



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

вул. Митрополита Василя Липківського, 45, м. Київ, 03035, тел. (044)251-62-62, факс (044)520-03-25
E-mail: slg@amcu.gov.ua Web: http://www.amcu.gov.ua Код ЄДРПОУ 00032767

06.11.2020 № 300-29/01-15250 На № _____ від _____

Комітет Верховної Ради України
з питань правової політики

Щодо проекту Закону № 4164

Шановний Андрію Євгеновичу!

Антимонopolний комітет України (далі - Комітет) у відповідь на ваш лист від 07.10.2020 № 04-26/21-2020/178762 (вх. № 1-01/715 від 08.10.2020) щодо висловлення позиції стосовно доцільності прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України (щодо узгодження з положеннями Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів)» (реєстраційний № 4164) (далі – проект Закону, Законопроект) та надання пропозицій до нього, повідомляє.

1. До підпункту 13 пункту 1 розділу I проекту Закону змін до статті 25 Господарського кодексу України (далі - Кодекс).

199598 Відповідно до запропонованих змін до статті 25 Кодексу «Держава підтримує конкуренцію» як змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття ними певних економічних переваг, внаслідок чого споживачі та суб'єкти господарювання отримують можливість вибору необхідного товару і при цьому окремі суб'єкти господарювання не визначають умов реалізації товару (*роботи, послуги*) на ринку.

Запропонована зміна до Кодексу може призвести до правової неузгодженості (колізії) між визначеннями, наведеними у статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та частині третій статті 42 Конституції України з огляду на наступне.

Відповідно до абзаців другого та чотирнадцятого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

економічна конкуренція (конкуренція) - змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибрати між кількома продавцями,

покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку;

товар - будь-який предмет господарського обороту, в тому числі продукція, роботи, послуги, документи, що підтверджують зобов'язання та права (зокрема цінні папери);

Частиною третьою статті 42 Конституції України передбачено, що держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності.

На підставі зазначеного, з метою усунення наявних розбіжностей та недопущення виникнення додаткових колізій у майбутньому при реалізації зазначених норм законодавства, пропонуємо частину першу статті 25 Кодексу викласти в такій редакції:

«Держава підтримує та захищає конкуренцію як змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття ними переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання отримують можливість вибору між кількома продавцями, покупцями і при цьому окремі суб'єкти господарювання не можуть визначати умови обороту товарів на ринку».

2. До підпункту 14 пункту 1 розділу I проєкту Закону змін до статті 25 Господарського кодексу України (далі - Кодекс).

Зазначеними змінами пропонується статтю 27 Господарського кодексу викласти в новій редакції. Так, частиною другою та третьою передбачається встановити, що «Монопольним (домінуючим) є становище суб'єкта господарювання, частка якого на ринку певного товару перевищує розмір, встановлений законом. Монопольним (домінуючим) може бути визнано також становище суб'єктів господарювання на ринку товару за наявності інших умов, визначених законом.».

Зазначені положення потребують узгодження з частинами другою – п'ятою статті 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі - Закон) з огляду на наступне.

Згідно з нормами статті 12 Закону головним критерієм наявності монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання є те, що він не зазнає значної конкуренції, а досягнення/перевищення певної частки на ринку лише визначає зміну презумпції та, відповідно, тягар доведення: за недосягнення відповідної ринкової частки діє презумпція відсутності монопольного (домінуючого) становища і тягар його доведення покладається на державу, а у випадку перевищення визначеної зазначеним Законом ринкової частки, передбачається наявність монопольного (домінуючого) становища і тягар його спростування покладається на суб'єкта господарювання.

Таке розуміння, яке на сьогодні містить стаття 12 Закону відповідає підходам органів захисту конкуренції Європейського Союзу, згідно з якими Європейська Комісія під час вирішення питання про наявність/відсутність ринкового домінування інтерпретує ринкові частки у світлі відповідних ринкових умов, особливо, ринкової динаміки, та міри, в якій товари є диференційованими (Повідомлення Європейської Комісії № 2004/C 45/02, пункт 13).

У зв'язку з цим, частини другу та третю статті 27 Господарського кодексу України пропонуємо замінити частиною другою, виклавши її в такій редакції:

«2. Підстави визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку встановлюються законом.»

3. Підпунктом 18 пункту 1 розділу I проєкту Закону пропонується:

1) статтю 31 Господарського кодексу України викласти в новій редакції, визначивши частиною другою зазначеної статті які дії органів державної влади та органів місцевого самоврядування, визначатимуться антиконкурентними.

Пропонуємо, з метою уникнення дублювань та узгодженості із Законом України «Про захист економічної конкуренції», частину другу викласти в такій редакції:

«2. Перелік антиконкурентних дій органів державної влади та органів місцевого самоврядування встановлюються законом.»

2) статтю 33 «Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання» Господарського кодексу України викласти в редакції відповідно до якої

«1. Неправомірним використанням ділової репутації суб'єкта господарювання визнаються: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого виробника; порівняльна реклама та інші дії, передбачені законом.»

Водночас, відповідно до статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», якою врегульовуються питання неправомірного використання позначень, *неправомірним є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.*

Пропонуємо з метою узгодженості норм запропонованої проєктом Закону статті 33 зі статтею 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» викласти її в такій редакції:

«Стаття 33. Неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання

Неправомірним використання ділової репутації суб'єкта господарювання визнаються: використання *без дозволу уповноваженої на те особи* імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки, інших позначень, рекламних матеріалів, упаковки тощо, *що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності;* неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього

вигляду виробу іншого виробника; порівняльна реклама *та інші дії, передбачені законом.*».

4. Підпунктом 23 пункту 1 розділу I проєкту Закону пропонується доповнити Кодекс статтями 40 і 41.

Відповідно до запропонованих змін назву статті 41 Кодексу пропонується визначити як – «Законодавство про захист економічної конкуренції», а частину першу викласти в редакції, відповідно до якої законодавство, що регулює відносини, які виникають у зв'язку з недобросовісною конкуренцією, обмеженням та попередженням монополізму (домінування) у господарській діяльності, складатиметься з цього Кодексу, законів України «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про природні монополії», інших законодавчих актів.

Державний контроль за дотримання законодавства, зокрема, про захист економічної конкуренції, здійснюватиметься Антимонопольним комітетом України відповідно до його повноважень, визначених законом. (запропоновані в проєкті Закону зміни до статті 40).

Відповідно до статті 5 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» *Антимонопольний комітет України здійснює свою діяльність відповідно до Конституції України, законів України «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», цього Закону, інших законів та нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів.*

У цьому Законі термін «законодавство про захист економічної конкуренції» розуміється у значенні, визначеному статтею 3 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Одним з основних завдань Антимонопольного комітету України є здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції (стаття 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»).

Закон України «Про захист економічної конкуренції» у статті 3 визначає *законодавство про захист економічної конкуренції, яке ґрунтується на нормах, установлених Конституцією України, та складається із цього Закону, законів України «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист від недобросовісної конкуренції», інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів.*

Відповідно до частини другої статті 4 Закону України «Про природні монополії» *державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції у сферах природних монополій здійснюється Антимонопольним комітетом України відповідно до його компетенції.*

Господарський кодекс України, Закон України «Про природні монополії» та інші законодавчі акти не віднесені до законодавства про захист економічної конкуренції згідно із зазначеними нормами Закону України «Про захист економічної конкуренції». У зв'язку з чим, Антимонопольним комітетом України не може бути здійснено державного контролю за їх дотриманням.

Враховуючи викладене, з метою уникнення правової колізії при застосуванні у подальшому зазначених норм законодавства, пропонуємо назву та положення статті 41 доопрацювати.

5. Підпунктом 25 пункту 1 розділу I проєкту Закону пропонується доповнити Кодекс новою статтею 43-1 такого змісту:

«Стаття 43-1. Обмеження у здійсненні підприємницької діяльності.

1. Діяльність, пов'язана з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів, здійснюється відповідно до Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори».

2. Діяльність, пов'язана з охороною окремих особливо важливих об'єктів права державної власності, перелік яких визначається у встановленому Кабінетом Міністрів України порядку, а також діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних, судово-психіатричних експертиз, може здійснюватися тільки державними підприємствами та організаціями, а проведення ломбардних операцій - також і повними товариствами.

3. Діяльність, пов'язана з виробництвом бензинів моторних сумішевих або з додаванням (змішуванням) біоетанолу та/або біокомпонентів на його основі до вуглеводневої основи (бензинів, фракцій, компонентів тощо), здійснюється підприємствами, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України за поданням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики в паливно-енергетичному комплексі.

4. Діяльність, пов'язана з виробництвом біоетанолу, здійснюється суб'єктами господарювання за наявності відповідної ліцензії.»

Основні засади державної політики щодо регулювання виробництва, експорту, імпорту, оптової і роздрібною торгівлі спиртом етиловим, коньячним і плодовим та зерновим дистилятом, спиртом етиловим ректифікованим виноградним, спиртом етиловим ректифікованим плодовим, дистилятом виноградним спиртовим, спиртом-сирцем плодовим, біоетанолом, алкогольними напоями, тютюновими виробами та пальним, забезпечення їх високої якості та захисту здоров'я громадян, а також посилення боротьби з незаконним виробництвом та обігом алкогольних напоїв, тютюнових виробів та пального на території України визначені Законом України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв, тютюнових виробів та пального» (далі – Закон).

Термін «пальне» вживається в цьому Законі у значенні, наведеному в Податковому кодексі України.

Згідно з підпунктом 14.1.141¹ пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України пальне - нафтопродукти, скраплений газ, паливо моторне альтернативне, паливо моторне сумішеве, речовини, що використовуються як компоненти моторних палив, інші товари, зазначені у підпункті 215.3.4 пункту 215.3 статті 215 цього Кодексу.

Відповідно до абзацу двадцять першого статті 2 Закону «виробництво пального здійснюється суб'єктами господарювання (у тому числі іноземними суб'єктами господарювання, які діють через свої зареєстровані постійні представництва) незалежно від форми власності за умови наявності ліцензії на право виробництва пального.

Статтею 3 Закону передбачено, що ліцензії на право виробництва пального видаються, призупиняються та анулюються центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику.

Відтак, на сьогодні будь-який суб'єкт господарювання, який отримав ліцензію на право виробництва пального, може здійснювати зазначений вид господарської діяльності.

Натомість проектом Закону пропонується встановити додаткові, не передбачені законодавством обмеження щодо можливості здійснення діяльності, пов'язаної з виробництвом бензинів моторних сумішевих або з додаванням (змішуванням) біоетанолу та/або біокомпонентів на його основі до вуглеводневої основи (бензинів, фракцій, компонентів тощо), а саме за переліком, яких визначатиметься Кабінетом Міністрів України за поданням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики в паливно-енергетичному комплексі.

За відсутності чітких критеріїв, яким має відповідати суб'єкт господарювання, що планує здійснювати діяльність з виробництва відповідних видів пального, а також прозорої процедури відбору таких підприємств, реалізація запропонованих норм може призвести до створення необґрунтованих бар'єрів для входу суб'єктів господарювання на ринки виробництва та реалізації пального та, як наслідок, до спотворення конкуренції на цих ринках.

При цьому, Законопроект та пояснювальна записка до нього не містять обґрунтувань щодо необхідності запровадження таких обмежень, та, на думку Комітету, потребує відповідного доопрацювання.

6. Підпунктом 60 пункту 1 розділу I законопроекту пропонується внести зміни до другого речення частини третьої статті 126 «Асоційовані підприємства. Холдингові компанії», відповідно до яких:

«Вирішальна залежність між асоційованими підприємствами виникає у разі якщо між підприємствами встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого підприємства в статутному капіталі та/або загальних зборах чи інших органах управління іншого (дочірнього) підприємства, зокрема володіння контрольним пакетом акцій. У випадках, передбачених Законом України «Про захист економічної конкуренції» відносини вирішальної залежності можуть встановлюватися за умови отримання згоди відповідних органів Антимонопольного комітету України».

Водночас слід зазначити, що у Законі України «Про захист економічної конкуренції» не вживається поняття «відносини вирішальної залежності» і не визначено випадків, за яких вони можуть встановлюватися за умови отримання згоди відповідних органів Антимонопольного комітету України.

Натомість, відповідно до частини другої статті 22 та частини першої статті 24 Закону України «Про захист економічної конкуренції» випадки набуття контролю суб'єктами господарювання над іншими суб'єктами господарювання чи їхніми частинами, що визнаються концентрацією суб'єктів господарювання, можуть бути здійснені лише за умови отримання попереднього дозволу органів Комітету.

У зв'язку із наведеним, речення «У випадках, передбачених Законом України «Про захист економічної конкуренції» відносини вирішальної залежності

можуть встановлюватися за умови отримання згоди відповідних органів Антимонопольного комітету України.» пропонуємо доопрацювати.

7. Підпунктом 66 пункту 1 розділу I законопроекту пропонується Кодекс після частини другої статті 159 доповнити новою частиною такого змісту:

«3. Дії суб'єкта господарювання щодо використання тотожного або подібного до ступеня змішування фірмового найменування можуть бути визнані недобросовісною конкуренцією відповідно до закону.».

Запропоновані зміни не узгоджуються з частиною першою статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» з огляду на наступне.

Відповідно до частини четвертої статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» неправомірним є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.

Тобто згідно чинного законодавства передбачається визнання недобросовісною конкуренцією не будь-яких дій суб'єкта господарювання щодо використання тотожного або подібного до ступеня змішування фірмового найменування, а лише використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.

У зв'язку з цим, пропонуємо виключити запропоновані проектом Закону зміни або доопрацювати з метою приведення їх у відповідність до положень статті 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

8. Підпунктом 92 пункту 1 розділу I проекту Закону пропонується статтю 251 викласти у такій редакції:

«Стаття 251. Загальні засади застосування санкцій до суб'єктів господарювання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції

1. Санкції до суб'єктів господарювання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції та порядок їх застосування встановлюється законами України «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про природні монополії» та іншими законами.

2. Суб'єкт господарювання не може бути притягнений до відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, якщо минула встановлена законом давність притягнення до відповідальності.

3. Перебіг давності зупиняється на час розгляду органами Антимонопольного комітету України справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.»;

Запропоновані зміни забезпечують кращу гармонізацію норм Кодексу та Закону України «Про захист економічної конкуренції» порівняно з чинною редакцією статті 251 Кодексу.

Разом з тим, санкції до суб'єктів господарювання за порушення законодавства про захист економічної конкуренції та порядок їх застосування не встановлюються Законом України «Про природні монополії» та іншими законами.

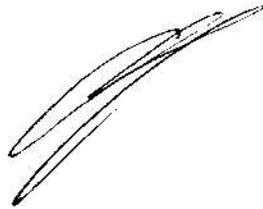
Відповідно до частини другої статті 4 Закону України «Про природні монополії» *державний контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції у сферах природних монополій здійснюється Антимонопольним комітетом України відповідно до його компетенції.*

З метою уникнення правової невизначеності при реалізації запропонованих проектом Закону норм, пропонуємо слова «Про природні монополії» та іншими законами» - виключити.

Враховуючи викладене, Законопроект потребує доопрацювання з урахуванням висловлених зауважень та пропозицій та не може бути підтриманим у запропонованій редакції.

З повагою,

Голова Комітету



О. ПЩАНСЬКА