

УДК 346.5

Сніжанна Савка,*студентка магістратури**Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

КОНТРОЛЬ ЗА КОНЦЕНТРАЦІЯМИ ЯК НАПРЯМ ГАРМОНІЗАЦІЇ КОНКУРЕНТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З ПРАВОМ ЄС

Стаття присвячена аналізу правового режиму контролю за концентраціями в Україні та Європейському Союзі, дослідженню процесів гармонізації українського конкурентного законодавства з конкурентним правом Європейського Союзу в частині контролю за концентраціями, оцінці того, які норми права Європейського Союзу у цій сфері уже були імплементовані, а які ще підлягають впровадженню.

Ключові слова: концентрація, контроль, Європейський Союз, гармонізація, імплементация, конкурентне законодавство, дозвіл на концентрацію.

Постановка проблеми. Принцип контролю за концентраціями є одним із основних принципів конкурентного права Європейського Союзу (далі – ЄС), а в рамках процесу євроінтеграції, удосконалення та розвитку правового регулювання такого контролю є одним із напрямів гармонізації українського конкурентного законодавства з правом ЄС. Відповідно до Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС Україна зобов'язалася привести національне конкурентне законодавство у відповідність до права ЄС. Термін виконання цих зобов'язань – до 31 грудня 2018 року. У зв'язку з цим надзвичайно актуальним є дослідження того, які із зобов'язань у сфері контролю за концентраціями були виконані, а які аспекти українського законодавства ще потребують вдосконалення та гармонізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченню процесів наближення українського конкурентного законодавства до норм права ЄС присвятили свої праці такі вчені: О.О. Бакалінська, О.В. Безух, Н.М. Корчак, І.М. Сарган, К.В. Смирнова, Г.О. Стахеєва, Т.І. Швидка та інші. Процес наближення українського конкурентного законодавства до конкурентного права ЄС нині триває і тому нові дослідження у цій сфері є дуже важливими.

Мета статті. Метою автора в межах цього дослідження є порівняльний аналіз поняття «концентрація» та правового режиму контролю за концентраціями в Україні та ЄС, визначення того, які нормативно-правові акти ЄС у сфері контролю за концентраціями мають бути імплементовані в українське конкурентне законодавство, аналіз та оцінка того, які з вимог набли-

ження українського конкурентного законодавства до права ЄС уже виконані, а які з них ще підлягають реалізації.

Виклад основного матеріалу. Для аналізу цього напрямку гармонізації варто перш за все з'ясувати визначення поняття «концентрація». В українському конкурентному законодавстві концентрацією визнається:

1) злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;

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;

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;

4) безпосереднє або опосередковане придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток, що забезпечує досягнення чи перевищення 25 або 50 відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання [1].

Щодо конкурентного права ЄС, то концентрацією вважається зміна контролю над тривалій основі внаслідок:

а) злиття двох чи більше попередньо незалежних суб'єктів господарювання або частин суб'єктів господарювання, або

б) набуття прямого чи непрямого контролю над цілим (або частинами) суб'єктом господарювання чи суб'єктами господарювання однією чи більше особами, які вже

здійснюють контроль над принаймні одним іншим суб'єктом господарювання або одним чи більше суб'єктами господарювання шляхом придбання цінних паперів за договором або у будь-який інший спосіб [2].

З аналізу цих визначень можемо зробити висновок, що поняття «концентрації» в законодавстві України та ЄС є досить схожими і в основі мають набуття контролю одним суб'єктом господарювання над іншим, що може відбуватися різними способами, або злиття суб'єктів господарювання.

Важливим елементом контролю за концентраціями як в Україні, так і в ЄС є надання дозволу на неї. Проте не будь-яка концентрація потребує дозволу, а лише та, яка перевищує фінансові пороги, встановлені законодавством. Фінансові пороги встановлюються для того, щоб конкурентне відомство здійснювало контроль лише за тими концентраціями, які справді можуть мати вплив на конкуренцію на задіяному ринку та попередній аналіз яких необхідний з метою попередження негативних наслідків, які можуть спричинити такі концентрації.

Щодо фінансових порогів для отримання дозволу на концентрацію, то такий аспект контролю за концентраціями в українському законодавстві зазнав змін у 2016 році. До 2016 року фінансові показники, встановлені Законом України «Про захист економічної конкуренції», були досить низькими, що спричинювало поширення юрисдикції українських правил контролю на значну кількість міжнародних транзакцій за відсутності суттєвого зв'язку безпосередніх учасників концентрації із національним ринком. Така ситуація критично сприймалася як науковцями та практиками, так і міжнародними організаціями [3, с. 72]. Вирішення цієї проблеми неодноразово визнавалося одним із найважливіших напрямів вдосконалення українського конкурентного законодавства в рамках наближення його до права ЄС.

З метою вирішення цієї проблеми 26 січня 2016 року до Закону України «Про захист економічної конкуренції» були внесені зміни щодо підвищення фінансових порогів отримання дозволу на концентрацію [4]. Таким чином, з початку 2016 року і дотепер отримання попереднього дозволу Антимонопольного комітету України (далі – АМКУ) потребують концентрації, якщо:

1) сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 30 мільйонам євро, при цьому вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукуп-

ний обсяг) реалізації товарів в Україні не менш як у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує суму, еквівалентну 4 мільйонам євро у кожного; або

2) сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів в Україні суб'єкта господарювання, щодо якого набувається контроль, або суб'єкта, активи, частки (акції, паї) якого набуваються у власність чи одержуються в управління і користування, або хоча б одного із засновників створюваного суб'єкта господарювання, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік перевищує суму, еквівалентну 8 мільйонам євро, і при цьому обсяг реалізації товарів хоча б одного іншого учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 150 мільйонам євро [1].

Такі законодавчі зміни дали необхідний результат, про що можна зробити висновок зі статистики діяльності Антимонопольного комітету України в цій сфері. Кількість розглянутих АМКУ заяв про надання дозволу на концентрацію із 774 заяв у 2015 році зменшилася до 547 у 2016 році [5, с. 196].

З метою впровадження практик контролю за концентраціями, які діють у ЄС, деякі зміни були внесені і у правові норми, які регулюють процедуру розгляду заяв про надання дозволу АМКУ на концентрації. Перш ніж проаналізувати, які зміни були внесені, варто зазначити, що процедури розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію в Україні та ЄС є досить схожими та складаються з таких етапів:

– попередній розгляд заяви для визначення, чи концентрація між суб'єктами господарювання може спричинити негативні наслідки для конкуренції на задіяному ринку, винесення відповідного рішення та за необхідності;

– порушення справи про концентрацію, збір та детальний аналіз інформації, необхідної для прийняття рішення про надання дозволу чи заборону концентрації, прийняття відповідного рішення із чітким поясненням причин та за необхідності покладенням зобов'язань на учасників концентрації [6, с. 78–79].

Недоліком правового регулювання такої процедури до 2016 року було те, що українське конкурентне законодавство не передбачало можливості розгляду заяви про надання дозволу на концентрацію за спрощеною процедурою, яка часто застосовується у ЄС та зменшує обсяг інформації, необхідної для подання до конкурентного відомства. Однак

така процедура була впроваджена і нині АМКУ розглядає заяву за спрощеною процедурою, якщо:

- лише один учасник концентрації здійснює діяльність на території України, або
- сукупна частка учасників концентрації на одному і тому самому товарному ринку не перевищує 15 відсотків, або
- частки або сукупні частки учасників концентрації не перевищують 20 відсотків на товарних ринках, на яких реалізується продукція, без придбання або реалізації якої господарська діяльність будь-якого іншого учасника концентрації є неможливою [1].

Важливим напрямом наближення українського конкурентного законодавства до права ЄС у сфері контролю за концентраціями є також зменшення обсягу інформації, що подається в АМКУ, яка не є необхідною для оцінки впливу концентрації на конкуренцію в Україні. 19 серпня 2016 р. набула чинності нова редакція «Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання» (далі – Положення про концентрацію), яким було зменшено обсяг запитуваної інформації та кількість документів, що були нерелевантними для розгляду заяви, визначено обсяг запитуваної інформації та документів для розгляду заяви за спрощеною процедурою; змінено підхід до економічного обґрунтування, яке надається в рамках розгляду заяви за загальною процедурою. На додаток, імплементуючи практику Європейської Комісії в процесі розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію, було впроваджено процедуру консультації за клопотанням учасників концентрацій [7]. Такі консультації можуть проводитися працівниками АМКУ щодо інформації та документів, які є необхідними для розгляду відповідної заяви, зокрема для розгляду за спрощеною процедурою протягом строку, а також щодо виправлення можливих недоліків у поданій заяві.

Ведучи мову про конкретні акти права ЄС, які підлягають імплементации відповідно до Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС, у сфері контролю за концентраціями це – Регламент Ради (ЄС) № 139/2004 від 20 січня 2004 року про контроль за концентрацією між підприємствами (далі – Регламент № 139/2004), а зокрема, деякі його статті: статті 1, 5 (1), 5 (2), 20). Стаття 1 Регламенту № 139/2004 визначає фінансові показники, перевищення яких зумовлює необхідність отримання попереднього дозволу ЄК на здійснення концентрації. Зміни до Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо підвищення фінансових показників

учасників концентрації вже були внесені у 2016 році, як це було описано вище.

Щодо частин 1 та 2 статті 5 Регламенту № 139/2004, які також підлягають імплементации, то вони стосуються розрахунку такого фінансового показника, як обсяг реалізації товарів учасників концентрації. Ця норма передбачає таку особливість: коли концентрація полягає у придбанні частин незалежно від наявності у них статусу юридичної особи, одного або більше суб'єктів господарювання, до уваги стосовно продавця або продавців береться виключно оборот, пов'язаний із тими частинами, які є предметом концентрації [2].

Йдеться про те, щоб у разі придбання частки у статутному капіталі окремого суб'єкта господарювання, набуття контролю над окремим суб'єктом господарювання або придбання бізнесу потрібно враховувати лише фінансові показники такого бізнесу або окремого суб'єкта господарювання, контроль над яким набувається, та не враховувати фінансові показники продавця. Такий підхід є досить раціональним та обґрунтованим, оскільки у разі його застосування враховується те, що продавець відчужує частину свого бізнесу і не матиме вплив на нього у майбутньому, а аналіз концентрації необхідний у розрізі діяльності покупця та об'єкта придбання.

Завдання щодо визначення механізму обчислення показників учасників концентрації та внесення відповідних змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції» та Положення про концентрацію мало бути виконане АМКУ до 31 грудня 2018 року [8]. Наразі можемо стверджувати, що це завдання ще не було виконано, оскільки відповідні зміни не були внесені до відповідних законодавчих актів. Водночас варто відзначити, що АМКУ вже почав роботу у цьому напрямі і 4 грудня 2018 року опублікував проект змін до Положення про концентрацію, який передбачає виключення продавця з розрахунку фінансових показників учасників концентрації для окремих видів концентрацій [9]. До 2 січня 2019 року цей проект перебував на стадії публічного обговорення, а нині перебуває на опрацюванні в АМКУ, тому остаточно оцінити, наскільки було виконано завдання з імплементации відповідного акта ЄС та як це вплине на механізм контролю за концентраціями в Україні, можна буде лише після внесення відповідних змін до законодавства.

Щодо статті 20 Регламенту № 139/2004, яка також підлягає імплементации в українське конкурентне законодавство, вона стосується опублікування ЄК прийнятих рішень щодо концентрацій. З метою виконання вимог Угоди про Асоціацію у цій частині у

2015 році були внесені зміни до законодавства про захист економічної конкуренції, якими АМКУ було зобов'язано оприлюднювати свої рішення на офіційному веб-сайті АМКУ протягом 10 робочих днів з дня прийняття рішення [10].

Окремо варто звернути увагу на те, що АМКУ здійснює активну діяльність із впровадження рекомендаційних актів ЄК у сфері конкурентного права. Як приклад можна навести Рекомендаційні роз'яснення АМКУ «Щодо оцінки горизонтальних концентрацій», які АМКУ затвердив 27.12.2016, що дублюють положення «Керівних настанов ЄК оцінки горизонтальних концентрацій за Регламентом Ради щодо контролю за концентраціями між підприємствами» № 2004/С 31/03. Цим актом АМКУ визначено особливості оцінки АМКУ горизонтальних концентрацій та їх впливу на конкуренцію. АМКУ затвердив подібні рекомендаційні роз'яснення і щодо оцінки негоризонтальних концентрацій у березні 2018 року.

Попри активне впровадження практик та принципів ЄС, деякі аспекти правового регулювання контролю за концентраціями в українському конкурентному законодавстві все ще мають прогалини та потребують вдосконалення. Зокрема, Г.О. Стахеева вказує на певні недоліки процедури отримання попередніх висновків про можливість надання дозволу на концентрацію. Стаття 29 Закону України «Про захист економічної конкуренції» передбачає, що органи АМКУ надають суб'єктам господарювання попередні висновки стосовно концентрації на підставі заяви про надання попередніх висновків та доданої до неї інформації. Однак ця процедура є неефективною з таких причин:

1) для отримання попередніх висновків учасники концентрації мають підготувати і надати АМКУ у повному обсязі всю ту інформацію та документи, що і для звичайного розгляду заяви про надання дозволу на концентрацію;

2) майже не відрізняються строки і розмір плати у процедурі надання попередніх висновків від процедури надання дозволу на концентрацію;

3) отримання попередніх висновків не звільняє від обов'язку звернутися до АМКУ із заявою про надання дозволу на концентрацію. Таким чином, це тільки ускладнює роботу АМКУ, оскільки заявлена концентрація має розглядатися двічі [6, с. 14–175].

У цьому питанні корисно було би звернути увагу на досвід ЄС у процедурі надання попередніх висновків. Ця процедура у ЄС застосовується для констатування юридичного факту, а саме звільнення від необхід-

ності отримання дозволу. Якщо Європейська Комісія надає попередній висновок щодо того, що концентрація не матиме негативних наслідків, то учасники звільняються від обов'язку вдруге подавати заяву про отримання дозволу на концентрацію.

Іншим аспектом українського законодавства про захист економічної конкуренції, на який варто звернути увагу, є правове регулювання положень про заборону конкуренції ("non-compete clauses"), що суттєво відрізняється від права ЄС. Такі положення зазвичай є необхідними умовами транзакційних договорів і, як правило, передбачають обмеження можливості конкурувати на певному ринку протягом певного періоду часу. Згідно з українським законодавством, укладення договору з такими умовами підпадає під визначення антиконкурентних узгоджених дій, на які потрібно отримувати окремий дозвіл [6, с. 149–150]. Водночас отримання дозволу на концентрацію та на узгоджені дії – це дві різні процедури, які вимагають дотримання учасниками різних законодавчих вимог, зокрема, підготовки окремих заяв про надання дозволу на концентрацію та на узгоджені дії, сплати окремого збору та різної процедури розгляду.

У праві ЄС рішення Європейської Комісії про те, що концентрація є сумісною із конкуренцією на внутрішньому ринку ЄС, розглядається як таке, що включає в себе дозвіл на застосування положення про заборону конкуренції. Положення про заборону конкуренції, яке безпосередньо стосується концентрації та є необхідним для її здійснення, має бути проаналізоване разом з іншими аспектами заявленої концентрації та включено до відповідного рішення ЄК про схвалення або заборону концентрації [11]. Безсумнівно, конкурентне законодавство України потребує внесення змін та доповнень у частині правового регулювання положень про заборону конкуренції з урахуванням досвіду ЄС.

Висновки

Під час дослідження нормативно-правових положень щодо контролю за концентраціями у законодавстві України про захист економічної конкуренції та праві ЄС було з'ясовано, що визначення «концентрації» та правові режими контролю за концентраціями є досить схожими. У цій сфері вже було здійснено низку змін з метою наближення до конкурентного права ЄС, зокрема:

1) підвищено фінансові пороги отримання дозволу на концентрацію;

2) запроваджено спрощену процедуру розгляду заяви про надання дозволу на концентрацію;

Зменшено обсяг інформації, що подається в АМКУ, яка не є необхідною для оцінки впливу концентрації на конкуренцію в Україні;

4) впроваджено процедури консультації за клопотанням учасників концентрації, покладення на АМКУ обов'язку публікації своїх рішень у 10-денний строк.

Крім того, АМКУ здійснює активну діяльність з впровадження рекомендаційних актів ЄК у сфері конкурентного права.

Завданням, встановленим Угодою про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом, яке ще не було виконане, є визначення механізму обчислення показників учасників концентрації шляхом імплементації норм статті 5 Регламенту № 139/2004. Наразі проект внесення змін, спрямованих на виконання цього завдання, перебуває на опрацюванні в АМКУ.

До аспектів правового режиму контролю за концентраціями в українському конкурентному законодавстві, які все ще мають прогалини та потребують наближення до права ЄС, також відносяться процедура отримання попередніх висновків про можливість надання дозволу на концентрацію (зокрема, у частині обов'язку двічі звертатися до АМКУ із заявою про надання дозволу на концентрацію) та правове регулювання положень про обмеження конкуренції (таке обмеження має аналізуватися в комплексі з відповідною концентрацією та не потребувати отримання окремого дозволу на узгоджені дії).

Список використаних джерел:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

2. Council Regulation (EC) on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) № 139/2004 as of 20.01.2004. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

3. Конкурентне право України : навчальний посібник / О.О. Бакалінська, О.В. Безух,

О.В. Кологойда, І.В. Лукач, Н.Б. Пацурія, В.С. Щербина; за ред. В.С. Щербини, І.В. Лукач. Київ : Видавництво Ліра-К, 2017. 380 с.

4. Про внесення змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо підвищення ефективності системи контролю за економічними концентраціями : Закон України від 26.01.2016 № 935-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/935-19#n6>

5. Звіт Антимонопольного комітету України за 2016 рік. 238 с. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=133712>

6. Стахеєва Г.О. Контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання в системі антимонопольного права Європейського Союзу : монографія. Одеса : Фенікс, 2014. 223 с.

7. Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання : розпорядження Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 № 33-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02>

8. План заходів з виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : розпорядження Кабінету Міністрів України від 25.10.2017 № 1106. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2017-%D0%BF>

9. Проект Змін до Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію): опубліковано 04.12.2018. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/145817;jsessionid=EB660E6E142BE5FA33CF735E85B727.app2>

10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України: Закон України від 12.11.2015 № 782-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/782-19#n20>

11. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations № 2005/C 56/03, 03.05.2005. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=LV)

Стаття посвячена аналізу правового режиму контролю за концентраціями в Україні та Європейському Союзі, дослідженню процесів гармонізації українського конкурентного законодавства з конкурентним правом Європейського Союзу в частині контролю за концентраціями, оцінке того, які норми права Європейського Союзу в даній сфері уже були імplementовані, а які ще підлягають впровадженню.

Ключевые слова: концентрация, контроль, Европейский Союз, гармонизация, имплементация, конкурентное законодательство, разрешение на концентрацию.

The article is devoted to the analysis of the legal regime of merger control in Ukraine and the European Union, the study of the processes of harmonization of Ukrainian competition legislation with the competition law of European Union in terms of merger control, the summarizing which provisions of European Union law have already been implemented and which are still to be introduced.

Key words: concentration, control, European Union, harmonization, implementation, competition legislation, merger approval.