

АНАЛІЗ ПРОБЛЕМИ

2.2.5. Недостатній обсяг інформації щодо діяльності Антимонопольного комітету України і наділення його низкою дискреційних повноважень ускладнюють громадський контроль за його діяльністю та обумовлюють високий рівень корупційних ризиків. Відсутня дієва програма пом'якшення відповідальності учасників картелю, які повідомили про картель та надали докази

Якісне конкурентійне законодавство, ефективне правозастосування та економічна політика, заснована на конкуренції, сприяють добробуту споживачів та економічному зростанню, одночасно роблячи ринки більш гнучкими та інноваційними. Завдячуючи роботі міжнародних організацій, які займаються розвитком та захистом конкуренції, в українських урядовців та законодавців завжди є актуальна та достовірна інформація щодо наявної проблематики в українському конкурентійному законодавстві, а також щодо тих сфер конкурентійного правозастосування, які потребують подальшого вдосконалення¹.

Серед висновків та рекомендацій, наданих такими організаціями за результатами здійснених ними досліджень, можна виокремити декілька груп факторів, усунення яких матиме наслідком не лише суттєве зниження корупційних ризиків у роботі Антимонопольного комітету (органу, що забезпечує державний захист конкуренції), а й дозволить підвищити ефективність функціонування системи захисту економічної конкуренції в Україні в цілому.

1. Положення чинного законодавства про захист економічної конкуренції не забезпечують належного рівня відкритості Антимонопольного комітету для громадськості та юридичної спільноти.

Зокрема, наразі відсутній обов'язок Антимонопольного комітету оприлюднювати рекомендації, які він надає, оприлюднювати перелік справ, які він розглядає, та інформувати про суть, стадії та перебіг їх розгляду.

Закритість інформації про рекомендації, що надаються, усуває громадський контроль за станом їх виконання, що є важливою складовою антимонопольної політики держави.

Неоприлюднення Комітетом інформації про стан розслідувань та справи, що перебувають в провадженні, з одного боку, збільшує корупційні ризики та негативно впливає на рівень довіри до відомства, а, з іншого, – позбавляє можливості потерпілих від порушення вступити до справи як третя особа з метою належного захисту своїх прав та законних інтересів. Як наслідок, порушники антимонопольного законодавства, впливові монополісти та учасники картелів, крім «грошової» переваги та можливостей адміністративного впливу, отримують ще й процесуальні «привілеї». Вони, на відміну від потерпілих споживачів, користуючись процесуальними правами, можуть впливати на перебіг розслідування та доносити до відомства свою позицію.

Як приклад забезпечення прозорості діяльності конкурентних відомств можна взяти модель відомства Великої Британії (СМА), на офіційному веб-порталі якого в певному

¹ Див., наприклад: Огляд ОЕСР «Конкурентне право та політика в Україні». 2008. URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/41165982.pdf>; Огляд ОЕСР законодавства і політики у сфері забезпечення конкуренції. Звіт щодо виконання попередніх рекомендацій». 2016. URL: https://www.oecd.org/daf/competition/UKRAINE-OECD-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy_WEBUKR.pdf; Меморандум про економічну та фінансову політику (МБФ). 2021. URL: https://mof.gov.ua/storage/files/%D0%A3%D0%9A%D0%A0_24_11_21.pdf.

розділі (вкладці)² розміщено інформацію про справу конкретного суб'єкта господарювання, в тому числі, дата відкриття, стан справи, сектор ринку, хронологія подій щодо надання рекомендацій, розслідування, запрошення сторін тощо, також розміщено документи, що стосуються справи (рекомендації, розпорядження, рішення тощо). Також вдалим прикладом є веб-сайт антимонопольного відомства США³.

Крім того, неоприлюднення інформації стосовно заявлених концентрацій (назва та організаційно-правова форма учасників концентрації, зміст заявлених дій) фактично виключає можливість подання іншими учасниками ринків своїх застережень чи іншої корисної інформації щодо заявленої концентрації до прийняття рішення Комітету про надання дозволу на її здійснення. Після прийняття рішення про надання дозволу на концентрацію, подання застережень конкурентами чи іншими учасниками ринку втрачає сенс. Практика повідомлення про майбутню концентрацію використовується конкурентними відомствами країн ЄС і є одним з ключових кроків антимонопольної реформи та адаптації законодавства про захист економічної конкуренції до законодавства ЄС. У цьому контексті недостатніми видаються положення ч. 4 ст. 27 Закону України «Про захист економічної конкуренції», де вживається словосполучення «Інформація стосовно заявлених узгоджених дій може бути опублікована в друкованих чи електронних засобах масової інформації або оприлюднена Антимонопольним комітетом України чи його територіальним відділенням в інший спосіб» із диспозитивним способом викладу правового матеріалу.

Практика конкурентних відомств ЄС свідчить про те, що відомства оприлюднюють інформації щодо усіх заявлених концентрацій. До прикладу конкурентне відомство Австрії (BWB) опубліковує таку інформацію на наступний день після подання заявки на концентрацію. Завдяки зручному інтерфейсу веб-сайту, зацікавлені особи можуть переглянути актуальний перелік поданих заявок, їх поточний статус, назви сторін, сутність концентрації, ринок, на якому відбувається концентрація⁴.

У зв'язку із наведеним у *Державній антикорупційній програмі на 2023 – 2025 роки* запропоновано розробити проект Закону, яким зобов'язати АМКУ та його територіальні відділення оприлюднювати:

1) рекомендації (повний текст), які надаються органам державної влади, органам місцевого самоврядування, установам, організаціям, суб'єктам господарювання, об'єднанням;

2) вичерпний перелік справ, які перебувають на розгляді Антимонопольного комітету України, із зазначенням за кожною справою про порушення законодавства про захист економічної конкуренції в динаміці інформації, зокрема, про суть справи, відповідальний структурний підрозділ та відповідального державного уповноваженого, строк розгляду та стадію розслідування у справі, підстави для продовження строку розгляду справи;

3) повні тексти нормативно-правових актів та роз'яснень, які приймає та надає Антимонопольний комітет.

2. Наділення Антимонопольного комітету низкою дискреційних повноважень:

- відсутність прозорого механізму визначення та заміни державних уповноважених, відповідальних за розгляд справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, який би враховував їх професійні якості та досвід, сприяв неупередженості, незалежності, законності та обґрунтованості рішень, які вони приймають;

- дискреція у визначенні розміру штрафу, який накладається за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

² Вкладка «Справи» на сторінці Управління з питань конкуренції та ринків на офіційному веб-порталі Уряду Великобританії. URL: <https://www.gov.uk/cma-cases>.

³ Сторінка Федеральної Комісії торгівлі. URL: <https://www.ftc.gov/>.

⁴ Див. відповідну вкладку сторінки Федерального органу з конкуренції. URL: <https://www.bwb.gv.at/en/merger-control/2022>.

Окремі аспекти діяльності Антимонопольного комітету, зокрема, пов'язані з процедурою розгляду справ, законом чітко не регламентовані, що надає змогу посадовим особам Комітету приймати рішення на власний розсуд. Це не сприяє передбачуваності та відкритості діяльності відомства, що негативно впливає і на рішення, які воно приймає.

Трапляються випадки застосування неоднакових підходів до різних суб'єктів: одні справи можуть розслідуватись кілька місяців, розслідування ж інших може тривати роками без жодних об'єктивних на те причин⁵. Ситуація ускладнюється і тим фактом, що на законодавчому рівні не встановлено граничної тривалості розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, а також факторів, які можуть на неї впливати⁶.

При цьому спроби врегулювати строки раніше вже мали місце. Зокрема, встановлення максимальних строків розгляду справи пропонувалося законопроектами із реєстр. № 6746 від 17.07.2017⁷ та 0969 від 29.08.2019⁸, однак щодо обох законопроектів Президентом України було застосовано право вето із наданням пропозицій, які так і не були розглянуті Верховною Радою України.

В минулому широкого застосування набула практика, коли керівник відомства без жодних пояснень міг вилучити справу в одного державного уповноваженого та передати її на розслідування іншому⁹. Це могло використовуватись як покарання для нелояльних до керівника членів Комітету або як спосіб змінити хід та напрямок розслідування, що зрештою, має вплив на його результати.

Процедура розподілу між членами Комітету завдань з розслідування справ також є непрозорою. Критерії, на підставі яких ті чи інші справи потрапляють на розслідування до одного або іншого державного уповноваженого, або у відповідне територіальне відділення, не визначені.

Зазначені обставини створюють умови для необ'єктивного та непрозорого розподілу справ на підставі суб'єктивних факторів, наприклад, з урахуванням наближеності того чи іншого державного уповноваженого до окремих бізнес-груп, що є передумовою для вчинення корупційних правопорушень. При цьому у законодавстві про захист економічної конкуренції відсутні положення, які б надавали учасникам процесу право заявляти відводи державним уповноваженим, відповідальним за розслідування справ, що сприяло б зменшенню можливостей для зловживань посадовими особами при розгляді справ: ні Закони «Про захист економічної конкуренції», «Про Антимонопольний комітет України», «Про захист від недобросовісної конкуренції», ні Тимчасові правила розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України, затверджені розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.04.1994 № 5 не містять положення про право відповідача у справі заявити відвід державному уповноваженому. На практиці складається

⁵ Огляд ОЕСР законодавства і політики у сфері забезпечення конкуренції. Звіт щодо виконання попередніх рекомендацій». – 2016 (с. 76: «Крім того, історично за АМКУ закріпилася репутація непрозорого й непослідовного органу влади, який затримує розгляд справ»). URL: https://www.oecd.org/daf/competition/UKRAINE-OECD-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy_WEBUKR.pdf

⁶ Всеукраїнське професійне юридичне видання «Юридична Газета» № 8 (662), публікація «На захисті економічної конкуренції». URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/na-zahisti-ekonomichnoyi-konkurenciyi.html>.

⁷ Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції: проект Закону України із реєстр. № 6746 від 17.07.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62321.

⁸ Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції: проект Закону України із реєстр. № 0969 від 29.08.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66536.

⁹ Див., наприклад, публікацію від 07.08.2019 «АМКУ vs Ostchem: гра в піддавки чи прокляття непрофесіоналізму», видання «Наші Гроші». URL: <https://nashigroshi.org/2019/08/07/amku-vs-ostchem-hra-v-piddavky-chy-prokliattia-neprofesionalizmu/>.

ситуація, у якій відповідач формально може подати клопотання про відвід державного уповноваженого Антимонопольного комітету у справі, однак останній має дискрецію відхилити дане клопотання.

Законодавство України про захист економічної конкуренції не містить положень, які б встановлювали на рівні закону принципи визначення Антимонопольним комітетом конкретних розмірів штрафів в межах, встановлених Законом України «Про захист економічної конкуренції».

При цьому процедура визначення Антимонопольним комітетом розміру штрафу є непрозорою та такою, що містить корупційні ризики. За законом, розмір штрафу може сягати від 0% до 10% (або ж до 1%, до 5%, залежно від виду порушення) від річного доходу порушника. На практиці такий штраф може бути визначений у діапазоні від 1 гривні до мільярдів гривень. Прагнучи підвищити прозорість та передбачуваність правозастосування в цій частині, та мінімізувати дискрецію власних повноважень щодо встановлення розміру штрафів, Антимонопольний комітет прийняв рекомендаційні роз'яснення щодо порядку розрахунку штрафу¹⁰.

Однак зазначені рекомендації не є нормативно-правовим актом, не є обов'язковими до застосування органами Комітету, не можуть застосовуватись судом, правоохоронними органами та громадськістю для зовнішнього контролю за діяльністю відомства, а також останнім часом не дотримувалися самим Комітетом.

До прикладу, у 2020 році за змову на 42 торгах (загальною очікуваною вартістю близько 700 млн грн) Комітет оштрафував¹¹ компанію «Інтерпайп Україна» на 69,3 млн грн, що склало лише близько 4% від максимального розміру санкції (0,43% від доходу порушника). У 2021 ж році, за змову на 60 торгах з закупівлі шкільного харчування (загальною очікуваною вартістю близько 245 млн грн) Комітет оштрафував¹², зокрема, ФОП Сергієнко В.І. на 82,1 млн грн, та ФОП Мазаратій Н.І. на 16,5 млн грн, тобто застосував до обох ФОПів 100% від максимального розміру санкцій (10% від доходу кожного з порушників).

У зв'язку з наведеним у *Державній антикорупційній програмі на 2023 – 2025 роки*, зокрема, запропоновано:

- 1) встановити граничні строки розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції для кожного з видів правопорушень;
- 2) встановити прозорий та недискримінаційний порядок визначення та заміни державних уповноважених;
- 3) встановити право осіб, які беруть участь у справі, заявляти відводи державним уповноваженим.

3. Програма звільнення від відповідальності учасників картелів (Leniency) недостатньо ефективна.

У Європейському Союзі та США програма звільнення або пом'якшення відповідальності учасників картелів є одним з найбільш дієвих способів виявлення картелів та боротьби з ними. Однак подібна норма в українському законодавстві про захист економічної конкуренції за понад 20 років існування не знайшла широкого застосування. Так, з середини 2012 року по кінець 2020 року до Комітету було подано три заяви про

¹⁰ Рекомендаційні роз'яснення АМКУ від 09.08.2016 № 39-пр «Щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d69103546d46.pdf.

¹¹ Рішення АМКУ від 29.10.2020 № 677-р. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-152>.

¹² Рішення АМКУ від 26.10.2021 № 142-р/тк. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-256>.

звільнення від відповідальності¹³. Для порівняння: лише до Федерального картельного офісу Німеччини (Bundeskartellamt) протягом 2012–2014 років щорічно надходило 50–70 таких заяв¹⁴.

Саме завдяки програмі «Leniency» конкурентні відомства світу мають змогу швидко та ефективно розслідувати картельні справи. Компанія, що повідомляє відомству про існування картелю, його учасників, мету створення тощо, може уникнути штрафу за порушення. Але для цього вона має надати всю відому інформацію та докази, не знищувати їх та співпрацювати з контролюючим органом.

Закон України «Про захист економічної конкуренції» містить положення про програму звільнення від відповідальності, метою якої є сприяння викриттю незаконних узгоджених дій.

Однак, крім статті 6, що містить загальні умови звільнення від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій для осіб, Закон на сьогодні не деталізує механізм звернення суб'єкта до Комітету, розгляду таких звернень тощо.

Також Закон не передбачає можливості пом'якшення відповідальності для інших учасників картелю, в обмін на їх сприяння здійсненню Антимонопольним комітетом швидкого та ефективного розслідування картелю.

З огляду на зазначене у *Державній антикорупційній програмі на 2023 – 2025 роки* закладено систему заходів, які передбачають внесення змін до законодавства про захист економічної конкуренції задля вдосконалення механізму звільнення або пом'якшення відповідальності учасників картелю.

¹³ Див. щодо цього публікацію Т. Симоненко «В Україні тільки тричі пробували розвалити картелі по програмі «Leniency». URL: <https://zn.ua/ukr/ECONOMICS/v-ukrajini-tilki-trichi-probuvali-rozvaliti-karteli-po-prohrami-leniency.html>.

¹⁴ Карп'юк О. Програма «Ліненсі» у конкурентній політиці країн світу (с. 80). URL: [http://zt.knute.edu.ua/files/2016/2\(85\)/8.pdf](http://zt.knute.edu.ua/files/2016/2(85)/8.pdf).