

Схвалено
Антимонопольним комітетом
України
п. 7 протоколу № 35
засідання Комітету
від 06 жовтня 2022 р.

УЗАГАЛЬНЕННЯ ПРАКТИКИ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 17 ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ»

Метою цього дослідження є узагальнення підходів, які здійснюють органи Антимонопольного комітету України (далі – Комітет) під час розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтею 17 та пунктом 7 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», а також підвищення ефективності правозастосовної практики органів Комітету.

1. Склад порушень, передбачених статтею 17 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Стаття 17 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон) встановлює заборону схилення до порушень законодавства про захист економічної конкуренції. Вчинення дій, заборонених згідно зі статтею 17 Закону, є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим пунктом 7 статті 50 Закону.

Стаття 17 Закону передбачає спеціальний суб'єкт правопорушення: органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю.

Органами влади відповідно до абзацу восьмого статті 1 Закону є міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринків капіталу та організованих товарних ринків, державні органи приватизації, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, місцеві органи виконавчої влади.

Місьцеве самоврядування здійснюється територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи (абзац третій статті 140 Конституції України).

Органами місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, є районні та обласні ради (абзац четвертий статті 140 Конституції України).

Органами адміністративно-господарського управління та контролю відповідно до абзацу десятого статті 1 Закону є суб'єкти господарювання, об'єднання, інші особи в частині

виконання ними функцій управління або контролю в межах делегованих їм повноважень органів влади чи органів місцевого самоврядування.

Стаття 17 Закону передбачає в якості суб'єкта правопорушення не лише відповідні органи у колегіальному складі, а й їхніх посадових осіб.

Стаття 17 Закону передбачає, що негативний вплив на конкуренцію відбувається не безпосередньо через дії або бездіяльність суб'єкта правопорушення, а внаслідок дійсних чи можливих дій або бездіяльності інших осіб, органів влади, місцевого самоврядування, адміністративно-господарського управління та контролю, суб'єктів господарювання, що визнаються порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції згідно з нормами статті 50 Закону, статей 1, 4 – 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Норми статті 17 Закону передбачають особливий зв'язок між діями суб'єкта правопорушення і протиправними діями інших державних органів, суб'єктів господарювання. Такий зв'язок може виступати в одній із трьох форм:

- схилення;
- створення умов;
- легітимація порушень.

Схилення є дією, що передує в часі реальному чи можливому порушенню законодавства про захист економічної конкуренції. Воно полягає у спонуканні, переконанні іншої особи в доцільності та необхідності порушити вимоги законодавства. Схилення може здійснюватися шляхом погрози настання несприятливих наслідків у разі відмови, чи, навпаки, отримання вигоди в разі згоди, або із застосуванням як засобу тиску авторитету державного органу. При цьому особа, яку схиляють, залишає за собою самостійність у прийнятті рішення про вчинення або невчинення протиправного діяння. Норма статті 17 Закону не вимагає, щоб правопорушення, до якого схиляють суб'єкта господарювання, державний орган, було реалізовано в дійсності. Необхідно, проте, щоб дії або бездіяльність, до яких схиляють, можна було б кваліфікувати як такі, що мають ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

На відміну від схилення, що передбачає активний вплив державного органу на прийняття рішень іншого державного органу, суб'єкта господарювання, створення умов обмежується забезпеченням можливості вчинення протиправних дій. Рішення про вчинення протиправних діянь приймається незалежно та самостійно. Створення умов для вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції може виступати у формі як дій, так і бездіяльності. Воно може стосуватися як реальних, так і потенційних правопорушень.

Орган влади, орган місцевого самоврядування, орган адміністративно-господарського управління та контролю, їхні посадові особи відрізняють склад правопорушення, передбачений статтею 17 Закону, від іншого правопорушення, що передбачає схилення суб'єктів господарювання до вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції чи сприяння вчиненню таких порушень, передбаченого частиною першою статті 18 Закону. В цьому випадку суб'єктом правопорушення є суб'єкт господарювання чи об'єднання (у значенні абзацу дев'ятого статті 1 Закону). У тих випадках, коли відповідні дії чинить суб'єкт господарювання, що має водночас статус органу

адміністративно-господарського управління та контролю, кваліфікація порушення за статтею 17 або 18 Закону залежить від того, чи відбувається схилення або створення умов внаслідок застосування делегованих повноважень щодо здійснення функцій управління чи контролю, або ж у межах суто господарської діяльності відповідного суб'єкта господарювання.

Легітимація порушень законодавства про захист економічної конкуренції передбачає підтвердження правомірності насправді протиправних діянь іншого державного органу або суб'єкта господарювання актом органу влади, органу місцевого самоврядування чи органу адміністративно-господарського управління та контролю. На відміну від схилення, де ініціатором протиправних дій є державний орган, але вчиняє їх суб'єкт господарювання, інший державний орган, у разі легітимації ініціатором протиправних дій є та сама особа, яка їх вчиняє або має намір вчинити.

Отже, стаття 17 Закону передбачає такі 12 складів порушень залежно від суб'єкта протиправної поведінки, у зв'язку з якою знаходяться діяння суб'єкта визначеного нею правопорушення, та характеру такого зв'язку:

- схилення суб'єктів господарювання до порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- схилення органів влади до порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- схилення органів місцевого самоврядування до порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- схилення органів адміністративно-господарського управління та контролю до порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- створення умов для вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- створення умов для вчинення органами влади порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- створення умов для вчинення органами місцевого самоврядування порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- створення умов для вчинення органами адміністративно-господарського управління та контролю порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- легітимація вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- легітимація вчинення органами влади порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- легітимація вчинення органами місцевого самоврядування порушень законодавства про захист економічної конкуренції;
- легітимація вчинення органами адміністративно-господарського управління та контролю порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

Отже, прийняття рішень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції передбачає визначення суб'єкта правопорушення, характеру та наслідків його дій (бездіяльності), характеру зв'язку між діями (бездіяльністю) та їх наслідками.

2. Кількість та структура порушень законодавства про захист економічної конкуренції, передбачених статтею 17 Закону

Впродовж 2019 – 2021 років органи Комітету прийняли рішення у справах щодо 54 порушень законодавства про захист економічної конкуренції, передбачених статтею 17 Закону (ще в 41 випадку дії / бездіяльність, що мали ознаки таких порушень, припинено шляхом надання рекомендацій). Під час підготовки цього узагальнення проаналізовано 36 рішень стосовно 41 порушення у вигляді схилення до порушень законодавства про захист економічної конкуренції, створення умов для них та їхньої легітимації.

Проаналізовані порушення залежно від елементів їхнього складу поділяються на такі:

	Схилення до вчинення порушень	Створення умов для вчинення порушень	Легітимація вчинення порушень
Суб'єктами господарювання	0	8	33
Органами влади	0	0	0
Органами місцевого самоврядування	0	0	0
Органами адміністративно-господарського управління та контролю	0	0	0

3. Характеристика правопорушень, передбачених статтею 17 Закону

3.1. Схилення до вчинення та створення умов для вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції

Серед проаналізованих рішень немає жодного, у якому правопорушення, передбачене статтею 17 Закону, було б визначено як схилення, тобто активні дії державного органу, що спонукали б інші державні органи, суб'єктів господарювання до вчинення інших порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

П'яту частину (7) проаналізованих рішень становлять рішення про порушення у вигляді створення умов для вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

У 6 із цих рішень створення умов для вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції відбувалось у вигляді дій державного органу.

До прикладу, у статуті комунального підприємства, затвердженому рішенням міської ради, підприємству надано право використовувати тарифи на послуги з вивезення, розміщення та захоронення твердих побутових відходів, які були сформовані відповідно до розрахунків планових витрат іншого суб'єкта господарювання, що створювало умови для зловживання цим комунальним підприємством монопольним (домінуючим) становищем на

ринку зазначених послуг (рішення адміністративної колегії Миколаївського обласного територіального відділення Комітету від 27.02.2020 № 2-рш).

При цьому дії органу влади, органу місцевого самоврядування, що кваліфікувалися як створення умов для вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, або здійснювалися за межами визначених законодавством повноважень відповідного органу, або з недотриманням встановлених нормативно-правовими актами правил.

Надання рішенням органу місцевого самоврядування комунальному підприємству права застосовувати тарифи, сформовані на підставі розрахунку повної планової собівартості послуг іншого суб'єкта господарювання не відповідає нормам абзацу п'ятого пункту 2 Порядку формування тарифів на послуги з поводження з побутовими відходами, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 липня 2006 р. № 1010 (зі змінами), згідно з яким повна планована собівартість послуг – це економічно обґрунтовані плановані витрати підприємства, що бере участь у наданні послуг із поводження з побутовими відходами, включаючи витрати з операційної діяльності, фінансові витрати, пов'язані з основною діяльністю.

У двох проаналізованих рішеннях порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді створення умов для вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції було визнано бездіяльність сільських рад, що полягала в одному випадку – у нездійсненні контролю за дотриманням комунальним підприємством вимог пункту 9 Порядку формування тарифів на централізоване водопостачання та водовідведення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 № 869 «Про забезпечення єдиного підходу до формування тарифів на житлово-комунальні послуги» (зі змінами), щодо подання для затвердження тарифів на послуги із централізованого водовідведення (рішення адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення Комітету від 13.12.2019 № 60/89-р/к); в другому випадку – бездіяльність, що створювала умови для вчинення суб'єктом господарювання порушення законодавства про захист економічної конкуренції, полягала в незатвердженні комунальному підприємству тарифів на послуги із централізованого водовідведення (рішення адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення Комітету від 13.12.2019 № 60/90-р/к).

У розглянутій Комітетом справі порушенням законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді створення умов для порушень такого законодавства суб'єктами господарювання визнано сукупність дій і бездіяльність Фонду державного майна України (далі – ФДМУ). Згідно з положеннями Податкового кодексу України фізичні особи – продавці (власники) нерухомого майна, покупці такого майна, нотаріуси, що посвідчують відповідні правочини, та суб'єкти оціночної діяльності, які здійснюють оцінку такого майна та складають звіти, не мають можливості реалізувати свої права без доступу до Єдиної бази даних звітів про оцінку (далі – Єдина база) для внесення інформації для реєстрації та перевірки такої реєстрації. Платність доступу до Єдиної бази Податковим кодексом України не передбачена.

Під час проведення ФДМУ закупівлі послуг із проєктування, розробки, впровадження та супроводження інформаційно-телекомунікаційної системи «Єдина база даних звітів про оцінку» до тендерної документації було закладено обов'язок суб'єктів оціночної діяльності та нотаріусів укладати цивільно-правові угоди з авторизованими електронними майданчиками (далі – АЕМ) з метою отримання доступу до Єдиної бази.

В подальшому наказом ФДМУ «Про затвердження Порядку ведення Єдиної бази даних звітів про оцінку» від 17.05.2018 № 658, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 05 червня 2018 року за № 677/32129, затверджено Порядок ведення Єдиної бази даних звітів про оцінку (далі – Порядок), згідно з п. 7 розділу II якого доступ до неї нотаріусам, особам, які вчиняють дії щодо відчуження об'єктів рухомого майна, суб'єктам оціночної діяльності надається через АЕМ, підключені до Єдиної бази, шляхом реєстрації та ідентифікації (автентифікації), хоча Податковим кодексом України не передбачено, що перевірка реєстрації звіту в Єдиній базі та наявності присвоєного йому унікального номера здійснюється через АЕМ. При цьому Порядок встановив, що правовідносини суб'єктів оціночної діяльності, нотаріусів або осіб, які вчиняють дії щодо операцій з відчуження об'єктів рухомого майна, з отримання послуг АЕМ здійснюються відповідно до цивільного та господарського законодавства, тобто визначив фактичну платність послуг АЕМ, розмір якої АЕМ визначають самостійно.

Отже, діями ФДМУ було створено штучний ринок, учасники якого – АЕМ – надають послуги з передання інформації з/до Єдиної бази, стягуючи самостійно встановлену ними плату з оцінювачів / суб'єктів оціночної діяльності та нотаріусів, які не можуть відмовитися від отримання таких послуг, оскільки наслідком відмови є неможливість в подальшому здійснювати свою професійну діяльність.

При цьому ФДМУ не вживав заходів для врегулювання питання встановлення обґрунтованої вартості послуг АЕМ та не пропонував визначити вартість на рівні постанови Кабінету Міністрів України або в наказі ФДМУ. Крім того, ФДМУ не було впроваджено протокол обміну, що створило бар'єр для авторизації нових електронних майданчиків – потенційних учасників ринку послуг із розміщення, отримання й передавання інформації та документів до/з Єдиної бази. Як наслідок, на штучно створеному ринку з липня 2018 до листопада 2019 року незмінно діяли лише чотири учасники, тобто структура ринку набула ознак жорсткої олігополії, сприятливої для вчинення антиконкурентних узгоджених дій.

Самостійне та неконтрольоване встановлення авторизованими електронними майданчиками вартості послуг призвело до встановлення та застосування ними протягом серпня – жовтня 2018 року однакових цін на послуги.

У зв'язку із цим Комітет розпочав перевірку ФДМУ, а в подальшому – розгляд справи за ознаками вчинення операторами авторизованих ФДМУ електронних майданчиків антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання.

Водночас ФДМУ не вчинив жодних дій, які б сприяли вирішенню ситуації, що склалась у зв'язку з наявністю ознак порушення операторами авторизованих ним електронних майданчиків вимог законодавства про захист економічної конкуренції.

За результатами розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції дії та бездіяльність ФДМУ створили умови для вчинення операторами АЕМ порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання.

У більшості випадків дії / бездіяльність органів влади, органів місцевого самоврядування кваліфіковані як створення умов для вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції, фактично призводили до дій суб'єктів господарювання, які були визнані рішеннями органів Комітету, прийнятими відповідно до статті 48 Закону,

порушеннями, або щодо яких суб'єктам господарювання надано рекомендації. У 2 випадках це були порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, у решті випадків – зловживання монопольним (домінуючим) становищем цінового характеру.

3.2. Легітимація порушень законодавства про захист економічної конкуренції

У 33 випадках (80,5 % проаналізованих рішень) порушення, передбачені статтею 17 Закону, визначено як легітимацію порушень законодавства про захист економічної конкуренції органами місцевого самоврядування. Ці порушення мали місце на ринках житлово-комунальних послуг (водопостачання, водовідведення, вивезення, розміщення та захоронення твердих побутових відходів), тарифи на які затверджують органи місцевого самоврядування. Їх об'єктивна сторона полягала в затвердженні органами місцевого самоврядування тарифів на відповідні послуги, розраховані суб'єктами господарювання з порушенням вимог нормативно-правових актів.

До прикладу, легітимацією порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку послуг централізованого водопостачання визнано затвердження сільською радою тарифів на послуги централізованого водопостачання, розрахунок яких надано без підтвердних документів щодо розміру закладених до цього розрахунку статей витрат, що не відповідає нормам пункту 36 Порядку формування тарифів на централізоване водопостачання та водовідведення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.2011 № 869 «Про забезпечення єдиного підходу до формування тарифів на житлово-комунальні послуги» (зі змінами) (рішення адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення Комітету від 13.12.2019 № 60/89-р/к). В іншому випадку як легітимацію зловживання монопольним (домінуючим) становищем кваліфіковано затвердження органом місцевого самоврядування тарифів на теплову енергію, її виробництво, транспортування, постачання для потреб бюджетних установ та інших споживачів за відсутності затвердженої інвестиційної програми (рішення адміністративної колегії Східного міжобласного територіального відділення Комітету від 21.01.2021 № 70/1-р/к). Як легітимацію порушення законодавства про захист економічної конкуренції кваліфіковано також затвердження сільською радою для комунального підприємства тарифів, розрахованих іншим підприємством (рішення адміністративної колегії Київського обласного територіального відділення Комітету від 13.12.2019 № 60/89-р/к та від 13.12.2019 № 60/90-р/к).

4. Відповідальність за порушення, передбачені статтею 17 Закону

Стаття 52 Закону не передбачає накладення штрафів за порушення, визначені пунктом 7 статті 50 Закону. Разом із тим абзац четвертий частини першої статті 48 Закону передбачає прийняття за результатами розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції рішення про зобов'язання органу влади, органу місцевого самоврядування, органу адміністративно-господарського управління та контролю скасувати або змінити прийняте ним рішення.

5. Пропозиції

Пропонуємо:

- під час кваліфікації порушень законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтею 17, пунктом 7 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», чітко визначати форму, у якій відбувалися неправомірні дії / бездіяльність порушника: схилення до вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, створення умов для вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, легітимація порушень законодавства про захист економічної конкуренції;

- в описово-мотивувальних частинах рішень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого статтею 17, пунктом 7 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зазначати не тільки економічний зміст і фактичні чи потенційні економічні наслідки дій / бездіяльності, до яких схилилися, для яких створювали умови чи які легітимізували зазначені порушення, але й їх обґрунтовану правову кваліфікацію (стаття, частина, пункт / абзац Закону України «Про захист економічної конкуренції» або Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»);

- у випадках, коли відповідачі самостійно не скасували чи не змінили рішення або інші акти, що схилиють, створюють умови чи легітимізують порушення законодавства про захист економічної конкуренції, і такі рішення / акти продовжують діяти на момент прийняття рішення, передбачати в резолютивній частині рішень у справах про порушення, передбачені статтею 17, пунктом 7 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зобов'язання про скасування чи зміну відповідних актів.

Начальник Управління економічного аналізу

Владислав КРИЖНІЙ