:** доказову базу можуть становити електронні документи та графічні файли, які містять комерційну таємницю.
- **Дискреція суду:** господарський суд має не встановлювати безпосередньо наявність чи відсутність акту недобросовісної конкуренції з боку позивача, а зобов'язаний перевірити наявність чи відсутність визначених законом підстав для визнання рішення АМКУ недійсним.

Перше рішення АМКУ про неправомірне використання комерційної таємниці було прийнято 13 грудня 2018 року у справі **ТОВ «Ергон-Електрік»**⁸².

Питання для самоконтролю

1. Дайте визначення поняттю недобросовісна конкуренція.
2. Хто є суб'єктом недобросовісної конкуренції?
3. Яка відповідальність передбачена за порушення у вигляді недобросовісної конкуренції?

⁸² Рішення АМКУ від 13.12.2018 № 30-р/тк. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d690eeee76a8.pdf

3.2 ЗЛОВЖИВАННЯ МОНОПОЛЬНИМ (ДОМІНУЮЧИМ) СТАНОВИЩЕМ

3.2.1 Поняття зловживання монополюним (домінуючим) становищем

Поняття «зловживання монополюним (домінуючим) становищем на ринку» визначається та регулюється *Законом України «Про захист економічної конкуренції»* від 11.01.2001 № 2210-III⁸³.

Для притягнення суб'єкта господарювання до відповідальності за зловживання монополюним (домінуючим) становищем, органи АМКУ повинні довести, що:

1) суб'єкт господарювання займає монополюне (домінуюче) становище на ринку товару;

2) цей суб'єкт господарювання зловживає таким становищем.

За недоведеності хоча б одного із зазначених вище елементів склад правопорушення у вигляді зловживання монополюним становищем не може вважатися доведеним⁸⁴, і в такому разі справа підлягає закриттю на підставі статті 49 Закону №2210-III.

Як встановлено у статті 12 зазначеного закону, монополюним (домінуючим) вважається становище суб'єкта господарювання, частка якого на ринку товару перевищує 35 відсотків, якщо він не доведе, що зазнає значної конкуренції.

Отже, встановлення монополюного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання потребує оцінки як **структурних** (встановленням об'єкта аналізу, визначенням товарних, територіальних (географічних), часових меж ринку), так і **поведінкових** показників, що характеризують стан конкуренції на ринку.

⁸³ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

⁸⁴ У практиці ЄСПЛ санкції, які накладаються конкурентними відомствами на суб'єктів господарювання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зважаючи на їхню суворість, вважаються квазі-кримінальними за своєю природою (див., зокрема, рішення ЄСПЛ у справах: A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy, заява № 43509/08, § 59, 27.09.2011; A and B. v. Norway, заяви № 24130/11 та № 29758/11, § 17, [GC] 15.11.2016). З огляду на це, на відповідачів у таких справах повинні поширюватися мінімальні гарантії кримінального процесу статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, а саме: презумпція невинуватості доти, доки орган слідства (конкурентне відомство) не доведе інше, та принцип *in dubio pro reo* (будь-які сумніви, які не вдалося усунути під час розслідування, повинні тлумачитися на користь відповідача).

При цьому, **саме по собі домінування на ринку не забороняється ані в Україні, ані в ЄС**. Натомість ст. 13 Закону № 2210-III, як і ст. 82 ДЄС (102 ДФЄС)⁸⁵ покликані не допустити зловживання таким становищем.

Особлива увага приділяється саме тлумаченню поняття «зловживання», адже деякі практики, які є цілком правомірними для середніх/малих гравців на ринку, за умови наявності монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання можуть становити небезпеку для конкуренції.

В ЄС поняття зловживання сформоване судовою практикою, прикладом є рішення Суду ЄС у справі **Hoffmann - La Roche**:

«Поняття зловживання є об'єктивним поняттям, воно стосується поведінки суб'єкта господарювання, який займає домінуюче становище, і це дозволяє йому впливати на структуру ринку, конкуренція на якому є ослабленою через саму лише присутність такого суб'єкта господарювання, який удаючись до методів, інших, ніж ті, що обумовлюють нормальну конкуренцію між товарами та послугами на основі досягнень у господарській діяльності учасників ринку, і, як наслідок, перешкоджає підтримці такого рівня конкуренції, який існує на ринку на даний момент її розвитку»⁸⁶.

З цього визначення випливає, що:

- зловживання, загалом, стосується доведення факту, тобто об'єктивної сторони правопорушення і не вимагає жодного аналізу суб'єктивної сторони, намірів домінуючого суб'єкта господарювання. Втім, іноді поведінка домінуючого суб'єкта господарювання, яка за звичайних умов є дозволеною, може розглядатися як зловживання, якщо вона має на меті зниження конкурентоздатності інших суб'єктів господарювання;
- характеристика «об'єктивне» демонструє відношення між наявністю домінуючого становища та зловживання ним. Тобто монопольне (домінуюче) становище має вже існувати на момент початку зловживання і продовжуватись на момент його завершення;

⁸⁵ Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06

⁸⁶ Рішення Суду ЄС у справі 85/76, Hoffmann - La Roche v. Commission (1979) ECR 461 §91 ; а також у справі 322/81, Michelin v. Commission (1983) ECR 3461, §70.

- є орієнтир на результат: порушенням вважається та поведінка, яка негативно вплинула на структуру ринку / створила перешкоди для підтримки нині існуючого рівня конкуренції, або її розвитку / таку діяльність, що порушує законні інтереси інших суб'єктів господарювання чи споживачів, тобто фізичних та юридичних осіб, які залишаються незахищеними за відсутності ефективно функціонуючого ринкового механізму зі значною конкуренцією між учасниками ринку. При чому реальне настання наслідків не є визначальним, достатньо того, що їх можна передбачити.

Згідно з частиною першою ст. 13 Закону №2210-III, зловживанням монополюним (домінуючим) становищем на ринку є дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку⁸⁷.

Обов'язок з доведення факту зайняття суб'єктом господарювання монополюного (домінуючого) становища на ринку покладається на органи Комітету, тоді як суб'єкт господарювання, який заперечує наявність у нього монополюного (домінуючого) становища на ринку товару, має довести, що він зазнає на цьому ринку значної конкуренції.

Акти чинного законодавства України не містять вичерпного й усталеного переліку (а відповідно й визначень) усіх можливих ринків товарів (послуг) в розумінні Закону та інших актів законодавства про захист економічної конкуренції.

Відповідно до частини другої ст. 13 зловживанням монополюним (домінуючим) становищем на ринку, зокрема, визнається:

- 1) встановлення таких цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку;
- 2) застосування різних цін чи різних інших умов до рівнозначних угод з суб'єктами господарювання, продавцями чи покупцями без об'єктивно виправданих на те причин;

⁸⁷ Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>

3) обумовлення укладання угод прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань, які за своєю природою або згідно з торговими та іншими чесними звичаями у підприємницькій діяльності не стосуються предмета договору;

4) обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку, що завдало чи може завдати шкоди іншим суб'єктам господарювання, покупцям, продавцям;

5) часткова або повна відмова від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи придбання;

6) суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин;

7) створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) чи усунення з ринку продавців, покупців, інших суб'єктів господарювання.

Зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку забороняється і тягне за собою відповідальність згідно з законом, а саме: штраф у розмірі до 10% відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Згідно з *Річним звітом за 2020 рік*⁸⁸ АМКУ розглянув **227 справ** щодо зловживання монопольним (домінуючим) становищем, виніс 87 рішень про порушення та надав 140 рекомендацій суб'єктам господарювання.

Більшість справ (130) стосувались *встановлення цін / умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов наявності значної конкуренції на ринку*. Водночас, значна кількість (89) справ розглянута за кваліфікацією дії чи бездіяльності, що призвели / можуть призвести до обмеження конкуренції або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів.

⁸⁸ Річний звіт Антимонопольного Комітету України за 2020 рік. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/605/4a0/e26/6054a0e268fc0702551413.pdf>



Зокрема, 14 грудня 2020 року, АМКУ ухвалив **рішення № 779-р⁸⁹**, яким визнав, що ТОВ «ЗЕОНБУД» вчиняло порушення у вигляді зловживання монопольним становищем з вересня 2011 року по грудень 2019 року на загальнодержавному ринку телекомунікаційних послуг із розповсюдження в цифровому форматі телевізійних програм загальнонаціональних телерадіоорганізацій.

3.2.2 Види порушень і європейська судова практика

Встановлення таких цін / умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку

Для кваліфікації дій суб'єкта господарювання як зловживання монопольним (домінуючим) становищем у вигляді встановлення цін реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку, органи Комітету повинні визначити (змоделювати) ціну на відповідний товар, яка мала б існувати за наявності істотної конкуренції на ринку (*benchmark competitive price level*), і порівняти з нею ціни фактичної реалізації товару відповідачем.

При цьому, у світовій практиці існують принаймні 3 методи визначення надмірної ціни:

МЕТОД 1

аналіз прибутковості (*profitability analysis*): оцінка прибутку, який одержує відповідач;

МЕТОД 2

порівняння ціни та затрат відповідача (*price-cost comparison*);

МЕТОД 3

цінові порівняння (*price comparisons*): порівняння цін відповідача з цінами інших учасників цього або іншого ринку (ринків) на такий самий або схожі товари.

⁸⁹ Рішення АМКУ від 14 грудня 2020 р. № 779-р. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-164>

У міжнародній практиці розрізняють дві основні категорії зловживань залежно від мети стягнення надмірної ціни компанією: експлуатаційні зловживання (*exploitative abuse*) – максимальне використання своєї ринкової влади для експлуатації клієнта та виключні зловживання (*exclusionary abuse*) – витіснення інших компаній з ринку. Встановлення суб'єктом господарювання, який займає на ринку домінуюче становище, високої ціни на свої товари з метою заробити максимальний прибуток, кваліфікується як форма *exploitative abuse*.



Цікавим є рішення Суду ЄС у справі **United Brands**⁹⁰, в якому суд запровадив двоскладовий тест для встановлення зловживання у вигляді встановлення надмірних цін. Конкурентне відомство має довести, що: 1) ціни, встановлені домінуючим суб'єктом, ураховуючи його затрати, є завищеними (*excessive*), а також 2) встановлений рівень цін є несправедливим (*unfair*) сам по собі або у порівнянні з цінами на подібні товари.

Застосування різних цін до рівнозначних угод без об'єктивно виправданих на те причин (дискримінаційна поведінка)

Дискримінаційна поведінка може проявлятися у двох аспектах:

АСПЕКТ 1

домінуючий суб'єкт господарювання встановлює різні ціни / умови для різних контрагентів, але до еквівалентних товарів;

АСПЕКТ 2

домінуючий суб'єкт господарювання встановлює однакові / ціни умови придбання для різних контрагентів, умови співпраці з якими також не можуть бути однаковими (хоч товар може бути й еквівалентним).

Очевидно, що така поведінка впливає не лише на умови придбання товару безпосереднім покупцем, але й кінцевим споживачем. Крім цього, вважається, що така дискримінаційна поведінка є за своєю природою не лише експлуатуючою, але й такою, що спотворює конкуренцію між торговими партнерами домінуючого суб'єкта господарювання.

⁹⁰ Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, [1978] ECR 207, URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>

Що таке еквівалентний товар? Еквівалентність – один з ключових елементів для кваліфікації порушення за п. 2 ч. 2 ст. 13 Закону № 2210-III, що означає рівнозначність товару з огляду на його властивості (природу), призначення, склад, якість та вартість. Також іноді враховуються інші фактори: кількість товару, умови доставки, або необхідні виробничі/маркетингові/логістичні витрати.

Обумовлення укладання угод прийняттям додаткових зобов'язань, які не стосуються предмета договору

Обумовлення укладання угод прийняттям додаткових зобов'язань, які не стосуються предмета договору, або як його ще називають «зв'язування / нав'язування товарів» (*bundling*), відноситься до експлуатуючої поведінки, направленої на обмеження свободи контрагентів у виборі товарів, оскільки тоді вони змушені купувати у суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище товари (послуги), які їм не потрібні, або які вони могли б придбати в інших постачальників.

Примушування полягає у тому, що контрагент ставиться перед вибором: або купувати всю зв'язку товарів (*bundle*), або жодного і може мати вигляд зобов'язань купити товар або бонусів за придбання (напр. знижки) / санкцій за відмову від придбання зв'язки. При цьому, зв'язка може мати місце як між товарами, так і між послугами або між товаром та послугою (напр. обслуговування певного товару).

Водночас, в деяких випадках для зв'язування товарів /послуг можуть існувати об'єктивно виправдані причини, зокрема, коли вони вважаються нерозривно і природно пов'язаними між собою (продаж взуття із шнурками, набір посуду, телефон із зарядкою тощо).

Обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку

Порушення, передбачене цим пунктом, стосується стратегічних рішень суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище, що стосуються виробництва та/або реалізації товарів, надання послуг, зокрема щодо: зменшення обсягів виробництва, відмови від виробництва / імплементації нових напрямів діяльності або технічних рішень (пропонування більш технологічного товару, розширення патентного захисту для усунення конкурентів) тощо.

Такі дії суб'єкта господарювання становитимуть порушення за умови відсутності об'єктивного економічного обґрунтування запровадженню відповідних рішень.

Відмова від придбання або реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи придбання

Порушенням вважаються будь-які кількісні або якісні обмеження щодо продажу або придбання товару, незалежно від того (i) чи є така відмова частковою/повною, та (ii) чи стосується вона потенційних / існуючих клієнтів.

Для кваліфікації порушення важливо встановити, що на досліджуваному ринку відсутні альтернативні джерела придбання або можливості для реалізації товарів.

Альтернатива товару та/або послугам суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище, існує лише за умови, що є конкурентоспроможні суб'єкти господарювання, які мають потужності для того, щоб купувати чи поставляти відповідний товар, надавати послуги у таких обсягах, що покриватимуть потреби контрагентів домінуючого суб'єкта господарювання. Тобто, контрагенти повинні мати реальну змогу переключитись на співпрацю з конкурентами домінуючого суб'єкта господарювання.

Однією із форм порушення є також відмова домінуючого суб'єкта господарювання у доступі конкурентів/покупців до інфраструктури (базових об'єктів інфраструктури), якщо вона спричинила послаблення конкурента, що не має доступ до такої інфраструктури, або зменшення його конкурентоспроможності. Як наслідок, слабшає конкурентний тиск на суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище, а отже, усувається конкуренція.

Як і зазначені вище види зловживання, відмову у доступі до засобів інфраструктури можна виправдати наявністю об'єктивних причин. Водночас недопущення до інфраструктури є порушенням, яке складно виправдати з огляду на те, що конкуренти здебільшого не здатні створити ще один такий об'єкт (або його створення сильно ускладнено) з огляду на законодавчі, адміністративні, економічні або навіть географічні обмеження.

Інша причина чому складно довести наявність об'єктивних причин для недопущення до інфраструктури – залежність конкурентів та клієнтів домінуючого суб'єкта господарювання від його послуг і дозволу на користування таким об'єктом. Останнє, фактично, є вирішальним як для існування самої конкуренції на ринку, так і для функціонування вертикально-суміжних ринків (ринку постачання чи збуту товарів).

Суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання

Поняття конкурентоспроможності передбачає будь-які фактори, здатні вплинути на ведення господарської діяльності: від типу суб'єкта господарювання й формату управління ним, до конкретних характеристик продукту / послуг, що виготовляються / надаються. При цьому, достатньо завдання шкоди лише одному фактору для того, щоб діяння суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище, могло бути кваліфіковане як зловживання.

Важлива умова: наявність об'єктивних причин для такої поведінки – якщо підприємство використовує більш ефективне виробництво лише як засіб конкурентної боротьби, воно не чинить зловживання, якими б не були наслідки цієї боротьби для інших підприємств.

Яскравий приклад зловживання: стратегія «хижацьких цін». Стратегія зазвичай передбачає двокрокову гру:

КРОК 1

Домінуючий суб'єкт господарювання спочатку встановлює низькі ціни для витіснення конкурентів з ринку або запобігання виходу на ринок тим суб'єктам, які не можуть дозволити собі опустити ціни до рівня цін монополіста (т. зв. «фаза хижацтва»).



КРОК 2

Коли частина конкурентів буде змушена вийти з ринку/понесе величезні збитки через зменшення обсягів продажу, домінуючий суб'єкт господарювання підвищує ціни, щоб компенсувати зазнані збитки у «фазі хижацтва» та отримати надконкурентний прибуток (т. зв. «фаза окупності»).

Оцінюючи стратегію хижацьких цін, конкурентні відомства ЄС використовують такі стандарти для порівняння витрат:

- середні змінні витрати (*average variable costs - AVC*) – кількість змінних витрат виробництва, що припадає на одиницю випуску продукції. Середні змінні

витрати виробництва сягають мінімального значення у випадку досягнення оптимального випуску продукції.

- середні повні витрати (*average total costs* - *ATC*) – це валові витрати в розрахунку на одиницю продукту, які можна обчислити або шляхом ділення повних (валових) витрат виробництва на кількість виробленої продукції або як суму середніх постійних (*average fixed costs* - *AFC*) і середніх змінних витрат.



Так, у справі **AKZO**⁹¹ проти Єврокомісії, Суд ЄС розцінив, що:

- ціни нижче середніх змінних витрат (*AVC*) слід розцінювати як зловживання;
- ціни нижче середніх повних витрат (*ATC*), але вище середніх змінних витрат (*AVC*), слід розцінювати як зловживання, якщо вони є частиною плану щодо усунення конкурента.

У справі **Tetra Pak II**⁹², Суд ЄС підтвердив позицію стосовно підходу, застосованого у рішенні *AKZO*. У справі **France Télécom** проти Комісії⁹³ Суд ЄС також підтвердив позицію стосовно підходу, застосованого у рішенні *AKZO*.

Крім цього, справа **France Télécom** має ще один цікавий аспект. ЄК встановила, що один з підрозділів *France Télécom* реалізував перший крок стратегії хижацьких цін на підставі того, що компанія не могла покрити свої середні змінні витрати (*AVC*) за рахунок реалізації як мінімум з січня 2001 р. до серпня 2001 р., а середні повні витрати (*ATC*) з січня 2001 р. до жовтня 2002 р. Це означало, що компанія свідомо занижила ціни на свої послуги, несучи при цьому збитки. *France Télécom* в якості основного аргументу посилався на те, що компанія мала змогу компенсувати збитки за рахунок інших надходжень.

Водночас, Суд ЄС визнав, що доведення можливості/неможливості компенсувати збитки не є необхідною передумовою для виявлення хижацьких цін.

⁹¹ Справа C-62/86, *AKZO* проти Комісії [1991]. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4905ac67-5a02-44a0-ae93-7724be6073b0_0002_06/DOC_2&format=PDF

⁹² Справа C-333/94 *Tetra Pak II* проти Комісії [1996]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CJ0333&from=EN>

⁹³ Справа C-202/07 *France Télécom* проти Комісії [2009] URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73807&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8207822>

Створення перешкод входу на ринок (виходу з ринку) чи усунення з ринку інших суб'єктів господарювання

Закон не передбачає конкретних форм чи вимог до перешкод входу на ринок чи виходу з нього. До порушення можна навіть віднести ситуацію, за якої суб'єкт господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище, змушує конкурентів залишатися на ринку, хоча в них немає жодного шансу здійснювати прибуткову діяльність на цьому ринку.

При цьому, перешкоди, створені домінуючим суб'єктом, є додатковими до бар'єрів, що можуть існувати на ринку: високої насиченості ринку товарами та/або низької платоспроможності покупців; адміністративних обмежень; економічних та організаційних обмежень; екологічних обмежень; нерозвиненості ринкової інфраструктури тощо.

Дії домінуючого суб'єкта господарювання щодо усунення конкурентів з ринку також можуть передбачати різний обсяг наслідків від припинення його присутності на певному географічному/товарному ринку до ліквідації такого конкурента.

Очевидно, що наведені у ч. 2 ст. 13 Закону приклади не є вичерпними, і зловживання можуть мати форму, не визначену Законом.

Інші форми зловживання монопольним становищем: відмова у ліцензуванні/передачі прав інтелектуальної власності (ПІВ)

Для того, щоб розглядати як обмеження відмову підприємства, яке володіє авторським правом, у наданні доступу до товару або послуги, що необхідні для ведення певного бізнесу, достатньо, щоб було виконано три кумулятивні умови, а саме



— відмова перешкоджає появі нового продукту, для якого є потенційний споживчий попит;



— відмова не ґрунтується на об'єктивному виправданні;



— відмова є такою, що виключає будь-яку конкуренцію на вторинному ринку⁹⁴.

⁹⁴ Справа C-418/01, IMS Health проти NDC Health [2004], п. 38. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-418/01>.

У справі **Microsoft проти Комісії**⁹⁵, Суд ЄС зазначає наступне:



- відмова домінуючого підприємства в наданні ліцензії третій стороні на використання товару, на який поширюється право інтелектуальної власності, саме по собі не може становити зловживання домінуючим становищем у значенні статті 82 ДЄС. Лише у виняткових випадках користування власником ПІВ своїми виключними правами може спричинити таке зловживання».
- «зокрема, такі обставини слід вважати винятковими: по-перше, якщо відмова стосується товару чи послуги, необхідних для здійснення певного виду діяльності на суміжному ринку; по-друге, якщо відмова виключає будь-яку ефективну конкуренцію на суміжному ринку; по-третє, якщо відмова запобігає появі нового товару, на який існує потенційний споживчий попит».
- «як тільки буде встановлено, що такі обставини наявні, відмова домінуючої компанії у наданні ліцензії може порушувати статтю 82 ДЄС, у разі, якщо така відмова не буде об'єктивно виправданою».

Ексклюзивні угоди про придбання або продаж товарів

Під угодами про ексклюзивність розуміють договірні зобов'язання, які передбачають зобов'язання покупців придбавати конкретні товари або послуги виключно у конкретного постачальника. Тобто, покупці не можуть купувати товари чи послуги у конкурентів домінуючої компанії.



Про ексклюзивні угоди йдеться у справі **Tomra проти Комісії**, в якій Суд ЄС зазначив, що «для того, щоб визначити, чи угоди про ексклюзивність, (...) сумісні з статтею [102] ДФЄС, необхідно з'ясувати, чи призначені, після оцінки всіх обставин і, отже, також у контексті, в якому ці угоди функціонують, ці практики для обмеження або усунення конкуренції на відповідному ринку або чи здатні [такі угоди] це зробити»⁹⁶

⁹⁵ Справа T-201/04, Microsoft проти ЄК [2007]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004TJ0201&from=EN>

⁹⁶ Справа T-155/06, Tomra проти ЄК. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82549&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=38878817>



— Стандарти доказування:

- З огляду на особливу відповідальність домінуючих суб'єктів господарювання (яка передбачає утримання від дій, що можуть бути розцінені як зловживання), цей вид правопорушення вимагає доведення факту, об'єктивної сторони правопорушення;
- Суб'єкт даного правопорушення спеціальний, ним може бути тільки суб'єкт господарювання – монополіст на ринку. Доведеність намірів є важливою з урахуванням того, що поведінка домінуючого суб'єкта господарювання, яка за звичайних умов є дозволеною, може розглядатися як зловживання, якщо така поведінка має на меті зниження конкурентоздатності інших суб'єктів господарювання;
- Причинно-наслідковий зв'язок полягає в тому, що порушення законодавства про захист економічної конкуренції призводить до змін на ринку, які в свою чергу зумовлюють певний розвиток подій на ньому;
- Зловживання є орієнтованим на результат, а тому Закон забороняє лише ту діяльність, яка (i) негативно вплине (може вплинути) на структуру ринку (тобто на присутність на ньому інших конкурентів), (ii) створює перешкоди для підтримки існуючого рівня конкуренції, її розвитку, (iii) або таку діяльність, що порушує законні інтереси інших суб'єктів господарювання чи споживачів, тобто фізичних та юридичних осіб, які залишаються незахищеними за відсутності ефективно функціонуючого ринкового механізму зі значною конкуренцією між учасниками ринку. При цьому, достатньо того, що негативні наслідки можна передбачити: зловживання не вимагає факту завдання шкоди конкуренції або інтересам торговельних партнерів чи споживачів;
- об'єктивні економічні причини, що виправдовують поведінку домінуючого суб'єкта.



- **Засоби доказування** – загальні для всіх зловживань монопольним становищем: пояснення сторін і третіх осіб, пояснення службових осіб та громадян, письмові докази, речові докази і висновки експертів, прямі докази (документи, пояснення).
- **Дискреція суду.** Суд, перевіряючи рішення АМКУ на відповідність закріпленим статтею 59 Закону підставам для зміни, скасування чи визнання недійсним, не повинен втручатися у дискрецію (вільний розсуд) АМКУ поза межами перевірки за наявними підставами. Проте суд забезпечує дотримання принципу належного врядування та унеможливлення свавільного використання дискреційних повноважень, що АМКУ має враховувати при ухваленні рішень.

Таким чином, суд не може втручатися в дискрецію АМКУ шляхом:

- кваліфікації порушення, встановлення товарних, територіальних (географічних), часових меж певних товарних ринків;
- зміни розміру накладеного АМКУ штрафу.

Ці стандарти справедливі для всіх видів зловживання монопольним становищем з урахуванням особливостей щодо деяких складів правопорушень, наведених нижче.

1. Дискримінаційні ціни та умови (застосування різних цін до рівнозначних угод)



- **Стандарти доказування:** зазвичай застосовуються стандарти справедливі для всіх видів зловживання монопольним становищем. Водночас, багато дискусій точиться навколо знижок. В практиці надання знижок, від знижок за кількістю до знижок за лояльністю, утворилися різноманітні проміжні форми знижок, які, залежно від їхньої конкретної природи та наслідків, можуть підпадати або не підпадати під заборону зловживання домінуючим становищем. Наприклад, цільові знижки, як правило, зазначаються у двосторонній угоді як винагорода з боку домінуючої фірми покупцям, що збільшують обсяги своїх закупівель. Як результат таких знижок, зменшуються обсяги реалізації у конкуруючих постачальників.

- **Засоби доказування:** тривалість періоду, обумовленого для надання знижок; критерії надання знижки тощо. Якщо період надання знижки довготривалий, наприклад, один рік, клієнт навряд чи вирішить перейти до інших постачальників у межах цього часового періоду через небажання втратити знижку. Такий антиконкурентний ефект не виникне, якщо обумовлений обов'язковий період є менш тривалим, наприклад, три місяці.

2. Відмова від реалізації або придбання товару



- **Стандарти доказування:** зазвичай застосовуються стандарти справедливі для всіх видів зловживання монопольним становищем. Водночас, варто звернути увагу на об'єктивну сторону порушення. Зловживанням з боку домінуючого продавця може бути не лише повна/часткова відмова постачати товари чи послуги, але також приховування інформації, відмова у наданні ліцензії на використання прав інтелектуальної власності, а також відмова у доступі до важливих об'єктів інфраструктури, до мереж.
- **Особливості кваліфікації.** Відмова надати ліцензію на використання ПІВ зазвичай не може кваліфікуватися як зловживання монопольним становищем. Проте, при дотриманні критеріїв, про які вже згадувалось вище, така поведінка може розглядатися як зловживання монопольним (домінуючим) становищем. Захист прав інтелектуальної власності від поступового знищення забезпечується законодавством з поважних причин. Обов'язок надавати ліцензію змінив би саму суть такого права і знищив би творчу працю та зусилля осіб, що створили кращі, якісніші товари чи послуги. Цілком очевидно, що законна монополія власників об'єктів ПІВ, інколи може призводити до утворення домінуючого положення на відповідному ринку. Але навіть у таких випадках власник такого права повинен вільно користуватися цим правом і самостійно вирішувати, чи ділитися цим правом з іншою особою або підприємством, чи ні.

3. Ексклюзивні угоди про придбання або продаж товарів



- **Стандарти доказування:** зазвичай застосовуються стандарти справедливості для всіх видів зловживання монопольним становищем. Водночас, варто звернути увагу на доведення причинно-наслідкового зв'язку: його доведення не є обов'язковим. Ексклюзивні угоди трактуються як найсерйозніші порушення правил конкуренції, і тому самі по собі вони кваліфікуються як зловживання домінуючим становищем.

4. Суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання



- **Стандарти доказування:** зазвичай застосовуються стандарти справедливості для всіх видів зловживання монопольним становищем. Водночас, варто звернути увагу на (i) доведення причинно-наслідкового зв'язку: положення пункту 6 відрізняється від інших положень частини 2 ст. 13 тим, що вимагає наявності суттєвого негативного впливу (суттєвого обмеження) на економічну спроможність інших суб'єктів господарювання; та (ii) об'єктивної сторони порушення: навіть якщо поведінка домінуючої фірми завдає суттєвої шкоди іншим суб'єктам господарювання, такі дії можуть бути виправдані об'єктивними причинами. Цю умову не слід тлумачити як спосіб вивести зловживання з-під заборони – вона допомагає визначити межу між правомірною та неправомірною поведінкою.

Питання для самоконтролю

1. Що має довести АМКУ для притягнення суб'єкта господарювання до відповідальності за зловживання монопольним становищем?
2. Що визнається зловживанням монопольним становищем на ринку?
3. Що мається на увазі під стратегією «хижацьких цін»?

3.3 АНТИКОНКУРЕНТНИХ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ

Найпоширенішим порушенням законодавства про захист економічної конкуренції є антиконкурентні узгоджені дії, які називають картелями.

У всьому світі картелі є найсерйознішим видом порушення антимонопольного законодавства і в деяких країнах (наприклад, Канада, США, Японія, Франція, Австрія, Великобританія, Німеччина, Чехія, Данія) за такі порушення передбачена кримінальна відповідальність.

Судова практика ЄС свідчить, що доказування картельної практики вимагає доведення взаємної співпраці (*reciprocal cooperation*), через прямі й непрямі контакти, які мають на меті вплив на існуючих або потенційних конкурентів та мають наслідки їх спільної поведінки на ринку. У кожному випадку, конкурентному відомству необхідно вивчити факти, що лежать в основі угоди, та конкретні обставини, в яких вона діє.

У цій статті ми зупинимося на особливостях доказування антиконкурентних узгоджених дій і окремих прикладах із судової практики України та ЄС.

Форми антиконкурентних узгоджених дій. За загальним правилом антиконкурентні узгоджені дії заборонені. Така заборона міститься в ч. 4 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та в ч. 1 ст. 101 Договору про функціонування Європейського Союзу.

Антиконкурентні дії можуть мати наступні форми:

- укладання угод у будь-якій формі;
- прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі;
- інша погоджена конкурентна поведінка.

Змова може бути:

- відкритою (*explicit collusion*), наприклад, шляхом укладання письмових угод (договорів), протоколів про наміри тощо. Юридична сила або наявність/відсутність повноважень підписантів може не прийматися до уваги;
- мовчазною (*tacit collusion*). Наприклад, усні домовленості, досягнуті на зустрічах, переговорах між учасниками (як правило, конкурентами). Присутність на зустрічі, де обговорювалася змова вже розцінюється як участь у ній.

Більш складною для доведення є ситуація, коли учасники узгоджених дій здійснюють комунікацію та обмін інформацією через третю особу (*hub and spoke agreements*). У справі **SIA 'VM Remonts' v Konkurences padome**⁹⁷ обмін конфіденційною інформацією між конкурентами здійснювався через їх спільного постачальника послуг.⁹⁸



У справі **Commission v Bayer AG – Adalat**⁹⁸ суд скасував рішення Комісії через відсутність підтвердження узгодженості дій виробника Bayer AG з його постачальниками. Bayer AG з метою припинення паралельного імпорту запровадив заборону на експорт своєї продукції. Постачальники своєю поведінкою продемонстрували повну незгоду з такою політикою, проте під загрозою припинення договірних відносин і далі співпрацювали з Bayer AG.

Таким чином, індивідуальна політика компанії не підпадає під ст. 101 ДФЕС або ст. 6 Закону №2210-III.

Учасниками узгоджених дій можуть бути тільки **суб'єкти господарювання**. Поняття суб'єкта господарювання міститься в ст. 1 Закону. До фізичних осіб, які не є фізичними особами-підприємцям, ст. 6 Закону не застосовується. Проте суб'єкт господарювання несе відповідальність за дії уповноважених осіб та працівників, які діють від його імені.⁹⁹



У справі **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s.**⁹⁹ суд встановив:

«необов'язково, щоб узгоджені дії були з боку засновників чи головних керівників відповідного підприємства або навіть щоб вони про них знали; достатньо дій особи, яка уповноважена діяти від імені підприємства».

⁹⁷ Case C-542/14 SIA 'VM Remonts' v Konkurences padome. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181950&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5809618>

⁹⁸ Case T-41/96, C-2 and 3/01P Commission v Bayer AG – Adalat. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45755&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5800744>

⁹⁹ Case C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133622&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5811717>

Стаття 6 Закону №2210-III та стаття 101 ДФЕС не застосовується до угод між двома і більше суб'єктами господарювання, які є єдиним суб'єктом господарювання. Наприклад, укладання угоди між материнською та дочірньою компанією про встановлення цін не вважатиметься антиконкурентними узгодженими діями.

3.3.2 Види кваліфікацій і особливості доказування антиконкурентних узгоджених дій

Види кваліфікацій. В статті 6 Закону №2210-III та в статті 101 ДФЕС міститься невичерпний перелік видів антиконкурентних узгоджених дій.

Узгоджені дії є антиконкурентними, якщо вони призвели (тобто настали реальні наслідки) або можуть (гіпотетично) призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.



В ЄС антиконкурентні узгоджені дії поділяються на:

- обмеження за об'єктом (*by object*). Порушення, в яких самого факту його вчинення достатньо для кваліфікації. Наприклад, встановлення цін або цін продажу шляхом обміну інформацією¹⁰⁰, розподіл ринків;
- обмеження за впливом (*by effect*). Порушення, в яких самого факту вчинення дій недостатньо та необхідно довести вплив на конкуренцію. Такий вплив може бути реальним або гіпотетичним (з великою вірогідністю настане у майбутньому).

В законодавстві ЄС та України чітко не прописано які види антиконкурентних узгоджених дій є порушенням за об'єктом, а які за впливом. Таке розмежування переважно формується судовою практикою.

Стандарт доказування буде залежати від даного розподілу. В порушеннях за об'єктом кваліфікація простіша та не потребує оцінки стану конкуренції та наслідків від вчинених дій чи бездіяльності порушників.

Подібний підхід застосовується і в США. Порушення *by object* називають *per se* або *rule of reason*. В таких порушеннях відповідачі не можуть апелювати відсутністю впливу на конкуренцію.

¹⁰⁰ Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5794737>

В Україні ч. 1 ст. 6 Закону №2210-III є порушення за впливом, для кваліфікації якого необхідно застосовувати теорію шкоди. Натомість п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону №2210-III є порушенням за об'єктом. Спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів складає більше 94% порушень у вигляді антиконкурентних узгоджених дій. В таких порушеннях одного факту змови достатньо для кваліфікації порушення, не має значення чи досягнуті наміри відповідачів. Наприклад, компанії змовилися для участі в тендері, але торги скасували, на конкуренцію їх змова ніяк не вплинула, але сам факт її наявності – вже порушення. Аналогічна позиція склалася в судовій практиці.



Для прикладу, в постанові Верховного Суду від 27.05.2021 у справі № 903/23/19¹⁰¹ зазначено:

«...достатнім є встановлення й доведення наявності наміру суб'єктів господарювання погодити (скоординувати) власну конкурентну поведінку, зокрема шляхом обміну інформацією під час підготовки та участі у торгах, що разом з тим призводить або може призвести до переваги одного з учасників під час конкурентного відбору з метою визначення переможця процедури торгів.

Негативним наслідком при цьому є сам факт спотворення результатів торгів (через узгодження поведінки конкурсантами)».

Близька за змістом правова позиція висловлена у низці інших постанов Верховного Суду.

Для визнання органами Антимонопольного комітету України порушення законодавства про захист економічної конкуренції вчиненим, **достатнім є встановлення й доведення наявності наміру суб'єктів господарювання погодити (скоординувати) власну конкурентну поведінку**, в тому числі шляхом обміну інформацією під час підготовки тендерної документації, що разом з тим призводить або може призвести до переваги одного з учасників під час конкурентного відбору з метою визначення переможця процедури закупівлі. Аналогічна правова позиція викладена у постановках Верховного Суду у справах № 922/1539/19¹⁰², № 922/1373/18¹⁰³ та № 910/8425/18¹⁰⁴, № 922/3562/19¹⁰⁵.

¹⁰¹ Постанова Верховного Суду від 27.05.2021 у справі № 903/23/19 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97242669>

¹⁰² Постанова Верховного Суду від 23.01.2020 у справі № 922/1539/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87118502>

¹⁰³ Постанова Верховного Суду від 14.05.2021 у справі № 922/1373/18 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89319184>

¹⁰⁴ Постанова Верховного Суду від 01.08.2019 у справі № 910/8425/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83431191>

¹⁰⁵ Постанова Верховного Суду від 25.08.2020 у справі № 922/3562/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91142827>

Окремої уваги заслуговує кваліфікація антиконкуретних узгоджених дій у вигляді схожих дій (бездіяльності) суб'єктів господарювання на ринку, яка передбачена ч. 3 ст. 6 Закону № 2210-III. Встановлення схожих дій не є єдиним достатнім доказом наявності антиконкуретних узгоджених дій. АМКУ зобов'язаний проаналізувати ситуацію на ринку на наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності).



Така позиція викладена у постанові Верховного Суду від 03.11.2020 у справі № 910/12464/18¹⁰⁶, відповідно до якої:

«На відповідний орган покладається обов'язок не лише доведення однотипної і одночасної (синхронної) поведінки суб'єктів господарювання на ринку, а й установлення шляхом економічного аналізу ринку (в тому числі, за необхідності, шляхом залучення спеціалістів та експертів) відсутності інших, крім попередньої змови, чинників (пояснень) паралельної поведінки таких суб'єктів господарювання».

Аналогічної позиції дотримуються у ЄС. У справі **CISAC**¹⁰⁷ Суд ЄС дійшов висновку, що ЄК не довела існування картелю (змови), адже **паралельна поведінка на ринку не може слугувати єдиним доказом існування змови**. Натомість, мають бути проаналізовані інші фактори на ринку, такі як: природа ринку (економічний аналіз ринку), ступінь причетності до антиконкуретних наслідків на ринку, їхні частки, дискримінаційні фактори встановлення умов селективності тощо.

Для доведення антиконкретних узгоджених дій у вигляді обмежень *by effect* необхідно оцінити вплив даних дій на існуючу та потенційну конкуренцію, а також змодельовати стан конкуренції у разі відсутності цих дій.

Докази. Відповідно до ст. 41 Закону доказами у справі можуть бути будь-які фактичні дані, які дають можливість встановити наявність або відсутність порушення. Правоохоронні органи можуть передавати АМКУ матеріали кримінальних справ в яких є ознаки порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Відповідачі оскаржують належність таких матеріалів до доказів. З даного питання вже є сформована судова практика.

¹⁰⁶ Постанова Верховного Суду від 03.11.2020 у справі № 910/12464/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92770811>

¹⁰⁷ Справа T-442/08 International Confederation of Societies of Authors & Composers (CISAC) v Commission. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136261&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4321876>.



Наприклад, у постанові від 16 квітня 2019 року у справі № 910/416/18¹⁰⁸ Верховний Суд зазначив:

«Твердження ТОВ «Іріда» про те, що на порушення принципів законності та обґрунтованості, в основу рішення місцевого суду покладено копії процесуальних документів, отриманих детективами НАБУ на стадії досудового розслідування у кримінальному провадженні, не можуть бути взяті до уваги, оскільки доказами у справі можуть бути будь-які фактичні дані, які дають можливість встановити наявність або відсутність порушення».

Солідарна відповідальність. В ЄС відповідальність за порушення може покладатися на материнську компанію, окрім випадків коли материнська компанія може довести, що дочірня компанія діяла самостійно. У справі **Akzo**¹⁰⁹ Європейська Комісія застосувала солідарну відповідальність до материнської компанії, яка володіла 100% часткою у дочірній компанії.

В Україні солідарна відповідальність може бути покладена на суб'єкта господарювання, який входить до групи, що визнається суб'єктом господарювання, але безпосередньо не брав участь у порушенні, лише у разі якщо:

- він має права, без яких вчинення порушення було б неможливим;
- він отримав чи може отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди.

¹⁰⁸ Постанова Верховного Суду від 16 квітня 2019 року у справі № 910/416/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81266209>

¹⁰⁹ Case C-97/08 P EU: C: 2009:536. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C9D709AE7EEB3BF33AC4773B2CEE8D6A?text=&docid=72629&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1718112>



Верховний Суд у постанові від 03.11.2020 у справі **№ 910/12464/18**¹¹⁰ підтвердив дане трактування ч. 4 ст. 52 Закону №2210-III:

«... притягнути до відповідальності осіб, які не брали безпосередньої участі в здійсненні певного порушення, проте організовували його та/або істотно сприяли його вчиненню, та/або отримали чи можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди.

Встановлення відносин контролю однієї або декількох осіб над іншими має правове значення виключно для встановлення та визначення таких осіб як єдиного суб'єкта господарювання, тобто фіксації самого факту існування групи. Особи, не причетні до порушення, включенню до складу названої групи не підлягають».

Питання для самоконтролю

1. Які форми антиконкурентних узгоджених дій існують?
2. Хто може бути учасником узгоджених дій?
3. За яких умов узгоджені дії вважаються антиконкурентними?

¹¹⁰ Постанова Верховного Суду від 03.11.2020 у справі № 910/12464/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92770811>

4. АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ: ПІДХОДИ ДО ДОКАЗУВАННЯ В ПРАКТИЦІ АМКУ

Наталія Буроменська
Заступник голови АМКУ – державний уповноважений

Боротьба з антиконкурентними узгодженими діями є складовою державної конкурентної політики. Така політика повинна забезпечити сприятливі умови функціонування ринку, які не спричиняють обмеження інтересів господарюючих суб'єктів або порушення прав споживачів. Однак, приклади недобросовісної поведінки суб'єктів не є поодинокими і відомі усім країнам світу з ринковою економікою. Учасники картелів підривають основи не лише національної економіки, а в деяких випадках і світової, вони намагаються регулювати поведінку на ринку, керуючись власними інтересами, і отримувати доходи, які б були неможливі за умови жорсткої конкуренції на ринку.

Розслідування антиконкурентної поведінки таких суб'єктів завжди є складним процесом. Тому кожна справа про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, у тому числі про антиконкурентні узгоджені дії є індивідуальною і потребує різних підходів та методів доведення такого порушення.

Залежно від вимог національного законодавства різних країн, порушення у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій розслідується конкурентним відомством чи судом і за його вчинення суб'єкти господарювання притягуються до відповідальності. У світовій практиці розслідування існує два ключових підходи до доказування:

ПІДХІД 1

Повної відповідності вимогам – відсутність обґрунтованого сумніву (*beyond reasonable doubt*). Такий підхід є більш жорстким і застосовується в основному в англо-саксонському праві стосовно цінових картелів, розподілу ринків і розподілу споживачів, які переслідуються в кримінальному порядку¹¹¹.

ПІДХІД 2

Зважування всіх фактів по принципу більшої імовірності (*balance of probabilities*).

¹¹¹ Див. в Д-р Тихамер Тот. Антимонopolное право Европейского Союза. – Будапешт, 2014. – с.160.

В Європейському Союзі щодо розслідування антиконкурентних узгоджених дій наразі сформувалася певна практика, врахування якої є важливим для Антимонопольного комітету України.

Зокрема, європейською доктриною і практикою визнано, що при доказуванні узгоджених дій, які не мають обов'язкової форми і які не досягають співпадіння волі, що відповідає рівню угоди, регулятор також зіштовхується з проблемою. У справі **Misique Diffusion Francaise (Pioneer)** головний радник також встановив, що узгоджені дії можна доказувати не тільки безпосередніми, але і такими, що впливають з обставин справи доказами. На думку Т. Тота, цей висновок справедливий і для угод¹¹².

Крім того, в практиці Суду ЄС дане питання розглядалося в рішенні, винесеному в зв'язку із картелем німецьких банків по обміну євро¹¹³. Відповідно до аргументації Комісії, Трибунал не може вимагати, щоб наведені в оскаржуваному рішенні документальні докази були «неспростовним доказом» якого-небудь порушення. Практика винесення судових рішень вимагає лише у відповідній мірі точних, суттєвих і не суперечливих один із одним доказів. Наявність очевидної помилки виключається, якщо оцінка розкритих Комісією фактів більш ймовірна, ніж посилення позивача. Таким чином, Комісія підтримала застосування критерію «принципу більшої імовірності» (*balance of probabilities*), а саме, що при доказуванні змов для встановлення порушення достатньо зважити всі факти із застосуванням цього принципу.

Відповідно до статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» розгляд справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції належить до повноважень АМКУ. Окремим питанням формування такої практики в АМКУ присвячена ця стаття.

Поняття узгоджених дій



Узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

¹¹² Д-р Тихамер Тот. Антимонопольное право Европейского Союза. – Будапешт, 2014. – с.143. - №100-103/80. SA Misure Diffusion francaise и др. против Комиссии ЕС (1983) ECR, стр. 1825.

¹¹³ Рішення по справах № T-44/02OP, T-54/02OP, T-56/02OP, T-60/02OP, T-61/02OP Dresdner Bank та ін. проти Комісії ЄС від 27 вересня 2006 року (2006) ECR II-03567, пункти 58-61.

Одним з ключових питань в реалізації конкурентного законодавства є визначення поняття «узгоджених дій». Наразі під узгодженими діями Закон України «Про захист економічної конкуренції» №2210-III визначає укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання є узгодженими діями. Також узгодженими діями вважається створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання¹¹⁴.

Законом №2210-III визначені випадки, коли узгоджені дії не є порушенням, а також коли такі дії можуть бути дозволені.

Поняття антиконкурентних узгоджених дій

Негативний вплив на конкуренцію є визначальним для розуміння антиконкурентності узгоджених дій. Тобто, якщо узгоджені дії чинять негативний вплив на конкуренцію, така поведінка суб'єктів господарювання стає протиправною, а дії – антиконкурентними.

За визначенням, наведеним у ст. 1 Закону №2210-III, **конкуренція** – це «змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку».

В законодавчому визначенні даного поняття важливий кожен з елементів, які слід розглядати в їх сукупності з іншими. Саме з цим визначенням пов'язується поняття антиконкурентних узгоджених дій, як правопорушення. При цьому окремим складом порушення можуть бути як недопущення, так і усунення чи обмеження конкуренції. Іноді порушення є триваючим і в такому разі антиконкурентні узгоджені дії за висновком конкурентного відомства **можуть призвести** до негативного впливу на конкуренцію. В інших випадках негативні наслідки вже настали, а отже, Антимонопольний комітет України в своєму рішенні повинен констатувати, що дії суб'єктів господарювання **призвели** до порушення конкуренції.

¹¹⁴ Див.: Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14> Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-ВР> та Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 № 27-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-02>

Суб'єкти вчинення антиконкурентних узгоджених дій

Кого може стосуватися звинувачення в «картельній змові»? Варто зазначити, що відповідно до чинного законодавства коло суб'єктів антиконкурентних узгоджених дій є достатньо широким. Такі дії можуть вчинятися не тільки суб'єктами господарювання, але і органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю. В залежності від суб'єктного складу, застосовуються різні статті зазначеного Закону. При цьому, варто окремо звернути увагу на небезпеку антиконкурентних дій органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю. Антиконкурентними діями таких органів є прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю (колегіального органу чи посадової особи), які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції.

Однак, як свідчить практика, найбільш частими наразі є «картельні змови» суб'єктів господарювання. Тому хотілося б приділити окрему увагу аналізу порушення, передбаченого ст. 6 Закону України №2210-III, а саме так званих «картельних змов» суб'єктів господарювання.

Антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання можуть бути як **«горизонтальними»**, так і **«вертикальними»**. Якщо антиконкурентні узгоджені дії вчинялися такими суб'єктами, що знаходяться на одному і тому ж рівні сфери виробництва, обслуговування чи збуту, йдеться про горизонтальні узгоджені дії. Наслідком таких дій є спотворення конкуренції в частині **змагання** між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, яке обмежується чи перестає існувати.

Антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання є **вертикальними**, коли суб'єкти господарювання діють на різних рівнях ланцюга виробництва або постачання, та учасники яких можуть купувати, продавати або перепродавати окремі товари (наприклад, виробник-дистриб'ютор). Антиконкурентні дії таких суб'єктів негативно впливають на участь у конкуренції інших суб'єктів, фактично визначаючи умови обороту на ринку, не допускаючи інших суб'єктів.

Відповідно до *Типових вимог, затверджених Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.10.2010 №10-рп*¹¹⁵, не визнаються вертикальними

¹¹⁵ Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.10.2017 № 10-рп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1364-17>

узгодженими діями договори доручення або комерційне посередництво (агентська діяльність), якщо повірений (комерційний агент) у зв'язку з такою діяльністю не несе або несе лише незначні комерційні та/або фінансові ризики. Однак, договори доручення або комерційне посередництво (агентська діяльність) визнаються вертикальними узгодженими діями, якщо повірений (комерційний агент) у зв'язку з такою діяльністю несе істотні комерційні та/або фінансові ризики, зокрема, якщо він відповідає **хоча б одній** з таких умов:

- несе витрати на постачання/придбання товарів (за винятком транспортних витрат, якщо вони відшкодовуються суб'єктом господарювання, якого представляє повірений (комерційний агент));
- зобов'язаний нести витрати на рекламу суб'єкта господарювання, якого представляє;
- зберігає за власний рахунок або на власний ризик запаси товарів суб'єкта господарювання, якого представляє (за винятком відповідальності повіреного (комерційного агента) за втрату (нестачу) або пошкодження таких товарів);
- забезпечує за власний рахунок ремонтні послуги або гарантійне обслуговування після продажу товару;
- несе особливі витрати на обладнання, приміщення або навчання персоналу (за винятком випадків, коли такі витрати повністю відшкодовуються суб'єктом господарювання, якого представляє повірений (комерційний агент));
- бере на себе відповідальність перед третіми сторонами за шкоду, завдану споживачам проданими товарами (за винятком настання у повіреного (комерційного агента) такої відповідальності на підставі законодавства);
- бере на себе відповідальність за неспроможність покупців оплатити товар (за винятком настання відповідальності повіреного (комерційного агента) за власне недбальство або бездіяльність);
- несе інші витрати та ризики у зв'язку із заходами, яких згідно з вимогами суб'єкта господарювання, якого він представляє, має бути вжито на тому самому товарному ринку (за винятком випадків, коли такі витрати повністю відшкодовуються суб'єктом господарювання, якого представляє повірений (комерційний агент)).

Прикладом, коли дії суб'єктів господарювання були визнані порушенням у вигляді вертикальних антиконкурентних узгоджених дій, є **рішення АМКУ від 02.07.2020 № 420-р¹¹⁶**. ТОВ «Грундфос Україна» у 2017-2018 рр. здійснювало реалізацію насосного обладнання ТМ GRUNDFOS дилерам на підставі договорів поставки, які містили умови про встановлення цін на подальшу реалізацію товарів, що полягали у запровадженні мінімального рівня рекомендованої ціни для товарів побутової серії і мінімальної ціни продажу для товарів побутової серії третім особам (перепродавцям) та санкції щодо їх недотримання. Такі дії визнано антиконкурентними узгодженими діями, які стосуються встановлення цін, відповідно до п.1 ч.2 статті 6 Закону № 2210-III.

Розглядаючи питання суб'єкта антиконкурентних узгоджених дій, також варто зазначити, що в конкурентному праві значення «суб'єкт» не обмежується одним зареєстрованим в реєстрі суб'єктом, а може охоплювати групу пов'язаних осіб.

Крім того, складним може виявитися питання про віднесення до суб'єктів антиконкурентних узгоджених дій асоціацій, спілок. В такому випадку необхідно брати до уваги, чи виконує асоціація функцію організації і контролю за виконанням членами асоціації-учасниками певної узгодженої неконкурентної поведінки. Залежно від цього така асоціація також визнається суб'єктом, який вчиняє порушення.

Так, АМКУ було винесено **рішення від 13.06.2012 № 355-р** у справі про вчинення 14 деревообробними підприємствами-членами асоціації «Меблідеревпром» порушення, передбаченого пунктом 4 частини другою статті 6 та пунктом 1 статті 50 Закону №2210-III, у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів аукціонів та асоціацією «Меблідеревпром» порушення, передбаченого частиною 1 статті 18 та пунктом 9 статті 50 Закону №2210-III у вигляді обмежувальної діяльності об'єднання, яка полягає у сприянні вчиненню порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

В ході розгляду справи було встановлено, що учасники асоціації, які придбавали понад 80% необробленої деревини на аукціонах і в абсолютній більшості випадків не конкурували між собою, а лоти придбавалися за стартовими цінами. Це все мало місце при дефіциті лісосировини. Асоціація при цьому виконувала функцію організації і контролю за виконанням членами асоціації домовленості щодо розподілу деревини.

¹¹⁶ Рішення АМКУ від 02.07.2020 № 420-р. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5f0/f36/ac4/5f0f36ac4c6cc146764848.pdf>

Ознаки антиконкурентних узгоджених дій

Антиконкурентні узгоджені дії можуть бути встановлені, якщо суб'єкти вступають в контакт один із одним, обмінюються інформацією, між ними формується співпраця з метою усунення, обмеження чи недопущення конкуренції на ринку.

Перелік антиконкурентних узгоджених дій наведений в частині 2 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Зокрема, там визначені такі дії як:

1) встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів;

2) обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними;

3) розподілу ринків чи джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи придбання, за колом продавців, покупців або споживачів чи за іншими ознаками;

4) спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів;

5) усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців;

6) застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх у не вигідне становище в конкуренції;

7) укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод;

8) суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин.

Наприклад, при т. зв. «*ціновому картелі*» (п.1 ч.2.ст.6 Закону №2210-III) узгоджена поведінка суб'єктів може бути наступною: встановлення конкретної ціни продажу чи придбання; визначення мінімальних чи максимальних цін; домовленість про одночасне підвищення цін; визначення окремих елементів формування ціноутворення, наприклад, максимальної ціни щодо преїскуранта; рекомендовані ціни; ретро-знижки, які застосовуються до товарів, на які ціни є регульованими державою тощо.

Для кваліфікації антиконкурентних узгоджених дій не є визначальним, чи була укладена угода в письмовій формі чи ні. Можуть також братися до уваги договори, які втратили чинність, але яких сторони дотримуються як звичай; усні домовленості; заяви, спрямовані на інші сторони, які підтримуються іншою стороною, виходячи із поведінки; поведінка суб'єктів на ринку тощо.

При узгоджених діях також можливі ситуації, коли не всі учасники беруть у них активну участь, але достеменно знаючи про них, не заперечують антиконкурентним узгодженим діям. Така поведінка може бути розцінена як мовчазна згода, якою заохочується порушення і перешкоджається його розкриття.

Варто також згадати про паралельну ринкову поведінку, про яку йдеться в частині 4 статті 6 Закону Закону №2210-III, коли при горизонтальних узгоджених діях суб'єкт господарювання копіює поведінку іншого провідного гравця на ринку з певним часовим запізненням. Якщо це відбувається одночасно і не має ринкової логіки – це може бути свідченням антиконкурентних узгоджених дій.

Докази і доказування АМКУ

Звичайно, найпростіше було б доказувати порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, якщо була б наявна письмова домовленість. Але здебільшого при картельних змовах підписаного договору як прямого доказу немає, чи є, але в ньому відсутні прямі домовленості. Виникає потреба доказувати існування домовленості чи узгоджену практику.

Інструменти, які застосовує АМКУ при розслідуванні антиконкурентних узгоджених дій, передбачені Законом України «Про захист економічної конкуренції».

При розгляді справи про порушення органи АМКУ збирають і аналізують документи, висновки експертів, пояснення осіб, іншу інформацію, що є доказом у справі та приймають рішення в межах своєї компетенції. Також органи Комітету отримують пояснення осіб, які беруть участь у справі, або будь-яких осіб за їх клопотанням чи власної ініціативи.

Статтею 41 Закону №2210-III передбачено, що доказами у справі можуть **бути будь-які фактичні дані**, які дають можливість встановити наявність чи відсутність порушення. Ці дані встановлюються такими засобами: пояснення сторін і третіх осіб, поясненнями службових осіб і громадян, письмовими доказами, речовими доказами і висновками експертів. Усні пояснення фіксуються у протоколі.

Особи, які беруть участь у справі, мають право надавати докази та доводити їх достовірність (об'єктивність).

Крім того, органи АМКУ за власною ініціативою чи за клопотанням особи, яка бере участь у справі, мають право призначати експертизу.

У випадках, якщо докази не було надано і є достатні підстави вважати, що документи, предмети чи інші носії інформації, які можуть бути доказами чи джерелом доказів у справі, знаходяться у певному місці, існує загроза, що відповідні документи, предмети чи інші носії інформації можуть бути знищені – вони можуть бути вилучені.

У разі, коли вилучити докази немає можливості, органами комітету чи уповноваженими працівниками може бути накладений арешт на предмети, документи, інші носії інформації, що можуть бути доказами чи джерелом доказів у справі.

В будь-якому разі при доведенні порушення органами АМКУ:

- встановлюються товарні, територіальні (географічні) та часові межі ринку на якому відбулося порушення відповідно Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання, затвердженої *розпорядженням АМКУ від 5 березня № 49-р¹¹⁷*, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 1 квітня 2002 року за № 317/6605;
- враховується специфіка законодавства, що регулює діяльність суб'єктів на тому чи іншому ринку, бар'єри входу на ринок;

¹¹⁷ Розпорядження АМКУ від 05.03.2002 № 49-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02>

- визначається коло суб'єктів господарювання, що діють на такому ринку, відносини контролю таких суб'єктів господарювання, їх частки на відповідному ринку;
- досліджується поведінка суб'єктів господарювання на ринку в період порушення, у тому числі цінова, та фактори, які могли впливати на таку поведінку;
- порівнюється поведінка суб'єктів господарювання в період порушення з періодом, що передував та/або в період після вчинення такими суб'єктами господарювання порушення;
- проводиться можливе порівняння поведінки суб'єктів господарювання на різних територіях (відмінність поведінки в залежності від територіальних меж ринків, кола учасників, що діють на таких ринках) тощо.

Для визначення схожості або тотожності у діях суб'єктів господарювання щодо ціноутворення на тому чи іншому ринку органи Комітету (порушення, передбачене частиною третьою статті 6 Закону №2210-III) досить часто застосовують математичний аналіз, зокрема шляхом розрахунку коефіцієнту кореляції між рядами їх цін, що були встановлені учасниками ринку у період, який досліджується.

Для встановлення негативного впливу на конкуренцію засоби Комітету також не є вичерпними, зокрема, це може бути:

а) порівняння прибутку, отриманого відповідачами в попередніх періодах та безпосередньо в період порушення;

б) аналіз причинно-наслідкового зв'язку цінової поведінки відповідачів та можливості споживачів вибирати найбільш вигідну пропозицію;

в) аналіз фактів щодо зменшення у відповідачів обсягів реалізації у різний час тощо.

Таким чином із сукупності поведінкових факторів та документальних доказів суб'єктів господарювання з'ясовується загальна картина з багатьох деталей, за умови складання якої стає очевидним порушення.

Доказування антиконкурентних узгоджених дій, особливо якщо це стосується картельних змов, може бути не надто простим та потребує врахування багатьох, часом, непрямих, доказів. При цьому надзвичайно важливим елементом доказування є оцінка впливу на конкуренцію, яка аналізується в ході розслідування.

Питання для самоконтролю

1. Що розуміється під поняттями «горизонтальні» і «вертикальні» антиконкурентні узгоджені дії?
2. Що таке «ціновий картель»?
3. Які докази дозволяють встановити існування антиконкурентних узгоджених дій?

5. СУДОВІ СПОРИ ЗА УЧАСТЮ АМКУ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

*Ніна Кучерук,
провідний науковий співробітник відділу «Тестологічний центр»
Національної школи суддів України*

Важливою гарантією захисту прав осіб від незаконних рішень органів Анти-монопольного комітету України є можливість оскаржити ці рішення в судовому порядку. На сьогодні така можливість гарантується *Конституцією України*, що передбачає право кожного оскаржувати рішення, дії та бездіяльність державних органів у суді¹¹⁸, та спеціальним *Законом України «Про захист економічної конкуренції»*, що передбачає оскарження у судовому порядку рішень органів Антимонопольного комітету України¹¹⁹.

Однак попри наявність наведених законодавчих гарантій серед заявників, а також інколи і серед суддів на практиці виникають певні труднощі. Зокрема, такі труднощі виникають при виборі «належного» суду для розгляду справ за участю органів АМКУ, у визначенні предмету оскарження, при доказуванні неправомірності рішень цих державних органів тощо.

Так, наприклад, у **справі № 826/6968/17** заявник намагався оскаржити рекомендації АМКУ з тих підстав, що, по-перше, вони прийняті з порушенням чинного законодавства; по-друге, свідчать про втручання в господарську діяльність позивача¹²⁰. Суди першої¹²¹ та апеляційної інстанції¹²² погодилися з такими доводами позивача та дійшли висновку про наявність підстав для задоволення позову.

Проте Велика Палата Верховного Суду скасувала судові рішення попередніх інстанцій, посилаючись на неможливість оскарження рекомендацій АМКУ в судовому порядку. При цьому Велика Палата виходила із того, що обов'язковою умовою визнання акта недійсним є порушення у зв'язку з його прийняттям прав та охоронюваних законом інтересів позивача у справі. Однак надання органом АМКУ відповідних рекомендацій у процесі розгляду справи про порушення за-

¹¹⁸ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Ст. 55

¹¹⁹ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>

¹²⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 06.05.2020 у справі № 826/6968/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89238390>

¹²¹ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 16.02.2018 у справі № 826/6968/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72407834>

¹²² Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 05.06.2018 у справі № 826/6968/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74609749>

конодавства про захист економічної конкуренції не порушує прав чи охоронюваних законом інтересів позивача, оскільки самі по собі такі рекомендації не створюють жодних правових наслідків. Судовому оскарженню підлягають рішення органів АМКУ, прийняті за наслідками розгляду таких рекомендацій¹²³.

У цій же справі Суд зробив висновок про те, що саме собою здійснення розгляду органом АМКУ справи з приводу наявності в діях підприємства ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції не порушує права та охоронювані законом інтереси такого підприємства¹²⁴.

Водночас раніше у постанові від 13.11.2019 **у справі № 640/2475/19** Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що в судовому порядку можуть оскаржуватися дії Антимонопольного комітету України з відкриття провадження у справі за скаргою щодо порушення законодавства про захист економічної конкуренції¹²⁵. При цьому такі дії суд кваліфікував як рішення Антимонопольного комітету України, пов'язаного з розглядом справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Як свідчить судова практика, неоднозначним було питання щодо можливості судового оскарження і вимог органів АМКУ, зокрема, *щодо надання інформації*. На сьогодні це питання також вирішено Великою Палатою Верховного Суду, згідно з висновком якої такі вимоги підлягають розгляду за правилами Господарського процесуального кодексу України¹²⁶.

Одним із важливих питань при оскарженні рішень Антимонопольного комітету України є правильне визначення суду, до підвідомчості якого належить розгляд справи. На перший погляд, це питання чітко врегульовано положеннями процесуальних кодексів (ст. 27 Кодексу адміністративного судочинства України¹²⁷ і ст. 20 Господарського процесуального кодексу України¹²⁸). Однак, як показує судова практика, подекуди виникає неоднокове розуміння вказаних правових норм.

Так, **у справі № 640/2475/19** щодо оскарження дій Антимонопольного комітету України з прийняття рішення (розпорядження) щодо відкриття провадження

¹²³ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 06.05.2020 у справі № 826/6968/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89238390>

¹²⁴ Там само.

¹²⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.11.2019 у справі № 640/2475/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85743702>

¹²⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18.03.2020 у справі № 160/2452/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88952182>

¹²⁷ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>. – Ст. 27.

¹²⁸ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. – Ст. 20.

у справі заявник вважав, що таку справу слід розглядати у порядку адміністративного судочинства. При цьому позивач стверджував, що він оскаржує дії, а не рішення АМКУ. З огляду на такий предмет оскарження та наявність у справі суб'єкта владних повноважень, заявник зазначав, що цей спір підлягає розгляду в порядку адміністративного судочинства¹²⁹.

Верховний Суд з такими доводами правомірно не погодився, оскільки предмет оскарження не стосувався рішень Антимонопольного комітету України про порушення законодавства у сфері публічних закупівель або державної допомоги суб'єктам господарювання.

У даному контексті також слід звернути увагу на ще одну справу, у якій питання суб'єктного складу при визначенні підвідомчості справи не мало вирішального значення. Так, у постанові від 03.07.2019 **у справі № 922/3506/18** Велика Палата Верховного Суду зазначила, що відсутність у фізичної особи статусу підприємця не має правового значення для визначення юрисдикції спору, оскільки господарські суди розглядають справи у будь-яких спорах, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України та його органів, незалежно від суб'єктного складу¹³⁰.

Однак чи не найбільш дискусійним є питання щодо наявності або відсутності у судів повноважень приймати до розгляду та оцінювати нові докази, додаткові пояснення, які не подавалися під час розгляду справи про порушення конкурентного законодавства.

Згідно з правовою позицією Верховного Суду, викладеною у ряді постанов 2019¹³¹ та 2020¹³² років, судом не можуть досліджуватись та оцінюватись додаткові пояснення сторін, які стосуються кваліфікації встановленого органом АМКУ порушення конкурентного законодавства, які не надавались у межах розгляду справи про порушення конкурентного законодавства. Верховний Суд обґрунтовував свою позицію тим, що кваліфікація дій суб'єктів господарювання як порушення законодавства про захист економічної конкуренції є виключною компетенцією органів Антимонопольного комітету України, а не суду. При цьому Суд наводить ряд норм Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо наявності в АМКУ таких повноважень.

¹²⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13.11.2019 у справі № 640/2475/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85743702>

¹³⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 03.07.2019 у справі № 922/3506/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82885655>

¹³¹ Постанова Верховного Суду від 19.08.2019 у справі № 910/12487/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83783471>

¹³² Постанова Верховного Суду від 30.01.2020 у справі № 910/14949/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87363487>

Верховний Суд також зазначав, що суди не повинні перебирати на себе не притаманні суду функції та самостійно встановлювати, зокрема, обставини інкримінованого порушення, збирати докази, що відносяться до дискреційних повноважень органів Антимонопольного комітету України під час розгляду антимонопольної справи¹³³.

Слід погодитися з зазначеною вище позицією щодо неможливості суду самостійно збирати докази за власною ініціативою, оскільки процесуальні кодекси такими повноваженнями суди не наділяють (за деякими винятками). Водночас питання щодо неможливості дослідження та оцінки поданих стороною доказів є неоднозначним, в тому числі, серед суддів.



У 2021 році Верховний Суд вирішив відступити від висновків щодо неможливості дослідження та оцінки судом додаткових доказів, які стосуються кваліфікації встановленого органом АМКУ порушення конкурентного законодавства і не надавались у межах розгляду справи про порушення конкурентного законодавства у подібних правовідносинах, викладених в раніше ухвалених рішеннях Верховного Суду від 19.08.2019 у справі № 910/12487/18 та від 30.01.2020 у справі № 910/14949/18. У зв'язку з цим ухвалою від 16.02.2021¹³⁴ Верховний Суд передав справу № 910/701/17 на розгляд відповідної палати (палати для розгляду справ щодо захисту прав інтелектуальної власності, а також пов'язаних з антимонопольним та конкурентним законодавством Касаційного господарського суду), адже як відомо, саме таку процедуру для відступлення судом касаційної інстанції від своїх висновків встановив законодавець.

¹³³ Постанова Верховного Суду від 30.09.2019 у справі № 910/13306/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84788374>

¹³⁴ Ухвала Верховного Суду від 16.02.2021 у справі № 910/701/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999438>

За результатами її розгляду, Верховний Суд у складі суддів відповідної палати конкретизував правові висновки, викладені у зазначених вище постановках Верховного Суду від 19.08.2019 та від 30.01.2020. При цьому суд зазначив, що рішення Антимонопольного комітету України має містити усі докази, якими обґрунтовуються його висновки. Водночас положення статті 40 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та пункту 16 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ), стосовно прав осіб, які беруть (брали) участь у справі (зокрема, щодо наведення доказів) **не обмежують цих осіб у наданні до суду доказів**, які раніше не були подані ними в процесі розгляду АМКУ справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції¹³⁵.

На нашу думку, про можливість суду досліджувати та оцінювати подані учасником справи докази свідчать і інші обставини. По-перше, порядок здійснення правосуддя регулюється нормами процесуального (процесуальних кодексів), а не матеріального закону (Закон України «Про захист економічної конкуренції»). Це впливає зі ст. 1 Господарського процесуального кодексу України, відповідно до якої цей Кодекс встановлює порядок здійснення судочинства у господарських судах¹³⁶. Схожі положення містяться у ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно з якою правосуддя в Україні здійснюється виключно судами та відповідно до визначених законом процедур судочинства¹³⁷. При цьому жодних винятків у вигляді неприйняття «нових» доказів, додаткових пояснень в «антимонопольних» справах законодавець не передбачає.

По-друге, зазначена вище позиція узгоджується з конституційною засадою змагальності сторін (ст. 129 Конституції України¹³⁸) та принципом диспозитивності господарського судочинства (ст. 2 ГПК України). Останній з огляду на положення ст. 14 ГПК України передбачає розгляд судом справи за зверненням особи на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у передбачених цим Кодексом випадках¹³⁹. У даному випадку також слід зазначити, що

¹³⁵ Там само.

¹³⁶ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. – Ст. 1.

¹³⁷ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>. – Ст. 5

¹³⁸ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Ст. 129.

¹³⁹ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. – Ст. 14.

суд є органом державної влади, а тому відповідно до ч. 2 ст. 19 *Конституції України* зобов'язаний діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України¹⁴⁰.

По-третє, наявність таких повноважень у господарського суду узгоджується з завданням господарського судочинства, яким є справедливе вирішення судом спорів з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів¹⁴¹.

По-четверте, наведений підхід забезпечуватиме реалізацію особами права на розгляд справи незалежним та безстороннім судом, що гарантоване статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹⁴².



У рішенні у справі «**Меньшакова проти України**» Європейський суд з прав людини наголошував, що пункт 1 статті 6 Конвенції гарантує кожному право на звернення до суду з позовом щодо його прав та обов'язків цивільного характеру. Таким чином, він втілює в собі «право на суд», яке згідно з практикою Суду, включає в себе не тільки право ініціювати провадження, але й право розраховувати на «розгляд» спору судом (рішення у справі «**Кутіч проти Хорватії**» (Kutic v. Croatia), заява № 48778/99, п. 25, ЄСПЛ 2002-II)¹⁴³.

Водночас видається досить суперечливим називати розглядом справи заслуховування учасників без врахування їх доказів, які мають суттєве значення для справи, однак не були подані під час розгляду справи Антимонопольним комітетом України.

По-п'яте, наділення суду вказаними повноваженнями узгоджується з такою вимогою до судового рішення як його обґрунтованість¹⁴⁴, тобто ухвалення рішення на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень.

¹⁴⁰ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. – Ст. 19.

¹⁴¹ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. – Ст. 2.

¹⁴² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. – Ст. 6.

¹⁴³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Меньшакова проти України» від 04.10.2010. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_766#Text

¹⁴⁴ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII IV (в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. – Ст. 236.

Слід зазначити, що саме Верховний Суд з огляду на положення ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом¹⁴⁵. Тому такі висновки Верховного Суду мають важливе значення для формування судової практики, особливо у судах першої та апеляційної інстанції, які не можуть відступати від вказаних висновків.

Розглядаючи питання повноважень судів, не можна залишити поза увагою проблеми щодо можливості зменшення в судовому порядку розміру штрафу, накладеного органами АМКУ. Так, за змістом ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» залежно від виду порушення штраф накладається у таких розмірах: до **10%**, до **5%** та до **1%** доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф¹⁴⁶.

Тобто законодавець встановлює лише верхню межу штрафу, а вже конкретний його розмір в цих межах визначає орган АМКУ.



За правовою позицією Верховного Суду, викладеною у постановках від 10.10.2019 **у справі № 916/492/19**¹⁴⁷, від 02.04.2019 **у справі № 910/10740/18**¹⁴⁸, від 22.01.2019 **у справі № 915/304/18**¹⁴⁹ тощо закон не містить норм, які надавали б господарському суду право зменшувати розмір (а відтак і суму) стягуваних штрафу та/або пені (у разі їх правомірного нарахування).

При цьому перевірка на правомірність фактично зводиться до встановлення факту неперевищення встановленої законом верхньої межі. Всі інші питання, в тому числі, співрозмірність порушення і розміру штрафу, його справедливості тощо судом не досліджуються.

¹⁴⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>. – Ст. 36.

¹⁴⁶ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>. – Ст. 52.

¹⁴⁷ Постанова Верховного Суду від 10.10.2019 у справі № 916/492/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84916115>

¹⁴⁸ Постанова Верховного Суду від 02.04.2019 у справі № 910/10740/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80923005>

¹⁴⁹ Постанова Верховного Суду від 22.01.2019 у справі № 915/304/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79430123>

Така позиція суду видається суперечливою, оскільки особа, звертаючись до суду, розраховує, що її справа, в тому числі питання співрозмірності застосованого штрафу, буде розглянута судом.

Водночас слід визнати, що наявні законодавчі конструкції значно ускладнюють можливість перевірки судом правомірності нарахування такого штрафу. Очевидно, що вирішення цього питання можливе шляхом подальшого правового регулювання, яким би встановлювалися критерії визначення розміру штрафу.

Також, на нашу думку, подальшого законодавчого регулювання потребує питання нарахування пені у період перебування судової справи у судах.

Відповідно до ч. 5 ст. 56 *Закону № 2210-III* за кожний день прострочення сплати штрафу стягується пеня у розмірі півтора відсотка від суми штрафу. Нарахування пені припиняється з дня прийняття господарським судом рішення про стягнення відповідного штрафу. Нарахування пені зупиняється на час розгляду чи перегляду господарським судом: справи про визнання недійсним рішення органу АМКУ про накладення штрафу; відповідного рішення (постанови) господарського суду¹⁵⁰.



Застосовуючи статтю 56 вказаного Закону, *Верховний Суд* у постанові від 17.12.2019 **у справі № 910/1548/19** зазначає, що тривалість такого зупинення визначається виключно періодом часу, протягом якого фактично здійснювався зазначений розгляд чи перегляд (наприклад, у суді першої інстанції – від дня порушення провадження у справі до дня прийняття рішення в ній; у судах апеляційної та касаційної інстанцій - від дня прийняття апеляційної чи касаційної скарги до дня прийняття постанови), і в цей період не включається час знаходження матеріалів справи у суді, коли згадані розгляд чи перегляд не здійснювалися¹⁵¹.

Таким чином, на даний час нарахування пені зупиняється лише на час фактичного розгляду та перегляду судової справи та не включає періоди між прийняттям судом рішення та постановленням ухвали про відкриття відповідного апеляційного провадження, а також між прийняттям апеляційним судом постанови та постановленням ухвали про відкриття відповідного касаційного провадження.

¹⁵⁰ Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>. – Ст. 56.

¹⁵¹ Постанова Верховного Суду від 17.12.2019 у справі № 910/1548/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86430927>

Видається, що такі положення *Закону України «Про захист економічної конкуренції»* є не зовсім досконалими, оскільки фактично покладають на особу додатковий фінансовий тягар за реалізацію нею права на судовий захист.

Підсумовуючи наведене, можна зробити висновки, що на сьогодні законодавче регулювання питання розгляду та вирішення спорів за участю органів АМКУ породжує формування неоднозначної судової практики та потребує подальшого удосконалення. Зокрема, більш детальному правовому регулюванню підлягають питання визначення розміру штрафу за порушення антимонопольного і конкурентного законодавства, зупинення нарахування пені за прострочення його сплати. Забезпеченню подальшої єдності судової практики сприятиме конкретизація у спеціальному законодавстві повноважень суду щодо прийняття та дослідження «нових» доказів і додаткових пояснень у справах за участю органів Антимонопольного комітету України.

Питання для самоконтролю

1. Чи можливе зменшення в судовому порядку розміру штрафу, накладеного органами Антимонопольного комітету України?
2. Чи можуть судом досліджуватися додаткові докази, які не надавалися у межах розгляду справи про порушення конкурентного законодавства?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

- I. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 №2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2210-14>
- II. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-ВР>
- III. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12>
- IV. Закон України «Про правову охорону географічних зазначень» від 16.06.1999 № 752-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752-14>
- V. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 № 1023-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text>
- VI. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 № 3689-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>
- VII. Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-ВР>
- VIII. Угода про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018
- IX. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Законом України № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011
- X. Договір про заснування Енергетичного Співтовариства від 25.10.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_926#o91
- XI. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02). URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)

- XII. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Text with EEA relevance) (2004/C 101/08). URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=CS](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=CS)
- XIII. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance). URL: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>
- XIV. Справа C-67/13, Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0067&from=EN>
- XV. Справа C-307/18, Paroxetine, EU:C:2020:52. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0307&from=GA>
- XVI. Справа C-228/18, Budapest Bank, EU:C:2020:265. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CC0228&from=EN>
- XVII. Справа C-209/10, Post Danmark I, EU:C:2012:172. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0209&from=en>
- XVIII. Справа C-23/14, Post Danmark II, EU:C:2015:651. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0023&from=EN>
- XIX. Справа C-413/14 P, Intel, EU:C:2017:632. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0413&from=EN>
- XX. Справа C-525/16, MEO, EU:C:2018:270. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CC0525&from=EN>

ПОСІБНИК ДЛЯ СУДДІВ

ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Упорядники:

В. Брадеуцану, Н. Шукліна, О. Коптєва

Переклад:

Д. Піменова, Н. Томчук

Дизайн та верстка:

Д. Мокрий-Вороновський, Т. Урущак,
студія графічного дизайну Diagrama Graphics