

ДЕЯКІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ УЗГОДЖЕНИХ ДІЙ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

БОРСУК Наталія Яківна - кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри правового регулювання економіки ДВНЗ «КНЕУ імені Вадима Гетьмана»

УДК 346.546.4

В статті аналізується поняття «согласованные действия субъектов хозяйствования», определяется его содержание, исследуется механизм расследования антиконкурентных согласованных действий, определяются его проблемы и предлагаются пути их решения.

Ключові слова: захист економічної конкуренції, узгоджені дії суб'єктів господарювання, розслідування, органи Антимонопольного комітету України.

Із метою запобігання недопущенню, усуненню чи обмеженню конкуренції Антимонопольний комітет України надає дозвіл або відмовляє в наданні дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання. Такий вид діяльності держави спрямований на попередження найнебезпечніших порушень у сфері захисту економічної конкуренції – антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання.

Антиконкурентні узгоджені дії є особливо небезпечними для суспільства не тільки тому, що завдають безпосередньо величезної шкоди значній частині населення, а й тому, що внаслідок усунення конкуренції, як основного регулятора економічного розвитку, зупиняють економічний розвиток, підривають економічну стабільність у країні і безпосередньо стосуються економічної безпеки держави. При цьому, надзвичайну небезпеку для України становлять так звані «імпортні картелі», що стосуються постачання товарів в Україну особливо стратегічного значення (енергетичних ресурсів, нафти тощо), а також антиконкурентні узгоджені дії трансна-

ціональних корпорацій, не розташованих в Україні. І хоча в національному законодавстві за створення картелів передбачена відповідальність у вигляді штрафу до 10 відсотків річного доходу суб'єкта господарювання, але це лише один із багатьох елементів системи, необхідної для недопущення цих порушень.

Необхідно зазначити, що останнім часом окремим проблемам узгоджених дій присвячено низку дисертаційних досліджень, зокрема, О.О. Бакалінської «Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління», О.С. Каштанова «Правовий захист від антиконкурентних дій в економічній конкуренції», Ю.В. Журика «Розгляд Антимонопольним комітетом України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції». Деяким аспектам узгоджених дій приділяли увагу О. Нечипоренко, З. Борисенко, О. Мельниченко, О. Вознюк та ін.. Незважаючи на вагомий внесок цих вчених у розвиток законодавства про захист економічної конкуренції, досліджуване питання у їх працях розкрито частково.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі аналізу теоретичних джерел, чинних нормативно-правових актів, законопроектів, міжнародно-правових документів, практики застосування органами Антимонопольного комітету України законодавства про захист економічної конкуренції розкрити правові аспекти узгоджених дій суб'єктів господарювання у сфері захисту економічної конкуренції, сформулювати теоретичні висновки

та практичні рекомендації щодо напрямів удосконалення їх нормативно-правового регулювання.

Відповідно до частини першої статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон) узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання [1]. Із наведеного випливає, що зміст узгоджених дій полягає в узгодженні суб'єктами господарювання своєї конкурентної поведінки, яка може виступати як діяльність, тобто вчинення певних дій, так і як бездіяльність, тобто утримання від певних дій. Відмова суб'єктів господарювання від самостійності при прийнятті рішень у процесі зазначеного змагання розуміється як «узгодження». Формами такого узгодження можуть бути як прямо зазначені в Законі укладання угод, прийняття рішень об'єднаннями суб'єктів господарювання, так і будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка.

Попереднє одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України є обов'язковим на вчинення суб'єктами господарювання узгоджених дій, що призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.

Відносно новим у законодавстві про захист економічної конкуренції є положення частини третьої статті 6 Закону, відповідно до якого [1] антиконкурентними узгодженими діями вважається також вчинення суб'єктами господарювання схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції у разі, якщо аналіз ситуації на ринку спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності). Дана норма містить досить оціночні поняття (як-то, схожі дії, спростування наявності об'єктивних причин для вчинення таких дій, аналіз ситуації на ринку), які вимагають належного їх обґрунтування при доведенні порушення вчинення антиконкурентних узгоджених дій. Зокрема, під час прийняття відповідних управлінських рішень треба давати належну оцінку

їх наслідків для конкуренції, моніторити товарні ринки, аналізувати стан конкуренції на них, прогнозувати їх розвиток. Для цього органи Антимонопольного комітету України повинні вести плідну співпрацю з органами галузевого і територіального управління економікою.

Узгоджені дії можуть бути дозволені відповідними органами Антимонопольного комітету України, якщо їх учасники доведуть, що ці дії сприяють: вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації товару; техніко-технологічному, економічному розвитку; розвитку малих або середніх підприємств; оптимізації експорту чи імпорту товарів; розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов або стандартів на товари; раціоналізації виробництва [1; 2]. Отже, не всі узгоджені дії вважаються антиконкурентними.

Виходячи з наведеного, можна визначити три основні типи загроз для економічної конкуренції, які виникають внаслідок узгоджених дій. Перша загроза характеризується поняттям «недопущення» і стосується негативного впливу на потенційну конкуренцію, внаслідок чого вона не може стати реальною конкуренцією. По-друге, узгоджені дії можуть повністю знищити вже наявну конкуренцію, таку загрозу трактують через поняття «усунення». І, нарешті, третя загроза, яка тлумачиться через концепцію «обмеження», полягає у тому, що певний рівень як наявної, так і потенційної конкуренції, залишається на ринку, але індивідуальна свобода суб'єктів господарювання визначати власну ринкову поведінку, а також ефективність функціонування системи вільного ринку знижується в більшій чи в меншій мірі.

Протягом 2010 року органами Антимонопольного комітету України розглянуто 65 заяв про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання, що на 10,2 відсотка більше, ніж за попередній рік (59 заяв). За результатами їхнього розгляду у 50 випадках на здійснення заявлених узгоджених дій надано дозвіл.

До найсерйозніших порушень у сфері захисту економічної конкуренції в усьому світі відносять домовленості між конкурентами (змови, картелі, в національному законодавстві про захист економічної конкуренції –

це – антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання). Аналіз законодавства про захист економічної конкуренції та практика його застосування дозволяє зробити висновок, що основними процесуальними інструментами, що використовуються органами Антимонопольного комітету України в процесі одержання доказів таких порушень, є:

– письмове витребування інформації (проблемне питання – забезпечення належного вручення);

– одержання усних пояснень (проблемне питання – забезпечення присутності особи, пояснення якої необхідні. В основному, це можливо лише під час раптової перевірки суб'єкта господарювання, коли така особа є на робочому місці);

– проведення перевірки. Це найбільш ефективний інструмент одержання доказів, порівняно з попередніми. Разом із тим працівники Антимонопольного комітету України не мають повноважень на проведення обшуку, примусове відчинення приміщень і шаф і, фактично, мають доступ до документів, які добровільно надаються перевіряючим на їх вимогу або були вчасно взяті ними, коли документи перебували у відкритому доступі;

– вилучення оригіналів документів чи інших доказів. Застосування процедури вилучення є можливим за умови, що, по-перше, ці докази не було надано, по-друге, відомо, які це докази. Вилучення не передбачає обшуку і здійснюється лише в приміщеннях (також транспортних засобах) юридичних осіб.

Прослуховування телефонних розмов та перегляд електронної пошти, як негласні методи розслідування, не передбачені у законодавстві про захист економічної конкуренції. Використання для цього оперативної розшукової діяльності правоохоронних органів не передбачається можливим, оскільки українська правова доктрина не допускає використання оперативної розшукової діяльності поза межами Кримінального процесу та окремих спеціально визначених законом випадках. Відеотехніка та аудіотехніка можуть використовуватись як гласні засоби фіксації доказів, наприклад, при фіксуванні пояснень, фіксуванні створення перешкод. Проте, виключається можливість їх використання як негласних методів збирання доказів.

У разі забезпечення можливості доступу до комп'ютерів є можливим перегляд електронної пошти та інших електронних документів, із подальшою їх фіксацією на відповідних електронних носіях та протокольним оформленням такої фіксації або у паперовій формі.

Крім цього, в законодавстві про захист економічної конкуренції немає інституту виїмки, хоча існує інститут вилучення, фактично, аналогічний інституту виїмки у кримінальному процесі.

Як правило, використання таких процесуальних інструментів збору доказів як перевірка та вилучення, найбільш ефективно на сьогодні у справах про змови між учасниками торгів (тендерів), що пов'язано зі специфікою доказів, що можуть бути отримані для доведення таких порушень.

У картелях, здебільшого, використовують метод доведення порушення, передбачений частиною 3 статті 6 Закону [1], в основі якого використовується інформація щодо економіки підприємства та кон'юнктури ринку і одержання якої можливе без проведення вилучення чи, навіть, перевірки.

Питання забезпечення доказів на сьогодні врегульовано статтями 35, 36, 40, 41, 43, 44 Закону [1], статтею 221 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» [4]. Критеріїв щодо допустимості, належності та достатності доказів зазначеними Законами і підзаконними актами спеціально не встановлено. Частково питання джерел та оформлення доказів регулюються Методикою визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку [5] (щодо доказів становища на ринку), Положенням про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції [6], Правилами розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції [7].

Достатність доказів визначається на практиці, виходячи з необхідності довести склад порушення, передбачений законом. Внутрішніх документів щодо цих питань на сьогодні Антимонопольний комітет України не має. Показання свідків, як доказ, не передбачений законодавством про захист економічної конкуренції. Натомість, доказа-

ми можуть бути усні чи письмові пояснення посадових осіб, працівників, фізичних осіб. Усні пояснення фіксуються у протоколі. На практиці найбільш поширеною категорією справ, де використовуються усні пояснення фізичних осіб (у т.ч. працівників, посадових осіб), є справи про змови на тендерах (пункт 4 частини другої статті 6 Закону [1]). Висновки експертів можуть бути доказами у справах. На практиці експерти (за визначенням – незалежні) залучаються рідко. Причина цього – при доведенні порушень не часто виникають питання, що потребують висновків експерта.

Світова практика і досвід Антимонопольного комітету засвідчують, що розкриття цих витончених порушень, організаторами та учасниками яких, як правило, є високоосвічені та високоінтелектуальні менеджери і власники, вимагає використання адекватних методів розслідування – використання спеціальних процесуальних інструментів для збору доказів, залучення правоохоронних органів, проведення негласних методів розслідування. Антиконтрентні змови мають складові тінювих економічних відносин, а, як слушно наголошує В.М. Попович [8], пізнання системи тінювої економіки потребує комплексного застосування кримінологічних, економічних і організаційно-правових знань, розробки спеціального понятійного апарату, теоретико-методологічних і праксеологічних засад, інтерпретації цих знань, а також відповідних методів і методик оцінки тінювих процесів та детінізації економіки.

Хоча статтею 45 Закону України «Про захист економічної конкуренції» [1] передбачено сприяння правоохоронних органів в отриманні доказів, зокрема, їх вилученні, на практиці таке сприяння не можна визнати ефективним. Правоохоронні органи мають право надавати допомогу у разі створення перешкод працівникам органів Антимонопольного комітету, проте така допомога не передбачає проведення правоохоронними органами таких дій, як обшук, відкриття замкнених приміщень чи сховищ тощо. На практиці, здебільшого, така допомога має аспект психологічного впливу на працівників об'єкта перевірки, працівників охоронних фірм та фізичний захист працівників органів

Антимонопольного комітету від протиправних (насильницьких) дій певних осіб.

Між Антимонопольним комітетом України та Міністерством внутрішніх справ України з 2010 року діє спільний наказ про взаємодію, основна мета якого забезпечити більш тісну співпрацю при проведенні розслідувань. Проте, цей наказ не може усунути проблемних питань неповноти повноважень працівників Антимонопольного комітету України щодо отримання доказів. До того ж, низький рівень співпраці органів Антимонопольного комітету України з ключовими правоохоронними органами країни, зокрема, з СБУ, МВС та Митною службою є одним із чинників, що загрожують ефективності системи захисту економічної конкуренції.

Відповідно до статті 44 Закону [1], органи Антимонопольного комітету України мають додаткові слідчі повноваження вилучати докази зі службових приміщень та транспортних засобів суб'єктів господарювання (або накладати арешт на такі докази, якщо вилучення неможливе). На сьогодні проведення вилучення органами Антимонопольного комітету України, як процесуальна дія, застосовується лише по відношенню до суб'єктів господарювання – юридичних осіб. Щодо проведення вилучення доказів із приміщень чи транспортних засобів фізичних осіб, положення статті 44 Закону [1] не застосовуються і можуть бути введені в дію лише після прийняття спеціального закону, яким буде визначено порядок погодження органами Антимонопольного комітету України такої процесуальної дії із судом, оскільки статті 30, 31, 41 Конституції України [9] передбачають відповідний захист прав фізичних осіб щодо недоторканості житла, порядку проникнення до житла, таємниці листування, непорушності права власності. У зв'язку з цим Організацією Економічного Співробітництва та Розвитку [10, с. 95] надаються рекомендації щодо посилення слідчих повноважень Антимонопольного комітету України таким чином, щоб він міг проводити обшук службових приміщень та, за рішенням суду, обшук та вилучення доказів у місцях проживання.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 року № 145-р [11] схвалена концепція Конкуренційного

процесуального кодексу України, який би мав на рівні закону врегулювати процедуру надання дозволів на концентрації та узгоджені дії та процедуру у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. За цією Концепцією [11] передбачалося, зокрема, у справах про картелі забезпечити можливість проведення огляду приміщень та транспортних засобів за умов не сприяння перевіряючим (право відмикати (відкривати) приміщення та сховища (меблі), механізм накладення арешту (заборони користуватись і розпоряджатись) на докази чи джерела доказів, опечатування приміщень та відповідальність за порушення заборони користування ними, порядок отримання усних пояснень, порядок огляду і вилучення доказів у приміщенні чи іншому володінні фізичних осіб, порядок взаємодії з правоохоронними органами та можливість використання засобів оперативно-розшукової діяльності для одержання доказів порушення.

Врегулювання процесуальної діяльності органів Антимонопольного комітету України шляхом прийняття законодавчого акту, у якому будуть кодифіковані процесуальні норми, забезпечить їх відповідність положенням статей 6 і 19 Конституції України [9], згідно з якими органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. З іншого боку, з конституційного припису випливає, що компетенція, форми і методи діяльності органів публічної влади мають бути закріплені в чинному законодавстві. Це є важливою гарантією захисту прав і свобод громадян від свавілля посадових осіб.

Як перший крок у цьому напрямку став законопроект «Про забезпечення доказів у справах, що розглядаються органами Антимонопольного комітету України» [12], розроблений Антимонопольним комітетом України та внесений Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України, яка відхилила його у першому читанні (законопроект не набрав необхідної кількості голосів). Законопроект передбачав детальне врегулювання питань письмового витребування інформації, отримання і фіксування усних пояснень, проведення обшуку за дозволом суду, вилу-

чення доказів, накладення арешту на докази (також приміщення) у разі створення перешкод у доступі до них або іншої неможливості їх вилучення, гарантії прав учасників провадження тощо.

За ці роки об'єднати в одній, по суті, – адміністративній процедурі повноваження, характерні (історично і доктринально) в українській правовій системі лише для кримінального процесу та повноваження, вже звичні для фіскальних перевірок контролюючих органів, так і не вдалося. Натомість, пропонувалися альтернативні підходи, зокрема, пов'язані з передачею розслідування картелів до органів міліції та Служби безпеки України. Перший такий законопроект був розглянутий і відхилений Верховною Радою України ще у 2005 році. Черговим законопроект [13], який також визнано неприйнятним, передбачалося передати розслідування змов між конкурентами (що мають значну шкоду) до Міністерства Внутрішніх Справ, Служби Безпеки України та Прокуратури за альтернативною підслідністю.

Фактичним варіантом певного вирішення проблеми боротьби з картелями став підхід, згідно з яким доведення змови конкурентів можливе методом від зворотного, сутність якого в наступному: однакова поведінка на ринку кількох конкурентів може бути зумовлена або об'єктивними обставинами кон'юнктури ринку, або узгодженням ними своєї поведінки; доведення відсутності першого дозволяє стверджувати про друге. Відповідні зміни були внесені до статті 6 Закону [1] – статтю доповнено новою частиною третьою, яка і передбачає кваліфікацію змови на основі економічного аналізу ситуації на ринку.

Отже, існуюча модель процесуального провадження у справах проти антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання здійснюється лише за застарілою адміністративною процедурою, яка виключає використання кримінально-процесуальних методів розслідування. На сьогодні для законодавства України вже гострою є необхідність врегулювання питань, пов'язаних із забезпеченням доказів у справах, що розглядаються органами Антимонопольного комітету України. У зв'язку з цим, доречним

АНОТАЦІЯ

У статті аналізується поняття «узгоджені дії суб'єктів господарювання», визначається його зміст, досліджується механізм розслідування антиконкурентних узгоджених дій, виявляються його проблеми та пропонуються шляхи їх вирішення.

SUMMARY

This article analyzes the concept of «concerted actions of economic entities», is determined by its content, we investigate the mechanism of investigation of anticompetitive concerted actions, defined by its problems and suggested solutions.

було б доповнення Закону України «Про захист економічної конкуренції» такими процесуальними заходами, як наприклад, виклик осіб для дачі пояснень та опечатування приміщень та інших місць зберігання носіїв інформації об'єктів перевірки.

Література:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради. – 2001 р. – № 12. – Ст. 64.
2. Про затвердження Положення про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання (Положення про узгоджені дії): Розпорядження Антимонопольного комітету від 12.02.2002 N 26-р (зі змінами), зареєстровано в Міністерстві юстиції України 7 березня 2002 р. за N 238/6526 // Офіційний Вісник України. – 2002. – № 11 від 29.03.2002. – Ст. 542.
3. Річний звіт. 2010 рік. Антимонопольний комітет України. – К., 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.amc.gov.ua.
4. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 року № 3659-XII (зі змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 50. – Ст. 472.
5. Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затверджена Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 5 березня 2002 р. N 49 та зареєстрована в Міністерстві юстиції України 1 квітня 2002 р. за N 317/6605 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02>.
6. Про Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства

про захист економічної конкуренції: Розпорядження Антимонопольного комітету від 25.12.2001 N 182-р (зі змінами), зареєстровано в Міністерстві юстиції України 13 лютого 2002 р. за N 139/6427 // Офіційний Вісник України. – 2002. – № 7 від 01.03.2002. – Ст. 323.

7. Правила розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (Правила розгляду справ): Розпорядження Антимонопольного комітету від 19.04.1994 N 5 (зі змінами), зареєстровано в Міністерстві юстиції України – 6 травня 1994 р. за N 90/299. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.amc.gov.ua.

8. Попович В. М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки: автореф. дис. докт. юр. наук: 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право / В. М. Попович. – К., 2002.

9. Конституція України від 28 червня 1996 р. (зі змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України – 1996 р. – № 30. – Ст. 141.

10. Конкурентне право та політика в Україні: Огляд ОЕСР (00 2008 IN 3P1). – № 88923. – OECD, 2008.

11. Концепція Конкурентного процесуального кодексу: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 року № 145-р // Офіційний Вісник України від 05.04.2002. – 2002. – № 12. – С. 137. – Ст. 607. – Код акту 21931/2002.

12. Проект Закону України «Про забезпечення доказів у справах, що розглядаються органами Антимонопольного комітету України», р. № 3640 від 18.06.2003. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua/pls.

13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії: Проект Закону, р. № 3577 від 29.12.2008: – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=34105.