

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНЦЕНТРАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЗА КОНКУРЕНТНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Статтю присвячено аналізу сутності та змісту категорії «економічна концентрація суб'єктів господарювання» в конкурентному законодавстві України. Зазначене завдання вирішується крізь призму аналізу видів правочинів і дій найбільш потужних в економічному плані суб'єктів господарювання, які потребують дозволу антимонопольного органу. Зазначається, що у світовій практиці контроль за економічною концентрацією суб'єктів господарювання може здійснюватись у двох формах контролю – попереднього і наступного (спрошеного). Вітчизняне конкурентне законодавство передбачає лише попередню форму контролю за економічною концентрацією суб'єктів господарювання. Звертається увага на прогалини чинного конкурентного законодавства щодо контролю за економічною концентрацією суб'єктів господарювання.

Ключові слова: конкуренція, економічна концентрація, попередній і наступний контроль, відповідальність, відшкодування шкоди, подача позову.



**Бобонич Євген
Федорович,**

кандидат юридичних наук, науковий співробітник НДС «Центр досліджень проблем прав людини» юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Основною формою попередження зловживань домінуючим становищем, що використовується в світовій практиці і вітчизняному антимонопольному законодавстві, є інститут контролю економічної концентрації господарювальних суб'єктів.

Питання правового регулювання концентрації суб'єктів господарювання було предметом наукових досліджень багатьох учених, зокрема В. Щербини, О. Вінник, І. Лукач, І. Шуміла, С. Валітова, О. Бакалінської, О. Беляневич, Ю. Журик, О. Каштанова, О. Чернелевської, Т. Удалова, К. Тотьєва, К. Писенка, І. Цинделіані, Б. Бадмаєва та ін.

Проте проблемними залишаються питання визначення критеріїв і порогових показників віднесення певних видів правочинів (договорів) та дій суб'єктів господарювання до економічної концентрації; доцільність передбачення інституту подальшого контролю за економічною концентрацією у вітчизняному конкурентному праві; повноваження органів Антимонопольного комітету України (далі – АМК України)

щодо оскарження до суду правочинів (договорів) та дій суб'єктів господарювання, учинених з порушенням процедури економічної концентрації [1, с. 72–75; 2, с. 521–522].

Процедуру контролю економічної концентрації – узгодження з органами АМК України певних видів правочинів (договорів) і дій суб'єктів господарювання – головним чином передбачено Законом України від 11 січня 2001 року № 2210-III «Про захист економічної конкуренції» [3] (далі – Закон).

Відповідно до ч. 2 ст. 22 Закону концентрацією визнаються такі *правочини (договори)* і дії суб'єктів господарювання:

1) *злиття* суб'єктів господарювання або *приєднання* одного суб'єкта господарювання до іншого; 2) *набуття* безпосередньо або через інших осіб *контролю* одним чи кількома суб'єктами господарювання над одним або кількома суб'єктами господарювання чи частинами суб'єктів господарювання, зокрема шляхом: а) безпосереднього або опосередкованого *придбання, набуття у власність іншим способом активів* у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, одержання в управління, оренду, лізинг, концесію чи набуття в інший спосіб права користування активами у вигляді цілісного майнового комплексу або структурного підрозділу суб'єкта господарювання, зокрема придбання активів суб'єкта господарювання, що ліквідується; б) *призначення або обрання на посаду керівника, заступника керівника спо-*

*стережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особи, яка вже обіймає одну чи кілька з перелічених посад в інших суб'єктах господарювання, або створення ситуації, за якої більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймаються одними й тими ж особами; 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, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання; 4) безпосереднє чи опосередковане *придбання, набуття у власність іншим способом чи одержання в управління часток (акцій, паїв)*, що забезпечує досягнення чи перевищення 25% або 50% голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.*

В останньому випадку потребують узгодження з органами АМК України тільки такі правочини (договори), що призводять до суттєвих змін в участі в управлінні суб'єктів господарювання, у результаті яких набувач часток (акцій, паїв) отримує в сукупності з тими, що вже має, частками (акціями, паями) більше 25% або 50% відсотків голосів у вищому органі управління відповідного суб'єкта господарювання.

Наприклад, якщо особа мала вже 12% акцій господарювального суб'єкта і має намір купити ще 10%, то така угода узгодження з органами АМК України не потребує, оскільки в результаті операції пороговий показник у 25% ще не досягнуто. Якщо особа захоче придбати ще, наприклад, 5% акцій, то такий правочин (договір) потребує погодження з органами АМК України, адже в його результаті в особи буде вже 27% акцій, що більше ніж 25%. Наступні правочини (договори) не будуть вимагати узгодження до того часу, поки не буде досягнуто наступний поріг – 50% [4, с. 214].

У світовій практиці контроль за економічною концентрацією суб'єктів господарювання може здійснюватись у двох формах контролю: попереднього, тобто завчасного узгодження з антимонопольним органом вчинення правочинів (договорів) чи дій суб'єктами господарювання, і наступного, тобто здійснюваного після того, як правочин (договір) чи дію вже здійснено. Попередній контроль реалізується за допомогою розгляду антимонопольним органом клопотання зацікавленої особи про здійснення угоди або дії, а наступний – у формі розгляду повідомлення зацікавленої особи про вже вчинену угоду або дію. Критерієм розмежування угод і дій, що підлягають погодженню в попередньому і наступному порядку, є ступінь потенційної небезпеки для конкуренції тієї чи іншої угоди або дії. Більш небезпечні для конкуренції угоди та дії погоджуються в попередньому порядку, менш небезпечні – у спрощеному для гос-

подарювального суб'єкта наступному порядку [4, с. 210].

Вітчизняне конкурентне законодавство передбачає лише попередню форму контролю за економічною концентрацією суб'єктів господарювання.

У статті 24 Закону визначено порогові показники, перевищення яких обумовлює обов'язок суб'єктів господарювання отримати попередній дозвіл органів АМК України на вчинення дій, передбачених ч. 2 ст. 22 Закону: 1) коли *сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації*, з урахуванням відносин контролю, за останній фінансовий рік, зокрема за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 12 млн. євро, визначену за офіційним валютним курсом, установленим Національним банком України, що діяв в останній день фінансового року, і при цьому дотримано дві умови:

– вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів, зокрема за кордоном, не менш як у двох учасників концентрації з урахуванням відносин контролю перевищує суму, еквівалентну 1 млн. євро, визначену за курсом Національного банку України, що діяв в останній день фінансового року в кожного;

– вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів в Україні хоча б одного учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю перевищує суму, еквівалентну 1 млн. євро, визначену за курсом Національного банку України, що діяв в останній день фінансового року. На наш погляд, друга

умова (характеристика учасників економічної концентрації) завжди буде наявною в разі дотримання першої з зазначених умов, а тому є фактично зайвою у ст. 24 Закону;

2) незалежно від сукупної вартості активів або сукупного обсягу реалізації товарів учасників концентрації, коли *частка на певному ринку товару будь-якого учасника концентрації* або сукупна частка учасників концентрації з урахуванням відносин контролю перевищує 35%, та концентрація відбувається на цьому чи суміжному з ним ринку товару.

У конкурентному законодавстві Російської Федерації, наприклад, порогові показники економічної концентрації суб'єктів господарювання також пов'язуються з визначенням величини балансової вартості майна, що становить предмет угоди або взаємопов'язаних угод.

Відповідно до ч. 2 ст. 24 Закону при розрахунку обсягів реалізації товарів учасників концентрації використовується сума прибутку (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за вирахуванням суми податку на додану вартість, акцизного податку, інших податків або зборів, базою для оподаткування в яких є обіг, за останній фінансовий звітний рік, що передував поданню заяви. Кошти, отримані від реалізації товарів у межах однієї групи суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю, якщо такий облік ведеться, не враховуються. Така реалізація товарів у силу того, що відбувається всередині однієї і тієї ж групи осіб, сукупна частка якої не може тому змі-

нитися від такої реалізації, меншою мірою становить потенційну загрозу для економічної конкуренції.

Якщо учасниками концентрації є комерційні банки, для розрахунку вартості активів та обсягів реалізації використовується десята частина вартості активів комерційного банку. У разі, коли учасниками концентрації є страховики, для розрахунку вартості активів страховика використовується сума неттоактивів, а для розрахунку обсягів реалізації товарів – сума доходів від страхової діяльності, визначених відповідно до законодавства України про страхову діяльність (ч. 3 ст. 24 Закону).

Частина 3 статті 22 Закону перераховує види правочинів (договорів) і дій, які не є економічною концентрацією і не потребують погодження органів АМК України: 1) створення суб'єкта господарювання, з метою чи внаслідок створення якого здійснюється координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання. Такі дії розглядаються як узгоджені відповідно до абзацу другого частини першої ст. 5 цього Закону; 2) придбання часток (акцій, паїв) суб'єкта господарювання особою, основним видом діяльності якої є проведення фінансових операцій чи операцій з цінними паперами, якщо це придбання здійснюється з метою їх подальшого перепродажу за умови, що зазначена особа не бере участі в голосуванні у вищому органі чи інших органах управління суб'єкта господарювання.

У такому разі подальший перепродаж має бути здійснений протягом одного року з дня придбання часток (акцій, паїв). На клопотання зазначених осіб з обґрунтуванням про неможливість здійснення подальшого перепродажу органи АМК України можуть прийняти рішення про продовження цього строку; 3) дії, що здійснюються між суб'єктами господарювання, пов'язаними відносинами контролю, у випадках, передбачених частиною другою цієї статті, крім випадків набуття такого контролю без отримання дозволу органів АМК України, якщо необхідність отримання такого дозволу передбачено законом; 4) набуття контролю над суб'єктом господарювання або його частиною, зокрема завдяки праву управління та розпорядження його майном, арбітражним керівником, службовою чи посадовою особою органу державної влади.

Як уже зазначалося, вітчизняне конкурентне законодавство передбачає лише форму попереднього контролю за учасниками економічної концентрації: концентрація, яка потребує дозволу відповідно до Закону, забороняється до надання дозволу на її здійснення. До надання такого дозволу учасники концентрації зобов'язані утримуватися від дій, які можуть призвести до обмеження конкуренції та неможливості відновлення початкового стану (ч. 5 ст. 24 Закону).

Відповідно до ст. 25 Закону органи АМК України надають дозвіл на концентрацію в разі, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині. Кабінет Міністрів України може

дозволити концентрацію, на здійснення якої АМК України не надав дозволу, якщо позитивний ефект для суспільних інтересів зазначеної концентрації переважає негативні наслідки обмеження конкуренції.

Закон (ст. 29) передбачає право суб'єктів господарювання звернутись до органів АМК України із заявою про надання попередніх висновків щодо концентрації. Таке право надається зацікавленим особам для того, щоб вони могли убезпечити себе від можливих витрат, що можуть статися внаслідок того, що правочини (договори) або дії, які вони бажають вчинити, можуть бути визнані органами АМК України такими, що обмежують конкуренцію. Все це, очевидно, може призвести до істотних додаткових витрат для підприємців: особи спочатку несуть витрати на вчинення таких правочинів (договорів) і дій, а потім витрати, пов'язані з усуненням наявних порушень уже постфактум. Тим самим, навіть якщо в угоді або діях буде відмовлено, єдиним негативним наслідком для господарювальних суб'єктів буде сам факт такої відмови в економічній концентрації та неможливість учинення такого правочину (договору) чи дії. Зайвих матеріальних витрат і часу на реєстрацію угод, дій не буде [4, с. 221].

Також, наприклад, якщо правочин (договір) або дії в цілому можуть бути визнані допустимими, але з виконанням певних вимог з боку органів АМК України (наприклад, утримуватися від монопольного завищення цін на свою продукцію, роботи, послуги; здійснити деякі структурні перетворення в корпоративному складі своєї

групи осіб, які повинні ніби нівелювати, урівноважувати негативний ефект, який відбудеться в результаті таких угод і дій), господарювальним суб'єктам доцільніше виконати ці вимоги заздалегідь, до здійснення операції чи дії, врахувати вимоги антимонопольного органу в процесі їх підготовки, ніж, наприклад, виправляти ситуацію, що настала вже після здійснення операції або дії. Із заяв про надання попередніх висновків про концентрацію справляється плата у розмірі 80 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 34 Закону).

Одержання попередніх висновків щодо концентрації не звільняє учасників концентрації від необхідності одержання дозволу на концентрацію. За подання заяв про надання дозволу на концентрацію справляється плата в розмірі 300 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а в разі сплати суми збору за надання попередніх висновків з цього питання — у розмірі 220 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Порушення порядку економічної концентрації відповідно до Закону є підставою для застосування органами АМК України заходів відповідальності відносно порушників. Таким чином, у межах контролю за економічною концентрацією здійснюється не лише попередження зловживань господарювальними суб'єктами своїм становищем на ринку, але і припинення таких зловживань.

Відповідно до ст. 50 Закону порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції щодо економічної концентрації суб'єктів господарювання визнаються:

— нездійснення протягом одного року наступного перепродажу з дня придбання часток (акцій, паїв) суб'єкта господарювання особою, основним видом діяльності якої є проведення фінансових операцій чи операцій з цінними паперами, якщо це придбання здійснювалося з метою їх подальшого перепродажу, а також участь зазначеної особи в голосуванні у вищому органі чи інших органах управління суб'єкта господарювання (п. 10);

— порушення положень погоджених з органами АМК України установчих документів суб'єкта господарювання, створеного в результаті концентрації, якщо це призводить до обмеження конкуренції (п. 11);

— концентрація без отримання відповідного дозволу органів АМК України, у разі якщо наявність такого дозволу необхідна (п. 12);

— невиконання учасниками концентрації вимог і зобов'язань, якими було обумовлене рішення про надання дозволу на концентрацію (п. 19).

За кожне із зазначених порушень процедури концентрації суб'єктів господарювання ст. 52 Закону передбачено штраф, який накладається органами АМК України на об'єднання, суб'єктів господарювання, у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Також відповідно до ст. 58 Закону АМК України вправі звернутися до суду з позовом про скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання, створеного з порушенням

процедури економічної концентрації. У той же час Закон не передбачає право АМК України звертатись до суду з позовом про визнання правочинів (договорів), укладених із порушенням процедури економічної концентрації, недійсними. З цього приводу Пленум Вищого господарського суду України у своїй Постанові від 26 грудня 2011 р. № 15 «Про деякі питання застосування конкурентного законодавства» зазначає, що недотримання умов концентрації суб'єктів господарювання може бути підставою для визнання недійсними правочинів, за якими відбулася така концентрація, лише *за позовами учасників правочинів* та згідно зі статтями 114, 204, 215 Цивільного кодексу України і відповідних норм аналізованого Закону.

Також інші особи, яким заподіяно шкоду внаслідок порушення законодавства про захист економічної конкуренції, можуть звернутися до господарського суду із заявою про її відшкодування. Шкода, заподіяна порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченими пп. 10, 12, 19 ст. 50 цього Закону, відшкодовується особою, що вчинила порушення, у подвійному розмірі завданої шкоди (ст. 55 Закону). Але знову ж таки, виходячи з норм Господарського процесуального кодексу України про умови підвідомчості спорів господарським судам України, право на звернення до господарського суду і, відповідно,

відшкодування завданої шкоди у подвійному розмірі на підставі цієї статті Закону надано лише іншим особам – суб'єктам господарювання. На споживачів таке право не поширюється.

Узагальнюючи викладене, слід підкреслити, що метою інституту контролю економічної концентрації є контроль певних правочинів (договорів) і дій найбільш потужних в економічному сенсі господарювальних суб'єктів з метою попередження виникнення на ринку в результаті таких правочинів (договорів) і дій ситуацій, характерних за наявністю умов і передумов до зловживання суб'єктами господарювання своїм домінуючим становищем, а також припинення таких зловживань.

Список використаних джерел:

1. Щербина В. С. Господарське право : підручник / В. С. Щербина. – 5-те вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 600 с.
2. Актуальні проблеми господарського права : навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 528 с.
3. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – №. 12. – Ст. 64.
4. Писенко К. А. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации : курс лекций / Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. ; под ред. С. В. Запольского. – М.: Российская академия правосудия; Статут, 2010. – 414 с.

Бобонич Е. Ф. Правовое регулирование института экономической концентрации субъектов хозяйствования в конкурентном законодательстве Украины.

Статья посвящена анализу сущности и содержания категории «экономическая концентрация субъектов хозяйствования» в конкурентном законодательстве Украины. Отмеченное задание решается сквозь призму анализа видов правовых сделок и действий, наиболее мощных в экономическом плане субъектов хозяйствования, которые требуют разрешения антимонопольного органа. Отмечается, что в мировой практике контроль над экономической концентрацией субъектов хозяйствования может осуществляться в двух формах контроля – предварительного и последующего (упрощенного). Отечественное конкурентное законодательство предусматривает лишь предварительную форму контроля над экономической концентрацией субъектов хозяйствования. Обращается внимание на пробелы действующего конкурентного законодательства относительно контроля над экономической концентрацией субъектов хозяйствования.

Ключевые слова: конкуренция, экономическая концентрация, предварительный и последующий контроль, ответственность, возмещение вреда, подача иска.

Bobonych E. F. Legal regulation of the institute of economic concentration of the subjects of economy pursuant to the competitive legislation of Ukraine.

The article is dedicated to the analysis of the content and essence of the category of «economic concentration of the subject of economy» in the competitive legislation of Ukraine. The specified task is resolved by means of the analysis of legal acts and deed of the most powerful economic subjects which require the authorization of antimonopoly body.

Still seem to be problematic the issues of definition of the criteria and threshold indexes of referring of some types of legal acts (contracts) and deed of economic subjects to the economic concentration. The next issue is the expediency of prevision of the institute of the following control over the economic concentration in the national competitive law. The following question consist of the rights of the antimonopoly body in terms of appeal to the court about the legal acts (contracts) and deeds of the economy subjects, made with the violation of the proceeding of economic concentration.

The proceeding of the control of economic concentration, in particular the coordination with antimonopoly bodies of Ukraine of certain types of legal acts (contracts) and deeds of the economy subjects is stipulated by the Law of Ukraine «About the protection of the economic competitiveness».

The law defines the types of legal acts (contracts) and deeds of the economic subjects which are not the economic concentration and do not require any authorization of the antimonopoly bodies of Ukraine.

According to the international practice the control over the economic concentration of the economy subjects can be done in two forms: previous one, in particular the previous coordination with the antimonopoly body of the commitment of legal acts (contracts) or deed by the economy subjects; and the posterior one, in particular the one which is effected after the commitment of legal acts (contracts) or deeds.

Antimonopoly bodies issue the authorization in case it does not cause the monopolization or significant limitation of competitiveness on the whole market or significant part of it.

The law foresees that the economy subjects have the right to appeal to the antimonopoly bodies of Ukraine with the claim about the previous conclusions about the concentration. This law shall be given to the interested persons so that they could protect themselves from possible expenses.

The receipt of the previous conclusions about the concentration will not release the members of the concentration from the necessity to receive the authorization for concentration.

The violation of the order of economic concentration according to the Law is a basis for the application by the antimonopoly bodies of the sanctions to the infractors. In such a way within the control of economic concentrations not only the prevention of abuse by the economy subjects of their position on the market is done, but also the elimination of such abuses.

Antimonopoly body of Ukraine has the right to apply to the court with a suit about cancellation of the state registration of the economy subjects formed with violation of the proceeding of economic concentration. At the same time the Law does not foresee the right of the Antimonopoly body of Ukraine to apply to the court with a suit about the recognition of the legal acts (contracts) concluded with the violation of the economic concentrations as the ones which do not have validity.

Key words: competitiveness, economic concentration, previous and posterior control, liability, damages compensation, presentation of suit.

Стаття надійшла до редакції 13.06.2014