

ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» (реєстр. № 9330-1 від 02.06.2023), внесеного народними депутатами України Тимошенко Ю. В. та іншими (далі – законопроект, проект Закону)

Як вбачається з пояснювальної записки, доданої до законопроекту, проектом Закону вдосконалюються норми, що регулюють діяльність Антимонопольного комітету України, які мають на меті підвищення ефективності системи розвитку та захисту конкуренції в підприємницькій діяльності, вдосконалення державної конкуренційної політики, посилення інституційної спроможності Антимонопольного комітету України з одночасним збалансуванням його повноважень з правами суб'єктів господарювання на захист під час проведення розслідувань у справах про порушення конкуренційного законодавства. Водночас, здійснивши аналіз зазначеного законопроекту, Кабінет Міністрів України не може підтримати окремі його положення з огляду на таке.

1. Щодо визначення в якості мети діяльності Антимонопольного комітету України (далі – Комітет) моніторингу та контролю функціонування систем державної допомоги та публічних закупівель та їх відповідності міжнародним зобов'язанням України (зміни до частини першої статті 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»)

Зазначена пропозиція суттєво розширює компетенцію Комітету, розповсюджує її на сфери не пов'язані із захистом економічної конкуренції, створює дублювання функцій і повноважень Комітету з функціями та повноваженнями спеціально уповноваженого органу у сфері публічних закупівель та державної допомоги та потребує виключення.

Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» в цілому спрямований на забезпечення захисту та розвитку конкуренції, підвищення прозорості функціонування системи державної допомоги та дотримання міжнародних зобов'язань України у сфері державної допомоги. Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» визначає не тільки повноваження Комітету як Уповноваженого органу з питань державної допомоги, а й правовідносини, що виникають у сфері державної допомоги, зокрема, обов'язки надавачів та отримувачів допомоги.

При цьому запропоновані функції не передбачають наділення Комітету необхідними для їх реалізації повноваженнями, визначеними у статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» чи в інших законах України.

Крім того, потребує додаткового обґрунтування норма законопроекту (зміни до статті 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України») про визначення одним з основних завдань Комітету при здійсненні участі у формуванні та реалізації конкуренційної політики в частині *адвокатування добросовісної конкуренції*.

2. Щодо обов'язкового відображення у щорічних звітах Комітету про свою діяльність стану моніторингу та контролю функціонування системи державної допомоги та публічних закупівель, наявності загроз неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції для економічного розвитку держави, шляхи їх подолання (зміни до статті 2 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»)

Враховуючи основні завдання Комітету, визначені статтею 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», та повноваження, визначені у статті 7 Закону України



ДОКУМЕНТ СЕД АСКОД

Сертифікат:

26B2648ADD3032E104000000ED8F3000C07EAC00

Підписувач: Піщанська Ольга Станіславівна

Дійсний з: 21.11.2022 15:55:11 по 21.11.2024 15:55:11

Антимонопольний комітет України



№ 300-08/01-7622є від 14.06.2023

«Про Антимонопольний комітет України», Комітет не може здійснювати звітування із запропонованих законопроектів питань, а тому пропонує виключити ці положення.

Запропоновані у проекті питання для звітування Комітетом знаходяться поза межами забезпечення державного захисту конкуренції в підприємницькій діяльності та не можуть бути відображені у звіті про діяльність державного органу, метою діяльності якого є забезпечення такого захисту.

3. Щодо наділення судів повноваженнями самостійно розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проводити розслідування за ними, приймати розпорядження та рішення за ними, перевіряти суб'єкти господарювання, об'єднання, державні органи щодо дотримання вимог законодавства про захист економічної конкуренції, проводити дослідження ринку, визначати межі товарного ринку, а також становище суб'єктів господарювання на цьому ринку (зміни до абзаців другого та третього пункту 19 частини першої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»)

Надання судам таких повноважень без будь-яких механізмів узгодження з реалізацією відповідних повноважень органами Комітету призведе до створення двох паралельних і неузгоджених систем застосування законодавства про захист економічної конкуренції, в межах яких з одних і тих же або з аналогічних питань можуть прийматися суперечливі та взаємовиключні рішення, що призведе до правової невизначеності, зменшення ефективності правозастосування.

Так, згідно з пунктами 2, 11 частини першої та частиною четвертою статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» прийняття передбачених законодавством про захист економічної конкуренції розпоряджень і рішень за заявами і справами, проведення дослідження ринку, визначення меж товарного ринку, а також монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на цьому ринку віднесено до повноважень Комітету.

Відповідно до частини першої статті 36 Закону України «Про захист економічної конкуренції» органи Комітету розпочинають розгляд справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції: за заявами суб'єктів господарювання, громадян, об'єднань, установ, організацій про порушення їх прав внаслідок дій чи бездіяльності, визначених цим Законом як порушення законодавства про захист економічної конкуренції, поданнями органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю про порушення законодавства про захист економічної конкуренції; власною ініціативою органів Комітету.

Органи Комітету розглядають заяви та справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції відповідно до Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Комітету від 19 квітня 1994 р. № 5, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 р. за № 90/299 (у редакції розпорядження Комітету від 29 червня 1998 р. № 169-р) (із змінами).

Водночас висновок про наявність чи відсутність монопольного (домінуючого) становища може бути здійснено лише за результатами індивідуального дослідження щодо кожного ринку, яке включає застосування як структурних, так і поведінкових показників, що характеризують стан конкуренції на ринку.

До того ж застосування структурних показників зумовлюється встановленням об'єктів аналізу, визначенням товарних, територіальних (географічних), часових меж ринку тощо на підставі інформації, що може бути використана для визначення монопольного (домінуючого) становища.

Таке дослідження проводиться Комітетом у порядку, передбаченому Методикою визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання, затвердженою розпорядженням Комітету від 5 березня 2002 р. № 49-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 1 квітня 2002 р. за № 317/6605, розробленою відповідно до

Законів України «Про захист економічної конкуренції» і «Про Антимонопольний комітет України».

Суди ж, у свою чергу, вже наділені повноваженнями перевіряти правильність застосування органами Комітету відповідних правових норм.

Крім того, слід зазначити встановлені статтею 19 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» гарантії здійснення повноважень Антимонопольного комітету України.

Так, під час розгляду заяв і справ про узгоджені дії, концентрацію, про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі під час проведення розслідування, дослідження, прийняття розпоряджень, рішень за заявами і справами, здійснення інших повноважень у сфері контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, контролю за узгодженими діями, концентрацією органи та посадові особи Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень керуються лише законодавством про захист економічної конкуренції і є незалежними від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та суб'єктів господарювання, а також політичних партій та інших об'єднань громадян чи їх органів.

Втручання органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та суб'єктів господарювання, а також політичних партій та інших об'єднань громадян чи їх органів у діяльність Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень забороняється, за винятком випадків, визначених законами України.

Враховуючи викладене, пропонуємо запропоновані зміни в частині здійснення судами повноважень Комітету – виключити.

4. Щодо проведення перевірок на підставі рішення суду

Так, згідно із запропонованими змінами Комітет здійснюватиме перевірки (у тому числі матиме безперешкодний доступ до приміщень, до місць зберігання інформації, накладатиме арешт або вилучатиме предмети чи інші носії інформації, опломбовуватиме (опечатуватиме) приміщення, проводитиме їх огляд, інших володінь суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю виключно під час розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції лише на підставі рішення господарського суду (зміни до статей 7, 15, 16, 17 Закону України «Про Антимонопольний комітет», статей 44, 44-1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», статті 283 Кодексу адміністративного судочинства України).

При цьому згідно зі статтею 37 Закону України «Про захист економічної конкуренції» розпорядження про початок розгляду справи має надсилатись відповідачу протягом трьох робочих днів з дня його прийняття.

Наразі здійснення перевірок та інші супутні процесуальні дії щодо юридичних осіб не потребують отримання судового рішення згідно з повноваженнями, наданими відповідно до Законів України «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», крім того, такі процесуальні дії можуть здійснюватися не тільки під час розслідування справ, але й під час розгляду заяв та вжиття заходів державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції (тобто з власної ініціативи органів Комітету).

Водночас правовідносини, які є предметом правового регулювання законопроекту, в Європейському Союзі регулюються також Директивою (ЄС) 2019/1 Європейського Парламенту та Ради від 11 грудня 2018 року щодо надання повноважень конкурентним відомствам держав-членів для більшої ефективності правозастосування та забезпечення належного функціонування внутрішнього ринку, яка є обов'язковою для імплементації (далі – Директива ECN+, Директива 2019/1).

Директива № 2019/1 не обмежує право держави встановлювати запобіжник від зловживань у вигляді рішення суду як підстави для проведення обшуку, огляду, вилучення: Art 6, part 3. This Article is without prejudice to requirements under national law for the prior authorisation of such inspections by a national judicial authority. Одночасно законодавство ЄС не визначає обов'язку отримання судового рішення та форму, за якої має проводитися перевірка.

Проте ст. 6,7, 8, 9 Директиви 2019/1 вимагають існування повноважень проводити перевірки, які будуть ефективними та раптовими (неможливо сховати докази).

Наразі здійснення перевірок та інші супутні процесуальні дії щодо юридичних осіб не потребують отримання судового рішення згідно з повноваженнями, наданими відповідно до Законів України «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про захист економічної конкуренції», крім того такі процесуальні дії можуть здійснюватись не тільки під час розслідування справ, але і під час розгляду заяв та під час вжиття заходів з державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції (тобто з власної ініціативи органів Комітету).

З метою здійснення державного контролю за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції, захисту інтересів суб'єктів господарювання та споживачів від його порушень при здійсненні господарської діяльності суб'єктами господарювання та при реалізації повноважень органами влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю щодо суб'єктів господарювання розпорядженням Комітету від 25.12.2001 № 182-р затверджено Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції, зареєстроване в Міністерстві юстиції України 13.02.2002 за № 139/6427.

Основними завданнями перевірок згідно із цим Положенням, зокрема, є:

здійснення державного контролю за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції;

своєчасне попередження, виявлення та припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а в разі, якщо порушення припинено, - вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень;

збір доказів у заявах і справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Обов'язок направляти розпорядження про початок розгляду справи до проведення перевірки, сукупно з необхідністю отримання судового рішення, ще більше зменшує інституційну спроможність, усуваючи ефект раптовості та надаючи порушникові можливість заздалегідь сфальсифікувати, сховати або знищити докази після направлення розпорядження про початок розгляду справи, та не сприяє посиленню виконавчих повноважень Комітету.

Можливість накладення арешту на майно суб'єктів господарювання на підставі рішення суду, *проте відсутність положення щодо продовження строків накладення такого арешту* надає можливість суб'єкту господарювання уникнути відповідальності шляхом знищення доказів у заявах і справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та зменшує спроможність Комітету зібрати всі необхідні докази (зміни до частини п'ятої статті 44 Закону України «Про захист економічної конкуренції»).

Отже, запропоновані зміни суттєво зменшують інституційну спроможність органів Комітету здійснювати розслідування справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, порушують принцип самостійності та незалежності органів Комітету, не відповідають конституційному принципу забезпечення державою захисту

конкуренції в підприємницькій діяльності та положенням частин першої та другої статті 255 Угоди про асоціацію в частині забезпечення функціонування органів, уповноважених та належним чином обладнаних для забезпечення ефективного застосування законодавства про конкуренцію.

Крім того, згідно з пунктом 54 Меморандуму про економічну та фінансову політику (далі – Меморандум), що є додатком до Листа про наміри Уряду України і Національного банку України до Міжнародного валютного фонду від 24.03.2023, Україна зобов’язалась подати до парламенту новий законопроект, який забезпечить інституційну незалежність Комітету, а також посилить його виконавчі повноваження. Аналогічні положення містилися в підпунктах 4.2.1 та 5.1 Рекомендацій ОЕСР 2016 року, Звіту ЮНКТАД (2013).

Також згідно з пунктами 3, 5, 8 преамбули та статті 8 Директиви ЕСN+ необхідно запровадити фундаментальні гарантії незалежності національних адміністративних органів з питань конкуренції, адекватні фінансові, людські, технічні й технологічні ресурси та мінімальні повноваження правозастосування та штрафів, щоб вони могли бути повністю ефективними.

5. Щодо використання слів «засобів телекомунікації (електрозв’язку)»

Проект Закону в частині використання слів «засобів телекомунікації (електрозв’язку)» не враховує термінології законодавчих актів у сферах електронних комунікацій та захисту інформації, зокрема, законів України «Про електронні комунікації», «Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах», які не оперують та не містять визначення вказаного терміна. Натомість Закон України «Про електронні комунікації» застосовує терміни «електронна комунікація (телекомунікація, електрозв’язок)» та «технічні засоби електронних комунікацій» (пункти 28, 130 частини першої статті 2 зазначеного Закону).

6. Щодо банківської таємниці та отримання інформації

Підпунктом 5 пункту 1 проекту Закону передбачено частину першу статті 22-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» викласти в редакції, відповідно, зокрема, до якої інформація, що становить банківську таємницю, надається в порядку та обсязі, визначених Законом України «Про банки і банківську діяльність».

Порядок розкриття банками банківської таємниці визначені статтею 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Інформація щодо юридичних та фізичних осіб, що становить банківську таємницю, розкривається банками Комітету на його запит (вимогу) лише щодо:

банківських рахунків клієнтів та операцій, проведених на користь чи за дорученням клієнта, у тому числі операцій без відкриття рахунків, а саме відомості на конкретно визначену дату або за конкретний проміжок часу та стосовно конкретної юридичної або фізичної особи, фізичної особи - підприємця про: наявність рахунків, номери рахунків, залишок коштів на рахунках, операції списання з рахунків та/або зарахування на рахунки, призначення платежу, ідентифікаційні дані контрагента (для фізичних осіб - прізвище, ім’я та по батькові, ідентифікаційний номер платника податку; для юридичних осіб - повне найменування, ідентифікаційний код у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань), номер рахунку контрагента та код банку контрагента.

При цьому частиною четвертою статті 6 Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачено, що у разі суперечності норм цього Закону нормам інших законодавчих актів (включаючи кодекси) норми цього Закону мають перевагу.

До прийняття змін Законом України від 30.06.2021 № 1587-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення питань організації корпоративного управління в банках та інших питань функціонування банківської системи» до частини першої статті 22-1 Закону України «Про Антимонопольний

комітет України», з метою ефективного захисту конкуренції, Комітет на підставі своїх вимог мав право отримувати в повному обсязі всю необхідну Комітету інформацію, яка визначена як банківська таємниця згідно зі статтею 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Наразі склалася ситуація, пов'язана з неможливістю отримання Комітетом від банків усієї необхідної інформації для належного виконання ним основних завдань у частині реалізації конкурентної політики та збору доказів.

При цьому стаття 8 Директиви 2019/1 ECU+ передбачає забезпечення національних конкурентних відомств можливістю вимагати від суб'єктів господарювання та об'єднань суб'єктів господарювання надання всієї необхідної інформації для застосування статей 101 (АУД) та 102 (ЗМС) ДФЄС.

Порядок та обсяги розкриття Національним банком та банками інформації, яка містить банківську таємницю, визначаються Цивільним кодексом України, Законом України «Про банки і банківську діяльність» та Правилами зберігання, захисту, використання та розкриття банківської таємниці, затвердженими постановою Правління Національного банку України від 14.07.2006 № 267, зареєстрованими в Міністерстві юстиції України 03.08.2006 за № 935/12809.

Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити Розділ I проєкту Закону:

а) змінами до статті 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність», а саме:

1) в пункті 3 частини першої слова «Антимонопольному комітету України» виключити;

2) доповнити статтю новим пунктом 4 такого змісту:

«4) органам Антимонопольного комітету України – на їх письмову вимогу, надану з метою виконання повноважень, визначених законодавством про захист економічної конкуренції та про державну допомогу суб'єктам господарювання;»;

б) нормою щодо рекомендацій Національному банку України протягом шести місяців з дня набрання чинності цим Законом забезпечити:

подання в установленому порядку пропозицій до приведення законодавчих актів у відповідність із цим Законом, та

приведення своїх нормативно-правових актів у відповідність із цим Законом.

Крім того, як показує практика правозастосування Комітетом законодавства про захист економічної конкуренції, деякі суб'єкти надання інформації вважають, що вони не повинні на вимоги Комітету *надавати інформацію з обмеженим доступом*.

Водночас згідно зі статтею 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» порушенням законодавства про захист економічної конкуренції є:

неподання інформації Комітету, його територіальному відділенню у встановлені органами Комітету, головою його територіального відділення чи нормативно-правовими актами строки (пункт 13);

подання інформації в неповному обсязі Комітету, його територіальному відділенню у встановлені органами Комітету, головою його територіального відділення чи нормативно-правовими актами строки (пункт 14);

подання недостовірної інформації Комітету, його територіальному відділенню (пункт 15).

За порушення, передбачені, зокрема пунктами 13, 14, 15 статті 50 цього Закону, накладаються штрафи в розмірі до одного відсотка доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

У зв'язку із цим пропонуємо підпункт 11 пункту 1 розділу I законопроєкту (зміни до частини першої статті 22-1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України») доповнити після слів «іншу інформацію» словами «в тому числі з обмеженим доступом».

7. Щодо доповнення терміном «нейтральність у конкуренції»

Законопроектом передбачається статтю 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» доповнити терміном «нейтральність у конкуренції – недопущення надання органами влади переваг будь-яким суб'єктам господарювання, крім випадків прямо встановлених законом».

Наділення законодавством окремих суб'єктів господарювання виключними правами на надання відповідних послуг може призвести до надання таким суб'єктам господарювання переваг, які поставлять їх у привілейоване становище стосовно інших суб'єктів господарювання – конкурентів та до встановлення адміністративних бар'єрів для вступу на ринок.

Вказане може мати наслідком недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції та формує підґрунтя для порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Крім цього, допущення лише окремих суб'єктів до обслуговування відповідних сфер господарської діяльності може обмежити можливість споживачів обирати надавача необхідних їм послуг за принципом «ціна/якість».

Відбір суб'єктів господарювання для надання відповідних послуг повинен відбуватися на конкурентних засадах відбору за чіткими, прозорими та недискримінаційними критеріями, що забезпечить можливість суб'єктам господарювання конкурувати з метою здобуття переваг завдяки власним досягненням на ринку. Враховуючи викладене, пропонуємо в терміні «нейтральність у конкуренції» слова «крім випадків прямо встановлених законом» виключити.

8. Щодо строків розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (зміни до статті 37-1 Закон України «Про захист економічної конкуренції»)

Законопроектом пропонується доповнити Закон України «Про захист економічної конкуренції» статтею 37-1, якою встановити граничні строки розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції в два роки з дня прийняття розпорядження про початок розгляду справи та передбачити можливість продовження строку розгляду справи на один рік. Якщо протягом граничних строків розгляду справи органом Комітету рішення не прийнято, справа підлягає закриттю (зміни до статті 49 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Також передбачено, що до строку розгляду справи про порушення конкуренційного законодавства, законодавства про захист економічної конкуренції не зараховується час зупинення розгляду справи відповідно до частини другої статті 38 цього Закону.

Запровадження запропонованих законопроектом строків розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції обмежує можливості органів Комітету здійснити належний збір та аналіз доказів у складних багатоепізодних справах із великою кількістю відповідачів.

Адже під час розгляду справ Комітетом проводиться збір доказів у справі, зокрема шляхом надсилання вимог про надання інформації.

Процес надсилання вимог може потребувати значного часу, на який не може впливати Комітет – робота оператора поштового зв'язку, невчасне отримання поштового відправлення адресатом тощо. Крім цього, суб'єкти надання інформації можуть продовжувати терміни подання інформації, що теж збільшує час отримання інформації.

Також з огляду на те, що законопроектом передбачено доповнити статтю 49 ще однією підставою закриття справи як «закінчилися строки розгляду справ про порушення конкуренційного законодавства / законодавства про захист економічної конкуренції, передбачені статтею 37-1 цього Закону» є ризик того, що відповідачі можуть умисно затягування строки надання інформації шляхом надсилання клопотань про продовження термінів надання доказів у справі.

Отже, з метою недопущення затягування строків розгляду справи, створення підґрунтя для зловживань процесуальними правами відповідачів у справах, пропонуємо частину третю статті 37-1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» доповнити словами «Час на надання суб'єктами господарювання, об'єднаннями, органами влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю, їхніми посадовими особами і працівниками, іншими фізичними та юридичними особами інформації на вимогу / запит органу Комітету не зараховується у строк розгляду справи».

Довідково звертаємо увагу на те, що згідно з оглядом, підготовленим експертами проєкту технічної допомоги ЄС Twinning, у 10 юрисдикціях середній строк розгляду справ про картелі (антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання) становить від 36 місяців (Німеччина) до 72 місяців (Швейцарія), про зловживання ринковим домінуванням – від 27 місяців (Швейцарія) до 78 місяців (Франція), найбільші строки розгляду справи про зловживання ринковим домінуванням становили від 61 місяця (Велика Британія) до 169 місяців (Франція).

9. Щодо контролю за концентраціями

Законопроєктом передбачається внести зміни до частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції», а саме в частині доповнення його положенням, відповідно до якого «Для визнання концентрації зміна контролю має відбуватися протягом тривалого періоду (не менше двох років), тобто такого, що призводить до довгострокових змін у структурі ринку».

Вказується, що у статті 3 Регламенту № 139/2004 концентрація визначається через контроль на довгостроковій основі. Проте пропозиція не визначає, що таке «довгострокова основа» і яким чином її визначати. Крім того, згідно з Регламентом № 139/2004 (пункт 8 Преамбули), його положення застосовуються лише для операцій наднаціонального рівня (юрисдикція Європейської Комісії). Інші концентрації підпадають під юрисдикцію держав-членів і до них можуть бути застосовані інші критерії. Слід також зазначити, що поряд із запропонованим критерієм до концентрацій, що полягає у тривалому набутті (зміні) контролю, який дійсно вказано у статті 3 Регламенту № 139/2004, Регламент містить компенсуючі положення, які унеможливають уникнення отримання дозволу, а саме пункт 19 Преамбули передбачає можливість розглядати як єдину концентрацію операції, які тісно пов'язані між собою та відбуваються протягом досить короткого періоду часу.

Наявність такої норми дозволяє застосувати логічний та зрозумілий критерій до концентрації у вигляді довготривалої зміни контролю і в той же час не допустити маніпуляцій та втрати контролю за концентраціями, які відбуватимуться з метою здійснення таких «технічних дій», як виведення активів з-під санкцій чи зміна кінцевого бенефіціарного власника (контролера), який має відношення до рф.

У разі введення запропонованої норми Комітет не зможе відстежувати реальні зміни контролю в структурі бізнесу, що в умовах воєнного і поствоєнного стану може призвести до монополізації та олігархізації економіки.

Одночасно пропозиція довгостроковості, передбачена статтею 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції», зокрема переліком винятків, вказаних у частині третій статті 22 зазначеного Закону, та визначення повнофункціонального спільного підприємства.

Також запропонованою редакцією частини третьої статті 24 Закону України «Про захист економічної конкуренції» встановлено, що при розрахунку вартісних показників учасників концентрації не враховуються вартісні показники суб'єктів господарювання та частин суб'єктів господарювання (незалежно від наявності в таких частин статусу юридичної особи), відносини контролю з якими припиняються внаслідок концентрації.

Тобто пропонується що при визначенні, чи потребує концентрація дозволу, Комітет в жодному випадку не повинен враховувати вартісні показники групи продавця (навіть якщо об'єкт набуття контролю (з урахуванням підконтрольних осіб) мав в Україні активи та здійснював в Україні діяльність), із чим Комітет не може погодитися, як з таким, що призведе до послаблення контролю за концентрацією суб'єктів господарювання та дотриманням вимог законодавства про захист економічної конкуренції.

Проте вказана редакція спричинена об'єктивно меншими розмірами вартісних показників суб'єктів господарювання, які працюють в Україні, та й реально мають монопольне становище (особливо на регіональних ринках).

Відповідно формується ризик уникнення необхідності отримання дозволу та монополізації регіональних ринків (у першу чергу ринків агросектору). У разі введення норми в запропонованій редакції Комітет не зможе відстежувати реальних змін контролю в структурі бізнесу, що в умовах воєнного і поствоєнного стану може призвести до монополізації та олігархізації економіки.

Більше того, світова практика у сфері контролю за M&A свідчить про необхідність «зниження» порогових значень до концентрацій для можливості оцінки концентрацій, які можуть потрапляти під визнання «killer acquisition» чи «reverse killer acquisition».

Також згідно із законопроектом для цілей розрахунку вартісних показників учасників концентрації сукупність правочинів, передбачених пунктом 2 частини другої статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції», вчинених протягом двох років між одними й тими самими суб'єктами господарювання, повинні вважатися однією концентрацією суб'єктів господарювання на дату вчинення останнього правочину лише ті, *що впливають або можуть вплинути на умови обороту товарів на одному і тому самому ринку та суміжних з ним ринках* (зміни до частини четвертої статті 24 Закону України «Про захист економічної конкуренції»).

Без зазначеного уточнення, як концентрація може розглядатися, широке коло господарських операцій між суб'єктами, які по своїй суті не пов'язані одна з одною, та відбуваються на різних (не пов'язаних) ринках, для прикладу, таких як трансакції на ринку автомобілів і на ринку страхування.

Враховуючи викладене, запропоновані законопроектом зміни до порядку розрахунку вартісних показників учасників концентрації можуть призвести до зменшення спроможності Комітету запобігти монополізації та суттєвим обмеженням конкуренції на місцевих і регіональних рівнях.

10. Щодо процедури врегулювання справи

Частиною першою нової статті 46-1 проекту Закону визначається, що «до суб'єкта господарювання, який вчинив порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій (крім порушень, передбачених пунктом 4 частини другої статті 6 цього Закону) або зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, може застосовуватися процедура врегулювання у справі.

При цьому учасника антиконкурентних узгоджених дій одночасно може бути звільнено від відповідальності в порядку, передбаченому статтею 52-1 цього Закону».

Для забезпечення ефективності застосування зазначених норм законопроекту вважаємо за необхідне врегулювати ситуації, якщо суб'єкт господарювання не виконує умови врегулювання, оскільки в таких випадках Комітет не зможе переглянути своє рішення щодо зменшення розміру штрафу, навіть, якщо відповідач у справі не виконує взяті на себе в межах врегулювання зобов'язання.

На підставі зазначеного пропонуємо частину першу статті 58 законопроекту доповнити після абзацу п'ятого двома новими абзацами такого змісту:

«невиконання суб'єктом господарювання умов угоди про врегулювання справи щодо припинення порушення та усунення причин його виникнення, усунення наслідків порушення;

якщо угода про врегулювання справи порушує публічний порядок».

11. Щодо змін до статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Законопроектом пропонується доповнити статтю таким пунктом: «Якщо рішення органу Антимонопольного комітету України прийнято стосовно декількох відповідачів або якщо виконання такого рішення має бути здійснено в різних місцях, або якщо таким рішенням передбачено вчинення декількох дій, Голова Антимонопольного комітету України, голова територіального відділення Антимонопольного комітету України **видає декілька наказів**, у кожному з яких зазначаються **один відповідач та один стягувач**, а також визначається, в якій частині має бути виконано рішення органу Антимонопольного комітету України».

Пропонуємо зазначений пункт виключити, оскільки *наказ Голови Комітету, голови територіального відділення не є згідно із законопроектом виконавчим документом*.

У зобов'язальній частині прийнятого рішення для кожного відповідача (у разі, якщо відповідачів декілька) залежно від виду порушення визначаються свої зобов'язання, штрафні санкції тощо, водночас поняття «стягувач» у законодавстві про захист економічної конкуренції – відсутнє.

12. Щодо змін до Закону України «Про санкції»

Проектом Закону пропонується внести зміни до Закону України «Про санкції», виклавши частину третю статті 4 у новій редакції, яка містить формулювання «спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції)». Водночас щодо застосування запропонованого формулювання варто звернути увагу, що в частині першій статті 1 Закону України «Про санкції» вже передбачено застосування формулювання «спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (далі – санкції)», з урахуванням якого далі в тексті вказаного Закону застосовується скорочення «санкції». З огляду на зазначене пункт 5 розділу I проекту Закону доцільно доопрацювати, замінивши слова «спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції)» словом «санкції».

13. Щодо впливу на показники бюджету

Реалізація акта може потребувати додаткових бюджетних витрат при наданні повноважень органам Комітету щодо врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії та зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку, звільнення від відповідальності учасників антиконкурентних узгоджених дій, запровадження норми щодо фіксації за допомогою технічних засобів процесу слухання у справах про надання дозволу на узгоджені дії, концентрацію, про порушення конкуренційного законодавства. Крім того, законопроектом передбачено, зокрема, залучати поліцейських до проведення перевірок працівниками Антимонопольного комітету України та вжиття поліцейськими заходів, спрямованих на усунення загроз життю та здоров'ю цих працівників (зміни до законів України «Про Національну поліцію» та «Про захист економічної конкуренції»). Реалізація зазначеного положення може потребувати додаткових видатків із державного бюджету для Національної поліції України, пов'язаних із необхідністю збільшення чисельності поліцейських та їх утримання, звільнення органів Комітету від сплати судового збору.

У разі внесення змін щодо здійснення Комітетом контролю за концентрацією, узгодженими діями суб'єктів господарювання та дотриманням вимог законодавства про захист економічної конкуренції під час регулювання цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій (зміни до статті 22, 24 Закону

України «Про захист економічної конкуренції»), зменшиться кількість звернень суб'єктів господарювання за отриманням дозволу на концентрацію (узгоджені дії), що у свою чергу призведе до зменшення надходжень до бюджету, оскільки відповідно до статті 34 Закону плата за отримання таких дозволів зараховується до спеціального фонду Державного бюджету України як власні надходження Антимонопольного комітету України і використовується на потреби Антимонопольного комітету України та його територіальних відділень, якщо інше прямо не передбачено законом.

Відповідно до статті 7 Закону України «Про публічні закупівлі» Рахункова палата, Антимонопольний комітет України, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, здійснюють контроль у сфері публічних закупівель у межах своїх повноважень, визначених Конституцією та законами України.

Тому покладення на Комітет повноважень щодо моніторингу та контролю всіх публічних закупівель та моніторингу і контролю функціонування системи державної допомоги може потребувати додаткових видатків державного бюджету (зміни до статті 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»).

14. Додаткові пропозиції, які забезпечать посилення інституційної спроможності Комітету:

1) надання рішенням Комітету статусу виконавчого документа, як того вимагалось згідно з підпунктом (а) пункту 32 Меморандуму з МВФ 2021 року, а також підпунктом 4.2.5 Рекомендацій ОЕСР 2016 року;

Довідково. Через брак правового забезпечення АМКУ мусить звертатися до суду, щоб юридично забезпечити виконання своїх рішень. З огляду на тривалість розгляду апеляцій у суді, а також неефективну процедуру правозастосування, процес стягнення грошових санкцій, які накладає Комітет, є неефективним. Також відсутність відповідного положення надає можливість недобросовісному бізнесу продовжити зловживання або уникати виконання зобов'язань, накладених Комітетом на час судового розгляду, що значно погіршує економіку країни загалом та стан конкуренції зокрема.

У зв'язку із цим передбачити, що рішення органів Антимонопольного комітету України, прийняті до дня введення в дію таких положень, підлягатимуть виконанню у порядку та відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції, яке діяло на момент прийняття рішення;

2) передбачити додаткові гарантії виконання рішень органів Комітету, зокрема щодо обов'язку сплати штрафу, припинення порушення, виконання зобов'язань тощо (зміни до статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції»);

3) врахувати міжнародні зобов'язання України, зокрема вимоги статті 3 Директиви ЄС про певні правила, що регулюють позови про відшкодування шкоди відповідно до національного законодавства за порушення положень закону про конкуренцію держав-членів та Європейського Союзу № 2014/104 від 26.11.2014, яка передбачає повне відшкодування, проте не допускає надмірного відшкодування, у частині зміни розміру завданої шкоди в подвійному розмірі на її одинарний розмір (зміни до частини другої статті 55 Закону України «Про захист економічної конкуренції»);

4) передбачити ведення Комітетом Державного реєстру суб'єктів господарювання, яких притягнуто до відповідальності за вчинення порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів, як це вимагається відповідно до Закону України від 20.06.2022 № 2322-IX «Про засади державної антикорупційної політики на 2021 - 2025 роки» та заходом 2.2.5.1.1 додатка до Державної антикорупційної програми на 2023-2025 роки, затвердженої Урядом постановою від 04.03.2023 № 220;

5) з метою підвищення правової визначеності передбачити визначення таких термінів, як «понятій», «інформація», та для визначення всіх можливих місць зберігання доказів у справі, які в результаті можуть стати об'єктом перевірки – «інше володіння»;

6) надати право Комітету отримання доступу до баз даних, автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів, держателями яких є органи державної влади/місцевого самоврядування;

7) з метою зменшення навантаження на бізнес надати можливість не надавати органам Комітету у зв'язку з дослідженням товарного ринку, що проводиться поза межами розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, повторно вже подану раніше інформацію, якщо вона вже була надана протягом 12 місяців з дня отримання відповідної вимоги (зміни до статті 22-1 Закону України «Про захист економічної конкуренції»);

8) пропонуємо внести зміни щодо підвищення плати для відшкодування витрат, пов'язаних із розглядом Комітетом заяв про надання дозволу на концентрацію, узгоджені дії, відповідно до показників інфляції, які відбулись за останні 5 років (зміни до статті 34 Закону України «Про захист економічної конкуренції»);

9) передбачити фінансову незалежність Комітету шляхом збільшення розмірів оплати праці працівників після припинення чи скасування воєнного стану (зміни до статті 27 Закону України «Про Антимонопольний комітет України»);

10) врахувати особливості отримання майна в заставу банками й усунення не виправданих регуляторних обмежень у банківській сфері, зокрема, шляхом внесення змін до статті 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції»;

11) доповненням положень щодо співпраці правоохоронних органів, інших державних органів, що здійснюють державний контроль за дотриманням законодавства юридичними і фізичними особами, з Комітетом шляхом надання інформації, що стосується вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції, у тому числі в частині надання матеріалів кримінальних проваджень (у разі їх наявності), з метою забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема виконання дій, передбачених статтею 44 цього Закону (зміни до статті 45 Закону України «Про захист економічної конкуренції»);

12) у зв'язку із запровадженням законопроектів строків розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (нова стаття 37-1 до Закону України «Про захист економічної конкуренції») вважаємо за необхідне передбачити в прикінцевих положеннях законопроекту норму, відповідно до якої заяви про надання дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання, заяви про надання висновків відповідно до статей 14 і 29 Закону України «Про захист економічної конкуренції», заяви та подання про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, які були подані та розгляд яких не закінчено до дня введення в дію цього Закону, розглядатимуться в порядку та відповідно до законодавства, яке діяло до дня введення в дію цього Закону.

Розгляд справ про узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання, про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, розгляд яких розпочато до дня введення в дію цього Закону, та прийняття рішень у справах, здійснюється в порядку та відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції, яке діяло до дня введення в дію цього Закону;

13) щодо визначення терміна «єдиний майновий комплекс» пропонуємо цей термін доопрацювати в частині слів «економічно доцільні строки» не забезпечує належної ясності викладу, точності опису та свободи від суперечностей, що порушує принцип юридичної

визначеності та передбачуваності положень нормативно-правового акта, а тому потребує визначення певних критеріїв та ознак, на підставі яких строк буде визначатися економічно доцільним.

Враховуючи викладене, проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» (реєстр. № 9330-1 від 02.06.2023), внесений народними депутатами України Тимошенко Ю. В. та іншими, Кабінетом Міністрів України не підтримується та потребує суттєвого доопрацювання з урахуванням зазначених зауважень та пропозицій.

Ольга ПІЩАНСЬКА

Голова Антимонопольного комітету України