

РЕКОМЕНДАЦІЇ АМКУ – ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ  
ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

**Загальна характеристика інституту рекомендацій органів  
Антимонопольного комітету України**

3 липня цього року Антимонопольним комітетом дано рекомендаційні роз'яснення від 03.07.2020 № 24-рр щодо підходів до застосування частини третьої статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Стаття 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачає специфічний механізм припинення дій, що містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, без початку провадження у справі або, якщо таке провадження розпочате, без прийняття рішення про притягнення до відповідальності, передбаченого частиною першою ст. 48 згаданого Закону.

За загальним правилом, сформульованим у частині першій ст. 37 Закону «Про захист економічної конкуренції», у разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, органи Антимонопольного комітету приймають розпорядження про початок розгляду справи. Частина третя ст. 46 визначає виняток із цього загального правила. Однією з обов'язкових умов такого винятку є виконання наданих рекомендацій, у разі їх невиконання діє загальне правило, згідно з яким має бути прийнято розпорядження про початок розгляду справи.

Загальний порядок розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, визначений частиною першою статті 35 Закону «Про захист економічної конкуренції», передбачає, що розгляд справи закінчується прийняттям рішення у справі. У разі недоведення вчинення порушення розгляд справи підлягає закриттю без прийняття рішення по суті відповідно до ст. 49 Закону «Про захист економічної конкуренції». У інших випадках за результатами розгляду справи приймаються рішення, визначені у

частині першій статті 48 цього ж Закону. При цьому на суб'єктів господарювання накладаються штрафи у випадках та у розмірах, встановлених частиною другою ст. 52 Закону «Про захист економічної конкуренції» та ст. 21 Закону «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Виняток із цього загального правила також встановлено частиною третьою ст. 46 Закону «Про захист економічної конкуренції». За наявності визначених нею передумов розпочате провадження у справі закривається відповідно до абзаців першого та дванадцятого частини першої ст. 48 Закону.

До головних переваг цього механізму належить насамперед оперативність, з якою він дозволяє припинити дії, що мають ознаки правопорушень (розгляд справи, який передбачає обов'язкове прийняття розпорядження про початок її розгляду, складання та надсилання подання з попередніми висновками, отримання відповіді на них, підготовку та прийняття рішення у справі потребує певного часу). Водночас звільнення від відповідальності у випадках, коли дії, що містять ознаки порушення, не спричиняють суттєвих негативних наслідків для конкуренції, окремих осіб чи суспільства в цілому, і вони припинені, дає можливість зменшити невинуватий адміністративний тиск на бізнес. У зв'язку із цим застосування норм ст. 46 є досить поширеним у практиці діяльності органів Антимонопольного комітету: протягом 2016–2019 років вони були використані у понад 4200 випадках, що становило близько 48 відсотків усіх випадків припинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції.

Разом із тим аналіз практики виявив деякі питання, що потребують роз'яснення з метою забезпечення однакового застосування органами Комітету відповідних приписів законодавства.

До таких питань належать, зокрема, питання:

- У яких випадках наявні підстави для застосування механізмів, передбачених ст. 46?

- Які процесуальні дії вживаються за наслідками застосування ст. 46 Закону?
- Ким вживаються ці процесуальні дії?

### **Підстави застосування рекомендацій органів АМКУ**

Частина перша ст. 46 наділяє органи Комітету дискреційними повноваженнями щодо застосування інституту рекомендацій: вони мають право надавати такі рекомендації. Разом із тим, встановлено деякі умови, за відсутності яких рекомендації не надаються.

Перша з цих умов полягає в тому, що дії органу влади, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, об'єднання, стосовно яких надаються рекомендації, повинні мати ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, тобто одного чи декількох діянь, передбачених статтями 6, 13, 15-21, 50 Закону «Про захист економічної конкуренції», статтями 1, 4 – 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Якщо певні дії, хоча і можуть мати негативний вплив на конкуренцію, але не мають ознак конкретних порушень законодавства про захист економічної конкуренції, стосовно них можуть надаватися обов'язкові для розгляду рекомендації та пропозиції, передбачені п. 5 частини третьої ст. 7, п. 10 частини першої ст. 14, п. 16 частини першої ст. 16, п. 15 частини першої ст. 17 Закону «Про Антимонопольний комітет України». Рекомендації, передбачені ст. 46 Закону «Про захист економічної конкуренції» у таких випадках не надаються.

Відмінність між цими двома інститутами полягає у наслідках невиконання рекомендацій. Оскільки діяння, стосовно яких надаються рекомендації та пропозиції згідно із зазначеними нормами статей 7, 14, 16 та 17 Закону «Про Антимонопольний комітет України», не мають ознак порушень, невиконання таких рекомендацій і пропозицій не тягне правових наслідків.

Навпаки, невиконання рекомендацій, наданих відповідно до статті 46 Закону «Про захист економічної конкуренції», тягне за собою початок розгляду справи про порушення та прийняття рішення про недоведення вчинення порушення або про притягнення відповідача до відповідальності.

Водночас частина перша ст. 46 встановлює ще одну умову застосування норм цієї статті: рекомендації надаються або стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення, або у разі, якщо порушення припинено. Тобто приписи ст. 46 застосовуються лише стосовно дій, які припинені або можуть бути припинені. Якщо ж відповідні дії були завершеними і припинити їх неможливо ані в минулому, ані в майбутньому, підстав для застосування статті 46 немає.

При цьому слід відрізнити завершені дії від припинених. Схожість між ними полягає в тому, що в обох випадках дії тривали в минулому, але в цей момент вже не тривають. Причини цього різні. У випадках завершених дій вони не тривають або тому, що за природою взагалі не мають тривалості, є одномоментними (наприклад, порушення у вигляді невиконання рішення настає в момент, який був визначений строком його виконання, і в який його виконання не відбулося), або тому, що, хоч ці дії і мають тривалість, вона в силу природи дій не є необмеженою в часі: змова щодо спотворення результатів торгів завершується в момент проголошення переможця; створення перешкод працівникам Комітету у проведенні перевірки є завершеним, коли виявляється, що вони не можуть належним чином виконати завдання. Натомість дії, що припиняються, за природою можуть тривати як завгодно довго, і перестають тривати лише тоді, коли особи, які їх вчиняють, виявляють волю до цього: змова щодо фіксації цін продажу може тривати необмежений час, доки її учасники за власною волею не припинять її.

Виходячи з цього, рекомендаційні роз'яснення від 03.07.2020 № 24-рр кажуть, що немає підстав для надання рекомендацій згідно із статтею 46 Закону стосовно дій, які мають ознаки:

- антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, що стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів (п. 4 частини другої ст. 6 Закону «Про захист економічної конкуренції»), коли спотворення конкурсних процедур закупівель вже відбулося,
- невиконання рішення чи попереднього рішення органу Комітету або його виконання не в повному обсязі (п. 4 ст. 50 цього ж Закону),
- здійснення концентрації без отримання попереднього дозволу Комітету (ст. 12, ст. 50 Закону),
- порушення порядку подання інформації органам Комітету (п. 13 – 15 ст. 50 Закону),
- ознаки створення перешкод працівникам Комітету (п. 16 ст. 50 Закону),
- невиконання вимог і зобов'язань, якими обумовлено дозвіл на узгоджені дії чи концентрацію (п. 19 ст. 50 Закону).

Існує питання щодо доцільності застосування норм частини третьої ст. 46 у випадках розгляду справ, відповідачами в яких є органи влади або органи місцевого самоврядування, тобто рішення у справі не передбачає накладення штрафів, а тільки зобов'язання скасувати або змінити прийняте рішення чи розірвати угоди. Виконання такого рішення є тотожним виконанню рекомендацій, наданих за статтею 46 Закону. Відмінність (крім процесуальних моментів) полягає в тому, що застосування норм ст. 46 передбачає добровільне виконання державним органом наданих йому рекомендацій, у той час як рішення згідно з абзацами першим і четвертим ст. 48 має характер примусового зобов'язання. Отже, вибір правових механізмів, що застосовуються у таких випадках, має здійснюватись органом Комітету залежно від необхідності найшвидшого припинення відповідних дій та готовності органу державної влади чи місцевого самоврядування зробити це добровільно.

**Умови дії винятків, установлених статтею 46 Закону «Про захист економічної конкуренції»**

Виконання рекомендацій, наданих відповідно до частин першої та другої ст. 46, згідно з частиною третьою цієї ж статті, є необхідною, але недостатньою умовою застосування винятку із приписів ст. 37 або 48 Закону «Про захист економічної конкуренції». Поряд із виконанням рекомендацій для цього мають бути водночас наявними три наступні обставини:

- дії з ознаками порушення, стосовно яких надавалися рекомендації, не призвели до суттєвого обмеження чи спотворення конкуренції;
- ці дії не завдали значних збитків окремим особам чи суспільству;
- вжито відповідних заходів для усунення наслідків порушення (якщо рекомендації не стосувалися усунення наслідків вже припинених дій).

У разі відсутності хоча б однієї з наведених обставин, навіть за умови виконання наданих рекомендацій, має прийматися розпорядження про початок розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. А якщо провадження у справі розпочато – рішення у відповідності із частиною першою с. 48 Закону «Про захист економічної конкуренції».

Згідно з частиною другою ст. 46 рекомендації органів Комітету підлягають обов'язковому розгляду особами, яким вони надані. Про результати розгляду ці особи повинні повідомити орган Комітету у встановлений законодавством строк. Невиконання цих приписів усуває підстави для застосування винятків з норм ст. 37 та 48 Закону «Про захист економічної конкуренції». Таким чином, недотримання вимог щодо повідомлення органу Комітету про розгляд рекомендацій тягне за собою прийняття розпорядження про початок розгляду справи за виявленими ознаками порушення або рішення у справі. Втім, таке розпорядження чи рішення має прийматися з урахуванням аналізу стану фактичного виконання рекомендацій.

**Процесуальні засади застосування рекомендацій органів АМКУ, передбачених статтею 46 Закону «Про захист економічної конкуренції»**

Стан виконання рекомендацій за загальним правилом оцінює той орган Комітету, який їх надав. Згідно з практикою, що склалася, факт виконання рекомендацій, наданих колегіальним органом (адміністративною колегією територіального відділення, тимчасовою або постійно діючою адміністративною колегією Комітету, Комітетом як колегіальним органом) поза межами розгляду справи про порушення, зазначається у протокольному рішенні цього органу.

Якщо рекомендації було надано одноосібно державним уповноваженим під час розгляду заяви чи подання державного органу, він, згідно з повноваженнями, визначеними п. 1 частини першої ст. 16 Закону «Про Антимонопольний комітет України», надає мотивовану відповідь про відмову у розгляді справи за наявності сукупності обставин, передбачених частиною третьою статті 46 Закону «Про захист економічної конкуренції».

На підставі повноважень, наданих згідно з частиною третьою ст. 13 Закону «Про Антимонопольний комітет України», таку відповідь може дати Комітет як вищий колегіальний орган.

У випадках, якщо рекомендації було надано після прийняття розпорядження про початок розгляду справи, оцінка стану виконання рекомендацій разом з аналізом наявності інших обставин, передбачених частиною третьою статті 46, пропонується у поданні з попередніми висновками у справі та зазначається у рішенні у справі.

### **Напрями вдосконалення інституту рекомендаційних роз'яснень органів АМКУ**

Проведений під час підготовки рекомендаційних роз'яснень аналіз норм і практики застосування статті 46 Закону «Про захист економічної конкуренції» виявив необхідність удосконалення деяких її норм.

Потребує уточнення термінологія статті. У частині першій зазначається, що рекомендації надаються стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Це повною мірою відповідає положенням абзаців першого та другого частини першої ст. 48 цього ж Закону, згідно з якими рішення про визнання вчинення порушення приймається за результатами розгляду справ, тобто виключно після надання рекомендацій і оцінки стану їх виконання.

Між тим, далі в тексті частини першої та частини третьої ст. 46 йдеться не про «дії, що мають ознаки порушень», а про «порушення», що створює суперечливість у тексті самої статті та не відповідає положенням ст. 48 того ж Закону.

Положення частини першої ст. 46 Закону «Про захист економічної конкуренції» наділяють органи Комітету правом надавати рекомендації лише стосовно припинення дій, які містять ознаки порушень.

Водночас, п. 14 частини першої ст. 7, п. 10 частини першої та п. 10 частини п'ятої ст. 14, п. 17 частини першої ст. 17 Закону «Про Антимонопольний комітет України» встановлюють повноваження органів Комітету надавати обов'язкові для розгляду рекомендації щодо припинення дій або бездіяльності, які містять ознаки порушень. Оскільки зазначені норми не встановлюють винятків із положень частини першої ст. 35, частини першої ст. 37, ст. 48 та 52 Закону «Про захист економічної конкуренції», у випадку бездіяльності, навіть за умови виконання рекомендацій органів Комітету щодо її припинення, має прийматися розпорядження про початок розгляду справи. А за його результатами на суб'єктів господарювання має накладатися штраф. Таке звуження сфери дії винятку, передбаченого частиною третьою ст. 46 Закону «Про захист економічної конкуренції», як свідчить практика, є не виправданим. Тим більше, що протиправна бездіяльність, як правило, тягне менші негативні наслідки, ніж активні дії.



Частина перша ст. 46 визначає вжиття заходів для усунення наслідків порушень законодавства про захист економічної конкуренції як предмет рекомендацій у разі, якщо порушення припинено. Водночас частина третя цієї ж статті визначає вжиття відповідних заходів для усунення наслідків порушення як одну з передумов застосування винятку поряд із виконанням положень рекомендацій. Недостатньо чітке розмежування сфери дії цих двох приписів може призвести до вимог вживати додаткові заходи з усунення наслідків порушень і тоді, коли такі заходи вже було вжито в межах виконання рекомендацій.

Зазначені проблеми доцільно врахувати під час вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції в межах конкуренційно-антимонопольної реформи.