

УДК 346.546

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.10.09>**Валерій Полюхович,**

докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,  
завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки  
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва  
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

## ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ (З ПРАКТИКИ ЗАКОНОТВОРЕННЯ)

У статті досліджено та проаналізовано основні законопроекти з питань захисту економічної конкуренції, зареєстровані Верховною Радою України протягом 2020 р. Визначено проблемні аспекти правового регулювання, перепони для дієвого регулятивного впливу, недоліки та неузгодженості у представлених проектах нормативних актів. Запропоновано шляхи подолання прогалин правового регулювання, уточнення до норм законопроектів і напрями здійснення заходів по розвитку конкурентних відносин та антимонопольного регулювання.

Основними напрямами, що підлягають реформуванню відповідно до поданих законопроектів, є процедура призначення та звільнення Голови Антимонопольного комітету України, його заступників і державних уповноважених. Є багато різних пропозицій щодо кількості державних уповноважених. В окремих законопроектах їхню кількість пропонується збільшити до дванадцяти.

Також є пропозиція скоротити термін повноважень із нинішніх семи років до п'яти. Ми вважаємо, що ця пропозиція пов'язана із п'ятирічним строком повноважень Президента України та має логічне підґрунтя з огляду на політичні реалії.

Також важливим напрямом реформування є чинна процедура оскарження публічних закупівель. У низці документів пропонується ввести новий орган АМКУ – Уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Хоча, на наш погляд, найбільш адекватним буде повне відокремлення функції оскарження у сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ.

Окремо ми відзначаємо пропозицію щодо надання повноважень по вирішенню спорів у сфері захисту економічної конкуренції Вищому суду з питань інтелектуальної власності й економічної конкуренції. По суті йдеться про створення спеціалізованого суду в галузі конкуренції шляхом додавання відповідних функцій до Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Ми вважаємо, що створення спеціалізованого суду повинне мати додаткові аргументи й обґрунтування, і в цій формі законодавча пропозиція розроблена недостатньо.

**Ключові слова:** законопроект, захист економічної конкуренції, антимонопольне регулювання, конкурентна політика, реформування системи правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції.

Зміна у 2019 р. Президента України та наступна зміна складу Верховної Ради України спонукали до активізації законотворчих процесів, у т. ч. й у сфері захисту економічної конкуренції. Так званий «турборежим» у законотворчій діяльності не оминув і питання правового регулювання в антимонопольній сфері. Було підготовлено цілий ряд об'ємних законопроектів, якими охоплюється майже вся проблематика в означеній сфері господарських відносин.

Стисло розглянемо основні з них і дамо характеристику запропонованим змінам до норм чинного законодавства України у сфері захисту економічної конкуренції, що містяться в законопроектах, зареєстрованих Верховною Радою України протягом 2020 р.

Найбільш змістовним і масштабним став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольної

реформи» № 2730 від 14 січня 2020 р. [1] (далі – законопроект № 2730), у якому мала місце спроба системно охопити всі основні складники процесу правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції. Зупинимо увагу на найбільш значущих, на наш погляд, пропозиціях щодо удосконалення чинної нормативної бази.

У проекті широко вживається термін «конкуренційне законодавство», який по суті використовується на зміну усталеному терміну «законодавство про захист економічної конкуренції». Відсутні будь-які обґрунтування для такої заміни. На наш погляд, будь-які новели, в т. ч. термінологічні, повинні бути обґрунтовані об'єктивними потребами й узгоджені з чинними правовими засадами. У конкретному випадку поняття «захист конкуренції» закріплене в ч. 3 ст. 42 Конституції України. Водночас теоретично вважаємо можливим використання запропонованого терміна «конкуренційне законодавство» як синонімічного, проте його зміст повинен бути чітко визначений, а запровадження – обґрунтоване. Має місце механічна заміна одного терміна на інший у рамках ст. 3 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [2]. У цьому контексті запропоновано внесення змін до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» шляхом доповнення терміном «конкуренційна політика – державна політика у сфері розвитку, захисту економічної конкуренції й обмеження монополізму в господарській діяльності; здійснення заходів щодо розвитку й адвокатування конкуренції; забезпечення нейтральності у конкуренції, яка здійснюється органами законодавчої та виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, органами адміністративно-господарського управління та контролю, органами місцевої виконавчої влади, а у сфері захисту економічної конкуренції – Антимонопольним комітетом України». Вважаємо, що така термінологія має загальнодекларативний характер і не містить необхідного правового регулюючого змісту, притаманного нормі права, а тому є по суті зайвим нормативним баластом.

Запропоновано включення до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» [3] додаткової статті «Ст. 6-1. Антимонопольний комітет України як орган оскарження у сфері публічних закупівель», де по суті змістовно реформується порядок функціонування постійно діючої колегії з питань оскарження публічних закупівель.

Запропоновано утворення Комісії (Комісії) замість наявної колегії (колегій). У чому сенс зміни поточної назви – не зрозуміло, а обґрунтування цього не надано. Також

запропоновано утворення нової категорії посад – Уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, які у кількості семи осіб призначаються Президентом України, за поданням Прем'єр-міністра України за результатами проведеного конкурсу Кабінетом Міністрів України. Кількість Уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель за необхідності може бути збільшена Президентом України, за поданням Прем'єр-міністра України, яке вноситься на підставі пропозицій Голови Антимонопольного комітету України.

У зв'язку з цією новелою виникає цілий ряд питань. Чому саме сім осіб запропоновано для призначення уповноваженими з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель? Чим зумовлено призначення уповноважених на строк саме до трьох років, тобто можливе призначення на рік, два, три роки? Також запровадження нової категорії посад – уповноваженими з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель – передбачає повноваження Президента України по їх призначенню, проте, як відомо, повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України (п. 31 ч. 1 ст. 106) і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень на підставі закону, на що у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу Конституційний Суд України та про що чітко зазначено й у Висновку Головного науково-експертного управління від 18 лютого 2020 р. щодо вказаного проекту Закону України.

Необхідно відзначити, що кількість сім осіб є необґрунтованою як із позиції забезпечення виробничого процесу, так і з позиції дотримання норм законодавства України про працю. Виходячи з обсягу звернень зі скаргами, необхідним є існування щонайменше трьох одночасно функціонуючих колегій (або комісій, як запропоновано у проекті) по розгляду скарг у сфері публічних закупівель. З огляду на той факт, що сьогодні за формою роботи колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель є постійно діючою, тобто вона функціонує кожний робочий день, то невідворотно виникає питання щодо ротатії членів колегії, котрі відповідно до норм законодавства про працю мають право на відпочинок, відпустку і т. п. Таким чином, для адекватного виробничим потребам і такого, що відповідає нормам чинного законодавства України, способу організації роботи для забезпечення належного функціонування трьох постійно діючих комісій необхідне призначення щонайменше

дванадцяти уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Тобто в кожній із діючих комісій повинна бути можливість заміни хоча б одного уповноваженого в конкретний робочий день. Доречно додати, що в пізніше зареєстрованому проекті Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» № 3132 від 27 лютого 2020 р. [4], який сьогодні пройшов перше читання, з'явилися положення, що мають більш наблизений зміст до вимог виробничої необхідності, норм законодавства про працю та взагалі до здорового глузду. Так, запропоновано число уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель у кількості десяти осіб. Визначено строк повноважень три роки. Встановлено загальні критерії до кандидатів на посади щодо необхідного рівня освіти та досвіду роботи (стажу роботи, як вказано в законопроекті). Хоча норма щодо запропонованого досвіду (стажу) викликає певні запитання, адже пропонується «стаж роботи не менше п'яти років протягом останніх десяти років або стаж роботи не менше трьох років у сфері публічних закупівель». Тобто протягом п'яти років з останніх десяти потенційний уповноважений міг взагалі не працювати. Така норма викликає щонайменше подив, якщо не брати до уваги можливість навчання протягом п'яти років. Тому вважаємо, що такі позиції потребують уточнення, можливо шляхом визначення досвіду (стажу) роботи за фахом.

Необхідно додати, що в обох досліджуваних законопроектах залишається невирішеним питання закріплення норм по визначенню правового статусу уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, його компетенції, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень, адже, наприклад, статусу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України присвячена ст. 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». У зв'язку із внесенням змін до частини сьомої ст. 6 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» шляхом доповнення словами «уповноважені з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель» такі уповноважені набувають статусу органу Антимонопольного комітету України, відповідно, якщо дотримуватися логіки чинного Закону, є необхідність у деталізованому визначенні

їх правового статусу та повноважень шляхом доповнення глави III Закону України «Про Антимонопольний комітет України» ст. 16/1 «Компетенція уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель», оскільки у запропонованих редакціях законопроектів має місце спроба по суті механістичного запровадження нового органу АМКУ без створення необхідної нормативної бази для визначення його правового статусу, змісту компетенції, гарантій забезпечення виконання передбачених Законом обов'язків.

Як нами вже зазначалося в попередніх публікаціях із цієї тематики, необхідне закріплення процедурних положень розгляду скарги, які б окреслювали функціонал уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Це стосується меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень залежно від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо. Це окрема важлива складова частина компетенції уповноваженого, без визначення якої існуючий хаос при прийнятті рішень колегією не зникне.

Безумовно, як запровадження нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, так і створення нових Комісії із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель потребує внесення відповідних змін до Закону України «Про публічні закупівлі» для узгодження правового регулювання. Проте в обох розглядуваних законопроектах відсутні відповідні нормативні пропозиції.

Хоча, на нашу думку, найбільш адекватним було б повне відокремлення функції оскарження у сфері публічних закупівель від діяльності АМКУ, але сьогодні, здається, ні законодавець, ні система органів виконавчої влади матеріально та ментально не готові до таких рішучих кроків. Проте, вважаємо, що запровадження нового органу АМКУ – уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель – суттєво знизить обсяг виробничого навантаження на державних уповноважених, а відповідно, повинно бути розглянуте питання щодо скорочення численності останніх. Вважаємо, що оптимальним за таких умов буде скорочення чисельності державних уповноважених до семи осіб за збереження кворуму для проведення засідань АМКУ в п'ять осіб.

Окремо звернемо увагу на пропозиції щодо зміни вимог до кандидатур і порядку

призначення Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, викладені шляхом доповнення Закону ст. 11-1 «Особливості призначення Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України».

Запропоновано запровадження конкурсного відбору, для чого передбачено формування конкурсної комісії шляхом надання пропозицій Президентом України, Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України. Зазначено, що членами Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України можуть бути особи, котрі мають повну вищу освіту, бездоганну ділову репутацію, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Також визначено, що членами Конкурсної комісії не можуть бути особи, які є членами органів управління суб'єктів господарювання, а також особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування відповідно до п. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції». Строк повноважень члена Конкурсної комісії становить сім років і може бути припинений достроково за ініціативи органу або особи, що призначила такого члена Конкурсної комісії, або за власною ініціативою члена Конкурсної комісії.

У зв'язку з цим викликає подив той факт, що кількість і зміст вимог до члена Конкурсної комісії значно перевищують і є більш складними порівняно з вимогами, які Закон передбачає до Голови та державних уповноважених, для яких обов'язковим є лише наявність вищої юридичної чи економічної освіти та стаж роботи за фахом не менше п'яти років протягом останніх десяти років. Також виникають труднощі для застосування таких критеріїв оцінки членів Конкурсної комісії, як бездоганна ділова репутація, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет. Чинне законодавство України не містить визначення критеріїв бездоганної ділової репутації, високих професійних і моральних якостей і суспільного авторитету і на практиці, якщо, звичайно, до цього ставитися сумлінно, виникатимуть проблеми з визначенням осіб, які відповідають таким вимогам. Тому відсутність критеріїв визначення бездоганної ділової репутації, високих професійних і моральних якостей і суспільного авторитету у проєкті свідчить про неповноту визначення відповідних оціночних критеріїв, що не відповідає вимогам якості законів у контексті забезпечення дії принципу верховенства права згідно зі ст. 8 Конституції України, адже юридична невизначеність

законодавчих норм призводить до їх довільного тлумачення як органами державної влади, так і іншими суб'єктами. Пропозиція щодо строку повноважень члена Конкурсної комісії в сім років не має жодного змістовного обґрунтування, окрім такого ж семирічного терміну перебування на посаді Голови та державних уповноважених. Хоча в чому полягає цей зв'язок, окрім арифметичного збігу, – не зрозуміло.

Також, як ми вже вище зазначали в аналогічному випадку, повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень на підставі закону. З огляду на те, що Конституція України не наділяє Президента України повноваженнями щодо призначення членів Конкурсної комісії з добору кандидатів на посади Голови, державного уповноваженого Антимонопольного комітету України, запропонований у проєкті порядок формування Комісії суперечить Основному Закону України.

На нашу думку, все це свідчить, що такі пропозиції, спрямовані на постійне укладення процедур призначення, не досягають своєї мети (прозорості, неупередженості і т. п.), а лише без кінця бюрократизують процес і вихолощують здоровий глузд і логіку у функціонуванні органів державної влади.

Щодо кандидатур Голови та державних уповноважених запропоновано додатковий критерій розподілу за ознакою освіти: у складі Антимонопольного комітету України не може бути менше п'яти державних уповноважених із юридичною освітою та не менше двох державних уповноважених з економічною освітою. На наш погляд, ця додаткова вимога у запропонованій редакції є зайвою, адже зовсім не зрозуміло, чим зумовлений саме такий розподіл фахівців. Гіпотетично можливо було б говорити про рівне представництво юристів та економістів, але це не можливо з огляду на непарну кількість членів АМКУ та можливість наявності в однієї особи одночасно юридичної та економічної освіти.

Також заслуговує на увагу внесення змін до п. 7 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо права органів АМКУ на доступ до інформації та документів, можливість їх вилучення й опломбування приміщень. Таким чином видаляються положення про можливість накладення арешту на предмети, документи та носії інформації, що є чинними сьогодні. По суті зміст повноваження залишається незмінним. Проте, на наш погляд, головним у цьому контексті є не лише право орга-

нів АМКУ здійснювати відповідні повноваження, але і необхідність і можливість забезпечувати їх виконання суб'єктами господарювання. Сьогодні є чинною норма, передбачена п. 9 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», що передбачає можливість залучення працівників органів внутрішніх справ, митних та інших правоохоронних органів для забезпечення проведення розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема в разі проведення розслідування. Проте сьогодні ця норма є лише декларацією, адже відсутній як порядок такого залучення, так і відповідний правовий механізм співпраці. На практиці працівники АМКУ при проведенні перевірок не мають жодних засобів впливу для забезпечення виконання їх вимог щодо суб'єктів перевірки у разі відмови або супротиву останніх.

До речі, з мого особистого досвіду роботи на посаді державного уповноваженого Антимонопольного комітету України знаю про дійсні випадки, коли при проведенні перевірки працівникам Комітету було відмовлено в доступі до носія інформації, і працівники не мали законних і достатніх засобів для силового забезпечення такого доступу, що в підсумку призводило до неможливості отримання інформації, а відповідно, і можливих доказів порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій.

Тому необхідним є запровадження дієвого механізму залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів для проведення виїзних перевірок, виїмки матеріальних доказів тощо. Для цього необхідно доповнити Закон України «Про Антимонопольний комітет України» окремою статтею, в якій чітко визначити випадки обов'язкового залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів, порядок взаємодії, передбачити відповідні джерела фінансування таких робочих заходів. Також необхідно доповнити кореспондуючими нормами Закону України, якими врегульовано діяльність відповідних підрозділів правоохоронних органів, а також розробити й укласти міжвідомчі двосторонні угоди про взаємодію для практичної реалізації запроваджених законодавчих норм.

У діяльності конкурентних відомств зарубіжних країн є практика існування відповідних силових підрозділів у їхньому складі, що безпосередньо забезпечує супровід працівників при здійсненні ними зовнішніх заходів, пов'язаних із проведенням перевірок суб'єктів господарювання та з можливістю створення перешкод

і супротиву представників суб'єкта перевірки законним вимогам перевіряючих. На нашу думку, такий спосіб є найбільш оптимальним, але він потребує створення у складі АМКУ відповідного постійного підрозділу, його кадрового та технічного забезпечення. Звісно, цей шлях є більш фінансово затратним і, враховуючи сьогоdnішній стан справ в Українській державі, навряд чи можливим для реального втілення. У будь-якому разі ситуація потребує свого виправлення, бо сьогодні має місце як функціональна прогалина в забезпеченні діяльності органів АМКУ, так і відсутність належного правового механізму для її подолання.

Серед новел також варто відзначити цілий блок норм, що запропоновано для внесення до Закону України «Про захист економічної конкуренції» в частині врегулювання процесуальних засад розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, визначених у розділі VII. Пропонується до закріплення ряд необхідних процесуальних засад, якими забезпечуються права особи на захист, право на об'єктивний, неупереджений розгляд, положення про зміст і порядок отримання доказів правопорушення, порядок надання вимог про подання інформації та відповіді на них, проведення перевірки суб'єктів господарювання, порядок формування та зміст подання з попередніми висновками у справі. Також запропоновано такі нові правові інститути на рівні Закону про порядок врегулювання спору у справах про порушення конкурентного законодавства, як комплаєнс-програма, розвинуті положення про звільнення від відповідальності учасника антиконкурентних узгоджених дій.

Звернемо увагу на одну із запропонованих процесуальних засад. У новій ст. 41-1 Закону запроваджується інститут понять. На нашу думку, залучення понять органами АМКУ можливе у разі залучення працівників органів внутрішніх справ для здійснення, за потреби, заходів при проведенні перевірки, адже понятій згідно з п. 25 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України є учасником кримінального провадження, якого залучають органи досудового розслідування до проведення процесуальних дій під час досудового розслідування. Проте й Антимонопольний комітет України не є органом досудового розслідування у розумінні КПК України. Необхідно або змінювати термінологічний ряд, або ґрунтовно перебудувати процесуальні засади дій органів АМКУ.

Взагалі з огляду на вищезазначене необхідно відзначити, що законодавство про захист економічної конкуренції поступово

формується в окрему галузь законодавства, яка має всі притаманні окремій галузі законодавства ознаки, що реалізуються в межах матеріальних і процесуальних норм. Проте чинне законодавство в його регулятивному змісті, особливо що стосується процесуальної частини, є фрагментарним і нецілісним. Давно назріла необхідність створення повноцінного процесуального кодексу у сфері захисту економічної конкуренції, де були б визначені та врегульовані всі етапи як дослідження, розслідування, так і безпосереднього підготовки до розгляду справ і прийняття по них рішення, а також особливості виконання, але в реальності нормотворча практика зводиться до наповнення змінами Закону України «Про захист економічної конкуренції», які швидше виконують роль латання дірок, а не створення системного процесуального порядку.

У законопроекті № 2730 реалізовані також окремі напрацювання АМКУ при підготовці Рекомендаційних роз'яснень «Щодо застосування положень ч. 2, 5 та 6 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ч. 1 та 2 ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що стосуються розрахунку штрафів» від 9 серпня 2016 р. [5]. Так, є положення про можливість коригування розміру штрафу з урахуванням обтяжуючих і пом'якшуючих обставин. Щоправда, запропонований перелік цих обставин у тексті законопроекту дуже звужений порівняно з чинним у межах Рекомендаційних роз'яснень. Вважаємо це недоліком законопроекту, адже Рекомендаційні роз'яснення приймалися з метою деталізації та розвитку Закону України «Про захист економічної конкуренції», заповнення певних нормативних прогалів, що надавало б змогу більш коректно, прогнозовано й адекватно визначати розміри штрафів, оскільки Законом встановлені лише їхні межі, які є достатньо широкими, і діапазон визначення покарання може бути надзвичайно великим. Тому, на наш погляд, доцільно розширити цей перелік із використанням Рекомендаційних роз'яснень, можливо, з певним удосконаленням та оптимізацією існуючих обтяжуючих і пом'якшуючих обставин.

Також у проекті розвинуто положення, якими врегульовується відповідальність за шкоду, завдану порушеннями конкурентного законодавства, запроваджено солідарну відповідальність за завдану шкоду внаслідок антиконкурентних узгоджених дій.

Окремо відзначимо пропозицію в рамках законопроекту № 2730 щодо внесення змін до Господарського процесуального кодексу України з пропозицією покладення повнова-

жень із вирішення спорів у сфері конкуренції на Вищий суд з питань інтелектуальної власності та економічної конкуренції.

Йдеться про створення спеціалізованого суду у сфері конкуренції шляхом додавання відповідних функцій Вищому суду з питань інтелектуальної власності. Але якщо процес створення Вищому суду з питань інтелектуальної власності триває певний час і пройшов ряд етапів нормативного й організаційного створення, то чи є механічна приставка «та економічної конкуренції» адекватною всім необхідним організаційним процедурам? Так, згідно зі ст. 125 Конституції України суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій із Вищою радою правосуддя.

Створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності здійснюється з метою розгляду справ з інтелектуальної власності, підвищення якості та скорочення строків розгляду таких спорів. З цієї метою були встановлені й додаткові вимоги до осіб, котрі можуть бути суддями Вищого суду з питань інтелектуальної власності, зокрема визначено, що «суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Вищому суді з питань інтелектуальної власності, а також відповідає одній із таких вимог: має стаж роботи на посаді судді не менше трьох років; має досвід професійної діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного) щонайменше п'ять років; має досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва в суді у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності щонайменше п'ять років» (ч. 1 ст. 33 Закону України «Про судоустрій та статус судів»). Таким чином, постає питання про те, що частина вказаних осіб може не мати достатньої кваліфікації для належного розгляду справ із питань економічної конкуренції. Також, навпаки, кваліфікаційні вимоги до суддів, котрі розглядатимуть справи з питань економічної конкуренції, повинні включати вимоги з досвіду у сфері інтелектуальної власності.

На нашу думку, це достатньо сира пропозиція, яка по суті є втіленням бажання причепити тематику економічної конкуренції до предмету іншої спрямованості вже майже сформованого спеціалізованого судового органу, тим самим заощадити на складній законодавчій та організаційній процедурі

створення спеціалізованого суду. Проте така ініціатива породжує цілий ряд питань, шляхи вирішення яких відсутні в тексті законопроекту. Безумовно, це кадровий склад спеціалізованого суду, вироблення спеціальних критеріїв для кандидатів у судді, визначення процесуальних засад судочинства у сфері захисту економічної конкуренції, погодження цілого ряду організаційних і нормативних питань, отримання необхідних висновків щодо доцільності існування такого спеціалізованого судового органу та погодження з боку Вищої ради правосуддя тощо, адже, якщо йти шляхом об'єднання в межах спеціалізованого суду декількох предметів спеціалізації, то чому б не додати ще одну-дві спеціалізації та тим самим не створити господарський суд номер два? Це, звичайно, абсурд. Тому вважаємо, що створення спеціалізованого суду повинно мати додаткову аргументацію й обґрунтування, а в представленому вигляді є недостатньо опрацьованою законодавчою пропозицією.

Підводячи ризик під стислим аналізом законопроекту № 2730, необхідно відзначити, що він містить достатньо багато змістовних і необхідних для розвитку правового регулювання новел до законодавства про захист економічної конкуренції. Проте поряд із назрілими змінами є багато недостатньо опрацьованих та аргументованих пропозицій, які загалом створили значні перешкоди для просування цього законопроекту та прийняття відповідного Закону України. На нашу думку, ряд перелічених та інших проблемних питань і неузгодженостей стали причиною того, що цей законопроект, як кажуть, завис у відповідних профільних комітетах, і його прийняття стає малоймовірним.

Натомість більш утилітарний і без претензій на масштаб «конкурентно-антимонопольної реформи» проект Закону про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» № 3132 від 27 лютого 2020 р., який зміг сьогодні пройти перше читання, мав би більше перспектив для прийняття. Це зумовлено тим, що, по-перше, він спрямований на вирішення давно назрілих гострих питань у сфері оскарження публічних закупівель і не охоплює інші сфери законодавства про захист економічної конкуренції та пропонує створення спеціалізованого в кадровому розумінні складу уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель із перспективою виокремлення Колегії (Комісії) в окремий орган.

Але, напевно, проаналізувавши організаційні та правові проблеми реалізації реформування діяльності Антимонопольного комітету України як органу оскарження у сфері публічних закупівель, законодавець дійшов думки, що узгоджувати всі складнощі, пов'язані із запровадженням нового органу у вигляді уповноважених із розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель буде достатньо складно у зв'язку з тим, що повноваження Президента України вичерпно передбачені у Конституції України (п. 31 ч. 1 ст. 106) і не можуть бути розширені шляхом надання йому додаткових повноважень. Як наслідок, з'явився проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо збільшення кількості державних уповноважених і забезпечення роботи органу оскарження» № 3779 від 02 липня 2020 р. [6].

Зміст цього законопроекту, як кажуть у народі, короткий, як постріл. Тому наведемо його повністю в частині нормативних новел:

І. Внести до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (Відомості Верховної Ради України, 1993 р., № 50, ст. 472, з наступними змінами) такі зміни:

1) у ст. 6:

в ч. 1 слово «восьми» замінити словом «дванадцяти»;

2) у ст. 12<sup>1</sup> ч. 1 викласти в такій редакції:

«Постійно діючі адміністративні колегії Антимонопольного комітету України утворюються Антимонопольним комітетом України з числа державних уповноважених Антимонопольного комітету України у складі трьох осіб. Постійно діючу адміністративну колегію очолює державний уповноважений зі складу постійно діючої адміністративної колегії».

Тобто зміни до законодавства про захист економічної конкуренції зводяться до простого збільшення кількості державних уповноважених із восьми до дванадцяти з метою кадрового забезпечення роботи постійно діючих колегій із розгляду скарг у сфері публічних закупівель. І відповідно передбачено, що очолювати колегію з розгляду скарг може державний уповноважений, а не лише заступник голови, як це вказано в чинній сьогодні редакції Закону. Прийняття цього законопроекту не пов'язане з необхідністю внесення змін до інших Законів України.

Цей законопроект має перспективу бути швидко прийнятим з огляду на його простоту, бо це по суті найпростіший метод «гасити пожежу» шляхом формування додаткового штату «пожежників». Певна ефективність на

короткому проміжку часу цього кроку повинна була бути. Хоча цей крок не вирішує по суті всього обсягу проблемних питань законодавчого регулювання у сфері захисту економічної конкуренції, лише частину з яких ми спробували зачепити в межах нашого короткого дослідження.

Невдовзі був зареєстрований ще один законопроект на розвиток попереднього «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо державних уповноважених і приведення норм закону у відповідність із Конституцією України» 3779-1 від 20 липня 2020 р. [7], в якому, окрім збільшення кількості державних уповноважених, запропоновано новий порядок призначення державних уповноважених і першого заступника та заступників Голови Антимонопольного комітету України, а саме вони призначаються на посади та звільнюються з посад Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України. Вважаємо, що запровадження такого порядку призначення членів Антимонопольного комітету України позбавить їх можливості бути незалежними при прийнятті рішень спрямованих на захист економічної конкуренції, адже КМУ здійснює управління державним сектором економіки і, відповідно, є великі ризики для забезпечення рівних умов для інших учасників господарських відносин. До того ж, АМКУ по суті втратить статус державного органу зі спеціальним статусом і стане на рівень з іншими центральними органами виконавчої влади, що входять до системи Кабінету Міністрів України.

Останнім із зареєстрованих на час написання цієї статті став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» № 4122 від 18 вересня 2020 р.» [8] (далі – законопроект № 4122). Він є достатньо стислим і водночас ґрунтовним за змістом. Коротко зупинимо увагу на основних запропонованих новелах.

Пропонується запровадження щорічного публічного звіту Голови Антимонопольного комітету України на пленарному засіданні Верховної Ради України, що є засобом підвищення контролю за діяльністю АМКУ.

Запропоновано відновити нещодавно реформовану структуру територіальних відділень АМКУ із представництвом в усіх областях України. Це конкретна і слухна пропозиція, спрямована на зупинення розвалу системи територіальних відділень шляхом їх укрупнення до регіональних із ліквідацією обласних.

Також запропоновано зменшити строк повноважень Голови АМКУ з існуючих семи років до п'яти із правом перебування на посаді не більше ніж два строки підряд. Пропозиція є логічною та відповідною нинішнім реаліям, коли Голова АМКУ подає у відставку невдовзі після виборів і зміни особи Президента України. Адекватним було б і зменшення терміну повноважень державних уповноважених до п'яти років, про що в законопроекті нічого не зазначено. Але водночас передбачається право державного уповноваженого входити до складу комісій, комітетів та інших органів, що створюються органами державної влади, органами місцевого самоврядування без згоди Антимонопольного комітету України. Це достатньо суперечливе положення, адже для входження державного уповноваженого до зовнішніх органів необхідним є прийняття певного рішення уповноваженим на це суб'єктом і таким суб'єктом логічно виступає Комітет. В іншому разі таке рішення буде змушений приймати Голова, адже ж існують усталені механізми для прийняття управлінських рішень, і державний уповноважений виконує свої функції в межах існуючої системи організаційно-адміністративних відносин. Вважаємо, що для цієї пропозиції відсутнє необхідне обґрунтування.

Також у законопроекті № 4122 запропоновано ряд новел до Закону України «Про захист економічної конкуренції». Ці новели стосуються як запровадження нової термінології, так і нових підходів до визначення монопольного (домінуючого) становища. Ці пропозиції є достатньо «революційними» в чинній відносно усталеній в цій частині нормативній базі, а тому потребують окремого ґрунтовного аналізу, що буде предметом наших наступних публікацій.

#### Висновки.

Загалом, коротко підсумовуючи стислий огляд законопроектної роботи Верховної Ради України у сфері захисту економічної конкуренції, необхідно відзначити, що сьогодні задекларована рядом депутатів нового складу Верховної Ради України конкуренційно-антимонопольна реформа, частково ідеологічно реалізована в текстах законопроектів № 2730 від 14 січня 2020 р. та № 2730-2 від 31 січня 2020 р., не реалізована у прийнятих законах України. Більш того, вказані законопроекти є достатньо сирими за змістом і мають невеликі перспективи для прийняття. Пропозиції законопроектів № 3779 від 02 липня 2020 р. та 3779-1 від 20 липня 2020 р. щодо чисельного збільшення кількості державних упо-



вноважених якісно не вирішують назрілих проблем функціонування АМКУ та заморожують їх на невизначений період. Положення законопроекту № 4122 мають більш збалансований і ґрунтовний зміст, але також потребують доопрацювання.

Проте загалом, на жаль, сьогодні законопроектна робота не вирішує давно назрілої необхідності кодифікації законодавства про захист економічної конкуренції. По суті мають місце спроби «латання дірок», які до того ж і не мають свого кінцевого втілення, а завершуються роботою в комітетах Верховної Ради України. Якщо так триватиме і надалі, то надії суспільства на якісний розвиток правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції залишаться марними. На жаль, рівень законотворчої роботи та якості нормативного продукту сьогоднішніх законодавців не надає достатніх підстав для оптимізму в цій сфері життя українського суспільства.

#### Список використаних джерел:

1. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо конкуренційно-антимонопольну реформу» № 2730 від 14 січня 2020 р. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67870](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67870).
2. Закон України «Про захист економічної конкуренції». *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 64.
3. Закон України «Про Антимонопольний комітет України». *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 50. Ст. 472.
4. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та деяких інших законодав-

чих актів України щодо вдосконалення системи органів Антимонопольного комітету» № 3132 від 27 лютого 2020 р. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=68260](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68260).

5. Рекомендаційні роз'яснення «Щодо застосування положень ч. 2, 5 та 6 ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ч. 1 та 2 ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», що стосуються розрахунку штрафів» від 9 серпня 2016 р. *Офіційний веб-портал Антимонопольного комітету України*. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/rekomendacijni-rozjasnennja-shchodo-zastosuvannja-polozhenchastin-drugoyi-pyatoyi-ta-shostoyi-statti-52-zakonu-ukrayini-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-chastin-pershoyi-ta-drugoyi-stat>.

6. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо збільшення кількості державних уповноважених та забезпечення роботи органу оскарження» № 3779 від 02 липня 2020 р. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=69339](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69339).

7. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» щодо державних уповноважених і приведення норм закону у відповідність із Конституцією України» 3779-1 від 20 липня 2020 р. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=69567](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69567).

8. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» № 4122 від 18 вересня 2020 р.». *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=69991](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69991).

#### **Valerii Polyukhovych. Prospects for improving the legislation on protection of economic competition (from the practice of legislation)**

*The article examines and analyzes the main bills on the protection of economic competition, registered by the Verkhovna Rada of Ukraine during 2020.*

*A number of voluminous draft laws have been prepared, which cover almost all issues in this area of economic relations.*

*The main regulations that are thoroughly researched and analyzed in the article are as follows:*

*Draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Competition and Antitrust Reform" № 2730 of January 14, 2020;*

*Draft Law of Ukraine "On Amendments to the Law of Ukraine "On the Antimonopoly Committee of Ukraine" and Certain Other Legislative Acts of Ukraine Concerning the Improvement of the System of Bodies of the Antimonopoly Committee" № 3132 of February 27, 2020;*

*Draft Law of Ukraine "On Amendments to the Law of Ukraine" On the Antimonopoly Committee of Ukraine "to increase the number of state commissioners and ensure the work of the appellate body" № 3779 of 02.07.2020;*

*Draft Law of Ukraine "On Amendments to the Law of Ukraine" On the Antimonopoly Committee of Ukraine "on State Commissioners and bringing the law into line with the Constitution of Ukraine" № 3779-1 of 20.07.2020;*

*Draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts in the Sphere of Antimonopoly Policy, Deoligarchization and Ensuring Fair Competition" № 4122 of September 18, 2020.*

*The main areas to be reformed in accordance with the submitted bills are the procedure for appointment and dismissal of the Chairman of the Antimonopoly Committee of Ukraine, his deputies and state commissioners. There are many different proposals for the number of state commissioners. In some bills, their number is proposed to increase to twelve.*

*There is also a proposal to reduce the term of office from the current seven years to five. We believe that this proposal is related to the five-year term of office of the President of Ukraine.*

*Also important in the area of reform is the existing procedure and procedure for appealing public procurement. A number of documents propose the introduction of a new body of the AMCU – the Commissioner for Complaints of Violations of Public Procurement Legislation.*

*Although, in our opinion, the most adequate would be the complete separation of the public procurement appeal function from the activities of the AMCU, as of today, it seems that neither the legislator nor the executive system is materially and mentally ready for such decisive steps.*

*Separately, we note the proposal to delegate the power to resolve disputes in the field of competition to the High Court of Intellectual Property and Economic Competition. We are talking about the creation of a specialized court in the field of competition by adding appropriate functions to the High Court of Intellectual Property. We believe that the creation of a specialized court should have additional arguments and justifications, and in this form is an insufficiently developed legislative proposal.*

*However, in general, unfortunately, as of today, the draft law does not solve the long-standing need to codify the legislation on the protection of economic competition. In fact, there are attempts to «patch holes», which, moreover, do not have their final embodiment, but usually end with work in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine. If this continues, society's hopes for the quality development of legal regulation in the field of protection of economic competition will remain in vain. Unfortunately, the level of legislative work and, accordingly, the quality of the normative product of today's legislators does not provide sufficient grounds for optimism in this area of Ukrainian society.*

**Key words:** bill, protection of economic competition, antitrust regulation, competition policy, reform of the system of legal regulation in the field of protection of economic competition.