



С.В. ШКЛЯР,
адвокат
(Одеська національна юридична академія)

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ КОНКУРЕНЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ

Ключові слова: Антимонопольний комітет, конкуренційний процес, визнання рішень неправомірними, захист прав, антимонопольне законодавство.

Антимонопольний комітет України (надалі — АМКУ), здійснюючи делеговані державою повноваження щодо захисту економічної конкуренції, виконує квазісудові функції, розглядаючи справи про порушення законодавства про захист конкуренції та застосовуючи до порушників передбачені законом санкції. Як і будь-яка квазісудова діяльність, розгляд справ про порушення законодавства про захист конкуренції має своє регламентування, тобто встановлену процедуру її здійснення та процесуальні інструменти реалізації такої процедури. Така квазісудова діяльність АМКУ ще йменується як конкуренційний процес.

Правозастосовча практика і АМКУ, і судів дістала суттєвих змін за останні 6 років. А тому існує актуальна необхідність не лише узагальнити накопичені ключові положення та підходи відповідної практики, виявити її недоліки та надати пропозицій щодо її подальшого удосконалення, але й по-новому поглянути на співвідношення процедурних та процесуальних аспектів діяльності АМКУ в контексті нового господарського законодавства.

Обґрунтування того, чому квазісудова діяльність АМКУ є саме процесом, полягає в наступному: специфіка антимонопольно-конкурентних норм, спеціальний

правовий статус АМКУ, а також передбачені законом способи захисту інтересів суб'єктів господарювання у відносинах з АМКУ в адміністративному порядку в сукупності призводять до того, що процедура розгляду АМКУ справ має чітко визначені стадії (етапи), які об'єднанні єдиною процесуальною метою (винесення рішення по справі), та встановлену процесуальну форму, а отже є процесом, вірніше — конкуренційним процесом. Цей процес формується з окремих процесуальних дій, чи процедур (наприклад, подання заяви до АМКУ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, залучення співвідповідача до участі у справі, перегляд АМКУ прийнятого рішення по справі, тощо).

Отже, найбільш актуальні на сьогодні проблеми конкуренційного процесу та можливі шляхи їх вирішення полягають в наступному.

Проблема визначення строків давності притягнення до відповідальності

При вирішенні питання про порушення справи про захист економічної конкуренції слід проаналізувати строки давності притягнення до відповідальності, які встановлені ст. 42 Закону «Про захист економічної конкуренції» (за загальним правилом цей

строк становить п'ять років з дня вчинення порушення, а в разі триваючого порушення — з дня закінчення вчинення порушення).

У науковій літературі розгорнулася дискусія про те, з яких строків давності притягнення до відповідальності слід виходити при порушенні справи — з строків, встановлених ст. 42 Закону про захист економічної конкуренції, чи з строків, які встановлені ст. 250 Господарського кодексу України, згідно з якою адміністративно-господарські санкції можуть бути застосовані протягом шести місяців з дня виявлення правопорушення, але не пізніше одного року з дня його вчинення [4, 32].

Однак судова практика з цього питання схиляється до того, що припис ст. 42 Закону України «Про захист економічної конкуренції» щодо строку давності притягнення до відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції є спеціальним стосовно норми Господарського кодексу України, яка визначає строк застосування адміністративно-господарських санкцій, тому вказаний припис і підлягає переважному застосуванню. Вважаємо, що в даному разі практика вірно вирішила цю колізію [6].

Проблема оцінки «відчутності впливу на конкуренцію» при порушенні провадження у справі

Важливим процедурним аспектом, який береться до уваги при прийнятті органом Комітету рішення щодо початку розгляду справи, є те, щоб дії чи бездіяльність, що містить ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, мали відчутний вплив на умови конкуренції на ринку, в протилежному випадку у порушенні справи буде відмовлено.

Слід звернути увагу, що ні Правилами розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, ні Законом про захист економічної конкуренції, ні будь-якими локальними нормативними актами АМКУ не встановлені кваліфікаційні вимоги чи методики визначення випадку, коли дії чи бездіяльність,

що містить ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, здійснюють відчутний вплив на умови конкуренції на ринку, а коли вони такого впливу не здійснюють.

Оцінка такого стану «відчутності впливу на конкуренцію» у кожному конкретному випадку здійснюється на підставі дискреційних повноважень відповідного органу АМКУ на власний розсуд.

Така ситуація може нести потенційну загрозу зловживання працівниками АМКУ своїми дискреційними повноваженнями при вирішенні питання про початок розгляду справи.

Тому, на нашу думку, необхідно встановити відповідні класифікаційні вимоги в Правилах розгляду справ чи затвердити окрему методику, де на підставі структурних, часових, поведінкових та інших параметрів ринку, на якому здійснюється аналіз на предмет виявлення потенційного правопорушення, можливо було б здійснити чітке методологічне розмежування між діями чи поведінкою, які відчутно впливають на стан конкуренції та які такого відчутного впливу не мають.

Проблема оскарження розпорядження про початок розгляду справи

Можливість оскарження розпорядження АМКУ про початок провадження у справі про порушення законодавства про конкуренцію прямо не передбачена нормативно-правовими актами.

Згідно з усталеною судовою практикою Вищого господарського суду України, розпорядження органів АМКУ про початок розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції визнається таким, що не порушує прав та охоронюваних законом інтересів суб'єкта господарювання, а тому не підлягає скасуванню судами.

На нашу думку, хоча законодавством не передбачено перешкод щодо скасування в судовому порядку розпорядження про початок розгляду справи з підстав порушення процедури його винесення, зокрема

оформлення, фактично така можливість недоступна з огляду на вищевказану позицію судів.

У цих умовах з метою усунення перешкод у захисті прав та інтересів суб'єктів господарювання доцільно внести уточнення у Закон України «Про захист економічної конкуренції» щодо можливості оскарження та скасування в судовому порядку розпорядження про початок розгляду справи у разі недостатності для винесення такого розпорядження відповідних приводів і підстав, чи порушення процесуальної форми такого розпорядження, незалежно від того, чи порушуються права та інтереси зацікавлених осіб таким розпорядженням.

Проблема обґрунтування порушення прав заявника при порушенні провадження у справі

На етапі порушення провадження у справі часто зустрічається проблема, що полягає в наступному: по-перше, певну неузгодженість містять Правила розгляду справ, в п. 17 яких зазначено, що особами, які мають право подавати заяву відповідно до ст. 36 Закону про конкуренцію або ст. 28 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», є суб'єкти господарювання, які можуть підтвердити, що дії чи бездіяльність відповідача, визначені зазначеними законами як порушення законодавства про захист економічної конкуренції, можуть безпосередньо і негативно вплинути на їхні права. При цьому, відповідно до п. 18 цих же Правил заява має містити обґрунтування того, яким чином права заявника порушуються внаслідок дій чи бездіяльності відповідача.

По-друге, обов'язковість настання негативних наслідків у формі недопущення, усунення чи іншого обмеження конкуренції не вимагається при ініціюванні справи проти порушника конкурентного законодавства самим Комітетом. Наприклад, ст. 6 Закону «Про захист економічної конкуренції» антиконкурентними узгодженими діями вважає узгоджені дії, які призвели чи *можуть призвести* до недопущення, усунення чи

обмеження конкуренції. Ця позиція підтверджується судовою практикою [7].

Таким чином, вважаємо, що обґрунтованою є позиція, за якої справа підлягає порушенню за наявності самої загрози порушення прав та інтересів заявника вчиненим правопорушенням, а тому в Правилах розгляду справи слід внести відповідні зміни з метою усунення вказаних неузгодженостей.

Проблема змагальності сторін конкурентного процесу

На нашу думку, конкурентному процесу більшою мірою притаманні ознаки інквізиційного, а не змагального процесу. Конкретним свідченням цього факту може бути формулювання права на ознайомлення осіб, які беруть участь у справі, з матеріалами справи. Так, в ст. 40 Закону «Про захист економічної конкуренції» це право сформульовано безумовно по відношенню до стадії розгляду справи, в той час як п. 16 Правил розгляду справи звужує викладене в Законі право осіб на ознайомлення з матеріалами справи лише після отримання ними копії подання з попереднім висновком у справі, тобто після фактичного завершення збору доказів по справі, що позбавляє їх можливості бути в курсі того, які докази Комітет використовує при попередньому вирішенні справи та при підготовці подання з попередніми висновками, їх достатність, належність та допустимість, необхідність подання особами своїх додаткових доказів чи відсутність такої необхідності тощо, що в кінцевому результаті зменшує змагальність сторін, зокрема можливість відповідача (порушника) ефективно здійснювати свій захист у справі.

Тому вважаємо, що на рівні Закону України «Про захист економічної конкуренції» слід закріпити процесуальні принципи, які містяться в діючих судових процесуальних кодексах (змагальність, рівність сторін, розподіл обов'язку доказування), та усунути суперечливість між Законом та Правилами розгляду справ.

Проблема отримання та процесуального оформлення доказів

Однією з найактуальніших проблем конкуренційного процесу є неефективність окремих процедур, пов'язаних з отриманням АМКУ доказів в ході розгляду справи (проведення розслідування) та їх процесуальним оформленням (закріпленням).

Незважаючи на те, що строки розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції законодавством не встановлені (що є окремою важливою проблемою), необхідність зібрати значний обсяг інформації від учасників ринку та органів влади та зробити її аналіз, збір додаткової інформації та її аналіз, підготовка подання з попередніми висновками у справі та час для реагування відповідачів у справі об'єктивно зумовлюють строки розгляду справи більше, ніж півроку.

Найбільш поширені причини, що впливають при цьому на строки розслідування — ненадання суб'єктами господарювання інформації на запити органів Комітету та неможливість отримання «ключової» інформації шляхом перевірки (у зв'язку з неможливістю фактичного доступу до такої інформації, створенню перешкод у перевірці), що зумовлює необхідність побудови системи непрямих доказів і збирання значного обсягу інформації, що в свою чергу знижує якість доказів та збільшує строки розгляду справи.

Можна визначити наступні складнощі із збиранням та процесуальним оформленням документів (доказів), що виникають у цій сфері:

а) іноді складно чи неможливо знайти фактичне місцезнаходження юридичної особи (де зберігаються документи, працюють працівники, знаходяться комп'ютери тощо — де, власне, можна було б одержати докази);

б) у випадку створення перешкод з боку об'єкта перевірки (коли на вимогу працівників Комітету не надаються запитовані документи, зокрема, у комп'ютерах, або працівники Комітету взагалі не допускаються на об'єкт перевірки) і неможливості

подолати такі перешкоди одразу, втрачається елемент раптовості, який, власне, і дозволяє забезпечити максимальний ефект у збиранні доказів;

в) недостатність фінансування для замовлення експертиз.

Основними процесуальними інструментами, що використовуються органами АМКУ, 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 з тим, працівники Комітету 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, перебуваючи 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 конкуренційному процесі. Використання для цього ОРД правоохоронних органів не передбачається, оскільки українська правова доктрина не допускає використання ОРД поза межами кримінального процесу та окремих спеціально визначених законом

випадках. Відеотехніка та аудіотехніка можуть використовуватись як гласні засоби фіксації доказів, наприклад, при фіксуванні пояснень, фіксування створення перешкод. Проте виключається можливість їх використання як негласних методів збирання доказів.

Повертаючись до ефективних інструментів отримання доказів, слід зазначити, що в конкуренційному процесі немає інституту виїмки, хоча існуючий інститут витребування, фактично, аналогічний інституту виїмки у кримінальному процесі.

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

При антиконкурентних узгоджених діях здебільшого використовують метод доведення порушення, передбачений ч. 3 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», в основі якого використовується інформація щодо економіки підприємства та кон'юнктури ринку і одержання якої можливе без проведення вилучення чи, навіть, перевірки.

Достатність доказів визначається на практиці, виходячи з необхідності довести склад порушення, передбачений законом. Внутрішніх документів щодо вирішення цих питань АМКУ немає.

Окреслена проблема з отриманням, забезпеченням та належним процесуальним оформленням доказів в ході розгляду органами АМКУ справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції частково може бути вирішена у разі прийняття парламентом запропонованого АМКУ у вересні 2010 р. Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції» стосовно забезпечення доказів по справах, які розглядаються АМКУ».

Проблема з наданням та виконанням рекомендацій

Одним з цікавих процесуальних документів, які видаються органами АМКУ стосовно порушення законодавства про захист конкуренції є рекомендації, порядок видачі яких передбачений ст. 46 Закону «Про захист економічної конкуренції». Так, органи АМКУ мають право надавати рекомендації органам влади, органам місцевого самоврядування, органам адміністративно-господарського управління та контролю, суб'єктам господарювання, об'єднанням стосовно припинення дій, які містять ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції, усунення причин виникнення цих порушень і умов, що їм сприяють, а у разі, якщо порушення припинено, — щодо вжиття заходів для усунення наслідків цих порушень. Рекомендації надаються у формі листа. Рекомендації органів АМКУ підлягають обов'язковому розгляду органами чи особами, яким вони надані. Про результати їх розгляду органам АМКУ повідомляється у десятиденний строк з дня отримання рекомендацій, якщо цими органами не продовжено цей строк. За умови виконання положень рекомендацій у разі, якщо порушення не призвело до суттєвого обмеження чи спотворення конкуренції, не завдало значних збитків окремим особам чи суспільству та вжито відповідних заходів для усунення наслідків порушення, провадження у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції не розпочинається, а розпочате провадження закривається.

Однак на практиці органами АМКУ часто видаються вказані розпорядження суб'єктам господарювання у випадках потреби попередити можливі правопорушення, тобто до їх настання, що не відповідає повноваженням АМКУ згідно з вказаною ст. 46 Закону. Виникає питання щодо процесуальних наслідків видання такого розпорядження — чи воно є обов'язковим до виконання, а якщо так, то в який спосіб воно виконується, оскільки де-факто факт вчинення правопорушення ще відсутній.

Тому можна зробити висновок, що даний процесуальний інструмент в практичній діяльності використовується органами Комітету здебільшого в профілактичних цілях та з метою попередження вчинення суб'єктами господарювання можливих порушень законодавства про захист конкуренції, однак механізму притягнення особи до відповідальності за невиконання профілактичних рекомендацій законодавством не передбачено.

Проблема відсутності інституту мирової угоди

Слід звернути увагу на відсутність у конкурентційному процесі процесуального інституту мирової угоди між Комітетом та порушником (відповідачем), що за умов бажаня порушників співпрацювати з АМКУ та усунути наслідки порушення може бути застосований з метою ефективного вирішення справи, сприяючи процесуальній економії.

На практиці цей недолік компенсується усними домовленостями між АМКУ та порушником щодо співпраці при розслідуванні справи та фактично оформлюється

рішенням, за яким Комітет застосовує мінімальні суми штрафів до порушників, а юридичне формулювання таких рішень не завжди може адекватно відповідати дійсним намірам та домовленостям сторін, а сам по собі факт прийняття рішення про накладення мінімальних сум штрафів як наслідок домовленостей може негативно вплинути на ділову репутацію порушника та викривляє дійсну статистику притягнутих до відповідальності осіб.

Ця проблема може бути усунута шляхом доповнення Закону України «Про захист економічної конкуренції» про можливість вирішення справи шляхом укладення мирової угоди між АМКУ і відповідачем та заявником.

Отже, викладений аналіз дає підстави для висновків про нечіткість та непрозорість регламентування процедури розгляду справ АМКУ та неефективність її окремих процесуальних складових. Відповідні недоліки процедури потребують подальшого законодавчого опрацювання з метою оптимізації конкурентційного процесу та його гармонізації з принципами українських судових процесів.

Список літератури:

1. *Валитов С.С.* Правовое регулирование конкуренции в Украине: монография / С.С. Валитов. — Донецк: Юго-Восток, ЛТД, 2009.
2. *Дахно І.І.* Антимонопольне право. Курс лекцій / І.І. Дахно. — К.: Четверта хвиля, 1998. — 352 с.
3. Коментар до Закону України «Про захист економічної конкуренції» на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції ЄС. — К., 2006.
4. *Корчак Н.* Проблеми реалізації окремих норм законодавства про захист економічної конкуренції у світлі Господарського кодексу України / Н. Корчак // Конкуренція (Вісник АМКУ). — 2006. — № 3.
5. Оглядовий лист ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)», від 21 серпня 2007 р. № 01-8/741.
6. Оглядовий Лист ВГСУ від 22 жовтня 2008 р. № 01-8/634 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua/>
7. Рекомендації Президії ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 29 жовтня 2008 р. № 04-5/247.
8. Роз'яснення Верховного Суду України «Про деякі питання практики вирішення

спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів», від 26 січня 2000 р. № 02-5/35.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена проблемам надлежащего законодательного закрепления процедур конкурентного процесса. Решение проблем недостаточного законодательного регулирования данной отрасли позволит обеспечить эффективность не только антимонопольного законодательства, но и выход конкурентных отношений на качественно новый уровень.

SUMMARY

The article is devoted to the problems of proper legislative enacting of competition process procedures. Solution of the problems connected with the lack of legislative regulation in this area will not only ensure the effectiveness of antitrust laws, but will also bring competition relations to a qualitatively new level.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 26.01.2011.