



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

03035, Київ-35
вул. Урицького, 45

Тел. 428-13-20
Факс 428-13-25

06.09.05 № 21-15/02-5635

на № _____ від _____

Державним уповноваженим
Керівникам структурних підрозділів
Головам територіальних відділень
Антимонопольного комітету України

Про особливості застосування положень законодавства про захист економічної конкуренції у зв'язку з набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення правового захисту економічної конкуренції» від 31.05.2005 № 2596-IV

Інформаційний лист № 49/01

Верховною Радою України 31 травня 2005 року прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення правового захисту економічної конкуренції» № 2596-IV (надалі – Закон України «Про внесення змін...»), який набув чинності 24 червня 2005 року (офіційний текст Закону опубліковано в газеті «Урядовий кур'єр» від 24 червня 2005 року № 116).

Закон України «Про внесення змін...» прийнято з метою вдосконалення положень законодавства про захист економічної конкуренції (конкурентного законодавства), що регулюють питання контролю за узгодженими діями та концентрацією суб'єктів господарювання, виявлення та припинення порушень конкурентного законодавства, а також окремі процесуальні питання діяльності органів Антимонопольного комітету України.

У зв'язку з прийняттям цього Закону виникає необхідність у роз'ясненні особливостей змінених та нових положень конкурентного законодавства з метою забезпечення правильного та однакового їх застосування органами Комітету.

При застосуванні положень конкурентного законодавства, які вступили в дію з набуттям чинності Законом України «Про внесення змін...», необхідно враховувати наступне.

1. Відповідно до статті 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення.

Рішенням Конституційного Суду України від 09.02.1999 у справі № 1-7/99 визначено, що положення частини першої статті 58 Конституції України про те, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, треба розуміти так, що воно стосується людини і громадянина (фізичної особи).

Про застосування зворотної сили закону щодо юридичних осіб має бути прямо вказано в такому законі. У Законі України «Про внесення змін...» такого положення немає.

Отже, норми Закону України «Про внесення змін...» поширюються виключно на правовідносини, що виникли або продовжують існувати з 24 червня 2005 року і в наступному.

2. До частини другої статті 308 Митного кодексу України

Положення Закону до 24 червня 2005 р.	Положення Закону у чинній редакції
<p>Стаття 308. Використання інформації, що надається митним органам</p> <p>«...» Інформація щодо обсягів експорту та імпорту конкретних видів товарів може надаватися лише органам, які ведуть державну статистику, а інформація щодо експортно-імпортних операцій конкретних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності - тільки органам досудового слідства у зв'язку з розслідуванням кримінальних справ. «...»</p>	<p>Стаття 308. Використання інформації, що надається митним органам</p> <p>«...» Інформація щодо обсягів експорту та імпорту конкретних видів товарів може надаватися лише органам, які ведуть державну статистику, а інформація щодо експортно-імпортних операцій конкретних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності - тільки органам досудового слідства у зв'язку з розслідуванням кримінальних справ, <u>а також на письмову вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, голови територіального відділення Антимонопольного комітету України у зв'язку із розслідуванням ними антиконкурентних узгоджених дій із зазначенням у ній підстав для її надання¹.</u> «...»</p>

Метою доповнення частини другої статті 308 Митного кодексу України є узгодження цього положення законодавства із положеннями Закону України «Про Антимонопольний комітет України» в частині забезпечення можливості отримання органами Антимонопольного комітету інформації про експортно-імпортні операції суб'єктів господарювання від митних органів та сприяння оперативному розслідуванню антиконкурентних узгоджених дій, учасниками (контрагентами чи конкурентами учасників) яких є суб'єкти господарювання – суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності.

Запитуючи інформацію в митних органів, у запиті необхідно зазначити юридичні та фактичні підстави її витребування державним уповноваженим, головою територіального відділення Антимонопольного комітету.

Юридичними підставами є положення законодавства: пункт 6 статті 16 (пункт 5 статті 17), стаття 22¹ Закону України «Про Антимонопольний комітет України», частина друга статті 308 Митного кодексу України.

Фактичною підставою для витребування інформації є розслідування Антимонопольним комітетом, його територіальним відділенням заяви чи справи про антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання. У запиті інформації необхідно вказати реквізити заяви чи справи (не обов'язково вказувати найменування заявника та/або відповідача), у зв'язку з розслідуванням якої запитується інформація.

¹ В таблиці підкресленням виділені зміни та доповнення, внесені згідно із Законом України «Про внесення змін...» від 31.05.2005 № 2596-IV.

3. До абзацу четвертого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Положення Закону до 24 червня 2005 р.	Положення Закону у чинній редакції
<p>Стаття 1. Визначення термінів</p> <p>«...» контроль - вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб, зокрема завдяки: праву володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною; праву, яке забезпечує вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання; укладенню договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання; заміщенню посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особою, яка вже обіймає одну чи кілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання; обійманню більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання. Пов'язаними особами є юридичні та/або фізичні особи, які спільно або узгоджено здійснюють господарську діяльність, у тому числі спільно або узгоджено чинять вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання; «...»</p>	<p>Стаття 1. Визначення термінів</p> <p>«...» контроль - вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб, зокрема завдяки: праву володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною; праву, яке забезпечує вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання; укладенню договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання; заміщенню посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особою, яка вже обіймає одну чи кілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання; обійманню більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання. Пов'язаними особами є юридичні та/або фізичні особи, які спільно або узгоджено здійснюють господарську діяльність, у тому числі спільно або узгоджено чинять вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання. <u>Зокрема, пов'язаними фізичними особами вважаються такі, які є подружжям, батьками та дітьми, братами та (або) сестрами: «...»</u></p>

Доповнення абзацу четвертого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» має на меті конкретизацію змісту поняття «пов'язані особи». Цим доповненням встановлюється презумпція того, що при встановленні відносин контролю – подружжя, батьки та діти, брати та (або) сестри вважаються пов'язаними особами, які узгоджено чинять вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання.

До прикладу: у разі наявності у зазначених осіб права володіння чи користування частиною активів суб'єкта господарювання, яка є недостатньою для здійснення вирішального впливу на його діяльність, кожним з них окремо, але при цьому сукупна частина активів, що належить цим пов'язаним особам, створює можливості для здійснення такого впливу, визнається, що ці пов'язані особи спільно чинять вирішальний вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання.

4. До частини третьої статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Положення Закону до 24 червня 2005 р.	Положення Закону у чинній редакції
Стаття 4. Державна політика у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму «...» ²	Стаття 4. Державна політика у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму «...» 3. Органи державної влади, до компетенції яких належить забезпечення державного регулювання та управління у відповідних галузях економіки, проводять моніторинг ринків цих галузей з метою аналізу та прогнозування їх розвитку. «...»

Нова частина третя статті 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», яка кореспондується з частиною третьою статті 25 Господарського кодексу України, конкретизує обов'язки галузевих міністерств та відомств в частині їхньої участі у формуванні та реалізації конкурентної політики держави. Діяльність зазначених органів державної влади в першу чергу має бути спрямована на забезпечення ефективності функціонування галузі, визначення перспектив, стратегії її розвитку, прогнозування та запобігання кризових явищ, створення оптимального конкурентного середовища діяльності суб'єктів господарювання, про що зазначено також у статті 10 Господарського кодексу України.

5. До абзацу другого частини першої статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Стаття 5. Узгоджені дії «...» Узгодженими діями є також створення суб'єкта господарювання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання. «...»	Стаття 5. Узгоджені дії «...» Узгодженими діями є також створення суб'єкта господарювання, <u>об'єднання</u> , метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, <u>об'єднання</u> або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, <u>або вступ до такого об'єднання</u> . «...»
---	---

Зміни спрямовані на уточнення загального терміну «узгоджені дії», наведеного в частині першій статті, у частині його поширення на випадки створення об'єднань. Практика створення господарських об'єднань – асоціацій, корпорацій тощо або вступу до них підтверджує, що такі дії суб'єктів господарювання, як правило, мають за мету або ж призводять до координації конкурентної поведінки учасників об'єднання, хоча і з різних питань. Однак, створення та вступ до об'єднань прямо не визначалися як узгоджені дії, що не забезпечувало достатньої прозорості положень Закону при визначенні необхідності отримання дозволу та порядку звернення до органів Антимонопольного комітету при створенні об'єднань та вступу до них.

Створення об'єднань розглядається як узгоджені дії лише у випадку, коли учасники об'єднання не втрачають своєї самостійності у прийнятті важливих рішень

² Статтю Закону доповнено новим положенням.

щодо власної господарської діяльності, що дозволяє говорити саме про *координацію* конкурентної поведінки незалежних суб'єктів господарювання (учасників об'єднання), а не про діяльність єдиного суб'єкта господарювання, де учасники об'єднання є фактично підконтрольними структурними одиницями такого суб'єкта (як це має місце в результаті створення концерну відповідно до частини п'ятої статті 120 Господарського кодексу України, коли таке створення розглядається як концентрація).

6. До частини третьої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Стаття 6. Антиконтурентні узгоджені дії «...»	Стаття 6. Антиконтурентні узгоджені дії «...» <u>3. Антиконтурентними узгодженими діями вважається також вчинення суб'єктами господарювання схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції у разі, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності).</u> «...»
--	---

Нова частина третя статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» прямо передбачає можливість використання органами Комітету при доведенні антиконкурентних узгоджених дій непрямих доказів у вигляді аналізу ситуації на ринку (економічний аналіз).

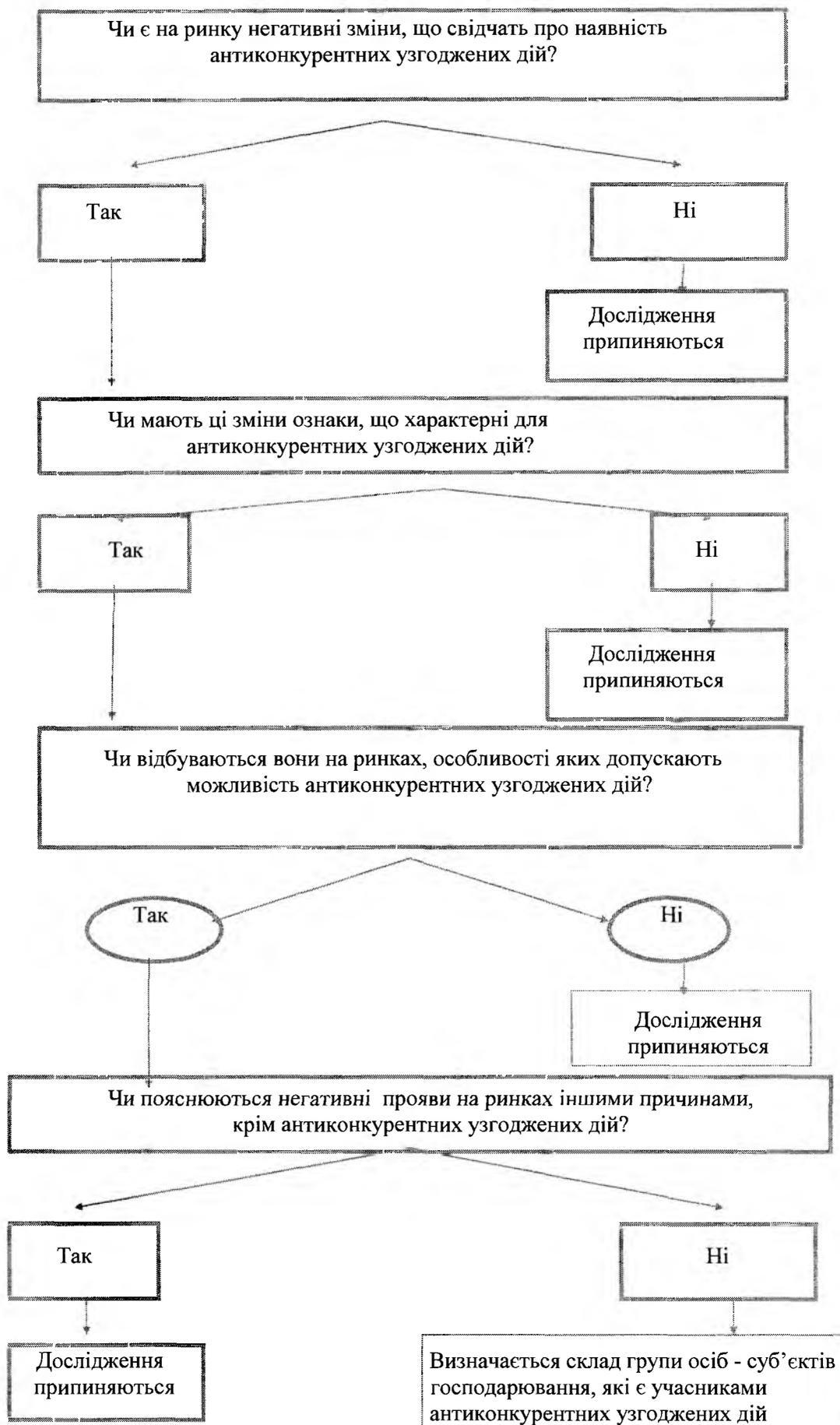
Встановлення законом презумпції узгодженості схожих між собою дій (бездіяльності) суб'єктів господарювання, якщо відсутні об'єктивні причини їх здійснення, дозволяє оцінювати антиконкурентність (протиправність) дій окремих суб'єктів господарювання за їх зовнішніми проявами, застосовуючи для цього метод непрямих доказів та метод доведення від зворотного під час розслідування антиконкурентних узгоджених дій (та захисті рішень органів Антимонопольного комітету в суді).

Доведення відсутності об'єктивних причин вчинення схожих дій (проведення аналізу ситуації на ринку) покладається на органи Антимонопольного комітету. Тому обставинам, що прямо впливають на певну поведінку відповідачів (до прикладу: при встановленні однакових цін – це, зокрема, порівняння складових собівартості їх продукції) має бути надана оцінка органом Антимонопольного комітету у своєму рішенні, зокрема встановлено відсутність причинно-наслідкового зв'язку між схожістю дій (бездіяльності) суб'єктів господарювання та обставинами, що їх зумовлюють.

Визначення ознак антиконкурентних узгоджених дій шляхом аналізу ринкової ситуації передбачає здійснення принаймні таких кроків:

- а) виявлення негативних змін на ринку, що можуть свідчити про наявність антиконкурентних узгоджених дій;
- б) аналіз ознак негативних проявів щодо їх характерності (відповідності) антиконкурентним узгодженим діям;
- в) аналіз особливостей ринків, на яких мають місце негативні прояви, щодо можливості на них антиконкурентних узгоджених дій;
- г) аналіз причин негативних проявів.

Послідовність застосування зазначених кроків може бути описана такою діаграмою:



Негативними змінами на ринках товарів, виявлення яких є підставами для початку дослідження органами Антимонопольного комітету України наявності антиконкурентних узгоджених дій, є, зокрема:

істотне зростання рівня цін на ринку товару протягом короткого проміжку часу (як правило не більше місяця, а у більшості випадків протягом кількох днів), що перевищує темпи інфляції, або встановлення не менше ніж двома суб'єктами господарювання таких однакових цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку;

утворення перешкод (бар'єрів) вступу на ринок для нових суб'єктів господарювання;

вимушений вихід конкурентів з ринку певного товару;

зменшення обсягів продажу на ринку певного товару при збільшенні його ціни;

зменшення обсягів продажу взаємозамінних товарів на відповідних ринках товару;

збільшення обсягів продажу товару (товарів) на менш вигідних умовах, ніж ті, які існують на ринку певного товару;

встановлення кількома продавцями (покупцями) обов'язкових додаткових умов продажу (купівлі) певного товару.

Ознаками антиконкурентних узгоджених дій стосовно встановлення цін, зокрема, можуть бути такі обставини:

одночасність або однорідність (упорядкованість) зміни цін у часі (наприклад, зміни цін у різних суб'єктів господарювання відбуваються щопонеділка, чи кожні п'ять днів тощо);

однаковий або практично однаковий розмір зміненої ціни в різних учасників ринку;

істотна зміна цін значною кількістю продавців схожих товарів, особливо, коли ціни змінюються на однакову величину та в однакові періоди часу;

одночасне зростання цін кількох суб'єктів господарювання за умов зростання пропозиції на ринку;

одночасне зростання цін кількох суб'єктів господарювання за умов зростання в них товарних запасів;

одночасне зростання цін кількох суб'єктів господарювання за умов скорочення або незмінності їхніх витрат.

однакова ціна має місце за наявності істотно різних витрат;

однакова ціна підтримується незалежно від змін попиту та пропозиції;

однакова ціна встановлюється на ринку, де ніколи не спостерігалось короткотермінового встановлення однакової ціни без угод;

однакова ціна встановлюється на товари різної якості;

мають місце зміни цін, які не могли б очікуватися у конкретних ринкових умовах, за відсутності певної форми угоди: до прикладу, ціни різко підвищуються у період наявності надлишкових потужностей;

надання суб'єктами господарювання однакових пояснень, які використовуються при обґрунтуванні зміни цін.

Ознаками розподілу ринку за територіальним принципом або колом споживачів внаслідок антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання можуть бути, зокрема:

припинення окремими суб'єктами господарювання реалізації певного товару на певній території, незважаючи на наявність у них запасів цього товару, економічної

можливості та доцільності продажу цього товару на цій території та незменшення попиту на цей товар;

утримання окремими суб'єктами господарювання від реалізації певного товару на певній території, незважаючи на наявність у них запасів цього товару, економічної можливості та доцільності продажу цього товару на цій території та наявність на ній незадоволеного попиту на цей товар на цій території;

припинення окремими суб'єктами господарювання реалізації певного товару певним суб'єктам господарювання, споживачам, незважаючи на наявність у цих суб'єктів господарювання запасів цього товару та на те, що не зменшується попит на нього в цих споживачів чи суб'єктів господарювання;

утримання окремих суб'єктів господарювання від продажу певного товару певним суб'єктам господарювання, споживачам, незважаючи на наявність у цих суб'єктів господарювання запасів цього товару та наявність незадоволеного попиту на нього у відповідних споживачів чи суб'єктів господарювання;

одночасне чи впорядковане в часі відповідно до певного графіка припинення окремими суб'єктами господарювання реалізації певного товару на певній території (певним групам споживачів) та припинення іншими суб'єктами господарювання реалізації цього ж на іншій території (іншим групам споживачів).

Ознаками утворення дефіциту на ринку внаслідок узгоджених дій суб'єктів господарювання може бути, зокрема, одночасне чи впорядковане в часі відповідно до певного графіка істотне скорочення чи припинення виробництва та/або реалізації певного товару групою суб'єктів господарювання за умови, що не зменшується попит на цей товар і не змінюються інші суттєві умови його виробництва (обсяг виробничих потужностей, наявність вхідних ресурсів, можливості їх придбання тощо).

Ознаками спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів унаслідок узгоджених дій суб'єктів господарювання можуть бути, зокрема:

завідомо неприйнятні пропозиції частини учасників відповідних конкурсних процедур;

деякі цінові пропозиції суттєво вищі, ніж опубліковані прайс-листи, попередні заявки фірми або підраховані клієнтом витрати проекту (це може вказувати на так звані доповнюючі пропозиції-заявки, які не мають на меті виграш тендера, а присутні для створення ілюзії конкуренції);

менша кількість конкурентів, ніж за нормальних умов тендера (це може вказувати на навмисне планування стримувати тендер, тобто обмежити його конкурентність);

один і той же підрядник постійно є заявником із найнижчою ціною та послідовно отримував контракти у послідовних випадках протягом певного періоду часу;

існує суттєва відмінність між виграшною заявкою у тендері та іншими, яку не можна пояснити умовами тендера;

присутня певна модель заявок із низькими цінами тендерів, що регулярно повторюється, так, до прикладу, компанія «А» завжди виграє тендер у певній місцевості на певну послугу, або присутня впорядкована ротація з іншими заявниками;

пропонування певною компанією суттєво вищих цін на певних тендерах, а на інших – ні, без будь-якого логічного пояснення такої ситуації;

переможець тендера постійно призначає субпідрядників з тих компаній, що призначали вищі ціни на цьому ж тендері відносно тих же проектів;

наявна практика того, що ціни тендера різко падають завжди, коли у тендері бере участь заявник, який не є частим учасником таких тендерів.

Під час розслідування необхідно приділяти увагу поясненням відповідачів того, які об'єктивні причини існували для вчинення таких дій, чому необхідний (для відповідачів) результат не міг бути досягнутий в інший спосіб, та пропонувати надати їм необхідні докази на підтвердження своїх пояснень.

Неспростування органами Антимонопольного комітету у своєму рішенні таких пояснень належним обґрунтуванням може розглядатись як недоведення відсутності об'єктивних причин, хіба що за винятком, коли такі пояснення є очевидно неправдоподібними.

У разі ж ненадання відповідачем доказів на підтвердження своїх пояснень, доцільно встановити хоча б деякі обставини, які можуть успішно спростувати пояснення відповідача, або переконливо, враховуючи наявні докази, аргументувати безпідставність тверджень відповідача.

Доведення антиконкурентних узгоджених дій на основі економічного аналізу ситуації на ринку (доведення від зворотного) матиме більше успіху, якщо такий аналіз буде підкріплений непрямими доказами узгоджування відповідачами своєї поведінки.

Кваліфікація дій суб'єктів господарювання за частиною третьою статті 6 може здійснюватися як самостійно, так і з посиланням на частини першу або другу статті 6 Закону, залежно від того, чи використано у процесі доведення вчинення антиконкурентних узгоджених, додатково до економічного аналізу, також непрямі докази погодження конкурентної поведінки.

7. До абзацу другого частини п'ятої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 6. Антиконтурентні узгоджені дії «...»</p> <p>5. Особа, що вчинила антиконкурентні узгоджені дії, але раніше за інших учасників цих дій добровільно повідомила про це Антимонопольний комітет України чи його територіальне відділення та надала інформацію, яка має суттєве значення для прийняття рішення у справі, звільняється від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої статтею 52 цього Закону.</p> <p>Не може бути звільнена від відповідальності особа, визначена у цій частині, якщо вона:</p> <p>не вжила ефективних заходів стосовно припинення нею антиконкурентних узгоджених дій після повідомлення про них Антимонопольному комітету України;</p> <p>була ініціатором чи забезпечувала керівництво антиконкурентними узгодженими діями;</p> <p>не надала всіх доказів або інформації стосовно вчинення нею порушення, про які їй було відомо та які вона могла безперешкодно отримати.</p>	<p>Стаття 6. Антиконтурентні узгоджені дії «...»</p> <p>5. Особа, що вчинила антиконкурентні узгоджені дії, але раніше за інших учасників цих дій добровільно повідомила про це Антимонопольний комітет України чи його територіальне відділення та надала інформацію, яка має суттєве значення для прийняття рішення у справі, звільняється від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, передбаченої статтею 52 цього Закону.</p> <p><u>Органи Антимонопольного комітету України на підставі мотивованого клопотання в інтересах розслідування справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції забезпечують конфіденційність інформації про особу.</u></p> <p>Не може бути звільнена від відповідальності особа, визначена у цій частині, якщо вона:</p> <p>не вжила ефективних заходів стосовно припинення нею антиконкурентних узгоджених дій після повідомлення про них Антимонопольному комітету України;</p>
--	--

«...»	була ініціатором чи забезпечувала керівництво антиконкурентними узгодженими діями; не надала всіх доказів або інформації стосовно вчинення нею порушення, про які їй було відомо та які вона могла безперешкодно отримати. «...»
-------	--

Метою доповнення частини п'ятої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» є подальше вдосконалення механізму розслідування антиконкурентних узгоджених дій за допомогою учасника таких дій. Відповідно до частини п'ятої статті 6 учасник антиконкурентних узгоджених дій, який раніше за інших учасників повідомив про ці дії та надав інформацію, яка має суттєве значення для прийняття рішення, тобто, фактично надав всі необхідні докази, звільняється від відповідальності за статтею 52 Закону.

Для забезпечення можливості такому учаснику скористатися правом, наданим йому абзацом першим частини п'ятої цієї статті, та зібрати докази, які від нього вимагаються органом Антимонопольного комітету, інформація про повідомлення цим учасником про порушення та інша інформація, що дозволяє його визначити, на його клопотання визнається конфіденційною, не підлягає розголошенню і до неї застосовується режим інформації з обмеженим доступом.

Забезпечення конфіденційності інформації про особу, яка повідомила про антиконкурентні узгоджені дії, здійснюється виключно в інтересах розгляду справи – з метою збору достатніх доказів, але з урахуванням необхідності надати можливість цій особі подати такі докази. В той же час, у випадку зловживання особою цим правом та/або якщо забезпечення конфіденційності інформації про особу не становить інтересу для розслідування, інформація про повідомлення особою про порушення може бути розкрита на будь-якому етапі розслідування.

Забезпечення конфіденційності інформації про особу здійснюється виключно в інтересах розслідування порушення і не має на меті захист цієї особи від можливих негативних наслідків для неї з боку інших учасників антиконкурентних узгоджених дій в майбутньому, оскільки неможливо запобігти встановленню цієї особи після прийняття органом Антимонопольного комітету рішення, і особливо при його оскарженні до суду.

8. До частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 22. Концентрація суб'єктів господарювання</p> <p>2. Концентрацією визнається:</p> <p>1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;</p> <p>2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом:</p> <p>а) безпосереднього або опосередкованого придбання, набуття у власність іншим способом активів у вигляді цілісного майнового комплексу або</p>	<p>Стаття 22. Концентрація суб'єктів господарювання</p> <p>2. Концентрацією визнається:</p> <p>1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;</p> <p>2) набуття безпосередньо або через інших осіб контролю одним або кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема, шляхом:</p> <p>а) безпосереднього або опосередкованого придбання, набуття у власність іншим способом активів у вигляді цілісного майнового комплексу або</p>
--	--

структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, в тому числі придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується;

б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи;

в) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який тривалий період буде самостійно здійснювати господарську діяльність, і при цьому зазначене створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

3) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, в тому числі придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується;

б) призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи;

3) створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання;

4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Згідно з новою редакцією частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції», створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, визнається окремим видом концентрації (у попередній редакції створення суб'єкта господарювання розглядалось як одна з форм набуття контролю, що на практиці створювало певні труднощі при застосуванні Закону).

Отже, відповідно до абзацу другого статті 5, пункту 3 частини другої та пункту 1 частини третьої статті 22 Закону створення суб'єкта господарювання розглядається або як концентрація, або як узгоджені дії, що, загалом, узгоджується із концепцією повнофункціональних та неповнофункціональних спільних підприємств³. Для розмежування цих випадків необхідно враховувати ознаки концентрації або узгоджених дій, що визначені у зазначених положеннях Закону. Ознаками створення суб'єкта господарювання, за наявності яких таке створення розглядається як концентрація, є такі:

³ Як методичні документи також можна використовувати роз'яснення Комісії ЄС «Про поняття повнофункціональних спільних підприємств відповідно до Постанови Ради ЄС № 4064/89 щодо контролю за концентраціями між підприємствами» та Роз'яснення Комісії ЄС «Щодо відмінностей між концентраційними і кооперативними спільними підприємствами відповідно до Регламенту Ради ЄС № 176, у відповідності з Постановою ради ЄС №4064/89 щодо контролю за концентраціями між підприємствами».

1) створений суб'єкт господарювання самостійно здійснюватиме господарську діяльність протягом тривалого періоду, для чого суб'єкт господарювання повинен мати, зокрема, органи управління, які керують здійсненням ним загальноприйнятих на цьому ринку господарських операцій, та можливість самостійного доступу до усіх необхідних ресурсів, включно фінанси, персонал, матеріальні та нематеріальні активи. Його діяльність не має бути пов'язаною, зокрема допоміжною, з діяльністю засновників (як, до прикладу, продаж виробленої ними продукції або придбання сировини для її виробництва, або здійснення діяльності без виходу на ринок – тобто виробництво товарів (надання послуг) для своїх засновників). Тривалість періоду діяльності створеного суб'єкта господарювання не пов'язана з конкретним строком, а здебільшого характеризує призначення новоствореного суб'єкта господарювання: чи він створений для досягнення конкретного разового *результату*, як, до прикладу, створення певної науково-технічної продукції чи будівництва певного об'єкта для своїх засновників (що буде ознакою узгоджених дій), чи він створений для виконання *функції* - постійної господарської діяльності, внаслідок чого він виходить на ринок як його повноцінний учасник;

2) створення суб'єкта господарювання не призводить до координації конкурентної поведінки його засновників між собою. Треба враховувати, що між суб'єктами господарювання - засновниками координація можлива тоді, коли вони після створення нового суб'єкта господарювання зберігають незалежність один від одного у прийнятті рішень щодо власної поведінки на ринку. Тому, до прикладу, той факт, що засновники можуть мати спільний контроль над новоствореним суб'єктом господарювання (зокрема за рахунок володіння кожним по 50 відсотків голосів у вищому органі управління), не означає, що ці засновники є єдиним суб'єктом господарювання при здійсненні власної господарської діяльності на ринку - тобто, між ними можлива координація конкурентної поведінки. Навпаки, якщо засновниками (які можуть бути і конкурентами) новоствореному суб'єкту господарювання делегуються повноваження щодо управління їхньою господарською діяльністю, в результаті чого новостворений суб'єкт господарювання набуває контроль над своїми засновниками (як це має місце у випадку створення концерну) і всі вони набувають ознак єдиного суб'єкта господарювання, таке створення розглядається як концентрація.

Створення суб'єкта господарювання, як правило, не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що його створили, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, та, як правило, розглядається як концентрація у випадках, коли:

засновники та новостворений суб'єкт господарювання не здійснюватимуть діяльності на одних і тих же ринках або на суміжних ринках;

суб'єкти господарювання - засновники передають новоствореному суб'єкту господарювання усі свої активи для здійснення відповідної господарської діяльності, яку до цього здійснювали вони самі, і фактично виходять з цього ринку (злиття «де-факто»);

новостворений суб'єкт господарювання набуває контроль над своїми засновниками (до прикладу, концерн) незалежно від ринків, на яких діють учасники концентрації, тобто (злиття «де-факто»).

Відсутність наведених вище обставин при створенні суб'єкта господарювання вказуватиме на можливість координації конкурентної поведінки між суб'єктами

господарювання – засновниками або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання.

Проте багатоманітність форм і методів кооперації підприємств вимагає оцінки кожного випадку створення підприємств окремо, з урахуванням характерних для конкретного випадку ознак. Можливі випадки, коли створення містить ознаки і концентрації, і узгоджених дій. У таких випадках, при обранні процедури розгляду пріоритет слід надавати тому порядку розгляду заяви про надання дозволу, щодо предмету якого (узгоджені дії чи концентрація) виявлено переважну більшість ознак.

9. До пункту 2 частини першої статті 24 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 24. Випадки, в яких необхідне отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання «...»</p>	<p>Стаття 24. Випадки, в яких необхідне отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання «...» 2) у випадках, передбачених частиною другою статті 22 цього Закону та іншими нормативно-правовими актами, незалежно від сукупної вартості активів або сукупного обсягу реалізації товарів учасників концентрації, коли: частка на певному ринку товару будь-якого учасника концентрації або сукупна частка учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує 35 відсотків, та концентрація відбувається на цьому чи суміжному з ним ринку товару. «...»</p>
--	---

Зазначене положення Закону має на меті вдосконалення механізму контролю за концентрацією. Воно передбачає охоплення поняттям концентрації, яка потребує одержання дозволу Комітету, випадків, коли вартісні показники учасників концентрації не досягають порогових показників, встановлених пунктом 1 частини першої статті 24 цього Закону, але результатом такої концентрації може бути монополізація чи суттєве обмеження конкуренції на всьому ринку чи у значній його частині. Такі випадки концентрацій можуть мати місце на ринках, господарська діяльність на яких не потребує значних капіталовкладень та суб'єкти господарювання, маючи порівняно невеликий обсяг активів та обсяг реалізації товарів, займають значні частки на ринку. Зокрема це стосується регіональних ринків із відносно невеликими географічними межами.

10. До частини першої статті 37 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 37. Початок розгляду справи 1. У разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції органи Антимонопольного комітету України приймають розпорядження про початок розгляду справи.</p>	<p>Стаття 37. Початок розгляду справи 1. У разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі наслідків такого порушення, органи Антимонопольного комітету України приймають розпорядження про початок розгляду справи. 2. Розпорядження про початок розгляду справи</p>
--	---

<p>2. Розпорядження про початок розгляду справи надсилається відповідачу протягом трьох робочих днів з дня його прийняття.</p> <p>«...»</p>	<p>надсилається відповідачу протягом трьох робочих днів з дня його прийняття. <u>У разі коли відповідача визначено після початку розгляду справи, йому протягом трьох робочих днів надсилається розпорядження про залучення до участі у справі як відповідача разом з розпорядженням про початок розгляду справи.</u></p> <p>«...»</p>
---	--

Відповідно до нової редакції частини першої статті 37 Закону України «Про захист економічної конкуренції» виявлення наслідків порушення конкуренційного законодавства є достатньою підставою для прийняття органами Комітету розпорядження про початок розгляду справи без визначення відповідача у справі.

Про наявність наслідків порушення можуть свідчити результати моніторингу ринків, зокрема дані про стрімке, без видимих на те причин, зростання цін чи виникнення дефіциту на ринку певного товару, або ж тривала синхронна цінова поведінка учасників ринку, нехарактерна для такого ринку, або інші встановлені обставини, що розглядаються як прояви наслідків порушень конкуренційного законодавства.

За умови, якщо розгляд справи розпочинається лише за виявленими наслідками правопорушення, дії органів Комітету щодо розслідування цієї справи можуть проводитися відносно усіх учасників ринку, на якому виявлено ці наслідки. За наявності достатніх даних, встановлених у ході розслідування у справі, про те, що такі наслідки є результатом дії відповідних осіб, ці особи залучаються як відповідачі у справі.

11. До частини п'ятої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 52. Штрафи</p> <p>«...» 5. Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу органів Антимонопольного комітету України, голови його територіального відділення не надав розмір доходу (виручки), штраф, передбачений абзацом другим частини другої цієї статті, накладається у розмірі до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом третім частини другої цієї статті, - у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом четвертим частини другої цієї статті, - у розмірі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.</p> <p>«...»</p>	<p>Стаття 52. Штрафи</p> <p>«...» 5. Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу органів Антимонопольного комітету України, голови його територіального відділення не надав розмір доходу (виручки), штраф, передбачений абзацом другим частини другої цієї статті, накладається у розмірі до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом третім частини другої цієї статті, - у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом четвертим частини другої цієї статті, - у розмірі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.</p> <p><u>У разі потреби розмір доходу (виручки) може бути визначений органами Антимонопольного комітету України на підставі адміністративної інформації, отриманої з інших джерел.</u></p> <p>«...»</p>
--	--

Абзац другий частини п'ятої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» має на меті забезпечити виконання функцій юридичної відповідальності, що застосовується органами Комітету, і застосування санкцій у

розмірах, адекватних вчиненому порушенню. Зазначене положення Закону призначене для тих випадків, коли суб'єкт господарювання не надає інформацію про розмір виручки (доходу), а максимальний розмір штрафу, накладеного на суб'єкта господарювання у неоподатковуваних мінімумах доходів громадян, буде значно меншим, ніж розмір штрафу, який має бути, виходячи з фактичних обставин справи та виручки (доходу) суб'єкта господарювання.

Термін «адміністративна інформація» вживається у значенні, наведеному у статті 19¹ Закону України «Про інформацію». Такою інформацією є офіційні документовані дані, що дають кількісну характеристику явищ та процесів, що відбуваються в економічній, соціальній, культурній, інших сферах життя і збираються, використовуються, поширюються та зберігаються органами державної влади (за винятком органів державної статистики), органами місцевого самоврядування, юридичними особами відповідно до законодавства з метою виконання адміністративних обов'язків та завдань, що належать до їх компетенції. Зокрема, до зазначеної інформації можуть бути віднесені дані про дохід (виручку) суб'єкта господарювання, отримані від податкових органів

12. До статті 54 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 54. Адміністративна відповідальність посадових осіб та інших працівників суб'єктів господарювання, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю</p> <p>1. За правопорушення, передбачені пунктами 13 - 16 статті 50 цього Закону, посадові особи та інші працівники суб'єктів господарювання, працівники органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю несуть адміністративну відповідальність згідно з законом.</p> <p>2. За правопорушення, передбачені пунктами 4, 13 - 16 статті 50 цього Закону, посадові особи органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю несуть адміністративну відповідальність згідно з законом.</p>	<p>Стаття 54. Адміністративна відповідальність посадових осіб та інших працівників суб'єктів господарювання, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю</p> <p>1. Частина першу статті 54 виключено</p> <p>2. За правопорушення, передбачені пунктами 4, 13 - 16 статті 50 цього Закону, посадові особи органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю несуть адміністративну відповідальність згідно з законом.</p> <p><u>3. За правопорушення, передбачене пунктом 16 статті 50 цього Закону, працівники суб'єктів господарювання, об'єднань несуть адміністративну відповідальність згідно із законом.</u></p>
---	--

Застосування адміністративної відповідальності до посадових осіб суб'єктів господарювання на сьогодні втрачає свою актуальність, враховуючи, по-перше, що встановлена Законом відповідальність юридичних осіб – суб'єктів господарювання є достатньою з точки зору забезпечення виконання її функцій, по-друге, що необхідність встановлення суб'єктивної сторони складу адміністративного правопорушення, процесуальний порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення (включно вимоги до протоколу, порядок розгляду справи) та встановлений строк притягнення до адміністративної відповідальності не відповідають фактичним потребам регулювання у сфері захисту конкуренції і на практиці унеможливають застосування адміністративної відповідальності.

Однак, виходячи з характеру порушень, визначених пунктом 16 Закону України «Про захист економічної конкуренції», при вчиненні яких суттєве значення можуть мати саме дії конкретних посадових осіб чи інших працівників суб'єктів господарювання чи об'єднань під час проведення органами Антимонопольного комітету перевірки, застосування адміністративної відповідальності щодо працівників цих суб'єктів, з часу внесення відповідних змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, стане необхідним і одним з ефективних засобів для забезпечення проведення перевірок.

13. До частини третьої статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

<p>Стаття 56. Порядок виконання рішень та розпоряджень органів Антимонопольного комітету України, голів територіальних відділень Антимонопольного комітету України</p> <p>«...» 3. Особа, на яку накладено штраф за рішенням органу Антимонопольного комітету України, сплачує його у тридцятиденний строк з дня одержання рішення про накладення штрафу. «...»</p>	<p>Стаття 56. Порядок виконання рішень та розпоряджень органів Антимонопольного комітету України, голів територіальних відділень Антимонопольного комітету України</p> <p>«...» 3. Особа, на яку накладено штраф за рішенням органу Антимонопольного комітету України, сплачує його у <u>двомісячний</u> строк з дня одержання рішення про накладення штрафу. «...»</p>
---	---

Зміни, внесені до частини третьої статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» продовжують строк сплати штрафу за рішенням органу Комітету до двох місяців, узгоджуючи його із терміном, встановленим статтею 60 цього ж Закону на оскарження рішень органів Комітету.

Враховуючи, що пеня є санкцією на несвоєчасно сплачений штраф, яка застосовується кожного дня прострочення сплати штрафу відповідно до чинної у цей день редакції частини третьої статті 56 Закону, при обчисленні пені необхідно враховувати таке:

якщо перебіг тридцятиденного строку, протягом якого мав бути сплачений штраф, не закінчився станом на 23 червня 2005 року або закінчився в цей день, то з 24 червня 2005 року цей строк вважається продовженим до двох місяців (до яких включається тридцятиденний строк);

якщо перебіг тридцятиденного строку, протягом якого мав бути сплачений штраф, закінчився до 23 травня включно і штраф не сплачено, пеня нараховується за весь час прострочення сплати штрафу.

якщо перебіг тридцятиденного строку, протягом якого мав бути сплачений штраф, закінчився у період з 24 травня до 23 червня включно, пеня нараховується за весь цей період, та після закінчення перебігу двомісячного строку, встановленого для сплати штрафу.

До прикладу, рішення органу Комітету отримано відповідачем 5 травня. Перебіг тридцятиденного строку почався 6 травня та закінчився 4 червня 2005 року. З 4 червня нараховується пеня за кожен день прострочення сплати штрафу до 23 червня включно. З 24 червня встановлено двомісячний строк для добровільної сплати штрафу. Відповідно, 24 червня цей строк для відповідача не закінчився, тому нарахування пені, згідно з чинного на цей день правовою нормою, не здійснюється до закінчення перебігу двомісячного строку. Перебіг двомісячного строку для відповідача, згідно зі статтею 62 Закону, закінчується 6 липня. З 6 липня пеня продовжує нараховуватись.

14. Усі інші зміни та доповнення, внесені Законом України «Про внесення змін...» до Закону України «Про захист економічної конкуренції», а саме: до частини п'ятої статті 10, частини другої статті 11, частини першої статті 13, частини другої статті 15, статті 23, частин другої - четвертої статті 30, частини другої статті 36, частин першої, п'ятої та восьмої статті 56 вказаного Закону, спрямовані на більш чітке узгодження між собою окремих положень Закону та не потребують роз'яснень, що відповідають меті цього інформаційного листа.

В.о. Голови Комітету



О. МЕЛЬНИЧЕНКО