

УДК 346.546

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.12>**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

ЩОДО ОКРЕМИХ ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОПОЗИЦІЙ ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ»

У статті проаналізовано зміст Проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 в частині запропонованих змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Розглянуто можливості запровадження нової термінології з питань захисту економічної конкуренції, зокрема «конгломератна горизонтальна інтеграція», «горизонтальна інтеграція», «вертикальна інтеграція», «перехресне фінансування», і пов'язане із цією пропозицією запровадження додаткових критеріїв для визначення монопольного (домінуючого) становища та додаткових обмежень у господарській діяльності.

Надано оцінку пропозицій щодо зменшення порогових показників для визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Ці пропозиції є проконкурентними, адже при зменшенні показників для визнання монопольного (домінуючого) становища має місце стимулювання суб'єктів господарювання намагатися не перевищувати їх значення при концентрації виробництва товару, наданні послуг і тим самим створюються умови для збільшення кількості учасників на ринку. Але водночас концентрація виробництва сприяє оптимізації виробничих процесів, зменшенню собівартості, підвищенню якості продукції. Тому при визначенні розміру відсотків для визнання монопольного (домінуючого) становища необхідно встановлювати певний баланс між прийнятним рівнем монополізації та необхідним рівнем конкуренції на ринку. Тому запропонована в такому вигляді механічна зміна арифметичних значень відсотків не є прийнятною та достатньою. Навпаки, потребує уточнення наявна термінологія, а саме терміни «значна конкуренція», «незначна конкуренція», «порівняно невеликий розмір часток ринку, що належать конкурентам».

Підтримано пропозицію щодо внесення змін до положення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, а саме поділ шляхом створення 2 і більше юридичних осіб і/або примусове відчуження підприємств, що займають монопольне (домінуюче) становище. Ця пропозиція заслуговує на прийняття, адже в цьому разі має місце розвиток чинної норми та її суттєве уточнення.

Ключові слова: реформування системи правового регулювання, законопроект, захист економічної конкуренції, антимонопольне регулювання, конкурентійна політика.

Постановка проблеми. Кадрові зміни вищих ешелонів державної влади України в результаті президентських і парламентських виборів у 2019 році стали «тригером» до так званого «турборежиму» законотворчих процесів у тому числі й у сфері захисту економічної конкуренції. Було підготовлено низку об'ємних законопроектів з питань антимонопольного регулювання, якими охоплюється майже вся проблематика в означеній сфері господарських відносин. Проте станом на сьогодні можна констатувати, що оголошена конкурентійно-антимонопольна реформа повністю провалена, адже жоден із запропонованих законопроектів не прийнятий.

Метою статті є розгляд окремих законодавчих пропозицій до Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Виклад основного матеріалу. У попередній статті з означеної тематики нами проаналізовано зміст низки законопроектів, зокрема, у частині можливих змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України», а саме щодо організаційних засад функціонування органів антимонопольного регулювання [1]. У статті приділимо увагу аналізу можливих перспективних новел правового регулювання предметних засад законодавства про захист економічної конкуренції.

У цьому сенсі на увагу заслуговує останній із зареєстрованих на час написання статті тематичний законопроект – Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 [2] (далі – Законопроект № 4122). Він є досить стислим, але ґрунтовним за змістом у частині базових засад антимонопольного регулювання. Зупинимо увагу на основних запропонованих новелах до Закону України «Про захист економічної конкуренції» [3].

Пропонується запровадження низки нових суттєвих за змістом термінів, а саме «конгломератна горизонтальна інтеграція», «горизонтальна інтеграція», «вертикальна інтеграція», «перехресне фінансування». Наведемо визначення цих термінів повністю для наступного аналізу їх нормативного змісту:

«Конгломератна горизонтальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, не пов'язаних спільним випуском товарів, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище.

Горизонтальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, пов'язаних спільним випуском товарів з використанням різних технологій, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище.

Вертикальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище і які пов'язані спільним технологічним циклом, при цьому випуск товарів частиною з них є складовою собівартості інших учасників групи.

Перехресне фінансування – фінансування збиткових видів господарською діяльністю за рахунок прибуткових видів діяльності у межах спільної господарської групи суб'єктів господарювання, об'єднаних спільним бенефіціаром, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище» [2].

Як убачається з наведеного тексту, усі можливі види інтеграції і перехресного фінансування мають дві спільні ознаки, а саме наявність в означених господарських відносинах хоча б одного суб'єкта господарювання, що визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище,

і пов'язаність (об'єднаність) спільним бенефіціаром.

Запровадження такої термінології є прогресивним напрямом у правовому регулюванні й загалом співзвучне з нормативними засадами Договору про функціонування Європейського Союзу та Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом. Проте необхідно звернути увагу на особливості формулювання норм права Європейського Союзу. Подібні правові норми відображені в Регламентах Ради ЄС і Комісії ЄС, проте там вони мають досить загальний характер і не мають наступної жорсткої нормативної прив'язки.

Узагалі правове регулювання Європейського Союзу у сфері антимонопольного регулювання характеризується поліваріантністю поведінки для господарюючих суб'єктів і можливістю застосування багатьох винятків навіть у здавалося б однозначних випадках. Вітчизняна правова традиція в цій сфері має більш чіткий нормативний порядок з обмеженням, як правило, набором можливих варіантів поведінки суб'єкта господарської діяльності.

У досліджуваному випадку в межах Законопроекту № 4122 запровадження цих норм має серед іншого таку реалізацію в нормах присвячених визначенню монопольного (домінуючого) становища та випадків застосування обмежень у діяльності суб'єктів господарювання. І саме у зв'язку з цим постає низка питань, які потребують додаткового обґрунтування й узгодження.

Так, стосовно визначення монопольного домінуючого становища запропоновано додати пункт 6 статті 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції» такого змісту:

«6. Монопольним (домінуючим) вважається також становище суб'єкта господарювання, якщо стосовно нього виконуються такі умови:

– він є учасником конгломератної горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 1 або більше відсотків;

– він є учасником вертикальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 10 або більше відсотків;

– він є учасником горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 5 або більше відсотків» [2].

І водночас стосовно обмежень у діяльності суб'єктів господарювання запропоновано додати пункти 3.1, 3.2, 3.3 до статті 18 Закону України «Про захист економічної конкуренції» такого змісту:

«3.1. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час конгломерат-

ної горизонтальної інтеграції суміщати банківську та страхову діяльність із будь-якими іншими напрямками діяльності.

3.2. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час вертикальної інтеграції використовувати перехресне фінансування.

3.3. Суб'єктам господарювання, об'єднанням забороняється під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи і податкові для окремих видів діяльності» [2].

Як ми бачимо, запровадження нової термінології та пов'язаних із цим наступних правових наслідків створює низку додаткових обмежень для суб'єктів господарської діяльності. На нашу думку, будь-які нові правові норми, що передбачають певні ускладнення й обмеження для господарюючих суб'єктів, повинні мати чітко визначену мету та обґрунтування їх запровадження. Проте викладені в пояснювальній записці до Проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» аргументи в обґрунтуванні необхідності прийняття Закону та мети й завдань Проекту мають здебільшого загальний характер і не містять конкретики в цій частині.

Виходячи зі змісту викладеного, цілком можливою є ситуація, коли суб'єкт господарської діяльності може бути визнаний монополістом з усіма наступними правовими наслідками за наявності частки на ринку товару в розмірі лише 1 відсотка. На нашу думку, така позиція є економічно необґрунтованою, містить пряме протиріччя й не кореспондує чинному масиву правового регулювання в цій сфері, адже учасником злиття в рамках конгломератної горизонтальної інтеграції, відповідно до визначеного терміна, є суб'єкт господарювання, який визначений таким, що займає монополісне (домінуюче) становище. Тоді постає логічне питання: за якими критеріями відбулося його визнання монополістом? Тобто він спочатку мав ознаки монополісного (домінуючого) становища, а потім став учасником конгломератної горизонтальної інтеграції чи навпаки? Тоді в першому випадку умовою визнання його монополістом, відповідно до чинного правового порядку, повинна бути частка в розмірі більше ніж 35 відсотків на ринку товару, а в другому – 1 відсоток або більше. Аналогічно постає питання й щодо учасників горизонтальної та вертикальної інтеграції.

На нашу думку, запровадження пов'язаних з новою термінологією додаткових критеріїв для визначення монополісного (домінуючого) становища є необґрунтованим, некореспондуючим чинному правовому регулюванню й таким, що не виправдано ускладнює діяльність суб'єктів господарювання.

Більше того, усі зазначені види інтеграцій є, відповідно до наведених визначень, злиттям в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром, тобто, по суті, одним із видів концентрації (ст. 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Тому в цьому випадку доцільним є узгодження з чинними положеннями щодо концентрації суб'єктів господарювання.

Водночас запровадження означеної термінології може бути виправдане розширенням у зв'язку з цим критеріїв обмежувальної діяльності суб'єктів господарювання. Але й у цьому випадку такі обмеження повинні мати своє обґрунтування та кореспондувати чинним положенням нормативних актів спеціального законодавства.

Так, при конгломератній горизонтальній інтеграції забороняється суміщення банківської та страхової діяльності з будь-якими іншими напрямками діяльності. Водночас спеціальними нормативними актами, якими регулюється банківська діяльність, зокрема Законом України «Про банки та банківську діяльність», передбачається існування банківської групи, у складі якої банківська діяльність може становити 50 і більше відсотків сукупного розміру середньоарифметичних значень активів усіх фінансових установ, що належать до цієї групи [4]. Разом із тим страхова діяльність, відповідно до Закону України «Про страхування», є виключним видом діяльності, а тому не потребує встановлення додаткових положень стосовно конгломератної горизонтальної інтеграції, адже в ст. 1 Закону України зазначено: «Підприємства, установи та організації не можуть стати страховиками шляхом внесення змін до статутних документів за умови, що вони попередньо займалися іншим видом діяльності, навіть у разі виконання положень цієї статті» [5].

Також як обмеження в діяльності суб'єктів господарювання пропонується заборонити суб'єктам господарювання, об'єднанням під час вертикальної інтеграції використовувати перехресне фінансування. У зв'язку з цим доцільно зазначити, що така заборона не є виправданою, адже в рамках технологічного процесу виробництва суб'єкти господарювання пов'язані спільним виробничим циклом, при цьому випуск товарів частиною з них є складником собівартості інших учасників групи. Окремі

ланки цього циклу можуть бути збитковими, але загалом група здійснює випуск продукції й бере участь у конкурентних відносинах на відповідному ринку.

Узагалі у світовій практиці антимонопольне регулювання більш терпимо ставиться до вертикальних обмежень конкуренції, ніж до горизонтальних. Це пояснюється тим, що такі угоди можуть сприяти появі нових продуктів, посиленню конкуренції між марками (навіть на шкоду конкуренції в межах однієї марки), супроводжуючись при цьому обмежуючою конкуренцію побічною дією. Потрібно відзначити, що низка систем антимонопольного права взагалі не містить вертикальної заборони, рівнозначної горизонтальній, а застосування вертикальних обмежень ставиться в залежність від ринкової сили (прецедентне право США, цей підхід довгий час застосовувався німецьким, а в період 1990–1996 років й угорським антимонопольним правом) [6].

Тому застосування вертикальних обмежень щодо перехресного фінансування, на наш погляд, можливе лише за наявності великого рівня монополізації ринку конкретного товару, про що має бути чітко визначено в законі.

Передбачена Законопроектом заборона суб'єктам господарювання, об'єднанням під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи й податкові для окремих видів діяльності, потребує не тільки аргументації, а й передусім регламентації, у тому числі й термінологічної, адже в цьому випадку повинні бути вирошені чіткі критерії для визначення суб'єкта учасником горизонтальної інтеграції, у тому числі з метою оподаткування.

Також суттєвою потенційною новелою в законодавстві є пропозиція внесення змін до ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції», спрямована на зменшення порогових відсотків для визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Так, у п. п. 2 і 3 ст. 12 Закону значення «35 відсотків» пропонується замінити на «20 відсотків», а в п. 5 – значення «50 відсотків» і «70 відсотків» замінити, відповідно, на «35 відсотків» і «40 відсотків».

Такі пропозиції, з одного боку, є проконкурентними, адже, зменшуючи порогові показники для визначення монопольного (домінуючого) становища, ми стимулюємо суб'єктів господарювання намагатися не перевищувати їх значення при концентрації виробництва товару, наданні послуг, тим

самим створюються умови для збільшення кількості учасників на ринку. З іншого боку, як відомо, концентрація виробництва сприяє оптимізації виробничих процесів, зменшенню собівартості, підвищенню якості продукції. Тому при визначенні розміру відсотків для визнання монопольного (домінуючого) становища необхідно встановлювати певний баланс між прийнятним рівнем монополізації та необхідним рівнем конкуренції на ринку.

На нашу думку, проста зміна арифметичних значень відсотків не є адекватним засобом для підвищення якості регулятивних процесів. Уважаємо, що насамперед необхідним є розвиток і деталізація вже чинних положень, позитивні результати застосування яких підтверджені практикою, але водночас є потреба для більшої детермінації правового регулювання.

Наприклад, потребує уточнення та чіткої детермінації відповідна термінологія, що вживається в тексті тієї ж ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Передусім це терміни «значна конкуренція», «незначна конкуренція», «порівняно невеликий розмір часток ринку, що належать конкурентам», адже саме із застосуванням цих термінів здійснюється визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Сьогодні вони мають характер оціночної категорії, а їх застосування повністю залежить від особистого сприйняття відповідного суб'єкта владних повноважень.

Тому, на наш погляд, запропонована в такому вигляді механічна зміна арифметичних значень відсотків не є прийнятною та достатньою для внесення змін до ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції», а нормативні зміни в цій частині можливі лише при комплексному, обґрунтованому підході для визначення всіх суттєвих чинників процесу визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання.

Також заслуговує на увагу пропозиція Законопроекту щодо зміни редакції пункту 1 ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції», де запропоновано деталізацію чинного положення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, а саме поділ шляхом створення 2 і більше юридичних осіб і/або примусове відчуження підприємств, що займають монопольне (домінуюче) становище. Ця пропозиція цілком слушна, адже в цьому випадку має місце розвиток чинної норми та її деталізація.

Висновки

Загалом оцінюючи зміст Проекту Закону України «Про внесення змін до дея-

ких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 в частині внесення змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції», необхідно відзначити, що запропоновані зміни є суттєвими й такими, що відповідають вимогам сьогодення. Проте більшість пропозицій потребують суттєвого доопрацювання, поглиблення та деталізації, що необхідно для того, щоб уникнути можливих небажаних ускладнень при здійсненні правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції.

Список використаних джерел:

1. Полохович В. Перспективи вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції

(з практики законотворення). *Підприємництво, господарство і право*. Київ, 2020. № 10. С. 51–60.

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції : Проект Закону України від 18.09.2020 № 4122. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69991.

3. Про захист економічної конкуренції : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 12. Ст. 64.

4. Про банки та банківську діяльність : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 5-6. Ст. 30.

5. Про страхування : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 18. Ст. 78.

6. Тихамер Тот. Антимонопольное право Европейского Союза. Будапешт, 2014. С. 150.

Valeriy Polyukhovych. Regarding certain legislative proposals to the Law of Ukraine “On protection of economic competition”

The article examines and analyzes the content of the draft Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts in the Sphere of Antimonopoly Policy, Deoligarchization and Fair Competition” № 4122 of 18.09.2020 in terms of proposed amendments to the Law of Ukraine “On Protection of Economic Competition”.

The possibility of introducing new terminology for the protection of economic competition, in particular, “conglomerate horizontal integration”, “horizontal integration”, “vertical integration”, “cross-financing” has been studied and evaluated.

The introduction of such terminology is a progressive direction in legal regulation and is generally in line with the normative principles of the Treaty on the Functioning of the European Union and the Association Agreement between Ukraine and the European Union. The introduction of a number of additional criteria for economic entities to determine the monopoly (dominant) position and additional restrictions in their economic activity related to the proposal of the new terminology is considered.

The introduction of additional criteria related to the new terminology to determine the monopoly (dominant) position is unjustified, does not correspond to the existing legal regulation and does not unduly complicate the activities of economic entities. New legal norms that provide for restrictions for business entities must have their own justification and correspond to the existing provisions of regulations of special banking and insurance legislation.

An assessment of the proposal to reduce the thresholds for recognizing the monopoly (dominant) position of the entity is given. It is determined that the mechanical replacement of arithmetic percentages proposed in this form is not acceptable and sufficient for making changes. On the contrary, the existing terminology of Art. 12 of the Law of Ukraine “On Protection of Economic Competition”, namely the terms “significant competition”, “minor competition”, “relatively small size of market shares owned by competitors”.

The proposal to detail the existing provision on compulsory division of an economic entity, namely division by creation of 2 or more legal entities and/or compulsory alienation of enterprises occupying a monopoly (dominant) position, is supported, because in this case the existing norm and its detailing.

Key words: reforming the system of legal regulation, draft law, protection of economic competition, antitrust regulation, competition policy.