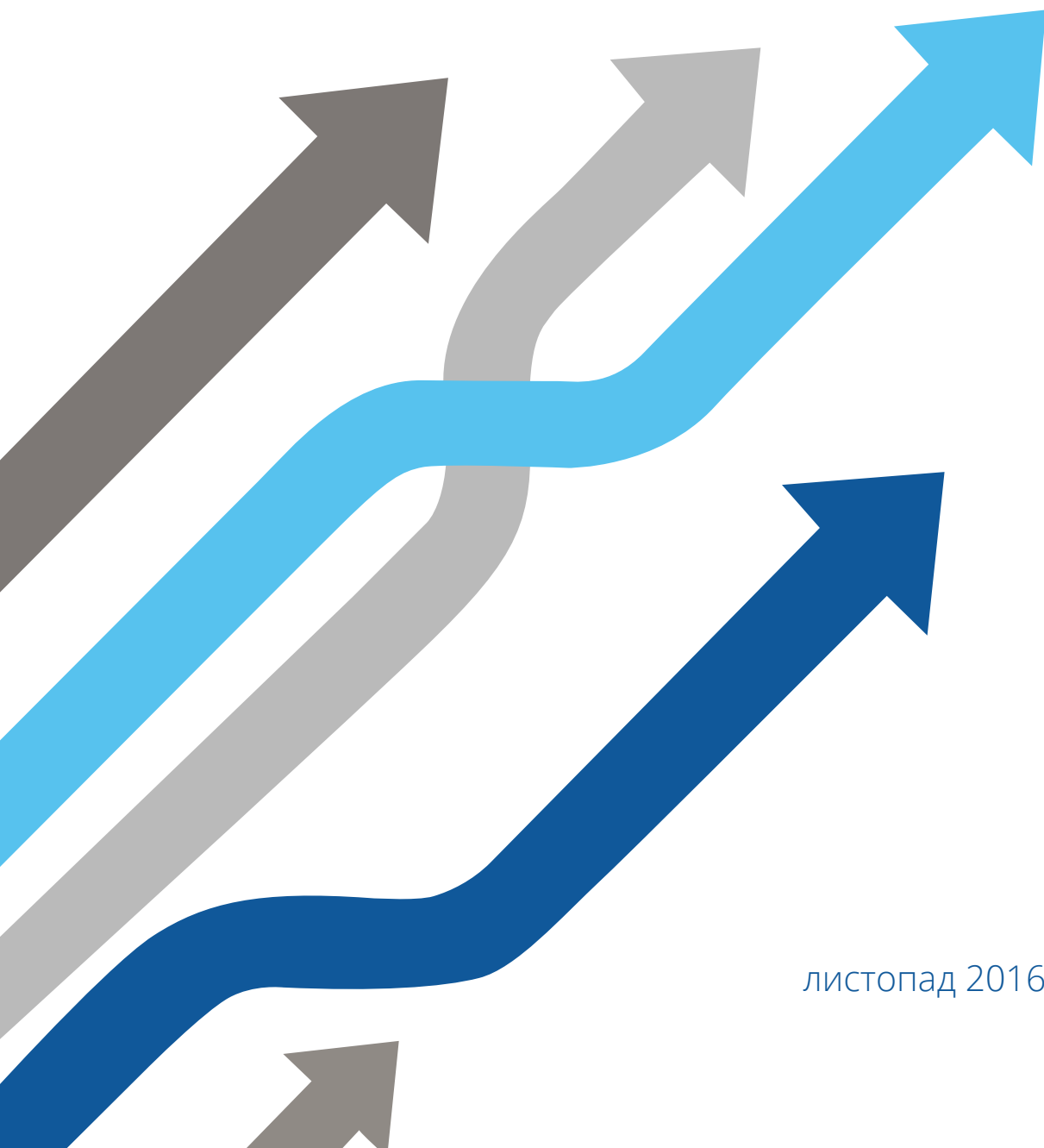


# СИСТЕМНИЙ ЗВІТ

**ВИКЛИКИ ТА ПРОБЛЕМИ У СФЕРІ  
ЗАХИСТУ ТА КОНТРОЛЮ ЗА КОНКУРЕНЦІЄЮ**



листопад 2016



# Зміст

<b>1</b>	<b>ВСТУП</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>ВИКЛИКИ ТА ПРОБЛЕМИ</b>	<b>10</b>
<b>2.1</b>	<b>Інституційний потенціал АМКУ</b>	<b>10</b>
	Проблема	10
	Рекомендації Ради	12
<b>2.2</b>	<b>Співпраця АМКУ з іншими органами державної влади</b>	<b>13</b>
	Проблема	13
	Справа № 1. Неоднозначне тлумачення законодавства	15
	Справа № 2. Недостатня взаємодія між АМКУ та галузевими регуляторами	16
	Рекомендації Ради	17
<b>2.3</b>	<b>Адміністративно-процесуальна дискреція АМКУ</b>	<b>18</b>
<b>2.3.1</b>	<b>Розгляд заяв про отримання дозволів на концентрацію</b>	
	Проблема	18
	(а) Договори про відмову від конкуренції	19
	(б) Відповідальність за вчинення концентрації без отримання попереднього дозволу АМКУ	20
	Рекомендації Ради	20
<b>2.3.2</b>	<b>Зловживання монополієм (домінуючим) становищем</b>	<b>21</b>
	Проблема	21
	Справа № 3. Зловживання домінуючим становищем природним монополістом	21
	Рекомендації Ради	23
<b>2.3.3</b>	<b>Порядок прийняття рішень органами АМКУ</b>	<b>24</b>
	Проблема	24
	Рекомендація Ради	25
<b>2.3.4</b>	<b>Повноваження АМКУ у сфері забезпечення дотримання законодавства</b>	<b>26</b>
	(а) Методика визначення розміру штрафів	26
	Проблема	26
	Рекомендації Ради	27
	(б) Можливість судового оскарження розміру штрафу	28
	Проблема	28
	Рекомендація Ради	29
	(с) Розповсюдження інформації	30
	Проблема	30
	Рекомендація Ради	30

<b>2.4</b>	<b>Доступ до інформації</b>	<b>31</b>
2.4.1	Статус різних заяв, поданих до АМКУ	31
	Проблема	31
	Рекомендації Ради	32
2.4.2	Доступ до матеріалів справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції	32
	Проблема	32
	Рекомендації Ради	33
<b>2.5</b>	<b>Програма звільнення від відповідальності</b>	<b>33</b>
	Проблема	33
	Рекомендація Ради	34
<b>2.6</b>	<b>Публічні закупівлі</b>	<b>35</b>
2.6.1	Право надавати додаткові докази/нові документи	36
	Проблема	36
2.6.2	Використання даних електронної системи закупівель	36
	Проблема	36
	Рекомендації Ради	37
<b>2.7</b>	<b>Державна допомога</b>	<b>38</b>
2.7.1	Обізнаність про державну допомогу	38
	Проблема	38
	Рекомендація Ради	39
2.7.2	Стан необхідного масиву підзаконних актів	40
	Проблема	40
	Рекомендації Ради	40
2.7.3	Реєстр державної допомоги	41
	Проблема	41
	Рекомендації Ради	42

## 1 ВСТУП

Сильне конкурентне середовище є одним із наріжних каменів ефективної економіки. Відтак, із метою стимулювання притоку інвестицій, необхідних для сталого зростання, Україна має забезпечити наявність ефективного законодавства та політики у сфері захисту економічної конкуренції. Важливість цього питання підтверджується, зокрема, в тексті Угоди про асоціацію між Україною та ЄС<sup>1</sup> та триваючим процесом прийняття Загальнодержавної програми розвитку конкуренції<sup>2</sup> (далі – **«ЗПРК»**).

Вищевказані фактори утворюють сприятливий контекст для проведення реформ, покликаних перетворити вітчизняну економіку на більш конкурентоздатну та орієнтовану на потреби ринку, де покращення (та, де необхідно, реалізація існуючого) інституційного потенціалу Антимонопольного комітету України (далі – **«АМКУ»**) є основним наскрізним елементом подібної комплексної ініціативи.

У той же час, Рада бізнес-омбудсмена (далі – **«Рада»**) періодично отримує скарги, що стосуються способу, в який АМКУ (та/або його територіальні відділення)

реалізує свої повноваження. Хоча кількість подібних скарг є невеликою у порівнянні з іншими сферами, в яких ми регулярно фіксуємо прояви недобросовісної поведінки (зокрема, у сфері адміністрування податків, зловживань з боку правоохоронних органів або органів місцевого самоврядування), ми жодним чином не недооцінюємо важливість розв'язання проблем у сфері захисту економічної конкуренції в Україні<sup>3</sup>.

Відтак, у цьому звіті Радою розглядаються системні проблеми та перешкоди у сфері захисту та нагляду за економічною конкуренцією (далі – **«Звіт»**). Звіт зосереджений на аналізі конкретних проблем у окремих сферах економічної конкуренції, які впливають з мандату Ради сприяти прозорості в діяльності державних органів, зниженню рівня корупції та запобігання недобросовісній (нечесній) поведінці стосовно суб'єктів підприємництва.<sup>4</sup> З цієї точки зору обсяг цього Звіту є, природньо, вужчим<sup>5</sup> ніж комплексні дослідження конкурентного права і політики в Україні, які наразі проводяться (або плануються бути проведеними) ОЕСР та Світовим Банком.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Витяги з Угоди про асоціацію між Європейським Союзом та державами-членами, з однієї сторони, та Україною, з іншої сторони. OJ L 161, від 29 травня 2014 року, с. 3-2137. Доступні за посиланням [http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/ukraine\\_eu\\_2014.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/ukraine_eu_2014.pdf) (далі – «Угода про асоціацію між Україною та ЄС») або, там де посилання на розділ Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, де містяться положення щодо Повної та Всеохоплюючої Зони Вільної Торгівлі, є більш релевантним - «ПВЗВТ»).

<sup>2</sup> Див. українською мовою: <http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/690-2012-%D1%80#n9>.

<sup>3</sup> Серед іншого це підтверджується доволі низькими позиціями України у Рейтингу Глобальної Конкурентоздатності ("Global Competitiveness Index"), який оприлюднює Світовий Економічний Форум (the World Economic Forum), який оцінює 140 країн. Зокрема за критерієм «інтенсивності внутрішньої конкуренції ("intensity of local competition") Україна займає 99-те місце; за критерієм «розповсюдженості домінувань на ринку» ("extent of market dominance") – 98-ме місце; а за критерієм «ефективності антимонопольної політики» ("effectiveness of anti-monopoly policy") – 136-ту позицію у світі. Див., за посиланням <http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/UKR.pdf>.

<sup>4</sup> Див., Постанову Кабінету Міністрів України № 691 від 26 листопада 2014 року «Про утворення Ради бізнес-омбудсмена», із змінами та доповненнями.

<sup>5</sup> Такі питання у сфері конкуренції, як захист прав споживачів, ціноутворення, включаючи паралельне ціноутворення і тарифи; а також різні питання, що стосуються галузевої специфіки (які, тим не менше, згадуються по тексту Звіту) залишилися поза межами цього Звіту.

<sup>6</sup> Відомо, що на момент підготовки цього Звіту ОЕСР оновлювала як свій Експертний огляд ("Ukraine – Peer Review of Competition Law and Policy"), оприлюднений у 2008 році, так і Добровільний експертний огляд конкурентного законодавства і конкурентної політики: Україна ("Voluntary Peer Review of the Competition Law and Policy of Ukraine"), підготовлений UNCTAD в 2013 році. Крім того, Світовий банк восени 2016 року відвідав Україну з Scoping Mission з метою подальшої роботи над Програмою розвитку конкуренції в Україні.

Відтак, основним завданням цього Звіту є підвищення загальної якості конкурентного середовища в Україні шляхом внесення подальших змін в законодавство, вдосконалення реалізації АМКУ своєї

адміністративно –процесуальної дискреції та функції з адвокатування економічної конкуренції, відштовхуючись, зокрема, від більш тісної співпраці АМКУ як з іншими державними органами, так і з бізнесом.

---

На початку Звіту ми аналізуємо **поточний стан інституційного потенціалу АМКУ**, де наша основна увага зосереджена на необхідності:

- 1) забезпечити чітке визначення в щорічних планах пріоритетних напрямків діяльності АМКУ на майбутній рік, включаючи, де таке доцільно, інформацію про ринки, що будуть досліджуватися;
- 2) прийняти законодавчі зміни, які б сприяли розкриттю наявного в АМКУ

- потенціалу шляхом удосконалення його організаційної структури та надання йому достатніх операційних ресурсів; та
- 3) посилити функцію АМКУ з адвокатування економічної конкуренції (формування та реалізації конкурентної політики).

---

Що стосується **недостатньої співпраці між АМКУ та іншими органами державної влади**, основна увага зосереджена на необхідності:

- 1) розробити план дій, спрямований на реалізацію Загальнодержавної програми розвитку конкуренції в Україні, за участі міністерств та інших органів державної влади;
- 2) посилити співпрацю між АМКУ та органами державної влади (з акцентом на галузевих регуляторах), надавши більшу розповсюдженість практиці укладення

- меморандумів про співпрацю; та
- 3) забезпечити, щоб не лише АМКУ, а й інші державні органи відігравали активну роль в усуненні факторів, які перешкоджають національному конкурентному відомству ефективно реалізовувати свої повноваження під час прийняття рішення щодо схвалення угод, які укладаються під час приватизації.

---

**Далі Звіт містить всебічний аналіз основних операційних функцій АМКУ, до яких відносять проведення розслідувань, прийняття відповідних рішень та забезпечення їх виконання.**

---

*Що стосується повноваження **АМКУ надавати дозволи на концентрацію**, то пропонується:*

- 1) передбачити можливість отримання дозволу на узгоджені дії у вигляді укладання договору про відмову від конкуренції за спрощеною процедурою, якщо отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання вже відбувається за спрощеною процедурою; та
- 2) внести відповідні зміни до законодавства, щоб чітко визначити сторони, які несуть відповідальність за вчинення концентрації без отримання відповідного дозволу.

---

*Щодо **функції АМКУ розглядати справи про зловживання монополюним (домінуючим) становищем**, то рекомендується:*

- 1) встановити граничні строки розгляду (розслідування) таких справ; та
- 2) факт відкликання заявником своєї заяви у справі про зловживання монополюним (домінуючим) положенням не може застосовуватися АМКУ як підстава для реалізації свого дискреційного повноваження припинити розгляд справи.

---

Також запропоновано внести зміни до **порядку прийняття рішень АМКУ**, у такий спосіб, щоб первинне прийняття рішень, які підпадають під компетенцію колегії державних уповноважених АМКУ, вимагало б більшості передбаченого законом складу колегії АМКУ (тобто, 5 осіб), за винятком уповноваженого, який розслідував справу. Останній, тим не менш, повинен залучатися у процес прийняття рішень шляхом надання йому/їй права представляти результати розслідування на відповідному засіданні.

Що стосується **повноважень АМКУ у сфері забезпечення дотримання законодавства**, то наша основна рекомендація полягає у тому, щоб забезпечити можливість судового оскарження розміру штрафу, накладеного АМКУ за умови існування Методики розрахунку розміру штрафів за порушення законодавства про економічну конкуренцію, як нормативного акту, обов'язкового до застосування як АМКУ, так і органами судової влади.

Що стосується **доступу до інформації**, Радою запропоновано:

- 1) запровадити електронну базу даних, яка б давала можливість заявникам отримувати в режимі онлайн загальну інформацію про поточний стан розгляду справ/ запитів, поданих до АМКУ, яка не носить конфіденційний характер;
- 2) встановити максимальні строки для (i) надання додаткових роз'яснень та/або пояснень на запити АМКУ; та (ii) подання письмових пояснень (заперечень) сторонами, які не згодні з проміжними процесуальними рішеннями АМКУ у справах про концентрації/ узгоджені дії; та
- 3) надати право зацікавленим сторонам подавати клопотання в АМКУ щодо ініціювання слухань стосовно узгоджених дій, концентрацій; при цьому встановивши обов'язок АМКУ розглядати такі клопотання та надавати вмотивовану відповідь у розумні строки.

Із метою запровадження більш інклюзивної **програми звільнення від відповідальності**, Радою рекомендовано розглянути доцільність зменшення розміру

штрафів за участь у антиконкурентних узгоджених діях для заявників, наступних після першого заявника.

Що стосується сфери досудового оскарження результатів **публічних закупівель**, то основні рекомендації Ради стосуються необхідності:

- 1) надати право суб'єктам оскарження або будь-яким іншим учасникам процедури оскарження подавати додаткові документи, які стосуються предмету скарги; та
- 2) забезпечити допустимість доказів, які подаються в українських судах у формі електронних документів.

Насамкінець, в Звіті приділено увагу **правовому регулюванню державної допомоги**, де відповідне законодавство вступить в силу в середині 2017 року. Відзначивши важливість ефективного діалогу між державними органами та бізнесом для обговорення існуючих та майбутніх підходів до державної політики в цій сфері, Радою рекомендовано:

- 1) продовжувати покращувати обізнаність органів державної влади, органів місцевого самоврядування та бізнесу про зміст нового законодавства про державну допомогу та зумовлених цим наслідків;
- 2) підтримувати активний діалог як з надавачами, так і отримувачами державної допомоги для обговорення існуючих та ймовірних підходів до основних засад державної політики в цій сфері;
- 3) забезпечити наявність та якість масиву необхідних підзаконних нормативних актів; та
- 4) невідкладно розпочати інвентаризацію існуючих заходів державної допомоги, яка має відбуватися в умовах наявності відповідної матеріально-технічної бази (апаратного та програмного забезпечення).



Звіт ґрунтується на результатах проведеного Радою теоретичного дослідження та збору фактичних даних. Проведеним теоретичним дослідженням охоплено огляд законодавства у сфері захисту економічної конкуренції, рішення АМКУ, дії, вчинені іншими державними установами, а також міжнародні та національні правові джерела, що стосуються законодавства у сфері захисту економічної конкуренції та формування і реалізації конкурентної політики.

Аналітична частина цього Звіту ґрунтується на матеріалах скарг, отриманих Радою та відображених у Звіті, зауваженнях та пропозиціях, зроблених учасниками ринку, обговореннях з провідними місцевими та міжнародними експертними організаціями, огляду відповідної літератури, а також власних висновках Ради. Рада також використовувала інформацію, яка знаходиться у відкритому доступі на веб-сайтах відповідних органів державної влади.

**Цей звіт було підготовлено  
заступником бізнес-омбудсмена**

Ярославом Грегірчаком

**інспекторами Ради**

Тетяною Херувімовою  
Володимиром Куценком

**молодшим інспектором Ради**

Андрієм Чорноусом

**під керівництвом  
бізнес-омбудсмена**

Альгїрдаса Шемети

*Під час підготовки Звіту  
Рада отримала цінну  
фахову допомогу від  
Антимонопольного комітету  
України, Делегації Європейського  
Союзу в Україні та Проекту  
Європейського Союзу  
Twinning UA/49 «Підтримка  
інституційної спроможності  
Антимонопольного комітету  
України з проведення  
досліджень ринків та  
ефективності застосування  
конкурентного законодавства  
з метою наближення до  
стандартів ЄС».*

## 2 ВИКЛИКИ ТА ПРОБЛЕМИ

### 2.1. Інституційний потенціал АМКУ

#### Проблема

Протягом останніх років Україна доклала чимало зусиль для приведення законодавства у сфері захисту економічної конкуренції у відповідність із найкращими міжнародними стандартами у цій сфері. Багато чого, однак, ще варто зробити для забезпечення дотримання Україною зобов'язань, прийнятих відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС<sup>7</sup>. Крім того, оскільки здатність АМКУ виконувати свої завдання залежить від існування ефективної інституційної структури,

забезпеченої достатнім фінансуванням та кадровими ресурсами, успішна реалізація конкурентної політики не може досягатися виключно за рахунок приведення національного законодавства у відповідність з міжнародними стандартами. Відтак, реформа законодавства може бути скомпрометована повільними темпами інституційних перетворень АМКУ. Як зазначено у актуальній міжнародній публікації:

«Порівняння законодавства України про захист економічної конкуренції з міжнародними передовими практиками свідчить про те, що законодавча база України не потребує кардинальних змін. Разом з тим, ще багато чого належить зробити для створення передумов для модернізації АМКУ в справді незалежне та потужне конкурентне відомство, яке б не лише карало за порушення або контролювало ціни, але й сприяло створенню ефективного конкурентного середовища та забезпечувало конкуренцію на ринках України<sup>8</sup>.»

Викладене далі у цьому Звіті узагальнює розуміння Радою такого виклику та містить відповідні рекомендації Ради.

<sup>7</sup> Див., зокрема, Глава 10 («Конкуренція») Розділу IV Угоди про асоціацію між Україною та ЄС за посиланням [http://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/association\\_agreement\\_ukraine\\_2014\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/association_agreement_ukraine_2014_en.pdf)

<sup>8</sup> Див., зокрема, пункт 88 Добровільного експертного огляду конкурентного законодавства і конкурентної політики: Україна, (2013) (UNCTAD/DITC/CLP/2013/3) за посиланням [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2013d3_en.pdf)

Дійсно, щоб створити здорове конкурентне середовище в Україні, **АМКУ повинен діяти у відповідності до комплексної стратегії розвитку конкуренції**. Хоча АМКУ щорічно випускає комплексні узагальнюючі звіти<sup>9</sup>, залишається незрозумілим, яким чином визначаються пріоритети його діяльності на кожен наступний рік. На думку Ради,

прийняття річного плану, який би вказував на такі стратегічні пріоритети, покращило б загальну обізнаність та передбачуваність, а також допомогло б бізнесу краще зрозуміти, які товарні ринки будуть досліджуватися органами АМКУ в наступному році. Як зазначено в авторитетному джерелі:

«Конкурентні відомства можуть оприлюднити порядок встановлення пріоритетів у різний спосіб. Деякі органи публікують загальну політику або загальний стратегічний план на наступний(-і) рік(роки), в якому вони висувають на перший план сфери конкуренції, на яких вони мають намір зосередити свою увагу в найближчому майбутньому. Відомства можуть також обрати повідомлення про більш цільові пріоритети, з тим, щоб дати сигнал певним учасникам ринку і спонукати їх до дотримання правил конкуренції.»<sup>10</sup>

### **Ефективна інституційна структура, забезпечена достатніми кадровими ресурсами**

є також надзвичайно важливою передумовою для здатності АМКУ забезпечити у доволі стислий термін успішне здійснення реформи у сфері захисту економічної конкуренції. Навіть незважаючи на те, що діяльність АМКУ по просуванню конкурентного середовища стає все помітнішою, вбачається, що його кадрові можливості залишаються обмеженими. Отже, для виваженого використання наявних ресурсів, спосіб, в який АМКУ виконує свої дискреційні повноваження, має зосереджуватися, перш за все, на розслідуванні найбільш серйозних правопорушень, антиконкурентної поведінки та найбільш ризикованих злиттів.

Рада відзначає, що останнім часом подібний підхід вже почав впроваджуватися, у випадку,

наприклад, з нещодавнім підвищенням порогових показників концентрації<sup>11</sup>. Тим не менше, він має забезпечуватися подальшими законодавчими та інституційними змінами, а також ефективним перерозподілом існуючих кадрових ресурсів з тим, щоб такого роду зміни перетворилися в усталений тренд.

Раді також відомо про окремі випадки, коли через брак технічного забезпечення (а саме відсутність належних ресурсів для зберігання цифрової інформації), співробітники АМКУ були змушені здійснювати пошук запитованої заявниками інформації у ручному режимі. За таких обставин запитована інформація надавалася таким заявникам із затримкою. Багато в чому це пояснюється тим, що **АМКУ потребує як додаткового персоналу, так і запровадження внутрішньої уніфікованої системи зберігання даних**.

<sup>9</sup> Див., наприклад, Звіти АМКУ за 2014 та 2015 роки за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=110270&schema=main> та <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=122547&schema=main> відповідно.

<sup>10</sup> Див. Рекомендації Європейської конкурентної мережі (ECN) з повноважень по визначенню пріоритетів на сторінці 4 за посиланням <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>

<sup>11</sup> 18 травня 2016 року Закон України «Про захист економічної конкуренції» № 2210-ІІ від 11 січня 2001 року із змінами та доповненнями (далі – «Закон України «Про захист економічної конкуренції»») було змінено шляхом запровадження нових (підвищених) порогових показників, які визначають необхідність отримання дозволу на концентрацію суб'єктами господарювання.

Загальновідомо, що сучасне конкурентне відомство повинно забезпечувати не лише дотримання законодавства у сфері захисту економічної конкуренції. Так, **адвокатування економічної конкуренції (формування та реалізація державної конкурентної політики) повинно стати однією з ключових функцій АМКУ**, оскільки завдяки цьому досягається виконання як завдань у сфері захисту економічної конкуренції, так і забезпечується краще дотримання законодавства в цілому<sup>12</sup>.

Сфери, які потребують адвокатування економічної конкуренції численні, а методи для цього можуть мати різні форми<sup>13</sup>. Наприклад, АМКУ для запобігання антиконкурентним діям повинен здійснювати та оприлюднювати огляди чинного та перспективного законодавства, включаючи огляд існуючих обмежень конкуренції на ринку. Інші заходи можуть включати проведення інформаційних заходів з метою

підвищення загальної обізнаності бізнесу. Подібні кроки є особливо важливими в контексті триваючих процесів приватизації та лібералізації державних/регульованих ринків.

Більш того, АМКУ слід використовувати ринкові дослідження як інструмент адвокатування конкуренції, націлений на привертання уваги бізнесу до структури та бізнес практик на відповідному ринку<sup>14</sup>. Рада дотримується точки зору, що залучення зацікавлених сторін (стейкхолдерів) допоможе ідентифікувати актуальні питання і уникнути істотних помилок або неправильного тлумачення доказової бази при завершенні ринкових досліджень<sup>15</sup>. Відтак, якщо АМКУ публікуватиме інформацію щодо сфер конкуренції, в яких він планує зосередити свою діяльність найближчим часом, це надасть можливість його команді дослідників розраховувати на допомогу і внесок від зацікавлених сторін (стейкхолдерів)<sup>16</sup>.

## Рекомендації Ради

Із метою ефективного використання існуючого інституційного потенціалу АМКУ Рада рекомендує наступне:

- 1) Забезпечити чітке визначення у річних планах (i) основних пріоритетних напрямків діяльності АМКУ на наступний рік; а також, де таке доцільно, (ii) товарних ринків, які підлягатимуть комплексному дослідженню у наступному році. Очікується, що впровадження подібної

практики сприятиме підвищенню довіри до АМКУ як національного конкурентного відомства та сприятиме залученню до співпраці ширшого кола зацікавлених осіб (стейкхолдерів).

- 2) Внести зміни у законодавство з метою розкриття існуючого інституційного потенціалу АМКУ.

Очікується, що такі зміни мають посилити спроможність АМКУ застосовувати

<sup>12</sup> Див. Добровільний експертний огляд конкурентного законодавства і конкурентної політики: Україна, (2013) (UNCTAD/DITC/CLP/2013/3) за посиланням [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2013d3_en.pdf)

<sup>13</sup> Див., зокрема, публікацію ОЕСР «Адвокатування конкуренції: виклики для країн, що розвиваються», (2004) на сторінці 3 за посиланням <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/32033710.pdf>

<sup>14</sup> Див. Технічне завдання проекту партнерства «Зміцнення інституційного потенціалу Антимонопольного комітету України для здійснення ринкових досліджень та ефективного застосування конкурентного законодавства у відповідності до стандартів ЄС» на сторінці 11 за посиланням: <http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/Twinning/twinning-project-fiche-strengthening-institutional-capacities-of-the-antimonopoly-committee-of-ukraine>

<sup>15</sup> Див. ОЕСР Ринкові дослідження (DAF/COMP(2008)34) (2008), на сторінці 66 за посиланням: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41721965.pdf>.

<sup>16</sup> Див. Посібник з прийнятих норм дослідження ринку, підготований Робочою групою адвокатування МКМ (Оновлений Довідник презентований на 15-ій Щорічній Конференції МКМ, Сінгапур, квітень 2016), на сторінці 9 за посиланням: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc907.pdf>

найбільш збалансовані та ефективні інструменти забезпечення дотримання законодавства, зосереджені на найбільш серйозних порушеннях законодавства у сфері захисту економічної конкуренції, контролі концентрацій (або інших дефектах у належному функціонуванні ринків та/або практиках, які негативно впливають на торгівлю<sup>17</sup>), які суттєво обмежують конкуренцію.

- 3) Розширити діяльність АМКУ з адвокатування економічної конкуренції за рахунок (i) зміцнення співпраці з іншими державними органами; та (ii) вдосконалення існуючої практики надання рекомендацій (пропозицій щодо здійснення заходів, спрямованих на розвиток конкуренції) за результатами комплексних досліджень ринків.

## 2.2. Співпраця АМКУ з іншими органами державної влади

### Проблема

**Недостатню координацію та взаємодію** між АМКУ та державними органами, наділеними повноваженнями безпосередньо чи опосередковано впливати на стан конкуренції в країні (наприклад, галузеві регулятори, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України тощо), включаючи, зокрема, **дефіцит обміну інформацією**, можна вважати довготривалою проблемою.<sup>18</sup>

Рада відзначає, що ключовим стримуючим фактором для інтенсифікації такої співпраці є **відсутність офіційно прийнятого стратегічного плану реформування та розвитку економічної конкуренції в Україні**. Розроблена відповідно до Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції в Україні на 2014-2024 роки відповідна програма була схвалена Кабінетом Міністрів України, проте так і не була внесена до Верховної Ради України<sup>19</sup>. Таким чином, можна очікувати, що після остаточного прийняття, така програма дозволить упорядкувати поточні зусилля, спрямовані

на досягнення стратегічних цілей реформи у сфері захисту економічної конкуренції в Україні.

Рада також зіштовхнулася з випадками, коли **окремі органи державної влади неохоче визнавали свої повноваження, намагаючись «перекласти відповідальність» на інші органи**. Тому не лише АМКУ, але й інші органи державної влади повинні приймати активну участь у створенні середовища, сприятливого для конкуренції. Зокрема, для досягнення спільних цілей галузеві міністерства повинні заохочувати конкуренцію в тих галузях, які також підпадають під загальну компетенцію АМКУ. Серед іншого, це може досягатися внаслідок координації прийняття рішень з АМКУ, - процес, який мав би ґрунтуватися на засадах ефективного обміну відповідною інформацією.

Наприклад, АМКУ нещодавно підписав Меморандум з Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сферах

<sup>17</sup> У тій мірі, що стосується зобов'язань України відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

<sup>18</sup> Вказане твердження не поширюється на питання, що стосуються співпраці з правоохоронними та судовими органами, співпраці з якими є частиною поточних реформ, спрямованих на впровадження сучасної судової та правоохоронної системи.

<sup>19</sup> Див. Уряд схвалив законопроект про Загальнодержавну програму розвитку конкуренції на 2014 - 2024 роки за посиланням [http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art\\_id=246616724](http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246616724)

енергетики та комунальних послуг (далі – «**НКРЕКП**»)<sup>20</sup>. Метою цього документа є формування спільного інституційного бачення та наміру підписантів побудувати сприятливе для конкуренції середовище на енергетичному ринку України. Таким чином, на додаток до того, що є сферою правового регулювання норм первинного законодавства<sup>21</sup>, доречним виглядає, щоб практика АМКУ щодо укладання меморандумів про співпрацю з різних питань охопила також і інших ключових регуляторів та/або державних органів.

Рада також відзначає, що з огляду на відсутність ефективної інституційної співпраці, бізнес може страждати від **проблем, що можуть виникнути під час участі в процесі приватизації**. Зокрема, деякі представники бізнесу стверджують, що Фонд державного майна України (далі – «**ФДМ України**») може надавати недостовірну або неповну інформацію стосовно потенційних об'єктів приватизації. Відповідно до нещодавно зміненого порядку подання заяв до АМКУ про попереднє отримання дозволу на концентрацію, кожна сторона несе відповідальність за достовірність інформації, яку така сторона підготувала<sup>22</sup>. У той же час, викликає занепокоєння, що у разі, якщо ФДМ України відмовляється підписати заяву про участь разом з потенційними учасниками конкурсу, насамперед заявники (тобто потенційні покупці) можуть бути притягнуті

до відповідальності за недостовірність чи неповноту наданої інформації. Це положення має ключове значення, оскільки з формальної точки зору саме учасник конкурсу/потенційний покупець несе відповідальність за достовірність інформації, поданої до АМКУ<sup>23</sup>, а не ФДМ України (особливо у випадках, коли відсутній його підпис на заяві про попереднє отримання дозволу на концентрацію).

Насамкінець, існує проблема забезпечення необхідного рівня однакового тлумачення чинного законодавства різними органами. Окремі скарги, подані до Ради, описують ситуації, при яких підприємства потерпають від негативних наслідків зумовлених суперечливими і неоднозначними тлумаченнями законодавства.

Не дивлячись на те, що АМКУ може не заперечувати самого факту існування такої проблеми (за умови визнання примату конкурентного законодавства), реальні спроби її вирішення радше є поодинокими і не носять системний характер. Відповідні вдосконалення, як такі, були радше зумовлені вимогами, які містяться, зокрема, в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС та Договорі до Енергетичної Хартії.

Вказані проблеми можуть бути проілюстровані наступними справами з практики Ради:

<sup>20</sup> Див. <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=130142&schema=main>

<sup>21</sup> Відповідно до статті 20 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» № 3659-XII від 26 листопада 1993 року, із змінами і доповненнями (далі – «**Закон України «Про Антимонопольний комітет України»**) АМКУ та його територіальні відділення взаємодіють з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю у питаннях розвитку конкуренції та демонополізації.

<sup>22</sup> Див. пункт 18 Розділу Х Положення АМКУ № 33-р від 19 лютого 2002 року «Про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію)» (зі змінами і доповненнями).

<sup>23</sup> Див. пункти 14 та 15 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визначає тип порушення, в той час як частина 1 статті 52 відповідного закону зазначає, що АМКУ може накладати штраф на суб'єктів господарювання, проте не на інші державні установи.

## Справа № 1. Неоднозначне тлумачення законодавства

Рада отримала скаргу від комерційного банку (далі – «Скаржник»), який скаржився на зловживання АМКУ правом запитувати певну інформацію, необхідну для доведення порушень законодавства про державні закупівлі, в скоєнні яких підозрювалися клієнти Скаржника. У ході розслідування АМКУ направив запит Скаржнику про розкриття інформації не тільки про своїх власних клієнтів (зокрема, дату угоди, суми коштів по дебету/кредиту, ідентифікаційний номер, відомості про контрагента, призначення платежу тощо) але й відомості про третіх осіб (контрагентів його клієнтів), що, водночас, не є клієнтами Скаржника.

Відповідно до антимонопольного законодавства АМКУ наділений безумовним правом запитувати необмежений обсяг інформації<sup>24</sup>. Більше того, відповідно до загального правила, яке міститься в банківському законодавстві, інформація щодо юридичних та фізичних осіб, яка містить банківську таємницю, підлягає розкриттю банками АМКУ<sup>25</sup>. Поряд з тим, що стосується розголошення відомостей саме про третіх осіб, положення законодавства, які стосуються банківської таємниці, містять спеціальну норму, згідно з якою розголошення такої інформації можливе лише за наявності рішення суду або згоди

клієнта.<sup>26</sup> Оскільки відповідні умови були відсутні, банк обмежив обсяг інформації, яка була розголошена ним АМКУ.

Такий підхід Скаржника до тлумачення чинного законодавства підтриманий Національним банком України (далі – «НБУ»), згідно з яким інформація щодо третіх осіб, клієнтів інших банків, може бути розголошена лише за рішенням суду або згодою таких третіх осіб. В іншому випадку, Скаржник міг бути притягнутий до відповідальності за розголошення банківської таємниці.

З іншої сторони, АМКУ вважає, що він має керуватися виключно законодавством у сфері захисту економічної конкуренції<sup>28</sup>. Зрештою, оскільки АМКУ наклав на Скаржника штраф за надання неповної інформації, **законодавча невизначеність між законодавством у сфері захисту конкуренції та банківської таємниці була, de facto, розтлумачена не на користь Скаржника.**

В цих умовах, коли АМКУ не має спеціальної методології розпорядження інформацією, яка містить банківську таємницю, Скаржник занепокоєний, що така інформація може ненавмисно опинитися в руках його конкурентів (або інших третіх осіб) або в інший спосіб спричинити до виникнення негативних наслідків для його клієнтів.

<sup>25</sup> Див. статтю 22-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України».

<sup>26</sup> Див. пункт 3 частини першої статті 62 Закону України «Про банки та банківську діяльність» № 2121-III від 7 грудня 2000 року із змінами та доповненнями (далі – «Закон про банки та банківську діяльність»).

<sup>27</sup> Див. частину першу статті 62 Закону про банки та банківську діяльність.

<sup>28</sup> Див. частину четверту статті 62 Закону про банки та банківську діяльність.

<sup>28</sup> Див. відповідно до статті 19 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» «під час розгляду заяв і справ про узгоджені дії, концентрацію, про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, ... прийняття розпоряджень, рішень за заявами і справами, здійснення інших повноважень у сфері контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, контролю за узгодженими діями, концентрацією органи та посадові особи Антимонопольного комітету України ... керуються лише законодавством про захист економічної конкуренції...».



## Справа № 2. Недостатня взаємодія між АМКУ та галузевими регуляторами

Скаржник звернувся зі скаргою на бездіяльність НКРЕКП, ФДМ України та АМКУ. Зокрема, Скаржник повідомив про бездіяльність зазначених органів у ході присвоєння статусу природної монополії декільком юридичним особам (далі - **«Потенційні Монополісти»**). Заявник звернувся до АМКУ, щоб включити Потенційних Монополістів в Зведений перелік суб'єктів природних монополій, оскільки ці юридичні особи є монополістами з надання певних послуг з транспортування та раніше тривалий час вже перебували у Зведеному переліку.

АМКУ повідомив Раду, що з 1994 року АМКУ здійснював ведення Списку підприємств (а потім Зведеного переліку суб'єктів природних монополій), що мають монополієне положення на ринку.<sup>29</sup>

У той же час, з січня 2013 року АМКУ більше не наділений повноваженнями виключати та включати окремі підприємства з/до реєстрів суб'єктів природних монополій.<sup>30</sup> Ця функція передана до НКРЕКП, а в інших

сферах, в яких діють суб'єкти природних монополій, – до національних комісій, що здійснюють регулювання природними монополіями. Відповідно, оскільки Потенційні Монополісти надавали відповідні послуги з транспортування, подібна функція мала бути реалізована НКРЕКП або Міністерством інфраструктури України. Однак, така компетенція безпосередньо в законодавстві не передбачена.

Після проведення розслідування, Рада рекомендувала забезпечити належне державне регулювання діяльності вищевказаних суб'єктів природних монополій відповідно до принципів такого регулювання та завдань національних комісій, що здійснюють регулювання природними монополіями.

Крім цього, Рада рекомендувала, у випадку необхідності, розробити зміни до Закону України «Про природні монополії» з метою забезпечення належного (більш точного) визначення та регулювання таких послуг з транспортування.

<sup>29</sup> Відповідно до статті 4 Закону України «Про природні монополії» № 1682-III від 20 квітня 2000 року, із змінами та доповненнями (далі – «Закон України «Про природні монополії»») державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій у сферах, визначених у статті 5 цього закону, здійснюється національними комісіями регулювання природних монополій, які утворюються і функціонують відповідно до цього Закону. Державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції у сферах природних монополій здійснюється АМКУ відповідно до його компетенції. Відповідно до пункту 1 статті 5 Закону України «Про природні монополії» діяльність у сфері транспортування інших речовин трубопровідним транспортом, зокрема транзит, відноситься до сфер діяльності природних монополій, які контролюються та регулюються державою.

<sup>30</sup> Відповідно до пункту 2 статті 5 Закону України «Про природні монополії» зведений перелік суб'єктів природних монополій ведеться АМКУ на підставі реєстрів суб'єктів природних монополій у сфері житлово-комунального господарства, що формуються НКРЕКП, а в інших сферах, в яких діють суб'єкти природних монополій, - національними комісіями регулювання природних монополій у відповідній сфері або органами виконавчої влади, що здійснюють функції такого регулювання до створення зазначених комісій.



## Рекомендації Ради

На підставі викладеного вище аналізу, Рада рекомендує наступне:

- 1) Розробити план дій, спрямований на реалізацію Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції в Україні на 2014-2024 роки, за участі міністерств та інших органів державної влади. Для досягнення цієї мети оновлена загальнодержавна програма розвитку конкуренції в Україні має бути прийнята Верховною Радою України для забезпечення узгодженості рішень уряду з державною політикою у сфері економічної конкуренції.
- 2) Сприяти налагодженню співпраці між АМКУ та органами державної влади (з акцентом на галузевих регуляторах) за рахунок розширення практики укладення відповідних угод/меморандумів про співпрацю з питань економічної конкуренції.
- 3) З метою сприяння ефективному здійсненню повноважень, покладених

на АМКУ під час прийняття рішень щодо схвалення угод, які укладаються під час приватизації, забезпечити, щоб не лише АМКУ, але й інші органи влади відігравали активну роль в процесі усунення деяких з наразі наявних перешкод. Відтак, Рада рекомендує наступне:

- a) Визначити точний обсяг обов'язків, які має нести кожен орган влади, який, в межах своєї компетенції, залучений до процесу приватизації (наприклад, ФДМ України, галузеві регулятори тощо).
- b) Запровадити прозору процедуру обміну інформацією між АМКУ та відповідними органами (включаючи ФДМ України, органи, що здійснюють управління державні підприємства, учасники конкурсу тощо) для цілей погодження таких угод АМКУ. Якщо такий підхід буде застосовано (наприклад, між АМКУ і ФДМ України), то це допоможе усунути нарікання бізнесу щодо надання останнім недостовірної або неповної інформації щодо потенційного об'єкту.

## 2.3. Адміністративно-процесуальна дискреція АМКУ

### Проблема

Основними функціями АМКУ, як національного конкурентного відомства, є проведення розслідувань, прийняття відповідних рішень та забезпечення їх виконання. Для забезпечення реалізації цих функцій АМКУ наділено доволі широкими дискреційними повноваженнями. Особливо показовою є широка дискреція АМКУ при розгляді заяв та справ про порушення законодавства у сфері захисту економічної конкуренції, проведенні розслідувань за такими заявами та справами, розгляді заяв та справ про надання дозволів, висновків чи попередніх висновків стосовно узгоджених дій, концентрації, проведенні досліджень за такими заявами та справами тощо.

Відтак, далі викладено аналіз окремих проблем, з якими зіштовхується бізнес з огляду на спосіб, в який АМКУ реалізовує свої широкі дискреційні повноваження на таких процесуальних етапах, як:  
(i) розгляд заяв про отримання дозволів на концентрацію; (ii) розгляд (розслідування) заяв і справ про зловживання монопольним (домінуючим) становищем; (iii) внутрішній порядок прийняття рішень АМКУ; а також (iv) реалізація АМКУ своїх повноважень у сфері забезпечення дотримання законодавства.

### 2.3.1. Розгляд заяв про отримання дозволів на концентрацію

#### Проблема

Нещодавнє спрощення процедури подання заяв про отримання дозволу на концентрацію активно віталосся бізнесом. Згідно з новими правилами перелік документів та інформації, що подаються заявниками, був суттєво скорочений<sup>32</sup>. Поряд з цим, Рада пропонує врегулювати деякі актуальні для цієї тематики

питання (i) отримання дозволу на угоджені дії в зв'язку з укладенням договору про відмову від конкуренції; та (ii) ідентифікації економічних суб'єктів, які мають нести відповідальність за неповідомлення про концентрацію.

<sup>31</sup> Див. статтю 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»

<sup>32</sup> Див. зміни до Положення АМКУ «Про порядок подання заяв до АМКУ про попереднє отримання на концентрацію суб'єктів господарювання» №27-р від 12 лютого 2002 року, із змінами і доповненнями (далі – «Порядок подання заяв до АМКУ про попереднє отримання на концентрацію суб'єктів господарювання»), які набули чинності 19 серпня 2016 року. Закон не лише збільшив порогові показники для попереднього одержання дозволу, а й запровадив спрощену процедуру розгляду заяв про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання та можливість проведення попередніх консультацій з АМКУ.

## а) Договори про відмову від конкуренції

Відповідно до нещодавніх змін суб'єкти господарювання мають право звернутися до АМКУ із заявою про надання дозволу на концентрацію за спрощеною процедурою.<sup>33</sup> У такий спосіб суб'єкт господарювання звільняється від необхідності збирати значну кількість документів. Слід зазначити, що процедура отримання дозволу на узгоджені дії, в свою чергу, є складнішою та тривалішою, ніж процедура отримання дозволу на концентрацію.

Поряд з цим, в ході концентрації суб'єкти господарювання іноді вдаються до такої форми узгоджених дій як договір про відмову від конкуренції. У свою чергу, укладання договору про відмову від конкуренції підлягає погодженню АМКУ у випадку, коли здійснюється координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання<sup>34</sup>. Таким чином, на практиці може виникати ситуація, коли концентрація фактично вимагає отримання двох дозволів одночасно.

Наразі чинне законодавство України не передбачає спеціальної скороченої процедури отримання дозволу на узгоджені дії в рамках транзакції, на яку отримується (або вже отримано) дозвіл на концентрацію. Таким чином, сторонам договору про

відмову від конкуренції все одно доводиться на загальних підставах доводити зміст позитивного суспільного ефекту їхньої відмови від конкуренції (яка є змістом узгоджених дій), що є досить складним завданням.

Відповідно, для успішного погодження подібних транзакцій суб'єкти господарювання все одно мають збирати повний пакет необхідних документів. Для усунення цієї проблеми доцільно розглянути питання внесення змін до законодавства про захист економічної конкуренції, щоб у випадку застосування спрощеної процедури отримання дозволу на концентрацію, заяви на узгоджені дії (які подаються разом із заявами на концентрацію в рамках однієї транзакції) розглядалися за скороченим переліком документів.

На думку Ради, такий підхід відповідає одному з базових принципів ЄС в частині контролю економічних концентрацій, згідно з яким рішення, яким оголошується, що концентрація є допустимою, вважається таким, що має розповсюджуватися і на інші обмеження, які можуть стосуватися конкретної економічної концентрації, і є необхідним для її впровадження<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Див. пункт 2 Розділу VII Порядку подання заяв до АМКУ про попереднє отримання на концентрацію суб'єктів господарювання.

<sup>34</sup> Див. Порядок подання заяв до АМКУ про попереднє отримання на концентрацію суб'єктів господарювання.

<sup>35</sup> Див. пункт 6.10.6. Порядку подання заяв до АМКУ про попереднє отримання на концентрацію суб'єктів господарювання.

<sup>36</sup> Див. статтю 8 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004 «Про контроль економічних концентрацій між суб'єктами господарювання» від 20 січня 2004 року за посиланням <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:24:0001:0022:en:PDF>

## б) Відповідальність за вчинення концентрації без отримання попереднього дозволу АМКУ

За загальним правилом, концентрація без отримання попереднього дозволу АМКУ (у разі якщо наявність такого дозволу необхідна) є порушенням законодавства у сфері захисту економічної конкуренції.<sup>37</sup>

У той же час, законодавство передбачає, що за подібну бездіяльність суб'єкти господарювання можуть бути притягнуті до відповідальності, проте не уточнює, відповідальними будуть всі чи лише окремі учасники концентрації<sup>38</sup>. Аналіз окремих положень Закону України «Про захист економічної конкуренції»<sup>39</sup> дозволяє припустити, що саме та юридична особа, яка набула контроль/право власності на контрольний пакет акцій (а не інші учасники концентрації), ймовірніше за

все нестиме відповідальність за вчинене правопорушення.

Водночас у законодавстві відсутнє чітке визначення суб'єкта, який має бути притягнутий до відповідальності за концентрацію без отримання попереднього дозволу, якщо наявність такого передбачена законодавством.

Відтак, на думку Ради, з метою уникнення неоднозначних тлумачень та зловживань, питання притягнення до відповідальності в частині чіткого визначення кола учасників концентрації, які підлягатимуть притягненню до відповідальності за порушення законодавства у сфері захисту економічної конкуренції, має бути чітко та недвозначно врегульовано в законодавстві.

## Рекомендації Ради

- 1) Внести зміни до Порядку подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання, щоб передбачити можливість отримання дозволу на узгоджені дії у вигляді укладання договору про відмову від конкуренції за спрощеною процедурою, якщо отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання вже відбувається за спрощеною процедурою. Це, зокрема, дозволить скоротити обсяг інформації, необхідної АМКУ для оцінки впливу на конкуренцію у такому випадку.
- 2) Внести зміни до пункту 2 частини 2 статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», щоб забезпечити чітку ідентифікацію учасників, відповідальних за неповідомлення про концентрацію. Це дозволить визначити, хто несе відповідальність за вчинення концентрації без отримання відповідного дозволу АМКУ, у разі якщо наявність такого необхідна.

<sup>37</sup> Див. пункт 12 частини першої статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

<sup>38</sup> Див. статтю 51 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

<sup>39</sup> Див. статті 23 та 26 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

## 2.3.2. Зловживання монополієм (домінуючим) становищем

### Проблема

Однією з адміністративних процедур у сфері захисту економічної конкуренції є процедура визначення монополіємого (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку. Її застосування може стосуватися нагляду за діяльністю такого підприємства-монополіста на відповідному ринку товарів, робіт чи послуг.

Хоча монополієме (домінуюче) становище як таке не заборонено в Україні, за загальним правилом зловживання таким становищем є

порушення законодавства про конкуренцію і забороняється незалежно від об'єкта, причин або наслідків.<sup>40</sup>

Незважаючи на те, що АМКУ наділений достатніми дискреційними повноваженнями, Рада відзначає, **що розгляд справ про зловживання монополієм (домінуючим) становищем на практиці може тривати декілька місяців або навіть роками.**<sup>41</sup>

## Справа № 3. Зловживання домінуючим становищем природним монополієм

Станом на дату цього Звіту, у провадженні Ради перебувала скарга на можливу бездіяльність працівників Полтавського обласного територіального відділення АМКУ (далі - «Обласне відділення»). Зокрема, Скаржник скаржився на те, що Обласним відділенням надавалися формальні відповіді на численні звернення Скаржника стосовно порушення економічної конкуренції з боку ПАТ «Полтаваобленерго», включаючи зловживання монополієм становищем на ринку через встановлення розміру плати за використання мереж для улаштування сумісного підвісу.

За результатами розгляду численних звернень Скаржника, 2 вересня 2016 року АМКУ було порушено справу про порушення законодавства про захист економічної конкуренції № 01-02-50/46-2016 за ознаками такого порушення з боку ПАТ «Полтаваобленерго». Справу було розпочато за результатами неодноразових звернень Скаржника до АМКУ, починаючи з березня 2016 року.

З метою уникнення необґрунтованих затримок при розгляді зазначеної справи та забезпечити її швидкий та ефективний розгляд, Рада здійснює моніторинг розгляду справи.

<sup>40</sup> Див., в цілому, Розділ 2 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

<sup>41</sup> Див., наприклад, рішення Адміністративної колегії № 24 від 15 липня 2016 року у справі № 02-06/07-2015 про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та накладення штрафу було прийнято за результатами розгляду заяви від 19 травня 2014 року. Див. додаткову інформацію за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=82553&schema=sum>.

Як правило, справи щодо можливого зловживання монопольним (домінуючим) становищем є доволі складними і, відтак, часто вимагають проведення комплексного економічного дослідження<sup>42</sup>. Поряд з цим, на думку Ради, АМКУ має, де це об'єктивно можливо, скоротити загальний час проведення таких досліджень та прийняття рішення про наявність порушення законодавства про захист економічної конкуренції та накладення штрафу.

Що стосується міжнародної практики, то Рада звернула увагу, що в одних країнах законодавство не передбачає будь-яких часових обмежень для розгляду, в той час як в інших країнах загальна тривалість все ж таки визначається. У незначній кількості юрисдикцій встановлюються конкретні терміни для різних етапів процедури. У деяких країнах законами про конкуренцію або внутрішніми правилами встановлені певні тимчасові обмеження на окремі процедури.<sup>43</sup>

Доцільність швидкого реагування АМКУ підтверджується, між іншим, справами, які знаходяться у провадженні Ради, коли суб'єкт господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, знаючи про подання скарги проти нього, вдавався до тиску на заявника. В результаті останній може бути змушений відкликати свою заяву, що, в свою чергу, може бути сприйнято АМКУ як достатня підстава для прийняття рішення про припинення розгляду справи.

Одним із способів поліпшення ситуації було б підвищення прозорості кожного етапу розгляду (розслідування) справи про зловживання монопольним (домінуючим) становищем. Це могло б досягатися, наприклад, шляхом запровадження практики публікування розпоряджень по справі, у випадку, якщо останні носять правозастосовний характер.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Наприклад, Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затверджена Розпорядженням АМКУ № 49-р від 5 березня 2002 року, визначає значне коло питань, що підлягають вивченню (наприклад, встановлення об'єктів аналізу щодо визначення монопольного (домінуючого) становища, складання переліку товарів (робіт, послуг), щодо яких має визначитися монопольне (домінуюче) становище суб'єкта господарювання, розрахунок часток суб'єктів господарювання на ринку тощо.

<sup>43</sup> Мається на увазі, наприклад, Греція, Іспанія, Литва і Нідерланди. В Іспанії, зокрема, конкурентне відомство має 12 місяців з дати офіційного початку процедури до моменту подання відомству пропонованого рішення. Потім відомство має 6 додаткових місяців, щоб прийняти остаточне рішення. Максимальна тривалість не повинна перевищувати 18 місяців після повідомлення сторін. У Литві конкурентне відомство має 5 місяців для проведення розслідувань, які можуть бути подовжені за необхідності кожного разу на 3 місяці. На практиці справа триває в середньому 17-19 місяців. У Польщі конкурентні відомства мають 30 днів (60 днів у складних випадках) для проведення підготовчого розгляду і 5 місяців для антимонопольного розгляду. Ці терміни можуть бути подовжені (наприклад, коли орган з питань конкуренції потребує більше часу для збору інформації від економічних суб'єктів). У Латвії та Словенії загальний термін складає 2 роки для прийняття рішення. Див. Звіт про повноваження щодо прийняття рішень від 31 жовтня 2012 року, прийнятий Робочою Групою з питань кооперації та належної правової процедури ЄКМ, на сторінці 57 за посиланням [http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision\\_making\\_powers\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf).

<sup>44</sup> Наразі відповідно до Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затвердженої Розпорядженням АМКУ № 49-р від 5 березня 2002 року, публікації в друкованих виданнях чи поширенню в електронній формі підлягають лише рішення в окремих справах.

## Рекомендації Ради

Із метою покращення ефективності захисту прав бізнесу, який страждає від зловживання монопольним (домінуючим) становищем з боку суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, Рада рекомендує:

- 1) Встановити граничні строки розгляду справ про зловживання монопольним (домінуючим) становищем шляхом внесення змін в розділ VII Закону України «Про захист економічної конкуренції» та/або розділ VII Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затвердженому Розпорядженням АМКУ від 19 квітня 1994 року № 5.
- 2) Встановити, що факт відкликання заявником своєї заяви у справі про зловживання монопольним (домінуючим) положенням не може застосовуватися АМКУ як матеріальна підстава для реалізації своєї процесуальної дискреції припинити розгляд справи. Для цього пропонується внести відповідні зміни до Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених Розпорядженням АМКУ від 19 квітня 1994 року № 5. На думку Ради, це дозволить мінімізувати ризик можливого тиску на заявників з боку суб'єкта господарювання, що займає монопольне (домінуюче) становище на ринку і стосовно якого розпочато справу.

### 2.3.3. Порядок прийняття рішень органами АМКУ

#### Проблема

Позаяк про функцію АМКУ розглядати справи про порушення конкурентного законодавства вже йшла мова вище (див. Розділ 2.3.2), то далі ми робимо наголос лише на тих окремих аспектах порядку прийняття рішень АМКУ<sup>45</sup>, які останнім часом набули особливої актуальності у зв'язку, зокрема, із розширенням повноважень АМКУ, які, серед іншого, зараз включають і сферу державної допомоги<sup>46</sup>.

Відомо, що розслідування проводиться відповідною професійною командою на чолі з державним уповноваженим АМКУ, відповідальним за конкретну сферу. Функцію ж ухвалення рішень покладено на колегію державних уповноважених, яка, як колегіальний орган, приймає рішення шляхом голосування на засіданнях<sup>47</sup>.

Окремі складові вищезазначеної моделі критикуються. Зокрема, стверджується, що існує ризик упередженого ставлення з огляду на те, що державний уповноважений АМКУ,

відповідальний за проведення розслідування, може вплинути на зміст остаточного рішення<sup>48</sup>.

Рада, відтак, більш схильна підтримати підхід, притаманний для так званої «неунітарної» моделі, коли розслідування та прийняття рішень функціонально розділені, хоча й здійснюються одним органом. Розслідування, зазвичай, здійснюється відповідним департаментом, а остаточне рішення приймається колегіальним органом цієї ж адміністративної установи.

З огляду на це, видається, що колегіальний характер прийняття рішень колегією державних уповноважених органів АМКУ добре підходить для забезпечення об'єктивного дослідження доказів та кваліфікації можливих порушень. До того ж, у зв'язку з розділенням функцій розслідування та ухвалення рішень між різними підрозділами АМКУ, значно знижується ризик того, що у випадку остаточного використання

<sup>45</sup> Існує три основні інституційні моделі прийняття рішень: (i) моністична адміністративна модель (в якій єдиний адміністративний орган розслідує справи та приймає рішення), (ii) дуалістична адміністративна модель (в якій розслідування та прийняття рішень розділені між двома органами) та (iii) судова модель (в якій конкурентне відомство розглядає справу, а суд приймає рішення). Див. Звіт про повноваження щодо прийняття рішень від 31 жовтня 2012 року, прийнятий Робочою Групою з питань кооперації та належної правової процедури ЄКМ, за посиланням: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision\\_making\\_powers\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf).

<sup>46</sup> Див. статтю 8 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» № 1555-VII від 1 червня 2014 року.

<sup>47</sup> Див. статтю 12-1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

<sup>48</sup> Відзначимо, загалом, що відповідно до такого альтернативного підходу повноваження органів АМКУ ймовірно будуть обмежені лише до розслідувальної функції. Таким чином, функція прийняття рішень за результатами розгляду заяв та справ покладатиметься лише на судові органи. При такому сценарії конкурентні відомства виконуватимуть функцію обвинувачення та лише передаватимуть справи до суду, наділеного повноваженням приймати рішення по суті та/або накладати штраф.

<sup>49</sup> Ризик упередженості виникає у випадку, коли конкурентне відомство, використавши значний обсяг ресурсів для відкриття провадження проти певного суб'єкта господарювання або групи, може бути схильним легітимізувати свої попередні зусилля, встановивши наявність порушення конкурентного законодавства з боку суб'єкта господарювання щодо якого проводилось розслідування. Див. Фредерік Дженні «Інституційна модель конкурентних відомств: Дебати та тенденції» (2016) на сторінках 23-24 за посиланням <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/e557fdce-07bc-44f5-8a8d-8cad9081803b/Frederic%20Jenny%20The%20institutional%20design%20of%20Competition%20Authorities.pdf>



всіх ресурсів, які можуть проводити розслідування, АМКУ буде схильним визнати факт порушення суб'єктом господарювання, аби виправдати витрати, понесені АМКУ<sup>49</sup>.

Тим не менш, так звана «неунітарна» модель потребує подальшого вдосконалення. Зокрема, Рада розуміє, що державні уповноважені АМКУ, які не брали участь у розслідуванні, можуть не знати або не до кінця розуміти наслідки, що випливають з проведених розслідувальних дій. Дійсно, навіть якщо особи, які приймають рішення, уважно вивчать матеріали розслідування, то це не обов'язково забезпечить формування настільки детального уявлення про справу, яке мають ті, хто провів кілька місяців за її ретельним розслідуванням.

Таким чином, на думку Ради, не бажано повністю відсторонювати державних уповноважених АМКУ, відповідальних за проведення розслідування, від участі на етапі прийняття рішення.

Відтак, Рада підтримує підхід до організації внутрішньої процедури прийняття рішень АМКУ (який, до речі, підтримується авторитетними представниками професійної спільноти)<sup>50</sup>, при якому всі рішення приймаються спільно всіма членами колегії державних уповноважених, за винятком державного уповноваженого АМКУ, який розслідував справу. Останній, в свою чергу, звітує про результати розслідування на відповідному засіданні, проте без права голосувати.

## Рекомендація Ради

- 1) Змінити порядок прийняття рішень АМКУ у такий спосіб, щоб первинне прийняття рішень, які підпадають під компетенцію колегії державних уповноважених АМКУ, вимагало б більшості передбаченого законом складу колегії АМКУ (тобто, 5 осіб), за винятком уповноваженого, який розслідував справу. Останній, тим не менш, повинен залучатися у процес прийняття рішень шляхом надання йому/їй права представляти результати розслідування на відповідному засіданні.

Вбачається, що зазначений ефект може бути досягнуто шляхом (i) внесення змін до статті 12-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» для запровадження підходу, який вже застосований у частині 12-й цієї ж статті при визначенні правил перегляду раніше прийнятих рішень, а також шляхом (ii) внесення відповідних змін у закони (де це релевантно)<sup>51</sup> та підзаконні нормативно-правові акти.

<sup>50</sup> Для отримання більш детальної інформації див. [http://uba.ua/documents/Draft\\_Law\\_re\\_Due\\_Process\\_1.pdf](http://uba.ua/documents/Draft_Law_re_Due_Process_1.pdf) та [http://uba.ua/documents/UBA\\_The\\_Institutional\\_Design\\_of\\_AMC.pdf](http://uba.ua/documents/UBA_The_Institutional_Design_of_AMC.pdf)

<sup>51</sup> Див., наприклад, Закон України «Про захист економічної конкуренції», Закон України «Про природні монополії». Цей перелік не є виключним.

## 2.3.4. Повноваження АМКУ у сфері забезпечення дотримання законодавства

Не дивлячись на те, що протягом останніх двох років АМКУ запровадив ряд позитивних нововведень у сфері забезпечення дотримання законодавства про економічну

конкуренцію, нижче ми коротко зупинилися на основних питаннях, які, на думку Ради, все ще вимагають вирішення.

### а) Методика визначення розміру штрафів

#### Проблема

Традиційним об'єктом критики у сфері забезпечення дотримання законодавства про економічну конкуренцію є відсутність в Україні методики розрахунку штрафів за порушення конкурентного законодавства у формі обов'язкового до застосування нормативно-правового акту. Приміром, в нещодавніх матеріалах, оприлюднених ОЕСР, відзначалося, що відсутність такої методики спричиняє виникнення корупційних ризиків<sup>52</sup>.

У той же час, вважається, що існування такої методики дозволить забезпечити прозорість та передбачуваність правозастосування<sup>53</sup>, сприятиме реалізації принципу правової визначеності<sup>54</sup> та виконуватиме функцію спеціальної та загальної превенції.

У цьому сенсі Угодою про асоціацію між Україною та ЄС передбачено обов'язок конкурентного відомства затвердити та опублікувати документ, в якому роз'яснюються принципи розрахунку штрафів за порушення законодавства про економічну конкуренцію<sup>55</sup>.

У вересні 2015 року АМКУ вперше роз'яснив підходи до визначення розміру штрафів за порушення законодавства про економічну конкуренцію, прийнявши відповідні рекомендаційні роз'яснення, які, однак, так і не набули статусу обов'язкового нормативно-правового акту (далі – **«Рекомендаційні Роз'яснення»**)<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Див., зокрема, Доповідь «Про реформи по боротьбі з корупцією в Україні. 3-й раунд моніторингу Стамбульського плану дій по боротьбі з корупцією», (2015) на сторінці 182 за посиланням <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Ukraine-Round-3-Monitoring-Report-ENG.pdf>

<sup>53</sup> Див., зокрема, Доповідь Робочої групи з санкцій, які накладаються на підприємства за порушення антимонопольного законодавства. Принципи наближення. (2008) на сторінці 2 за посиланням [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca\\_principles\\_uk.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/eca_principles_uk.pdf)

<sup>54</sup> Див. Франческа Аммасарі. «Рекомендації щодо способу визначення розміру штрафів за порушення правил конкуренції: ключові питання», (2014) на сторінці 231 за посиланням <http://iar.agcm.it/article/viewFile/11065/10258>

<sup>55</sup> Див. частину 5 статті 255 Розділу IV Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

<sup>56</sup> Рекомендаційні Роз'яснення оновлювались протягом року і на даний момент діють в редакції від 9 серпня 2016 року із змінами від 20 вересня 2016 року.

Водночас, бізнес періодично скаржить на те, що у своїх офіційно оприлюднених рішеннях АМКУ не завжди прямо посилається на Рекомендаційні Роз'яснення<sup>57</sup> та/або що вони в достатніх деталях не розкривають застосування методики відповідного розрахунку.

Рада, відтак, звернула увагу на проект Закону України № 2431<sup>58</sup> (далі – **«Законопроект № 2431»**), який було прийнято у першому

читанні у листопаді 2015 року і який наразі вже підготовлений в редакції для повторного другого читання. Законопроект № 2431, серед іншого, передбачається прийняття «Методики з розрахунку розміру штрафів органами АМКУ за порушення законодавства про захист економічної конкуренції»<sup>59</sup> (далі – **«Методика розрахунку розміру штрафів»**) і законодавче закріплення її застосування<sup>60</sup>.

## Рекомендації Ради

Враховуючи вищезазначене, Рада рекомендує:

1) АМКУ, до прийняття Методики розрахунку розміру штрафів, здійснювати моніторинг застосування існуючих Рекомендаційних Роз'яснень і регулярно (не рідше, ніж один раз на квартал) оприлюднювати інформацію про їх застосування.

2) прийняти Законопроект № 2431, в частині, де, поміж іншого, Методиці розрахунку розміру штрафів надається статус обов'язкового до застосування нормативного акту.

<sup>57</sup> Наприклад, при розгляді справи про зловживання монопольним становищем ТОВ «Лукойл Авіейшн Україна» у 2015 році розмір штрафу склав близько 18 млн грн за два порушення, однак згідно з текстом рішення АМКУ враховував підходи, викладені у Рекомендаційних Роз'ясненнях, зменшивши розмір базового штрафу на 20% і на 50% за рахунок пом'якшувальних обставин (Див. за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=116845&schema=main>). При цьому, у справі стосовно антиконкурентних узгоджених дій між фармацевтичною компанією «Алкон» та дистриб'юторами у 2016 році АМКУ оштрафував порушників на загальну суму 1,6 млн грн, однак прямо не вказував на застосування ним Рекомендаційних Роз'яснень (Див. за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/129489>).

<sup>58</sup> Див. Законопроект № 2431 за посиланням [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=54479](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54479)

<sup>59</sup> У поточній редакції Законопроекту № 2431 до повторного другого читання Методику розрахунку розміру штрафів пропонується затвердити розпорядженням АМКУ

<sup>60</sup> Див. запропоновані Законопроект № 2431 зміни до статей 52 та 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та зміни до статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

## б) Можливість судового оскарження розміру штрафу

### Проблема

Ще одним традиційно дискусійним є питання запровадження можливості судового оскарження не лише факту порушення законодавства про захист економічної конкуренції, але й розміру штрафу, який накладається за таке порушення.

Такий підхід має як своїх прихильників, так і опонентів. Перші, як правило, посилаються на існуючу міжнародну практику<sup>61</sup>; другі – на фактичне звуження компетенції АМКУ та брак кваліфікованих суддів у сфері конкурентного права.

Якщо звернутися до практики ЄС з цього питання, то вона відштовхується від принципу, що загальний суд має необмежену юрисдикцію<sup>62</sup>. Фактично це означає, що в судовому порядку можна скасувати,

зменшити або збільшити штраф, накладений конкурентним відомством. З огляду на це, реалізація компетенції судовим органом включає в себе як перегляд правильності прийнятого рішення, так і розміру накладеного штрафу<sup>63</sup>. При цьому методики розрахунку штрафів, які використовують національні конкурентні відомства в державах-членах ЄС, є обов'язковими і для судів.

Як наслідок, дієвість застосування єдиного підходу конкурентним відомством та судовим органом доведено практикою розгляду судових справ в ЄС. Так, у 90 відсотках справ розмір штрафів, накладених Європейською Комісією на порушників, було залишено судом без змін<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> У більшості національних юрисдикцій, суди, що здійснюють перегляд, можуть або збільшити, або зменшити розмір штрафів (наприклад, Австрія, Бельгія, Болгарія, Німеччина, Данія, Естонія, Греція, Фінляндія, Угорщина, Литва, Латвія, Польща, Великобританія). Проте, в деяких юрисдикціях застосовується принцип заборони "reformatio in peius" (поворот на гірше), не дозволяючи судам виносити більш суворі штрафи, ніж ті, які застосовуються конкурентними відомствами (наприклад, Іспанія, Естонія, Латвія, Нідерланди тощо). Див. Звіт про повноваження щодо прийняття рішень від 31 жовтня 2012 року, прийнятий Робочою Групою з питань кооперації та належної правової процедури ЄКМ, на сторінці 24 за посиланням [http://ec.europa.eu/competition/ecm/decision\\_making\\_powers\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecm/decision_making_powers_report_en.pdf).

<sup>62</sup> Див. статтю 261 Договору про функціонування Європейського Союзу та статтю 31 Регламенту Ради (ЄС) №1/2003 від 16 грудня 2002 року про імплементацію правил конкуренції, викладених у статтях 81 та 82 Договору. Крім того, статті 6 та 13 Європейської конвенції з прав людини встановлюють зобов'язання щодо надання доступу до справедливого суду та забезпечення ефективного захисту.

<sup>63</sup> Див. Реалізація політики в області конкуренції Робоча група - Підгрупа 3. Конкуренція і судові органи. 2-а фаза - Приклади. 6-та Щорічна конференція ICN (2007), за посиланням <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc372.pdf> та Wouter P.J. Wils. «Підвищений рівень штрафів в сфері антимонопольного законодавства. Судовий розгляд і ЄСПЛ». Випуск 1 на сторінках 5–29 за посиланням [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492736](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492736)

<sup>64</sup> Див. детальніше за посиланням [http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet\\_fines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf); [http://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2015/07/2/7035469/view\\_print/](http://www.eurointegration.com.ua/rus/articles/2015/07/2/7035469/view_print/)

Що ж до України, то стаття 255 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС зобов'язує Україну створити і впровадити прозору та недискримінаційну процедуру оскарження рішень АМКУ в суді та забезпечити право суб'єктів господарювання на справедливий захист і дотримання принципу процесуальної справедливості<sup>65</sup>.

Прийнятий у першому читанні текст Законопроекту № 2431 (який вже згадувався у цьому Звіті) передбачав можливість не тільки оскаржити факт вчинення правопорушення

(а отже, застосування санкцій), а і розмір штрафу у випадку порушення органами АМКУ Методики розрахунку розміру штрафів<sup>66</sup>.

Водночас, з тексту Законопроекту № 2431, запропонованого до повторного другого читання, повноваження господарського суду змінити визначений рішенням органу АМКУ розмір штрафу було виключено. Таким чином, у випадку схвалення Законопроекту № 2431 у запропонованій редакції, суд не матиме права за результатами перегляду рішення органу АМКУ змінити розмір штрафу.

## Рекомендація Ради

Враховуючи вимоги Угоди про асоціацію між Україною і ЄС<sup>67</sup>, Рада рекомендує внести зміни у Закон України «Про захист економічної конкуренції», щоб забезпечити можливість судового оскарження розміру штрафу, накладеного АМКУ за умови існування

Методики розрахунку розміру штрафів за порушення законодавства про економічну конкуренцію, як нормативного акту, обов'язкового до застосування як АМКУ, так і органами судової влади.

<sup>65</sup> Див. статтю 255 Глави 10 («Конкуренція») Розділу IV Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, за посиланням [http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association\\_agreement\\_ukraine\\_2014\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association_agreement_ukraine_2014_en.pdf)

<sup>66</sup> Передбачалося, що під час розгляду заяви суб'єкта господарювання про визнання недійсним рішення органу АМКУ в частині накладення штрафу та/або встановлення зобов'язання щодо усунення наслідків порушення законодавства про захист економічної конкуренції господарський суд буде керуватися, зокрема, Методикою з розрахунку розміру штрафів органами АМКУ за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

<sup>67</sup> Див. статтю 256 Глави 10 («Конкуренція») Розділу IV Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, за посиланням [http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association\\_agreement\\_ukraine\\_2014\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association_agreement_ukraine_2014_en.pdf)

## с) Розповсюдження інформації

### Проблема

За загальним правилом АМКУ має повноваження надавати рекомендації, які є обов'язковими для розгляду органами влади, органами місцевого самоврядування та суб'єктами господарювання<sup>68</sup>. За своїм змістом рекомендації можуть спрямовуватися на припинення дій або бездіяльності, які містять ознаки порушень законодавства про захист економічної конкуренції, та усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють.

Рада звернула увагу на те, що протягом останніх двох років АМКУ значно активізувався у цьому напрямку і регулярно видає рекомендації у формі листів<sup>69</sup>.

Поряд з тим, рекомендації АМКУ носять індивідуальний характер і не завжди своєчасно оприлюднюються.

### Рекомендація Ради

На думку Ради, було б бажано запровадити практику періодичного узагальнення і оприлюднення змісту індивідуальних рекомендацій, виданих АМКУ, у формі необов'язкових інформаційних листів. На думку Ради, такий підхід дасть можливість

АМКУ доносити корисну суть таких рекомендацій до уваги широкого кола зацікавлених осіб та, що важливо, відповідає суті рекомендації АМКУ, яка в 2013 році вже надавалася ЮНКТАД.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Див. пункт 14 частини 1 статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України».

<sup>69</sup> Див. статтю 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<sup>70</sup> Подібна рекомендація адресована АМКУ у Добровільному експертному огляді конкурентного законодавства і конкурентної політики: Україна, (2013) (UNCTAD/DITC/CLP/2013/3) на сторінці 22 за посиланням [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d3_en.pdf)

## 2.4. Доступ до інформації

### Проблема

Ефективний обмін інформацією між АМКУ та бізнесом має вирішальне значення як для ефективності, так і прозорості діяльності останнього<sup>71</sup>. Дійсно, намір забезпечити доступ до неконфіденційної інформації, наданої в ході розслідування правопорушень та у справах про злиття, передбачений у тексті Коаліційної угоди<sup>72</sup>.

Один з важливих кроків у напрямку підвищення такої прозорості було зроблено на початку 2016 року, коли рішення АМКУ про концентрацію, узгоджені дії, а також прийняті за результатами розгляду

справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції почали оприлюднюватися на офіційному веб-сайті АМКУ<sup>73</sup>.

Тим не менш, Раді відомо, що учасники ринку й надалі вказують на те, що АМКУ здатний на більше у тих випадках, коли це стосується надання доступу до різних видів інформації<sup>74</sup>. Відтак, далі акцентується увага на окремих аспектах діяльності АМКУ, пов'язаних з доступом до інформації, які, на думку Ради, варті подальшого доопрацювання.

### 2.4.1. Статус різних заяв, поданих до АМКУ

#### Проблема

Схоже на те, що єдиним способом для учасників ринку з'ясувати статус розгляду поданих до АМКУ заяв та запитів є безпосередній особистий контакт із відповідальним працівником АМКУ. Процес, таким чином, може виявитися витратним по часу.

З урахуванням зазначеного, Раді відомо, що багато учасників ринку вітали б запровадження АМКУ нового програмного

забезпечення, яке б дозволило їм (або їх представникам) перевіряти в онлайн режимі статус розгляду різних заяв, поданих до АМКУ. У випадку запровадження, наявність такого інструменту взаємодії не лише підвищить прозорість та дозволить швидко перевіряти поточний статус розгляду справ, але й відповідатиме практикам, які вже застосовуються в авторитетних національних конкурентних відомствах.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Див. Обмін інформацією між конкурентами в рамках закону про конкуренцію (DAF/COMP(2010)37) від 11 липня 2011 року за посиланням [www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf](http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf).

<sup>72</sup> Див. Розділ 2.1.1. Коаліційної угоди.

<sup>73</sup> Див. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України» № 782-VIII від 12 листопада 2015 року

<sup>74</sup> Згідно з загальним правилом, викладеним в статті 40 Закону України «Про захист від економічної конкуренції», особа має право на ознайомлення з матеріалами справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

<sup>75</sup> Див., наприклад, ресурси для пошуку рішень конкурентних відомств Бельгії та Конкурентно-ринкового відомства Великої Британії: <http://www.belgiancompetition.be/en/decisions>; та відповідно [https://www.gov.uk/cma-cases?keywords=&case\\_state%5B%5D=open&closed\\_date%5Bfrom%5D=&closed\\_date%5Bto%5D=](https://www.gov.uk/cma-cases?keywords=&case_state%5B%5D=open&closed_date%5Bfrom%5D=&closed_date%5Bto%5D=)

## Рекомендації Ради

Запровадити електронну базу даних, яка дозволить заявникам отримувати в онлайн режимі загальну інформацію про поточний

стан розгляду запитів/заяв, поданих до АМКУ, яка за своїм характером не є конфіденційною.

### 2.4.2. Доступ до матеріалів справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції

#### Проблема

Раді відомо, що, на думку деяких заявників, швидке отримання доступу до матеріалів справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції може виявитися не таким простим завданням. Іншою поширеною проблемою є відсутність можливості отримати доступ до документів, підготовлених третіми особами.

Таким чином, на думку Ради, задля забезпечення балансу між конфіденційністю та правом на доступ до інформації, обсяг права на пошук та доступ до матеріалів справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції повинен бути чітко визначений в законі.

Рада також звернула увагу на те, що АМКУ може надавати сторонам час (як правило, це 10 днів) для подання заперечень/пояснень у відповідь на його запити про надання роз'яснень. Поряд з тим, такий термін може виявитися недостатнім, якщо справа по суті є складною (що є непоодиноким явищем) або якщо інформація має бути зібрана в декількох юрисдикціях.

Крім того, Рада зауважила, що чіткий строк розгляду АМКУ клопотання суб'єкта про

ознайомлення з матеріалами справи також не визначено в законодавстві.

В той же час, відповідно до практики ЄС, дослідженої Радою, адресатам має надаватися розумний строк для відповіді на запит, беручи до уваги тривалість та складність запиту та вимог розслідування. Зазвичай, в ЄС такий строк становить не менше двох тижнів з моменту отримання запиту. Якщо ж необхідність надання довшого строку буде зрозумілою з самого початку, то для надання відповіді на запит буде встановлено подовжений строк.<sup>79</sup>

Рада також звернула увагу на те, що хоч повноваження щодо ініціювання та проведення слухань стосовно узгоджених дій/ концентрацій покладені на АМКУ<sup>80</sup>, законодавством прямо не передбачено порядок, який би дозволив заявникам звернутися до АМКУ з клопотанням про ініціювання таких слухань. Відтак, з огляду на такий процесуальний недолік, заявники не здатні подавати роз'яснення та уточнення, які можуть мати важливе значення для правильного розгляду заяви/справи про концентрації/узгоджені дії.

<sup>76</sup> Доступ до матеріалів справи є однією з процесуальних гарантій, спрямованих на застосування принципу рівності сторін, а також на забезпечення дотримання права на судовий захист. Див., Повідомлення Комісії про правила доступу до матеріалів справ Комісії у відповідності до статей 81 та 82 Угоди ЄС, статей 53, 54 та 57 Угоди про ЄЕП та Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 за посиланням [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005XC1222(03))

<sup>77</sup> Див. статтю 40 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

<sup>78</sup> Оскільки закон не передбачає конкретний термін, остаточне визначення того, що являє собою розумний строк, залишається на розсуд АМКУ. На практиці, зазвичай такий строк становить 10 днів.

<sup>79</sup> Див. пункт 38 Повідомлення Комісії щодо найкращих практик розгляду справ, які стосуються статей 101 та 102 ДФЄС (2011/С 308/06), за посиланням [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011XC1020\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011XC1020(02))

<sup>80</sup> Див. статтю 23-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України».



## Рекомендації Ради

Для покращення існуючого порядку надання зацікавленим сторонам справ, що розглядаються в АМКУ, доступу до інформації, Рада рекомендує наступне:

1) Внести зміни до статті 40 Закону України «Про захист економічної конкуренції» задля того, щоб:

1.1. встановити максимальні строки для (i) надання додаткових роз'яснень та/або пояснень на запити АМКУ; та (ii) подання письмових пояснень (заперечень) сторонами, які не згодні з проміжними процесуальними рішеннями АМКУ у справах про концентрації/узгоджені дії;

1.2. встановити конкретні строки розгляду АМКУ клопотань про ознайомлення з матеріалами справи, поданих сторонами; та

1.3. прямо встановити право зацікавлених сторін подавати клопотання в АМКУ з метою ініціювання слухань стосовно концентрацій/узгоджених дій, при цьому передбачивши, що такі клопотання мають бути обов'язково розглянуті АМКУ, а по їх суті має бути надана вмотивована відповідь у розумні строки.

## 2.5. Програма звільнення від відповідальності

### Проблема

Розслідування та притягнення до відповідальності учасників картелів є однією з головних функцій будь-якого конкурентного відомства. Дійсно, протягом останнього десятиліття конкурентні відомства у всьому світі активно виявляли, проводили розслідування та притягали до відповідальності учасників картелів<sup>81</sup>.

Що стосується України, то хоч національне законодавство не використовує такий термін, як «картель», статті 5-11 Закону України «Про захист економічної конкуренції» містять правові засади «антиконкурентних

узгоджених дій», що є практично тотожним поняттю «картель».

Картелі складно виявити. Навіть у разі виявлення, факт змови може бути важко довести. Водночас, відомо, що учасники картелів зазвичай не «товаришують», а між ними, як правило, немає довіри один до одного<sup>82</sup>. Таким чином, однією з переваг програми звільнення від відповідальності є поширення ризику невизначеності серед учасників картелів, що кожної миті існує потенційна загроза того, що один із учасників картелю подасть заяву з тим, щоб

<sup>81</sup> Як зазначено в документі ОЕСР «Обговорення про використання маркерів в програмах звільнення від відповідальності» від 16 грудня 2014 року «...злісними картелями є всесвітньо визнані найбільш серйозні порушники антимонопольного законодавства; тому забезпечення дотримання ними законодавства є пріоритетним завданням багатьох конкурентних відомств». Для отримання більш детальної інформації, будь ласка, звертайтеся до резюме Робочої групи № 3 «Про співпрацю та виконання» від 29 травня 2015 (DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN3/FINAL), за посиланням [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M\(2014\)3/ANN3/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)3/ANN3/FINAL&doclanguage=en).

<sup>82</sup> Там же. Оскільки картелі зазвичай функціонують таємно, це ускладнює їх виявлення та успішне переслідування. Щоб подолати цю складність, більшість юрисдикцій по всьому світу, включаючи всі 34 країни-члени ОЕСР, взяли участь в програмах звільнення від відповідальності, які пропонують учасникам картелів звільнення від відповідальності при переслідуванні в обмін на співпрацю в ході розслідування.

скористатися програмою звільнення від відповідальності.

Відтак, не дивно, що для АМКУ мало б бути притаманним заохочувати порушника до добровільного розкриття інформації. У той же час, порушник може виявитися не схильним до співпраці з огляду на відсутність в Україні дієвої програми звільнення від відповідальності за порушення законодавства у сфері захисту економічної конкуренції.

Зокрема, хоча Закон України «Про захист економічної конкуренції» й передбачає можливість звільнення від відповідальності та покликаний сприяти виявленню антиконкурентних узгоджених дій, лише перший учасник, який подав відповідну заяву до АМКУ, має право на звільнення від відповідальності за участь у антиконкурентних узгоджених діях.<sup>83</sup> Іншими словами, режим звільнення від

відповідальності в Україні не дозволяє будь-яким наступним учасникам картелю претендувати на імунітет від відповідальності. Таким чином, подібний підхід передбачає значний ризик для заявника визнати певне порушення, оскільки він не знає чи є (всє ще) можливою співпраця з конкурентним відомством в межах програми звільнення від відповідальності.

Важливо відзначити, що співпраця з АМКУ означає, що факт існування та зміст заяви не можуть розголошуватися будь-якому іншому учаснику картелю.<sup>84</sup> Таким чином, особа вважається такою, що раніше за інших учасників антиконкурентних узгоджених дій добровільно повідомила про свою участь у них, якщо на момент подання заяви про звільнення від відповідальності в АМКУ відсутня заява іншої особи про звільнення від відповідальності за участь у антиконкурентних узгоджених діях.

## Рекомендація Ради

Рада рекомендує розглянути доцільність зменшення розміру штрафів за участь у антиконкурентних узгоджених діях для заявників, наступних після першого, - це дозволить зробити існуючий режим звільнення від відповідальності більш інклюзивним. У нещодавній публікації ОЕСР, описуючи поточний тренд, притаманний для юрисдикцій з більш розвиненими режимами звільнення від відповідальності, зазначає наступне:

**«...юрисдикції, в яких діють програми звільнення від відповідальності, визнають переваги звільнення не лише першого заявника, який викриває картель, але і**

**наступних заявників, які надають корисні підтвердження або нові докази».**<sup>85</sup>

Для досягнення цієї мети, слід внести зміни до Розпорядження «Про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про звільнення від відповідальності за вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», щоб суб'єкти, які не можуть претендувати на імунітет, могли скористатися можливістю знизити розмір штрафу, за умови, однак, що вони (і) нададуть докази, які матимуть «суттєву додаткову цінність» в порівнянні з

<sup>83</sup> Див. пункт 5 статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції». АМКУ надає імунітет лише першому заявнику, що передбачено Розпорядженням «Про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про звільнення від відповідальності за вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (Порядок звільнення від відповідальності)» № 399-р від 25 червня 2012 року (далі – «Порядок звільнення від відповідальності») за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/120499>

<sup>84</sup> Див. пункт 2.16 Порядку звільнення від відповідальності.

<sup>85</sup> Див. Публікацію ОЕСР «Звільнення від відповідальності для наступних заявників» (2012) (DAF/COMP(2012)25) на сторінці 5 за посиланням <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>

тим обсягом інформації, яким вже володіє АМКУ; і (ii) припинять свою участь у антиконкурентних узгоджених діях.

Що стосується першого з зазначених вище критеріїв, докази вважатимуться такими, що мають «суттєву додаткову цінність», якщо вони посилять здатність АМКУ довести правопорушення. Відповідно, перший учасник, що відповідатиме цим вимогам, може претендувати на зменшення розміру штрафу від 30 до 50%, другий – від 20 до 30%, а наступні учасники – до 20%.

Слід зазначити, що наведений вище підхід відображає одну з рекомендацій ОЕСР, що стосуються України, прийняту ще в 2012 році.<sup>86</sup> Крім того, ідея більш комплексного підходу до звільнення від відповідальності була схвалена Європейською комісією<sup>87</sup> та ефективно виконується не лише в окремих країнах ЄС (наприклад, в Угорщині, Латвії, Литві, Польщі, Іспанії), але і в Японії, Мексиці і т. ін.<sup>88</sup>

## 2.6. Публічні закупівлі

Доволі розповсюдженою в світі є законодавча практика, що дозволяє учасникам процедур публічних закупівель оскаржувати їх результати в досудовому порядку.

З 2010 року саме АМКУ наділений повноваженнями діяти в якості досудового органу для розгляду скарг, поданих фізичними та юридичними особами з метою оскарження результатів процедур державних закупівель<sup>89</sup>.

Скарги, що стосуються публічних закупівель та відповідають пороговим значенням<sup>90</sup>, розглядаються Постійно діючою адміністративною колегією АМКУ (далі – **«Колегія»**) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель<sup>91</sup>.

Варто зазначити, що в порівнянні з нормативно-правовою базою, яка діяла до липня 2016 року, порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності замовників публічних закупівель до АМКУ зазнав певних прогресивних змін. Зокрема, (i) відтепер скарги подаються в електронній формі; (ii) на період розгляду скарги процедура закупівель автоматично призупиняється; та (iii) скажники отримали безперешкодний доступ до пропозицій конкурентів тощо<sup>92</sup>.

Поряд з цим, Рада пропонує врегулювати деякі актуальні для цієї тематики питання, які стосуються (i) права суб'єктів оскарження подавати додаткові документи; та (ii) забезпечення допустимості електронних документів в якості доказів.

<sup>86</sup> Там же, на сторінці 149.

<sup>87</sup> Див. Навчальні матеріали Європейської комісії по звільненню від відповідальності за посиланням <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>

<sup>88</sup> Див, загалом, Повідомлення Європейської комісії про імунітет від штрафів та зменшення штрафів у справах про картелі (2006/С 298/11) за посиланням [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)).

<sup>89</sup> Див. Закон України «Про здійснення державних закупівель» № 2289-VI від 1 червня 2010 року, із змінами та доповненнями.

<sup>90</sup> Процедури публічних закупівель мають здійснюватися в електронній системі закупівель (див. пункт 2 статті 12 Закону України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25 грудня 2015 року, із змінами та доповненнями (далі – «Закон України «Про публічні закупівлі»)), за умови досягнення одного з наступних порогових значень: (i) вартість предмета закупівлі товару (товарів) або послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень; або (ii) вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) в окремих сферах господарювання (наприклад, видобутку газу, транспортування та зберігання, опалення та водопостачання тощо) дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт – 5 мільйонів гривень. (Див. пункт 1 статті 2 Закону України «Про публічні закупівлі»).

<sup>91</sup> Колегія була створена на підставі Розпорядження АМКУ № 6-рп від 5 квітня 2015 року (Див. <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/123942>).

<sup>92</sup> Див., в цілому, Закон України «Про публічні закупівлі».

## 2.6.1. Право надавати додаткові докази/нові документи

### Проблема

Законом передбачається, що скарга до АМКУ подається у формі електронного документа через електронну систему закупівель. До скарги додаються документи та матеріали в електронній формі, що підтверджують порушення процедури закупівлі або неправомірність рішень, дій або бездіяльності замовника<sup>93</sup>.

У ході розгляду скарги може виникнути необхідність надати додаткові документи. Однак можливість надати такі документи

прямо не передбачена законом (на відміну від висновків експертів, які можуть надаватися замовником або суб'єктом оскарження та долучаються до матеріалів справи про розгляд скарги)<sup>94</sup>.

Відтак, існує ризик того, що подання додаткових документів суб'єктом оскарження або будь-яким іншим учасником процедури оскарження може бути суттєво обмежене або навіть недопустиме.

## 2.6.2. Використання даних електронної системи закупівель

### Проблема

У адміністративному процесі електронні документи формально визнаються письмовими доказами ще з 2005 року<sup>95</sup>. Тим не менше, Рада відзначає, що у разі звернення з позовом до українських судів останні доволі часто демонструють власну непідготовленість до прийняття доказів, поданих в електронній формі<sup>96</sup>.

Позаяк вищезазначене може сприйматися як загальна проблема, в контексті публічних закупівель такий стан справ, в значній мірі, унеможливує використання даних електронної системи публічних закупівель як на етапі участі в конкурсних торгах, так і під час розгляду скарг.

<sup>93</sup> Див. пункт 1 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі».

<sup>94</sup> Див. пункт 10 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі».

<sup>95</sup> Див. пункт 1 статті 79 Кодексу про адміністративне судочинство України № 2747-IV від 6 липня 2005 року, із змінами та доповненнями.

<sup>96</sup> Зазвичай суд, як і раніше, пропонує сторонам, які подають електронні документи як докази, надати їх візуальну копію на папері, засвідчену відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу» № 680 від 26 травня 2004 року.

## Рекомендації Ради

З огляду на вищевикладене, Рада рекомендує наступне:

- 1) Внести зміни до частини 10 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі», надавши право суб'єктам оскарження або будь-яким іншим учасникам процедури оскарження подавати додаткові документи, які стосуються предмету скарги.
- 2) Зважаючи на те, що процедури публічних закупівель та досудове оскарження здійснюються в електронній формі – забезпечити допустимість доказів, які подаються в українських судах у формі електронних документів шляхом:
  - a) внесення змін до частини 1 статті 79 Кодексу адміністративного судочинства України та відповідних підзаконних нормативних актів про електронний документообіг<sup>97</sup>; або шляхом
  - b) внесення змін до частини 3 статті 12 Закону України «Про публічні закупівлі» та відповідних положень Кодексу адміністративного судочинства України щодо доказів<sup>98</sup>, з метою надання адміністративним судам права доступу до електронної системи закупівель.

<sup>97</sup> Див. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» № 851-IV від 22 травня 2003 року, із змінами та доповненнями, Закон України «Про електронний цифровий підпис» № 852-IV від 22 травня 2003 року, із змінами та доповненнями, Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу» № 68 від 26 травня 2004 року, із змінами та доповненнями тощо.

<sup>98</sup> Див. Розділ 6 Кодексу адміністративного судочинства України № 2747-IV від 6 липня 2005 року, із змінами та доповненнями.

## 2.7. Державна допомога

Відповідно до Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» № 1555-VII від 1 червня 2016 року (далі – «Закон про державну допомогу») АМКУ є уповноваженим органом в системі надання державної допомоги<sup>99</sup>, яка почне функціонувати в середині 2017 року<sup>100</sup>.

Хоча АМКУ докладає значних зусиль щодо поширення інформації про ключові положення Закону про державну допомогу, поняття державної допомоги все одно залишається порівняно новим в Україні.

Відтак, для того, щоб нова система державної допомоги була повністю дієздатною, необхідно прийняти значний обсяг підзаконних нормативних актів (не в останню чергу, з метою забезпечення відповідності ПВЗВТ)<sup>102</sup>.

Відтак, нижче міститься короткий аналіз поточного рівня обізнаності про державну допомогу, стану роботи з прийняття підзаконних актів та запуску Реєстру державної допомоги відповідно до зобов'язань України згідно ПВЗВТ.

### 2.7.1. Обізнаність про державну допомогу

#### Проблема

Закон про державну допомогу використовує доволі складну термінологію для викладення критеріїв оцінки допустимості окремих категорій державної допомоги, порядку встановлення їх відповідності правовим засадам вільної конкуренції та моніторингу державної допомоги тощо. У той же час, неправильне та/або неповне розуміння та застосування вказаних положень може викликати доволі негативні наслідки для бізнесу, включаючи припинення та повернення<sup>103</sup> державної допомоги, недопустимої для конкуренції.

Існує ризик, що отримувачі державної допомоги можуть не завжди визнати важливість якісної професійної консультації. Крім того, державні та місцеві органи самоврядування можуть виявитися недостатньо підготовленими для того, щоб належним чином виконувати передбачену в законодавстві роль надавачів допомоги<sup>104</sup>.

Таким чином, на час, поки система надання державної допомоги не почне функціонувати, вкрай важливою є реалізація АМКУ превентивної стратегії, спрямованої на запобігання виникненню можливих

<sup>99</sup> Див. статтю 8 Закону про державну допомогу.

<sup>100</sup> Див., зокрема, пункт 1 Перехідних положень Закону про державну допомогу.

<sup>101</sup> Рада звернула увагу на те, що АМКУ організував декілька заходів (наприклад, конференцій, тренінгів тощо), спеціально присвячених державній допомозі в Україні. Наприклад, 27 травня 2016 року Міжнародна конференція з питань державної допомоги «Новий підхід до державної допомоги суб'єктам господарювання – робити більше, витратити менше» відбулася в Києві. Крім того, АМКУ запустив окремий розділ на своїй офіційній веб-сторінці, на якій можна знайти опис загальних принципів державної допомоги. Окрім цього, нещодавно АМКУ опублікував першу книгу про державну допомогу в Україні.

<sup>102</sup> Див., зокрема, статті від 262 до 267 ПВЗВТ.

<sup>103</sup> Див. статтю 14 Закону про державну допомогу, якою АМКУ наділено правом вимагати повернення незаконної державної допомоги, визнаної недопустимою для конкуренції.

<sup>104</sup> Поняття «надавачів державної допомоги» охоплює органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, а також юридичні особи, що діють від їх імені, уповноважені розпоряджатися ресурсами держави чи місцевими ресурсами і ініціюють та/або надають державну допомогу (Див. статтю 1 Закону про державну допомогу).

негативних наслідків вказаних ризиків. У зв'язку з цим, Рада вітає створення АМКУ спеціального розділу на своїй офіційній веб-сторінці з питань державної допомоги, на якій можна знайти всю мінімально достатню інформацію. Крім того, АМКУ створив декілька робочих груп (із залученням бізнесу), яким, зокрема, доручено розробити критерії допустимості окремих категорій державної допомоги<sup>105</sup> (зокрема, для підтримки окремих галузей економіки, малого та середнього бізнесу, розвитку окремих регіонів тощо)<sup>106</sup>.

Крім того, для ефективної реалізації функції з адвокатування конкуренції і поширення знань про державну допомогу, АМКУ має

бути забезпечений достатньою кількістю співробітників та технічними ресурсами. У ході збору фактів в АМКУ, Рада з'ясувала, що наразі до складу департаменту з надання державної допомоги входять 5 експертів. Проте, для того, щоб справитися з очікуваним навантаженням після запуску нової системи, команді АМКУ може знадобитися до 70 фахівців<sup>107</sup>.

## Рекомендації Ради

З огляду на вищенаведене, Рада рекомендує АМКУ наступне:

- 1) Продовжувати покращувати рівень обізнаності органів державної влади, органів місцевого самоврядування<sup>108</sup> та бізнесу про зміст нового законодавства про державну допомогу та зумовлених цим наслідків;
- 2) Підтримувати активний діалог як з надавачами, так і отримувачами державної допомоги для обговорення існуючих та ймовірних підходів до основних засад державної політики в цій сфері. Видається, що це сприятиме не лише узгодженню інтересів усіх зацікавлених сторін, але також може сприяти виконанню зобов'язань, які містяться в ПВЗВТ<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Див. інформацію за посиланням <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/120893>

<sup>106</sup> Див. <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/128200>

<sup>107</sup> Див. презентацію «Поточний стан та перспективи державної допомоги в Україні», надану Раді АМКУ.

<sup>108</sup> Варто зазначити, що АМКУ затвердив графік тренінгів та навчань, спеціально розроблений для різних надавачів державної допомоги. Див. <http://www.amc.gov.ua/amku/docscatalog/document?id=120944&schema=main>

<sup>109</sup> Див., в цілому, статті 262-267 ПВЗВТ.



## 2.7.2. Стан необхідного масиву підзаконних актів

### Проблема

Відповідно до Закону про державну допомогу Кабінет Міністрів України повинен прийняти значний масив підзаконних актів, де мають бути визначені, зокрема, критерії оцінки допустимості окремих категорій державної допомоги<sup>110</sup>, порядок надання державної допомоги на відновлення платоспроможності та реструктуризацію суб'єктів господарювання, а також на підтримку окремих галузей економіки, порядок припинення та повернення незаконної державної допомоги тощо. Варто зазначити, що прийняття підзаконних актів, в першу чергу, вимагається на виконання зобов'язань, які містяться в ПВЗВТ<sup>111</sup>. Таким чином, в тій мірі, в якій такі зобов'язання складають істотну частину законодавства ЄС в сфері економічної конкуренції, спосіб у який вони будуть розроблені і імplementовані, має

враховувати особливості правової системи України.

Рада відзначає, що АМКУ вже зроблено суттєвий внесок у забезпечення послідовного запровадження системи державної допомоги. Зокрема, в ході нашого дослідження було встановлено, що вже прийнято 7 підзаконних нормативних актів у сфері надання державної допомоги, надана оцінка 127 проектам підзаконних нормативних актів з точки зору їх відповідності чинним нормативно-правовим актам у сфері надання державної допомоги та видано 12 рекомендацій щодо державної допомоги<sup>112</sup>. Тим не менше, очевидним є те, що обсяг роботи з розробки підзаконних нормативно-правових актів, який ще необхідно буде виконати у майбутньому, є значним.

### Рекомендації Ради

З огляду на вищевказане, Рада рекомендує наступне:

1) Забезпечити наявність та якість підзаконних нормативних актів як з процесуальної, так і матеріальної точок зору. Зокрема, щоб забезпечити дотримання вимог, які містяться в статті 6 Закону про державну допомогу, Кабінет Міністрів України має прийняти:

а) Постанови про надання державної допомоги в конкретних сферах (тобто, допомога для забезпечення розвитку регіонів; на підтримку середнього та малого підприємництва; на професійну підготовку працівників; на відновлення платоспроможності та реструктуризацію

суб'єктів господарювання; на підтримку окремих галузей економіки тощо);

б) Методику розрахунку сум державної допомоги; та

в) Порядок повернення незаконної державної допомоги, визнаної недопустимою для конкуренції.

2) Після того, як нова система державної допомоги буде запроваджена на практиці, АМКУ доцільно було б розглянути можливість проведення додаткового аналізу прогалін, усунення яких може також вимагати прийняття відповідних підзаконних нормативно-правових актів.

<sup>110</sup> Відомо, наприклад, що станом на дату підготовки цього Звіту АМКУ розробив проект критеріїв допустимості певних категорій державної допомоги, який має бути затверджений та прийнятий КМУ (як це, власне, передбачено в абзацах 4, 6-7 пункту 2 статті 6 Закону про державну допомогу).

<sup>111</sup> Див. статтю 267 ПВЗВТ, в якій зазначається, що «Україна має, зокрема, прийняти національне законодавство про державну допомогу ... протягом трьох років після набрання чинності цією Угодою».

<sup>112</sup> Див. презентацію «Поточний стан та перспективи державної допомоги в Україні», надану Раді АМКУ.



### 2.7.3. Реєстр державної допомоги

#### Проблема

АМКУ відповідальний за ведення та забезпечення доступу суб'єктам господарювання до Реєстру державної допомоги<sup>113</sup>. Реєстр має бути створений після завершення етапу моніторингу державної допомоги на підставі інформації про існуючу державну допомогу, отриману АМКУ від відповідних надавачів<sup>114</sup>.

Зокрема, надавачі допомоги мають надати АМКУ інформацію про існуючу державну допомогу, її мету, форми, джерела, отримувачів та їхні частки у загальному обсязі наданої протягом минулого фінансового року державної допомоги у межах відповідної програми. Відповідно, АМКУ визначає вимоги щодо надання інформації про наявну державну допомогу<sup>115</sup>. Вказана інформація має зберігатися та оновлюватися в Реєстрі державної допомоги.

Поряд з цим, виглядає, що обсяг інформації про державну допомогу, що зараз знаходиться у володінні АМКУ, є недостатньою<sup>116</sup>.

Відтак, Рада стурбована тим, що неналежні обсяги та якість інформації, яка отримується від надавачів допомоги, може загрожувати здатності АМКУ належним чином аналізувати та оцінювати перелік, кількість, сумісність подібних заходів з принципами вільної конкуренції тощо.

Таким чином, Рада звертає увагу на те, що успішне вирішення цієї проблеми має вирішальне значення для ефективної реалізації повноважень АМКУ як Уповноваженого органу у сфері державної допомоги.

<sup>113</sup> Див. статтю 8 Закону про державну допомогу.

<sup>114</sup> Див. пункт 10 Порядку ведення та доступу до реєстру державної допомоги суб'єктам господарювання, затвердженого Розпорядженням АМКУ № 43-рп від 28 грудня 2015 року.

<sup>115</sup> Див. статтю 16 Закону про державну допомогу та Порядок ведення та доступу до реєстру державної допомоги суб'єктам господарювання затверджений Розпорядженням АМКУ № 43-рп від 28 грудня 2015 року.

<sup>116</sup> Як відзначається у актуальному звіті: «Розрізненість інформації про заходи державної підтримки в Україні створює певні обмеження для створення функціонуючої державної системи моніторингу та контролю державної допомоги на національному рівні».

Див., зокрема, сторінку 19 презентації «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС». Навчальна програма щодо державної підтримки ініціатив в Україні (2015), за посиланням:

<http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=120933&schema=main>

## Рекомендації Ради

З огляду на вищевказане, Рада рекомендує наступне:

- 1) Для покращення обсягів та якості інформації, яка має надаватися надавачами допомоги, АМКУ рекомендовано посилити зусилля з адвокатування економічної конкуренції, спрямовані на роз'яснення існуючого порядку повідомлення АМКУ про державну допомогу, в тому числі, зокрема, шляхом поширення відповідних шаблонів звітності.
- 2) Невідкладно розпочати інвентаризацію існуючих наразі заходів державної допомоги<sup>117</sup>, яка має відбутися в умовах наявності відповідної матеріально-технічної бази (апаратного та програмного забезпечення)<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Відповідно до статті 267 ПВЗВТ Україна «...протягом п'яти років після набуття чинності цією Угодою має створити повний перелік схем надання допомоги, який має бути запроваджений до утворення установи...».

<sup>118</sup> Див. презентацію «Поточний стан та перспективи державної допомоги в Україні», надану Раді АМКУ.





БЦ «Поділ Плаза»,  
вул. Спаська, 30А,  
Київ 04070, Україна  
(вхід зі сторони вул. Сковороди, 19)

Тел: +380 (44) 237-74-01  
Факс: +380 (44) 237-74-25  
Електронна пошта: [info@boi.org.ua](mailto:info@boi.org.ua)

[www.boi.org.ua](http://www.boi.org.ua)  
[www.facebook.com/BusinessOmbudsmanUkraine](https://www.facebook.com/BusinessOmbudsmanUkraine)