



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

К.В. Смирнова

ОСНОВИ ПРАВА КОНКУРЕНЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА "ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ" КОНКУРЕНЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ



Міністерство освіти і науки України
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Смирнова К.В.

**ОСНОВИ ПРАВА КОНКУРЕНЦІЇ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
ТА "ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ"
КОНКУРЕНЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

Навчальний посібник

За підтримки програми Еразмус+ Європейського Союзу
у межах проекту Центру досконалості Жана Моне
№611625-EPP-1-2019-1-UA-EPPJMO-CoE

"Поглиблений розвиток європейських студій в Україні:
міждисциплінарний підхід"

With the support of the Erasmus+ Programme of the European Union
within the Jean Monnet Centre of Excellence
Project № 611625-EPP-1-2019-1-UA-EPPJMO-CoE
"Advancing European Studies in Ukraine:
Interdisciplinary Approach"



УДК 346.545/.546(4-672ЄС+477)(075.8)

С50

Рецензенти:

канд. юрид. наук, доц. Козьяков С. Ю.

(Інститут міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка),

д-р юрид. наук, доц. Попко В.В.

(Інститут міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка)

Рекомендовано

вченою радою Інституту міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

(протокол № 2 від 22 вересня 2020 року)

Ухвалено

Науково-методичною радою

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

(протокол № 2-21 від 23 лютого 2021 року)

Смирнова К. В.

С50 Основи права конкуренції Європейського Союзу та "європеїзація" конкуренційного права України : навч. посіб. / К. В. Смирнова – К. : ВПЦ "Київський університет", 2021. – 223 с.

ISBN 978-966-933-145-8

Висвітлено основні аспекти права конкуренції Євросоюзу на основі джерел правового регулювання політики конкуренції в європейському інтеграційному об'єднанні (нормативних актів, рішень Суду ЄС, органів Євросоюзу). На прикладах подано основні категорії антимонопольних угод (вертикальні та горизонтальні), розглянуто типологію картелів. Визначено основні характеристики домінуючого становища й наведено способи правового регулювання зловживань в Євросоюзі. Проаналізовано практику органів Євросоюзу щодо застосування антимонопольних норм до концентрації.

Наприкінці кожного розділу подано аналітичні питання, відповіді на які сприятимуть кращому засвоєнню матеріалу.

Для викладачів, студентів, аспірантів, слухачів закладів вищої освіти, державних службовців, адвокатів, юристів, а також усіх, кого цікавлять питання антимонопольного права Євросоюзу.

УДК 346.545/.546(4-672ЄС+477)(075.8)

ISBN 978-966-933-145-8

© Смирнова К. В., 2021;

© Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
ВПЦ "Київський університет", 2021

Зміст

Вступ	4
Розділ 1. Поняття та основні принципи права конкуренції ЄС	6
Розділ 2. Джерела права конкуренції Європейського Союзу	13
Розділ 3. Основні концепції конкуренційного права в ЄС	31
3.1. Поняття "ринок" для цілей застосування норм конкуренційного права ЄС	31
3.2. Поняття "угода", "рішення асоціацій" та "узгоджена практика" у правозастосовчій практиці ЄС	39
3.3. Поняття "підприємство" у судовій практиці Євросоюзу	54
3.4. Доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання у рішеннях Суду ЄС	59
Розділ 4. Відповідальність за порушення правил конкуренції ЄС	71
Розділ 5. Угоди в конкуренційному праві	78
5.1. Загальні положення про антиконкурентні угоди	78
5.2. Вертикальні угоди: поняття, загальна характеристика, типологія, винятки із заборон	87
5.3. Горизонтальні угоди: поняття, загальна характеристика, типологія та винятки із заборон	98
Розділ 6. Зловживання домінуючим становищем у праві Європейського Союзу	109
Розділ 7. Контроль за концентраціями в Європейському Союзі	131
Розділ 8. Міжнародно-правове регулювання правил конкуренції	161
Розділ 9. Екстериторіальне застосування правил конкуренції ЄС	179
Розділ 10. "Європеїзація" конкуренційного права України	191
Список рекомендованої літератури	222

Вступ

Мета навчального підручника – вивчення основ конкурентного права, яке покликане забезпечити захист і розвиток конкуренції в умовах ринкової економіки. Саме конкурентне право встановлює правила поведінки суб'єктів господарювання на ринку, захищає їх від неправомірних антиконкурентних дій інших суб'єктів, державних органів.

Добросовісна конкуренція може бути обмежена, спотворена, викривлена не тільки внаслідок дій суб'єктів господарювання та структурних змін на ринку, але й через дії держав, що набувають форм державної допомоги, яка створює переваги для певних підприємств чи виробництв.

Правове регулювання процесів конкуренції у рамках різних правових систем має тенденцію до зближення. Наразі більш ніж у 140 державах світу існує антимонопольне законодавство, діють конкурентні відомства, хоча ще 20 років тому таких відомств у світі налічувалося лише 15.

Право конкуренції у правових порядках країн світу та у праві Європейського Союзу визначається найактивнішими процесами динамізму. Поряд із правовими нормами, що регулюють вільне пересування товарів, послуг, осіб і капіталів, право конкуренції покликане забезпечити загальні правила гри для держав-членів і підприємств, сприяти економічному процвітанню ЄС. Із розвитком внутрішнього ринку ЄС незмінно підвищувалася й значимість наднаціонального законодавства та судової практики у цій сфері, що покликані забезпечити його функціонування шляхом запобігання та припинення певних видів дій підприємств, які здатні перешкодити чи обмежити конкуренцію на внутрішньому ринку.

Регулювання конкуренції належить до сфери виняткової компетенції Європейського Союзу, а це означає, що лише інститути ЄС можуть приймати обов'язкові нормативно-правові акти у цій сфері. Серед таких інститутів слід особливо виділити Європейську Комісію, яка наділена надзвичайно широкими повноваженнями у сфері права конкуренції. Європейська Комісія не тільки бере активну участь у законодавчому процесі, а й здійснює функції антимонопольного органу на рівні ЄС.

Функціонування внутрішнього ринку Євросоюзу в умовах ринкової економіки неможливе без дотримання правил конкуренції. Європейські інтеграційні об'єднання створили унікальну систему регулювання відносин конкуренції, яка базується на усталених нормах і модернізованій правозастосовній практиці.

Особливу роль у розвитку конкуренційного права Євросоюзу відіграє судова практика, яка протягом усього періоду існування внутрішнього ринку вдосконалює процеси застосування норм установчих договорів Євросоюзу.

Право конкуренції Євросоюзу характеризує його екстериторіальність, тобто можливість поширення юрисдикції інститутів Євросоюзу на треті країни (серед останніх судових справ яскравим прикладом була справа *Microsoft*). Екстериторіальність антимонопольного права Євросоюзу зумовлює поширення дії норм права Євросоюзу на території третіх країн – фактично можна спостерігати процеси "європеїзації" права конкуренції.

Розділ 1

Поняття та основні принципи права конкуренції ЄС

Конкурентна політика Євросоюзу виконує звичайну, при-
таманну конкурентному праву, роль – захист добросовісної
конкуренції від неправомірних обмежень і спотворень, що є
важливим чинником побудови та ефективного функціону-
вання інтегрованого внутрішнього ринку Євросоюзу. Кон-
курентну політику розглядають як інструмент досягнення
високого економічного розвитку, підвищення конкуренто-
спроможності виробників не тільки на території Євросоюзу,
а й на світовій арені.

Право конкуренції наразі є сферою, що найбільш динаміч-
но розвивається у праві Європейського Союзу. Багато в чому
це пов'язано з динамікою еволюції внутрішнього ринку ЄС,
яка вимагає створення оптимальних умов конкуренції на
всій його території. Новітні умови та засоби торгівлі зумов-
люють динамізм розвитку й правових засобів дотримання
добросовісної конкуренції. Тому наразі актуальними тенде-
нціями антимонопольного регулювання в ЄС стають добро-
совісне дотримання умов і правил:

- конкуренції на фінансових ринках в умовах електронної
комерції,
- державної допомоги, особливо у формі "поблажливих"
режимів оподаткування.

ЄС наділений винятковою компетенцією: до компетенції
його інститутів належать як правотворчість в цій сфері, так і
правозастосування.

Право конкуренції Євросоюзу є системою норм права, що спрямовані на регулювання суспільних відносин між суб'єктами права з метою недопущення обмеження та викривлення конкуренції на внутрішньому ринку Євросоюзу, які характеризують імперативність їх застосування у національних правопорядках держав-членів.

Правила конкуренції Європейського Союзу базуються на інструменталістських концепціях права, відповідно до яких їх розглядають одночасно як засіб захисту конкуренції і як фактор стійкості економічного розвитку Союзу та його членів. Ще одним фактором, що здійснює визначальний вплив на правозастосування у цій сфері, є соціальна політика та необхідність уникнення серйозних соціальних витрат, які здатні перевищити позитивний ефект від дії ринкових механізмів при застосуванні антимонопольних заходів.

Основними для захисту конкурентного середовища є заходи, які застосовують у законодавстві держав – членів ЄС і наднаціональних правових актах Союзу, що спрямовані на припинення:

- угод та узгоджених дій, які обмежують конкуренцію;
- зловживань господарюючими суб'єктами домінуючим становищем на відповідному ринку;
- дій органів державної влади та угод за їх участі, які обмежують конкуренцію;
- недобросовісної конкуренції на ринку.

Не менш важливим є контроль над угодами економічної концентрації.

Цілі національної антимонопольної (конкурентної) політики держав – членів ЄС істотно різняться, але внутрішній ринок ЄС створює основу для формування своєрідного консенсусу, що відповідає інтересам як Союзу в цілому, так і його членів.

Основними цілями антимонопольного права ЄС наразі є:

- досягнення економічної ефективності та економічного зростання;

- зростання добробуту споживачів, захист їх прав за оптимального розподілу ресурсів;
- захист прав малих підприємств від великих економічних об'єднань, зокрема, у формі підприємств-монополістів або угод про спільну діяльність кількох підприємств;
- сприяння створенню єдиного європейського ринку та запобігання його руйнації від протиправної діяльності юридичних осіб;
- захист економічних свобод;
- протидія інфляційним процесам;
- забезпечення рівноправної і справедливої участі суб'єктів економічних відносин на внутрішньому ринку.

Наразі цілі антимонопольного права Європейського Союзу являють собою певний компроміс між відповідними нормами національних законодавств держав – членів ЄС з урахуванням закономірностей та умов функціонування внутрішнього ринку ЄС.

Розглянемо узагальнену систему принципів правового регулювання відносин конкуренції в Євросоюзі на основі аналізу норм установчих договорів Євросоюзу, актів його інститутів і судової практики.

Першим принципом правового регулювання конкуренції в Євросоюзі є **заборона антиконкурентної поведінки** як приватних, так і державних підприємств, іншими словами – **заборона узгодженої практики**. Цей принцип відображено у формі укладання антиконкурентних угод і рішень асоціацій між підприємствами, що можуть вплинути на торгівлю між державами-членами та запобігти, обмежити чи спотворити конкуренцію у межах внутрішнього ринку. Принцип заборони такої поведінки чітко визначено у ст. 101 ДФЄС. Проте, ця заборона, що є стрижнем політики конкуренції (мета якої – усунення перешкод у торгівлі між державами-членами), не має абсолютного характеру. Ринкова економіка, динамічна за природою, вимагає гнучких механізмів регулювання, які б базувалися не на вичерпних списках заборон, а на рішеннях, які схвалюють у кожному конкретному випадку окремо із застосуванням системи винятків з основного принципу за-

борони. Ці винятки продиктовані міркуваннями ефективності ринку (п. 3 ст. 101 ДФЄС).

Другим основним принципом правового регулювання конкуренції в Євросоюзі виступає **заборона зловживання домінуючим становищем** у межах внутрішнього ринку Євросоюзу, оскільки це може вплинути на торгівлю між державами-членами. Згідно зі ст. 102 ДФЄС така заборона може стосуватися:

- прямого чи опосередкованого нав'язування несправедливого ціноутворення або інших несправедливих умов торгівлі;
- обмеження виробництва, збуту чи технічного розвитку на шкоду споживачам;
- висування неоднакових умов щодо рівноцінних угод з іншими торговельними партнерами, що ставить їх у нерівне конкурентне становище.

Така зумовлена заборона не може мати винятків. Подібну поведінку, що впливає на торгівлю в межах внутрішнього ринку Євросоюзу, визначають як абсолютно неправомірну.

З метою реалізації цих принципів приймають регламенти та директиви на основі спеціальної законодавчої процедури, згідно із повноваженнями Ради Євросоюзу щодо відповідних рішень. Звичайно це відбувається за пропозицією Комісії, після консультацій з Європарламентом (згідно зі ст. 103 ДФЄС). Іншими словами, у сфері регулювання конкуренції в Євросоюзі значними повноваженнями наділені тільки Рада та Комісія, а Європарламент не володіє значними повноваженнями в механізмі вироблення такої наднаціональної політики.

Третім виступає **принцип контролю, нагляду та моніторингу допомоги**, яку надають держави-члени або через державні ресурси у будь-якій формі й будь-коли, що загрожує спотворити конкуренцію при наданні переваги певним підприємствам або виробництву певних товарів. За сутністю діє принцип несумісності державної допомоги із внутрішнім ринком тією мірою, якою вона стосується торгівлі між дер-

жавами-членами (ст. 107 ДФЄС). Однак існують винятки із цього загального принципу (згідно з п. 2, 3 ст. 107), які зумовлюють різний правовий механізм надання дозволів, здійснення контролю та нагляду за схемами державної допомоги. З метою реалізації цього принципу, виходячи зі ст. 109 ДФЄС, застосовують також спеціальну законодавчу процедуру, відповідно до якої Рада за пропозицією Комісії приймає відповідні регламенти після консультацій з Європарламентом. Основним суб'єктом реалізації цього принципу є Комісія, яка "у співпраці з державами-членами тримає під постійним контролем режими допомоги, які існують в державах" (ст. 108 ДФЄС).

Четвертий принцип регулювання конкуренції – **контроль за концентраціями в Євросоюзі** – є наслідком еволюції повноважень інститутів Євросоюзу з метою виконання дотримання вимог ст. 101 і 102 ДФЄС. Комісія протягом тривалого часу шляхом довгих судових суперечностей аргументувала необхідність введення окремих повноважень щодо запобіжного нагляду за злиттям європейського масштабу, схвалюючи або забороняючи можливі альянси. Цей принцип передбачає Регламент Ради 139/2004 і закріплює обов'язок підприємства у певних випадках отримувати дозвіл Комісії на здійснення концентрації. Саме цей принцип є фундаментальним при колізії юрисдикцій за транскордонними транзакціями.

Принцип лібералізації також стає основним для правового регулювання ринків, суб'єкти яких перебувають у державній (монополійній) владі. Такі сектори економіки, як телекомунікації, пошта, транспорт, енергетика розвивалися монополістично, не підкоряючись основам конкуренції. Підхід Євросоюзу щодо вироблення правил конкуренції для цих секторів економіки можна узагальнено назвати *запровадженням принципу лібералізації*. Правовою основою цього принципу служить ст. 37 ДФЄС, відповідно до якої держави-члени зобов'язані "реорганізувати національні монополії торговельного характеру таким чином, щоб в умовах поста-

чання та збуту забезпечувати відсутність будь-якої дискримінації....". Це положення може перебувати під контролем Комісії і Суду ЄС (відповідно до ст. 258 ДФЄС), його підтверджує й ст. 108 ДФЄС, відповідно до якої державні підприємства мають привести свою діяльність у відповідність до принципів, що викладені у ст. 101 і 102 ДФЄС. Тому секторальні директиви та регламенти, які регулюють відповідний вид діяльності на ринку, установлюють спеціальні правила конкуренції з метою вироблення конкурентної політики такими державними підприємствами (монополістами).

На основі визначення принципів правового регулювання конкуренції в Євросоюзі, простеження еволюції повноважень його інститутів можна дійти висновків про існування в праві Євросоюзу відносно самостійної сукупності норм права, які регулюють однорідну сферу суспільних відносин і мають властивий для них режим правового регулювання.

Таким чином, сукупність норм права Євросоюзу, які регулюють відносини у сфері конкуренції, можна визначити як антимонопольне право Євросоюзу. Предметом правового регулювання виступають суспільні відносини суб'єктів права Євросоюзу щодо недопущення викривлення або обмеження конкуренції на внутрішньому ринку Євросоюзу. Конкуренція у межах внутрішнього ринку Євросоюзу може бути спотворена як через антиконкурентні дії держав-членів (напр., державні субсидії тощо), так і через дії окремих підприємств (поділ ринку, зловживання домінуючим становищем тощо). Тому антимонопольне право Євросоюзу спрямоване на врегулювання відповідної діяльності як держав-членів, так й окремих підприємств. Крім того, норми права Євросоюзу щодо регулювання конкуренції можуть бути застосовані й до підприємств третіх країн.

Розглянемо способи та методи правового регулювання Євросоюзу.

Способами правового регулювання можуть виступати дозволи, зобов'язання, заборони та рекомендації, які приймають інститути Євросоюзу у межах своїх повноважень.

Основними методами правового регулювання в антимонопольному праві виступають *імперативний* і *рекомендаційний*. Переважну більшість відносин регулюють *наднаціональні імперативні методи*, якими наділені інститути, зокрема Комісія, для регулювання відносин між суб'єктами господарської діяльності (підприємствами) у сфері регулювання конкуренції на ринку.

Теми для аналізу

1. Роль і мета антимонопольної політики та права конкуренції у процесі інтеграції Євросоюзу.
2. Роль Суду ЄС у розвитку уніфікованих норм конкурентного права Євросоюзу.
3. Основні характерні риси права конкуренції Євросоюзу.
4. Основні принципи конкурентного права Євросоюзу.
5. Територіальне застосування конкурентного права Євросоюзу. Спеціальний статус територій на основі особливих угод (Гренландія з 1985 р., Фарерські, Канальські острови, Острів Мен та суверенна територія Великої Британії на Кіпрі). Території, виключені зі сфери застосування конкурентного права Євросоюзу (Сан-Марино, Монако, Ліхтенштейн та Андорра).
6. Компетенція Європейського Союзу у сфері конкурентної політики. Роль і значення Лісабонського договору у формуванні конкурентного права Євросоюзу.
7. Застосування конкурентного права Євросоюзу національними судами та національними антимонопольними установами. Співпраця між Європейською Комісією, національними судами та національними антимонопольними установами.

Розділ 2

Джерела права конкуренції Європейського Союзу

Правовий порядок Євросоюзу відрізняється як від міжнародного, так і від внутрішнього правопорядку держав. Особливий "автономний" правопорядок Євросоюзу має власну систему правових актів для регулювання суспільних відносин на виконання цілей і завдань установчих договорів європейських інтеграційних організацій. Право Євросоюзу, базуючись на принципах примату (верховенства) та прямої дії, має забезпечувати процеси інтеграції відповідними нормативними актами. Така законодавча практика має, з одного боку, забезпечувати однорідність застосування норм права Євросоюзу, а з іншого – враховувати національні відмінності законодавств держав-членів.

Інструментами законодавчої практики Євросоюзу служать форми фіксації норм права, що виступають визначальним чинником розвитку європейського інтеграційного об'єднання та мають характерні особливості, акумулюючи в собі елементи джерел міжнародного та внутрішнього права.

Норми права Євросоюзу, які регулюють виняткову його компетенцію у встановленні правил конкуренції, що необхідні для функціонування внутрішнього ринку, містяться як в установчих договорах, так і в актах вторинного права Євросоюзу (актах його інститутів)¹. Натомість, до системи джерел антимонопольного права Євросоюзу належить система спеціальних принципів регулювання конкуренції та основні доктрини, які сформульовано та розвинено практи-

¹ Див. : Смирнова К. Джерела антимонопольного права Європейського Союзу. *Вісн. Київ. ун-ту ім. Т. Шевченка. Міжнар. відносини*. 2013. Вип. 2. С. 47-50.

кою Суду Євросоюзу. Тому джерелами правового регулювання діяльності підприємств є, у першу чергу, **норми установчих договорів**². Зокрема, у Договорі про функціонування Євросоюзу окремий розділ присвячено правилам конкуренції (розд. VII, ст. 101-109). Формально юридично положення ДФЄС розподілено за двома основними секціями: правила, що застосовуються до підприємств (ст. 101-106), і норми щодо державної допомоги (ст. 107-109).

Варто звернути особливу увагу на те, що ст. 101 і 102 ДФЄС мають *пряму дію* та можуть бути застосовані поряд із положеннями внутрішнього права держав-членів під час розгляду судових справ у національних судах.

Розглянемо детально призначення деяких статей ДФЄС:

- статті 103 та 109 ДФЄС присвячені висвітленню процедур, що застосовують інститути Євросоюзу при прийнятті ними актів;

- стаття 103 ДФЄС уповноважує Раду Євросоюзу затверджувати відповідні регламенти та директиви, що необхідні для реалізації принципів, які викладені у ст. 101 і 102, рішенням кваліфікованої більшості на пропозицію Комісії ЄС, а також після консультацій з Європейським Парламентом;

- відповідно до ст. 293 ДФЄС Рада може вносити поправки до пропозиції Комісії Євросоюзу тільки одностайно;

- стаття 105 ДФЄС уповноважує Комісію ЄС на пропозицію держави-члена або із власної ініціативи, у взаємодії і за підтримки національних компетентних органів держав-членів, проводити розслідування випадків можливого порушення принципів, що передбачені ст. 101 і 102. Якщо подібні порушення мають місце, то Комісія пропонує відповідні заходи з метою припинення порушень. Крім того, Комісія

² Див. : Установчі договори ЄС: Договір про Європейський Союз і Договір про функціонування Європейського Союзу від 25.03.57 (у редакції Лісабонського договору). Реж. доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>; українською мовою: Зібрання актів європейського права. *Право України*. 2013. Вип. 1 : Європейський Союз / упоряд. К. В. Смирнова. 2013.

має право реєструвати такі порушення (вмотивоване рішення Комісії), оприлюднювати такі рішення та уповноважувати держави-члени вживати відповідних заходів для виправлення ситуації, умови та засоби реалізації яких вона визначає. Комісія наділена повноваженнями приймати регламенти щодо тих категорій угод, стосовно яких Радою вже були ухвалені регламент чи директива (т. зв. "виконавчі" акти Комісії, або "акти імплементації", що передбачені ст. 291 ДФЕС);

- стаття 109 ДФЕС уповноважує Раду Євросоюзу за пропозицією Комісії і після консультацій з Європейським Парламентом затверджувати відповідні регламенти за рішенням кваліфікованої більшості щодо застосування положень, які стосуються державної допомоги, зокрема визначення умов застосування п. 3 ст. 108, а також категорії допомоги, що не підпадають під дію цієї процедури.

Варто особливо підкреслити, що в процедурі прийняття інститутами Євросоюзу актів з метою регулювання конкуренції Європарламент відіграє найменшу роль, у такому сенсі Рада Євросоюзу та Єврокомісія в основному акумулюють всі владні повноваження.

Залежно від виду діяльності суб'єкта господарювання джерелами правил конкуренції можуть бути різні статті установчого договору. Треба пам'ятати про існування таких видів діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, які можуть мати вплив на різноманітність пропозицій на конкурентному ринку шляхом обмеження кількості джерел незалежних пропозицій товарів і послуг або шляхом ускладнення доступу на ринок для конкурентів, отже, – негативно впливати на вибір споживача. Ці види діяльності можуть:

- 1) *впливати із договорів або квазідоговорів між незалежними суб'єктами господарювання, що спрямовані на зменшення психологічного виявлення конкурентного плюралізму або створення перешкод для цього, без внесення, однак, формальних змін до структурної природи ринку.* Тут ідеться про ст. 101 ДФЕС, яка:

- визнає несумісними з умовами внутрішнього ринку та забороняє антиконкурентні угоди між підприємствами, що можуть вплинути на торгівлю між державами-членами (п. 1);

- передбачає автоматичне визнання таких угод недійсними (п. 2);

- надає можливість звільнення з-під дії заборони угод і рішень, які забезпечують певні спеціальні переваги, достатньо вагомі для того, щоб компенсувати шкоду, яка виникла внаслідок антиконкурентного характеру угод (п. 3);

2) *бути результатом структурних змін на ринку*, зменшуючи кількість незалежних конкурентоспроможних суб'єктів господарювання шляхом операцій злиття, набуття одним підприємством контролю над іншим, створення спільного підприємства, що діє як незалежний суб'єкт, якому материнські підприємства повністю або частково передали свої повноваження у певних сферах діяльності.

Говорячи про структурні зміни, важливо розуміти, що установчі договори прямо не передбачають таку можливість. Цей вид поведінки суб'єктів на ринку є предметом контролю за концентрацією з боку Комісії, згідно із Регламентом №139/2004³, а тому може бути заборонений, якщо істотно протягом тривалого часу зменшує або усуває конкуренцію на відповідному ринку. Це можна пояснити тим, що норми конкуренції протягом існування європейських об'єднань залишалися незмінними. Структурні зміни на ринку мають результатом імовірно посилення домінування на ринку, а згодом – і можливість цим суб'єктам зловживати своїм домінуючим становищем. Тому Регламент щодо контролю за концентраціями було прийнято з метою ненастання наслідків, які передбачені ст. 102 ДФЄС. Саме такими були формулювання Єврокомісії майже за 20 років, протягом яких вона вела переговори щодо необхідності прийняття відповідного регламенту.

³ Див. : Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). *Official Journal*. 2004. L. 24. P. 1-22.

Таким чином, правовою основою застосування ст. 102 ДФЄС є ситуації, за яких умови конкуренції на відповідному ринку вже послаблені існуванням домінуючого становища. У таких випадках конкурентні норми забороняють діяльність (рівносильну зловживанню), що визначають як поведінку, яка може бути застосована підприємством, яке діє завдяки своєму домінуючому становищу незалежно від реакції конкурентів і, урешті-решт, споживачів. Ст. 102 ДФЄС визнає несумісним з умовами спільного ринку та забороняє будь-яке зловживання домінуючим положенням з боку підприємства, яке може вплинути на торгівлю між країнами-членами.

Наступним рівнем джерел антимонопольного права Євросоюзу є **акти інститутів Євросоюзу**.

Серед актів **вторинного законодавства** центральне місце належить Регламенту Ради (ЄС) № 1/2003 щодо імплементації правил конкуренції, які визначені у ст. 101 і 102 Договору⁴, що замінив відомий Регламент № 17 від 06.02.62 (діяв до 2004 р.) – перший документ, мета якого – регулювання політики конкуренції. Із набуттям чинності Регламенту 1/2003 система надання вилучень підприємствам зазнала значних змін. Пункт 3 ст. 101 ДФЄС і передбачена нею система вилучень набули прямої дії у правових системах держав-членів. Таким чином, новий Регламент 1/2003 замінив централізовану систему контролю на систему юридичного винятку із прямою дією, що заснована на децентралізованій системі застосування правил конкуренції.

Відповідно до Регламенту 1/2003 національні органи, застосовуючи національні правила конкуренції до угоди або суб'єкта, який має домінуючу позицію, що впливає на торгівлю між державами-членами, мають паралельно розглядати справу з погляду застосування ст. 101 або 102 ДФЄС. Комісія та національні конкурентні відомства мають значні слідчі повноваження, відповідно до Регламенту 1/2003.

⁴ Див. : Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. *Official Journal*. 2003. L. 1. P. 1-25.

З метою імплементації положень Регламенту 1/2003 Комісія прийняла Регламент № 773/2004 від 07.04.04, який містить процедурні норми застосування ст. 101 і 102 ДФЄС.

Завдяки Регламенту ЄС № 1/2003 від 16.12.02 щодо імплементації правил конкуренції, які визначені у ст. 81 і 82 Договору (нині – ст. 101 і 102 ДФЄС), національні конкурентні відомства держав – членів ЄС та Європейська Комісія створили **ЄВРОПЕЙСКУ МЕРЕЖУ З ПИТАНЬ КОНКУРЕНЦІЇ** (*European Competition Network*), завдання якої – забезпечення ефективного застосування ст. 101, 102 Договору про функціонування Європейського Союзу.

Загалом Регламент ЄС № 1/2003 дозволяє національним конкурентним відомствам і національним судам застосовувати правила конкуренції ЄС у межах своєї юрисдикції. Однак цей Регламент безпосередньо не регулює застосування цих повноважень, що й спричинило прийняття Директиви № 2019/1 (Директиви ECN+)⁵. Вона спрямована на розширення Європейської мережі з питань конкуренції і стандартизації статусу національних конкурентних відомств задля забезпечення однакового застосування правил конкуренції ЄС і фактично відображає чинний режим функціонування Європейської Комісії.

Директива встановлює правила, які забезпечують національні конкурентні відомства необхідними гарантіями незалежності, ресурсами та повноваженнями щодо правозастосування й накладання штрафів задля того, аби конкуренція на внутрішньому ринку не була спотворена, а споживачі та підприємства не були поставлені в не вигідне положення національним правом і заходами, які перешкоджають національним органам з питань конкуренції бути більш ефективним механізмом.

Цілі Директиви мають бути досягнуті за рахунок використання національними органами "однакового набору" повно-

⁵ Директива 2019/1 Європарламенту та Ради від 11.12.18 щодо надання національним конкурентним відомствам повноважень більш ефективно виконувати функції виконавчої влади та забезпечувати належне функціонування внутрішнього ринку (OJ L11, 14.1.19).

важень щодо проведення розслідувань і прийняття рішень, а також надання ширших повноважень, що стосуються взаємодопомоги органів з питань конкуренції різних держав-членів. Наприклад, Директивою передбачено, що національні конкурентні відомства матимуть повноваження щодо встановлення пріоритетів і зможуть відхиляти скарги, якщо вони вважатимуть їх не пріоритетними.

Держави-члени також мають забезпечити національні конкурентні відомства кваліфікованими працівниками, достатніми фінансовими, технічними й технологічними ресурсами, можливість вільного (самостійного) розпорядження своїми бюджетними коштами.

Статті 6-12 Директиви спрямовані на "укріплення" повноважень національних конкурентних відомств. Наприклад, стосовно повноважень з проведення розслідувань Директива покладає на держав – членів ЄС обов'язок забезпечити здатність національних конкурентних відомств учиняти необхідні позапланові інспекційні перевірки підприємств та об'єднань суб'єктів господарювання для застосування ст. 101, 102 Договору. Вона також визначає мінімальний рівень повноважень, які мають бути надані уповноваженим особам національних конкурентних відомств задля виконання їхніх обов'язків (зокрема, щодо перевірки документів, які стосуються діяльності підприємства, отримування копій або витягів із таких документів тощо). До того ж, оскільки ділова документація може зберігатися в будинках директорів, управлінців та інших працівників підприємства або об'єднання підприємств, Директива дозволяє офіційним особам національних конкурентних відомства проводити позапланові перевірки у будинках таких осіб.

Директива також значно розширила коло можливих дій національних конкурентних відомств держав – членів ЄС щодо повноважень із прийняття рішень. Наприклад, подібно до Регламенту ЄС № 1/2003, Директива визначає: кожен орган, що виявить порушення, повинен мати можливість вимагати від підприємств припинення порушення та застосовувати будь-які поведінкові чи структурні засоби захисту.

Крім того, Директива передбачає, що національні конкурентні відомства повинні мати можливість застосовувати тимчасові заходи для запобігання ризику серйозної і неправної шкоди конкуренції; додаткові повноваження приймати зобов'язання від підприємств, маючи ефективні можливості щодо їх контролю (повноваження щодо прийняття зобов'язань також визначено у Регламенті ЄС № 1/2003).

Поряд із цим, Директива передбачає повноваження національних відомств накладати "пропорційні та перешкоджаючі штрафи" на суб'єктів господарювання, якщо останні порушують конкурентне законодавство або перешкоджають розслідуванню. Межа штрафних санкцій має бути встановлена на рівні не менше 10 % від загального світового обігу відповідного підприємства. До того ж, Директива закріплює положення щодо політики поблажливості до учасника угоди, який добровільно визнає існування картелю, що здебільшого віддзеркалюється у зменшенні штрафу – таких положень не було у Регламенті ЄС № 1/2003.

Крім Регламенту існує значний пласт актів **вторинного законодавства**, яке регулює процедури імплементації принципів, що містяться у положеннях ДФЄС.

У сфері картельної практики важливе місце посідають Регламенти про групові винятки із заборон, наприклад, у сфері горизонтальних угод – № 1217/2010 (про науково-дослідну діяльність)⁶, № 1218/2010 (про спеціалізацію)⁷.

У сфері вертикальних угод було прийнято Регламент Комісії №330/2010⁸.

⁶ Див. : Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements. *Official Journal*. 2010. L 335. P. 36-42.

⁷ Див. : Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements. *Official Journal*. 2010. L. 335. P. 43-47.

⁸ Див. : Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices. *Official Journal*. 2010. L. 102. P. 1-7.

У сфері контролю за концентрацією важливе місце займає Регламент Ради (ЄС) №139/2004⁹, що набув чинності 01.05.04.

У сфері державної допомоги було прийнято Регламент Ради ЄС № 659/1999¹⁰. Регламент 2015/1589¹¹, який було прийнято на заміну Регламенту 659/1999, спрямовано на встановлення загальних правил нотифікації і розгляду схем державної допомоги, визначення наслідків такого розгляду. Регламент 2015/2282 зі змінами спрямовано на встановлення детальних правил застосування положень Регламенту 2015/1589 стосовно форми, змісту та інших деталей нотифікації, річних звітів, що надаються Комісії, а також закріплює правила обчислення термінів в усіх процедурах, що стосуються надання державної допомоги, і відсоткової ставки для стягнення незаконно наданої допомоги.

Систему вилучень також визначає Регламент Комісії №1407/2013 щодо застосування принципу *de minimis* до державної допомоги¹².

Крім того, було прийнято Регламент № 651/2014 про блокові винятки (*GBER – General Block Exemption Regulation*)¹³, дія якого первісно передбачена була до 31.12.20. 2020 року було внесено зміни та подовжено його термін дії до 31.12.23¹⁴. До основи регламенту було покладено можливість Ради при-

⁹ Див. : Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ... P. 1-22.

¹⁰ Див. : Council Regulation No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 (now Art.88) of the EC Treaty. *Official Journal*. 1999. L. 83/1. P. 1-9.

¹¹ Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance). *Official Journal*. 2015. L 248. P. 9-29.

¹² Див. : Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid Text with EEA relevance. *Official Journal*. 2013. L. 352. P. 1-8.

¹³ Див. : Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty Text with EEA relevance. *Official Journal*. 2014. L. 187. P. 1-78.

¹⁴ Див.: Commission Regulation (EU) 2020/972 of 2 July 2020 amending Regulation (EU) No 1407/2013 as regards its prolongation and amending Regulation (EU) No 651/2014 as regards its prolongation and relevant adjustments. *Official Journal*. 2020. L 215. P. 3-6.

ймати рішення (ст. 108 п. 4), згідно з яким допомогу, що надає чи має намір надати ця держава, вважають сумісною із внутрішнім ринком шляхом відступу від положень ст. 107 або регламентів, що передбачені у ст. 109, якщо таке рішення можна виправдати винятковими обставинами.

Крім регламентів і директив до джерел конкурентного права Євросоюзу належать **довідкові та інформаційні повідомлення Комісії, її Керівні настанови та інші документи.**

Слід особливо підкреслити, що антимонопольне право Євросоюзу характеризує доволі активна практика прийняття та застосування актів "м'якого" права¹⁵, які кодифікують правозастосовну практику Комісії і Суду ЄС. Прикладами таких актів в антимонопольному праві Євросоюзу є Повідомлення Комісії про її співпрацю з національними судами держав-членів щодо застосування ст. 101 і 102 ДФЄС¹⁶, Повідомлення щодо доктрини *de minimis*¹⁷, Повідомлення щодо визначення відповідного ринку в цілях антимонопольного права Євросоюзу¹⁸, Повідомлення – Керівні настанови щодо концепції впливу на торгівлю, Повідомлення Комісії ЄС – Керівні настанови щодо застосування п. 3 ст. 101 ДФЄС¹⁹ тощо.

Такі документи Комісії, хоча й не є обов'язковими до виконання та мають рекомендаційний характер, однак відіграють важливу практичну роль у застосуванні правил конкуренції Судом ЄС, національними судами та національними конкурентними відомствами, маючи методологічну роль у

¹⁵ Див. : Maher I. Regulation and Modes of governance in EC Competition Law: What's New in Enforcement? *Fordham International Law Journal*. 2008. P. 37-89; Petit N. From Hard to Soft Enforcement of EC Competition Law – A Bestiary of "Sunshine" Enforcement Instruments. *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law*. Settlement, Commitments and Other Novel Instruments. Brussels. 2009. P. 183.

¹⁶ Див. : Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty OJ [2004]. P. 97-118.

¹⁷ Див. : Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*) OJ [2001]. P. 13-15.

¹⁸ Див. : Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law OJ [1997]. P. 5-13.

¹⁹ Див. : Commission Communication, Guidelines on Art. 81 (3) of the Treaty, [2004] OJ. P. 13.

застосуванні законодавства та сприяючи змістовній послідовній правозастосовній практиці, тлумаченню правових норм, прозорості законодавства та передбачуваності його застосування до дій осіб.

При характеристиці джерел антимонопольного права Євросоюзу варто звернутися до судових рішень. **Рішення Суду ЄС** відіграють надзвичайно важливу роль у становленні та розвитку конкурентного права Євросоюзу. Судові рішення приймають після розгляду скарг щодо рішень Комісії – інституту, що наділений виконавчою владою та має нормотворчі та квазісудові повноваження. Судова практика розвинула систему принципів антимонопольного права, які стали застосовувати як основні "доктрини" права Євросоюзу. На це вказує роз'яснення Суду ЄС щодо таких понять конкурентного регулювання, як "підприємство"²⁰, "єдиний економічний суб'єкт господарювання"²¹, "вплив на внутрішній ринок ЄС"²², "узгоджена практика"²³ тощо.

Необхідно звернути увагу на окрему групу джерел антимонопольного права Євросоюзу, які застосовують до приватної підприємницької діяльності. Це – **міжнародні угоди із**

²⁰ Див. : Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH [1993] ECR I-1979; Case C-303/99 Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten [2002] ECR I-1577. Реж. доступу: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1689d986-8f43-4ecc-a389-bb324927dfc5.0002.06/DOC_1&format=PDF;

²¹ Див. : Case T-112/05 Akzo Nobel v. Commission [2007] ECR II-000; Case Sodaash/Solvay [1991] OJ L 152/16. Реж. доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005TJ0112&from=EN>

²² Див. : Case T-6/89 Enichem v. Commission [1991] ECR II-01623; Case T-201/04 R Microsoft v. Commission [2004] ECR II-4463. Реж. доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989TJ0006&from=BG>

²³ Див. : Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission [1979] ECR 461. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89307&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10972>; Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619. Режим доступу: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048_SUM&from=EN; Case 40/73 Zuiker Unie/Commissione [1975] ECR 1663. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88498&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11554>.

третіми країнами та/або міжнародними організаціями. У багатьох угодах про асоціацію наявні правила конкуренції, ідентичні або прийняті під впливом правил конкуренції ЄС. Наприклад, Угода про Європейський економічний простір (ЄЕП)²⁴, яка регулює відносини між ЄС та Ісландією, Норвегією та Ліхтенштейном, спрямована на створення вільної зони між Євросоюзом і цими державами Європейської асоціації вільної торгівлі (ЄАВТ). Вона включає правила конкуренції, які є ідентичними із нормами ДФЄС (зокрема, ст. 53 і 54 Договору про ЄЕП відповідають ст. 101 і 102 ДФЄС). Інтерпретація їх застосування повністю збігається з основними доктринами практики Суду ЄС. Ці правила у межах ЄС мають пряму дію, подібно до правил конкуренції у ДФЄС. Відповідні країни ЄАВТ створили Керівний Орган, повноваження якого відповідають повноваженням Комісії, а також Суд ЄАВТ з юрисдикцією розгляду скарг на рішення Керівного Органу ЄАВТ.

Євросоюз має практику укладання спеціальних угод про конкуренцію з деякими третіми країнами²⁵. Зокрема, основна мета Угоди між Європейськими співтовариствами та урядом Канади щодо застосування права конкуренції 1999 року²⁶ – покращення співпраці та координації між конкурентними відомствами сторін угоди та зменшення наслідків чи можливості виникнення розбіжностей між сторонами через застосування свого конкурентного права. Схожою є Угода між Європейським співтовариством та Урядом Японії про співпрацю у сфері антиконкурентної діяльності²⁷.

²⁴ Agreement on the European Economic Area. *Official Journal*. 1994. L. 1/1. P. 2-389.

²⁵ Дет. див.: <https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>

²⁶ Див.: Agreement between the European Communities and the Government of Canada regarding the application of their competition laws. *Official Journal*. 1999. L. 175.

²⁷ Див.: Agreement between the European Community and the Government of Japan concerning cooperation on anticompetitive activities. *Official Journal*. 2003. L. 183.

У багатьох Угодах про асоціацію (зокрема, зі Швейцарією²⁸) містяться правила конкуренції, ідентичні або прийняті під впливом правил конкуренції ЄС, проте зазвичай вони не мають прямої дії. Не виключено, що Суд ЄС зможе визнати пряму дію на території ЄС положень щодо конкуренції.

Угода про зону вільної торгівлі між країнами ЄАВТ та Україною²⁹ також містить положення щодо конкуренції, які фактично є відтворенням статей ДФЄС. Наприклад, у ст. 7 Угоди наявний перелік можливої практики компаній, що є несумісною із належним функціонуванням ЗВТ, включаючи антиконкурентні угоди та зловживання домінуючим становищем.

Ратифікована у вересні 2014 року Угода про асоціацію між Україною та ЄС (УА)³⁰ обумовлює відтворення та забезпечення ефективного конкурентного середовища у рамках запровадженої зони вільної торгівлі. Питанням запровадження відповідного конкурентного середовища у торгівлі між Україною та ЄС присвячена гл. 10 УА (ст. 253-267). Отже, на відміну від інших сфер співпраці між сторонами, у самому тексті Угоди (а не в додатках, до яких відсилають рамкові норми угоди) міститься вичерпний перелік необхідних змін у законодавстві України із детальним описом нормативних

²⁸ Див. : Regulation (EEC) No 2840/72 of the Council of 19 December 1972 concluding an Agreement between the European Economic Community and the Swiss Confederation and adopting provisions for its implementation and concluding an additional Agreement concerning the validity, for the Principality of Liechtenstein, of the Agreement between the European Economic Community and the Swiss Confederation of 22 July 1972. *Official Journal*. 1972. L. 300. P. 188-188.

²⁹ Про ратифікацію Угоди про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ, Угоди про сільське господарство між Україною та Королівством Норвегія, Угоди про сільське господарство між Україною та Ісландією та Угоди про сільське господарство між Україною та Швейцарською Конфедерацією : Закон України № 4091-VI від 07.12.11. *Офіційний вісник України*. 2012. № 1. С. 9.

³⁰ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України №1678-VII від 16.09.14. *ВВР України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

документів, які мають бути імплементовані без посилань на додатки до Угоди.

Крім міжнародних угод із третіми країнами та міжнародними організаціями до системи джерел антимонопольного права Євросоюзу слід зарахувати **акти органів співпраці**, що створені такою міжнародною угодою. Серед таких актів слід окремо виділити Рішення № 1/95 від 22.12.95 Ради Асоціації ЄС – Туреччина щодо фінальної стадії імплементації Митного Союзу, яким передбачено правила конкуренції.

Таким чином, можна констатувати, що джерела антимонопольного права Євросоюзу є сталою ієрархічною системою, яка складається з установчих договорів, актів інститутів Євросоюзу – спеціальних принципів (що сформульовані та розвинені судовою практикою), міжнародних угод із третіми країнами та міжнародними організаціями, а також актів органів співпраці, які створені на підставі цих угод.

Комісія наділена надзвичайно широкою компетенцією, однак разом із цим визначальну роль у забезпеченні законності відіграє такий важливий інститут, як **Суд ЄС**. Правові позиції, розроблені Судом ЄС, відіграють надзвичайно важливу роль у тлумаченні та застосуванні норм права конкуренції. Незважаючи на автономну дискреційну функцію Комісії ЄС як конкурентного відомства, Суд ЄС володіє необмеженою юрисдикцією щодо перегляду застосування матеріальних і процесуальних норм права конкуренції Комісією ЄС, у тому числі щодо встановлення правомірності накладання відповідальності та нарахування штрафних санкцій за порушення. Саме Суду ЄС належить головна роль у виробленні понятійного апарату та основоположних принципів права конкуренції ЄС і правозастосування норм.

Правила конкуренції в Євросоюзі охоплюють усі сектори економіки. Разом із тим, існують окремі спеціальні "моделі" їх застосування щодо певних секторів. Спеціальні правила існують у таких секторах, як енергетика, транспорт, сільське господарство, інтелектуальна власність. Зокрема, відповідно до ст. 42 ДФЄС, положення глави щодо правил конкуренції застосовують до виробництва сільськогосподарських про-

дуктів і торгівлі ними лише на засадах, що встановлені Європарламентом і Радою в межах положень, відповідно до процедури (передбачені § 2 ст. 43) і з урахуванням цілей, що викладені у ст. 39. Це положення ДФЄС фактично є передумовою створення спеціального режиму застосування правил конкуренції щодо сільськогосподарських продуктів.

Слід звернути увагу на те, що положення ст. 42 ДФЄС мають досить широкі "межі" тлумачення та, насправді, означають можливість створення спеціального режиму застосування у сфері сільського господарства як правил конкуренції щодо суб'єктів господарювання, так і щодо тих правил, які визначають умови надання державної допомоги.

Стаття 93 ДФЄС передбачає, що "сумісною з Договорами є допомога, яка відповідає вимогам координації транспортних перевезень чи є відшкодуванням за виконання певних зобов'язань, які підпадають під поняття державної служби"³¹. Отже, положення цієї статті проголошують деякі види державної допомоги такими, що сумісні із вимогами Договору. Оскільки положення ст. 93 є *lex specialis* щодо більш загальних положень ст. 107, то при їх застосуванні:

- деяку допомогу не перевірятимуть через "тест дозволеної допомоги", що передбачає ст. 107 ДФЄС;
- допомогу, яка підпадатиме під дію ст. 93, вважатимуть дозволеною *ipso facto* (ту, що відповідатиме кваліфікаційним критеріям, які встановлені у цій статті).

Разом із тим, застосування ст. 93 не позбавляє державу-член обов'язку дотримувати правил про попередню нотифікацію державної допомоги, що передбачає ст. 108 ДФЄС. До того ж, Рада прийняла регламенти у галузі транспорту для примирення потреб спільної транспортної політики із правилами конкуренції. Головними серед них є Регламенти Ради:

- № 1017/68 щодо правил конкуренції у галузі автомобільного, залізничного та внутрішнього водного транспорту;

³¹ Див. : Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal*. Р. 47-390; Зібрання актів європейського права. Київ: *Право України*. 2013. Вип. 1 : Європейський Союз / упоряд. К.В. Смирнова. 1052 с.

- № 4056/86 щодо правил конкуренції у галузі морського транспорту (важливим аспектом тут є групові звільнення, що надає винятково Рада, а не Комісія) для лінійних конференцій, тобто угод між перевізниками щодо надання послуг на морському транспорті, які заздалегідь сплановані);

- № 3975/87 щодо правил конкуренції у галузі повітряного транспорту, який надає Комісії повноваження на прийняття групових звільнень (однак його дія поширюється тільки на транспорт між аеропортами Союзу та не стосується перевезень до аеропортів третіх країн).

Наприклад, Комісія прийняла групове звільнення для консультацій пасажирів щодо транзиту та розподілу посадочних місць (Регламент 1617/93). Оскільки Суд ЄС у справі *Ministere Public v. Lucas Asjes*³² визнав, що спільна транспортна політика достатньо розвинена, аби дозволити застосування правил конкуренції у цьому секторі у повному обсязі, у Регламенті 1/2003 загальні правила застосування правил конкуренції поширено на транспорт.

Стаття 346(1)(b) ДФЄС містить обмеження сфери застосування передбачених у Договорі правил; обмеження стосується також і правил конкуренції. Формулювання статті припускають доволі широке тлумачення меж належного застосування передбаченого в цій статті обмеження: "... будь-яка держава-член може вживати необхідних заходів для захисту суттєвих інтересів своєї безпеки, що пов'язані з виробництвом зброї, боєприпасів і військових матеріалів чи з торгівлею ними; ці заходи не мають негативно впливати на умови конкуренції на внутрішньому ринку щодо продукції, яка не призначена спеціально для військових цілей"³³.

Положення ст. 346 дозволяють державам-членам створювати та користуватися своїм національним режимом щодо торгівлі та виробництва певних видів продукції.

³² Див. : Case 209-213/84 *Ministere Public v. Lucas Asjes*. *European Court Review*. 1986. 1425 p.

³³ Див.: Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. P. 47-390; Зібрання актів європейського права. 1052 с.

До джерел права конкуренції ЄС входять (рис. 1):

- положення установчих договорів ЄС (ст. 101-109 ДФЄС);
- пласт актів вторинного законодавства, які регулюють процедури імплементації принципів, що містяться у положеннях ДФЄС (регламенти, які мають пряму дію у правопорядку держав-членів, і служать засобом уніфікації норм конкуренції);
- довідкові та інформаційні повідомлення Єврокомісії, її керівні настанови та інші документи, які застосовують для кодифікації правозастосовчої практики Комісії та узагальнюють практику Суду ЄС (відіграють важливу практичну роль у застосуванні правил конкуренції Судом ЄС, національними судами та національними конкурентними відомствами);
- рішення Суду ЄС, які розвивають практику застосування конкуренційних норм, і містять правові позиції, що застосовують національні відомства та національні суди;
- міжнародні угоди ЄС із третіми країнами, які містять запозичені із права ЄС положення щодо захисту конкуренції.

Первинне право ЄС

Установчі договори ЄС:

- Договір про ЄС;
- Договір про функціонування ЄС,
- протоколи та додатки до установчих договорів

Спільні цінності ЄС, закріплені у ст. 2 Договору про ЄС

Загальні принципи права

Вторинне право ЄС

Акти інститутів ЄС:

- регламенти, ▪ директиви,
 - рішення, ▪ висновки,
 - рекомендації,
- відповідно до ст. 288 Договору про функціонування ЄС

Спеціальні принципи права ЄС, вироблені та розвинені практикою Суду ЄС (Суду справедливості ЄС)

Міжнародні угоди, укладені ЄС із третіми країнами та/або міжнародними організаціями

Рисунок 1. Схема ієрархічної системи джерел права ЄС

Теми для аналізу

1. Джерела правового регулювання права конкуренції Євросоюзу. Загальна характеристика первинного конкурентного права Євросоюзу. Вторинне конкурентне право Євросоюзу.

2. Роль Суду ЄС у розвитку уніфікованих норм конкурентного права Євросоюзу

3. Джерела права конкуренції, що застосовують до приватної підприємницької діяльності. Галузеві норми.

4. Процедури застосування правил конкуренції: установлення факту порушення, процесуальні повноваження Комісії ЄС.

Розділ 3

Основні концепції конкурентного права в ЄС

3.1. Поняття "ринок"

для цілей застосування норм конкурентного права ЄС

Зважаючи на нерозривність понять "право" та "економіка", що яскраво виявляється в правовому регулюванні конкуренції, зупинимося перш за все на аналізі основних концепцій антимонопольного права в Євросоюзі. Конкуренція безпосередньо тісно пов'язана із категорією "ринок" і може існувати лише за умов ринкової економіки.

Із юридичного погляду ринок – це місце, де укладають угоди, метою яких є придбання чи реалізація товару та отримання прибутку.

З економічного погляду ринок можна визначити як інститут чи механізм, що зводить разом покупців і продавців певних товарів і послуг³⁴, іншими словами, це сфера обміну товарами та послугами³⁵.

Поняття "ринок" також можна розглядати у широкому сенсі як складне полісистемне утворення із відповідною економічною системою господарювання. Ринок як категорія, у рамках якої відбувається конкуренція між суб'єктами, має для конкурентної політики визначальне значення. Із аналізу категорії ринку досліджують домінування на ньому, що є визначальним для юридичної кваліфікації зловживання домінуючим становищем.

³⁴ Див. : Удалов Т. Г. Конкурентне право : навч. посіб. Київ : Школа. 2004; Журик Ю. В. Антимонопольно-конкурентне право України : навч. посіб. Київ. : Центр учбової літератури. 2011.

³⁵ Див. : Лошихін О. М. Економічна функція сучасної держави. Теоретико-правові аспекти. Київ : Юрид. думка. 2008.

Залежно від критеріїв ринки можна класифікувати за різними типами та видами, наприклад:

- за економічним призначенням: ринки предметів споживання, фінансовий, валютний, ринок праці тощо;
- залежно від інфраструктури та обсягів обміну товарів: ринки, що розвиваються; розвинені та високорозвинені;
- залежно від території, яку охоплює ринок: регіональні, загальнодержавні та міжнародні;

Залежно від кількості суб'єктів господарювання на ринку, їх ринкових часток, наявності та ступеня переборності бар'єрів на шляху вступу до ринку, відомі такі основні типи:

- ринок досконалої (довершеної) конкуренції;
- ринок монополістичної конкуренції;
- ринок олігополії;
- ринок абсолютної монополії.

Ринок досконалої (довершеної) конкуренції містить велику кількість незалежних суб'єктів господарювання (продавців), що мають однаковий рівень або виступають із незначною різницею часток на ринку.

Ринок монополістичної конкуренції характеризує велика кількість виробників, що пропонують подібну, але не ідентичну продукцію, тобто на ринку присутні гетерогенні товари.

Якщо за умов досконалої конкуренції суб'єкти виробляють та/або пропонують стандартизовану (однорідну) продукцію, то за умов монополістичної конкуренції виробляють/пропонують диференційовану продукцію. Отже, за умов монополістичної конкуренції на ринку вступають у суперництво не тільки (або навіть не стільки) за допомогою цін, а й шляхом усебічної диференціації продукції і послуг.

Олігополія – найпоширеніший тип (модель) ринку, який, на відміну від попередніх типів ринків, включає різноманітні варіанти. У першу чергу, олігополію

характеризує невелика кількість суб'єктів господарювання на ринку, причому кожен із учасників ринку має змогу, незалежно від інших, установлювати ціни та визначати обсяги виробництва продукції.

Олігополія відрізняється від досконалої (довершеної) конкуренції тим, що її учасники не залежать один від одного; від монополістичної конкуренції – тим, що суб'єкти господарювання мають певний контроль над установленням цін; від абсолютної монополії – тим, що кожен її учасник має справу з діяльністю конкурентів (абсолютний монополіст не має конкурентів).

Олігополію поділяють на *симетричну* (якщо ринкові частки суб'єктів господарювання приблизно рівні); *асиметричну* (якщо ринкові частки суб'єктів господарювання різні); *дуополію* (спрощену форму олігополії, якщо на ринку діють двоє продавців).

Абсолютна монополія – *ринок, на якому діє один продавець та існують непереборні бар'єри на шляху вступу на ринок інших суб'єктів господарювання. Учасник цього ринку має владу над ціноутворенням. Такий тип ринку протилежний до ринку досконалої (довершеної) конкуренції.*

Таким чином, в антимонопольному праві поняття "ринок" використовують з метою встановлення конкуренції між конкретними товарами та меж, що окреслюють ці конкретні групи товарів і їх продавців.

Для права Європейського Союзу вихідним є не типологія ринків з погляду конкуренції, а визначення поняття "відповідний ринок" (*relevant market*). В одному із річних звітів Європейська комісія зазначила, що прецедентна практика Суду ЄС підтвердила фундаментальну важливість концепції відповідного ринку. Крім того, дискусія щодо необхідності застосування цієї концепції пов'язана із більш загальним питанням щодо значення, яке слід надавати аналізу структури ринку при розгляді справ, що пов'язані із конкуренцією.

Для практики застосування ст. 101 і 102 ДФЄС, особливо для процедури авторизації концентрації, важливого значення набуває визначення відповідного ринку. Згідно із Повідомленням Європейської комісії про відповідний ринок 1997 року³⁶ визначення ринку є інструментом для виявлення та визначення меж конкуренції між фірмами. Він служить для створення рамок, у межах яких Комісія застосовує норми конкуренції. У п. 4 Повідомлення Європейської Комісії про відповідний ринок зазначено: "Як товарний, так і географічний аспекти визначення відповідного ринку, часто мають вирішальне значення для оцінювання конкурентної справи"³⁷. Отже, "відповідний" ринок є поєднанням двох складових – товарного та географічного ринків. Відповідно до методик, які викладені у Повідомленні, встановлено, чи існують на ринку заміни товару, проаналізовано реакцію споживачів на аналоги, ступінь їх доступності. У пошуках адекватної заміни Комісія не має права на помилку (напр., молоко не можна вважати заміною Coca Cola). Дійсно, за відсутності Coca Cola покупець, можливо, придбає газовану воду, але швидше за все, піде без покупки.

Важливо зрозуміти, що поняття відповідного ринку не є тотожним поняттю "ринок" у широкому його розумінні. Концепція відповідного ринку тісно пов'язана із цілями, які стоять перед антимонопольним правом Євросоюзу. Наприклад, у рамках контролю над концентраціями метою нагляду Комісії є запобігання створенню або посиленню домінуючого становища, унаслідок якого буде значно порушено ефективну конкуренцію у значній частині внутрішнього ринку Євросоюзу. Критерії для визначення відповідного ринку застосовують, в основному, для аналізу певних типів поведінки, а також аналізу структурних змін на ринку. При цьому Комісія розрізняє *відповідний товарний ринок* і *відповідний географічний ринок*.

³⁶ Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal*. 1997. P. 5-13.

³⁷ Ibid.

Відповідний ринок товару – це ринок, що містить ідентичні товари або послуги й товари або послуги, які є взаємозамінними із погляду споживачів.

У ході аналізу Комісія досліджує взаємозамінність товарів як за попитом, так і за пропозицією. Субститутами за попитом визнають товари, на споживання яких переходять покупці за незначного зростання ціни на досліджуваний товар. Незначним Комісія вважає зростання ціни від 5 до 10 %. Якщо споживачі переходять на інші товари (і збільшення ціни стає невигідним виробнику, адже призводить до втрат продажів), то субститути включають до відповідного ринку.

Якщо зростання ціни на товар і перехід споживачів до інших товарів не стає для виробника, який підняв ціну, невигідним, то останні не включають до ринку. Взаємозамінність за пропозицією Комісія вивчає, якщо компанія продає безліч варіацій однієї і тієї самої продукції, що відрізняються за якістю та призначенням.

Споживач, що має чіткі цілі споживання, навряд чи перейде до іншого різновиду продукції (напр., з фотопаперу на пакувальний папір) за зміни ціни. Однак сам виробник може переключитися на виробництво вигідніших йому варіацій продукції (у нашому прикладі – видів паперу), відповідно до змін цін. Тому всі види продукції включають до одного й того самого ринку, оскільки вони замінювані, але не споживачами, а виробниками. Комісія вивчає приклади взаємозамінності товарів у минулому. Якщо доступними виявляться дані про реакцію споживачів на зміну цінової кон'юнктури, то така інформація стає базовою при визначенні відповідного ринку. При розрахунку зважають на думки покупців і конкурентів; вираховують витрати, що пов'язані з перемищенням попиту на замінники; нарешті, вивчають географічні бар'єри – національні переваги.

Таким чином, для встановлення меж товарного ринку використовують два тести – *тест взаємозамінності товарів із погляду попиту* й *тест взаємозамінності товарів з погляду пропозиції*. Разом із тим, у випадках, за яких визначено, що

деякі товари, навіть ті, які певною мірою взаємопов'язані, мають різні умови попиту та пропозиції на ринку, для цілей застосування антимонопольного права Євросоюзу ринки таких товарів становитимуть окремі ринки. У правозастосовній практиці наголос переносять на важливість економічного аналізу.

Повідомлення Комісії містять технічні деталі визначення взаємозамінності попиту. Для цього використовують метод невеликого, але суттєвого неперехідного збільшення ціни. Взаємозамінність попиту розглядає ринок зі сторони споживача. Однак у деяких випадках також необхідно брати до уваги потенційну конкуренцію та визначати взаємозамінність зі сторони постачання.

На важливість критерію взаємозамінюваності товарів для цілей визначення меж товарного ринку було вказано Судом у рішенні зі справи *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*³⁸. Концепція відповідного ринку фактично вимагає існування ефективної конкуренції між товарами, що утворюють його частину, а це, у свою чергу, передбачає існування істотного рівня взаємозамінності між усіма товарами, які утворюють частину одного внутрішнього ринку з огляду на певний можливий спосіб використання кожного такого товару.

До того ж, визначення відповідного ринку товару не може ґрунтуватися лише на економетричних розрахунках. Необхідно враховувати й інші елементи: фізичні характеристики товару, сферу його застосування.

Цікавим для розгляду є спеціальний випадок, пов'язаний із запасними частинами, в якому було визначено існування двох, повністю відмінних відповідних ринків товару – відповідний ринок готового продукту та відповідний ринок запасних частин (справа T-30/89 *Hilti AG v. Commission of the European Communities*³⁹).

³⁸ Див. : Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission. European Court Review*. 1979. 461 p.

³⁹ Див. : Case T-30/89 *Hilti v. Commission. European Court Review*. 1991. II. 1439 p.

Як приклад, можна навести ринки шин або автомобільних запасних частин: одні й ті самі товари продають виробникам автомобілів для збирання нових легкових або вантажних автомобілів: на ринку, де домінує невелика кількість постачальників; на вторинному ринку, що є надзвичайно деконцентрованим ринком покупців-споживачів.

При визначенні меж товарного ринку зважають на такі чинники: ціни товарів; фізичні характеристики товарів і послуг; призначення товарів і послуг; бажання споживачів.

Визначення відповідного товарного ринку ускладнено, якщо існує первинний і вторинний ринки цього товару. Варто розрізняти первинний ринок і вторинний ринки, коли товар первинного ринку є складовою для створення товару вторинного ринку. Таким чином, первинний ринок визначають для товару-складової, а вторинний – для товару, що включає цю складову.

Згідно із Повідомленням, вторинний ринок виокремлюють, коли важливо встановити його співвідношення із первинним. Економічно виправданою є ситуація, за якої відносні ціни на вторинні товари підвищують за умови високих цін на первісні товари й тривалий термін їх служби. Але тут важливо правильно встановити межі вторинного ринку. Виділяти окремі ринки вторинних і первинних товарів можна, зокрема, якщо вторинні товари є взаємозамінними чи саме характеристики первинного товару є визначальними для споживача, а також спричиняють підвищення відносної ціни вторинного товару.

Відповідний географічний ринок – *регіон у межах Євросоюзу, який відчуває дію результатів угоди.*

Повідомлення щодо відповідного ринку визначає відповідний географічний ринок як "... територію, на якій відповідні суб'єкти господарювання здійснюють діяльність із продажу та купівлі товарів або послуг, умови конкуренції, у межах якої є значною мірою однорідними та яка може бути

виділена з кола оточуючих її [географічних] територій через те, що умови конкуренції в її межах істотно відрізняються від умов конкуренції, які існують у межах таких територій, що її оточують"⁴⁰ (п. 8). Звичайно, це вся територія Євросоюзу, однак якщо товари або послуги не продаються на частині цієї території, то таку частину не беруть до уваги при визначенні відповідного ринку. Перешкоди для входу та виходу на ринок ураховують. Практично, якщо дія угоди відчувається щонайменше на всій території однієї держави-члена, то ця територія становить відповідний географічний ринок.

Практика визначення частки ринку, яку займає відповідне підприємство, свідчить про відсутність універсальної формули. Наприклад, у справі про поглинання "Боїнгом" компанії "МакДонел Дуглас" Комісія визнала відповідним ринком увесь світ, зважаючи на глобальність ринку комерційних літаків і попит на них.

При дослідженні певних ринків доволі часто постає питання про *часовий фактор*, тому Комісія може доводити в деяких випадках і відповідний часовий ринок.

Певний географічний ринок може різнитися, якщо проаналізувати зміни на ринку в історичній перспективі. Наприклад, у справі, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities*⁴¹ Суд як фактор, що впливав на часові межі деякого ринку, розглядав час, що необхідний для входження на відповідний ринок. Таким чином компанія *Michelin*, яку звинувачували у зловживанні домінуючим становищем, не могла тривалий час володіти таким становищем – термін її домінування був обмежений часом, що необхідний для ефективного входу конкурентів на такий ринок.

⁴⁰ Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. P. 5-13.

⁴¹ Див. : Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission* (*Michelin I*). *European Court Review*. 1983. 3461 p.

3.2. Поняття "угода", "рішення асоціацій" та "узгоджена практика" у правозастосовній практиці ЄС

Комісія наділена надзвичайно широкою компетенцією, але визначальну роль у забезпеченні законності відіграє такий важливий інститут, як Суд ЄС. Функції Суду не обмежено контролем над законністю прийнятих Комісією рішень – вони далеко виходять за ці межі. Значення судової практики у сфері права конкуренції складно переоцінити. Саме Суду ЄС належить головна роль у виробленні понятійного апарату та основоположних принципів права конкуренції ЄС. Рішення Суду надали трактування таких закріплених в установчих угодах понять, як "підприємство", "угода", "домінуюче становище" та "зловживання", що мають ключове значення при тлумаченні та застосуванні права конкуренції ЄС. Практика Суду ЄС багато в чому послужила основою для вироблення регламентів Ради, що закріпили сформульовані Судом ЄС правила в актах вторинного права. І саме вона робить право конкуренції динамічним.

У ст. 101 ДФЄС містяться основні норми щодо поведінки, яку визнають антиконкурентною, а також критерії для їх оцінювання. Фактично поведінка суб'єктів господарювання може набувати різних форм, що окреслено у ст. 101 (1) ДФЄС. Це стосується таких категорій, як "угода" між підприємствами, "рішення асоціацій підприємств" та "узгоджена практика" – трьох окремих концепцій дій, для кожної з яких існують спеціальні правила класифікації.

У справі *Commission v. Anix Partecipazioni*⁴² Суд ЄС установив, що ст. 81 (1) (нині ст. 101 (1) ДФЄС) застосовують до всіх змов між підприємствами, незалежно від їх форми. Єдина відмінність, яку можна на практиці застосувати, полягає в кількості суб'єктів такої поведінки. У випадку одноосібності така поведінка не стосуватиметься порушення ст. 101 ДФЄС,

⁴² Див. : Case C-49/92 P *Commission v. Anix Partecipazioni*. *European Court Review*. 1999. I. 4125.

а у випадку, коли такої поведінки дотримує кілька суб'єктів, вона може різнитися, відповідно до її форм і різновидів.

Таким чином, угодою можна назвати дво- або багатосторонню домовленість між підприємствами, відповідно до якої принаймні одна зі сторін бере на себе зобов'язання погоджувати (узгоджувати) відповідну поведінку.

Звичайно угоду укладають у формі контракту. Однак часто вона має неформальний характер, особливо коли сторони розуміють незаконність положень угоди, результатом чого є їх збіг із поняттям узгодженої практики. Для укладення угоди достатньо "висловити спільний намір прийняти спільну лінію поведінки на ринку" (справа T-7/89 *Hercules-Commission*⁴³), сторони мають також визнати обов'язковий характер такого зобов'язання. У цьому випадку поняття угоди (договору) Суд ЄС тлумачить як таке, що включає не тільки письмові контракти, а й усні домовленості – так звані "джентльменські угоди" (справа 41/69 *ACF/Chemiefarma*⁴⁴) або взаєморозуміння без конкретних статей виконання (справа *Soda-ash/Solvay*⁴⁵).

Іншими словами, практика свідчить про те, що форма угоди не має практичного значення для застосування заборон, що містяться в ст. 101 ДФЄС. Достатньо того, щоб у положенні було явно виражено намір сторін без необхідності його оформлення як чинного та обов'язкового до виконання контракту, відповідно до національного права.

У справі *ACF Chemiefarma*⁴⁶ заявники оспорили рішення Комісії про те, що джентльменські угоди є угодами у сенсі ст. 85 (нині ст. 101 ДФЄС). Тим не менш, Суд підтримав позицію Комісії про те, що такі домовленості формували "джентльменські угоди". Оскільки сторони угоди про експорт погодилися слідувати джентльменській домовленості,

⁴³ Див. : Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities. *European Court Reports*. 1991. II. 01711.

⁴⁴ Див. : Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v. Commission. *European Court Review*. 1970. 661 p.

⁴⁵ Див. : Case T-30/91 Soda Ash-Solvay. *European Court Review*. 1995. II. 1775.

⁴⁶ Див. : Case 41/69 ACF Chemiefarma NV v. Commission. 661 p.

а також встановили, що порушення таких домовленостей означає порушення угоди про експорт, Суд дійшов висновку про те, що джентльменська угода містила явний вираз спільного наміру сторін щодо їх поведінки на ринку. На цій підставі така джентльменська угода підпадає під дію нинішньої ст. 101 ДФЕС, якщо містить положення, що обмежує конкуренцію на внутрішньому ринку за умови точного слідування спільним намірам сторін.

У більш пізній судовій справі *BPB plc v. Commission* 2008 року Суд ЄС розтлумачив, що джентльменські угоди, як вираз морального зобов'язання, є угодою у розумінні ст. 101 (1) ДФЕС⁴⁷. Суд чітко визначив, що угоди можуть бути укладені в усній формі⁴⁸. Іноді навіть "просте розуміння" стає угодою, як сталося у справі *Panasonic*, де не існувало будь-якої угоди між компанією та її дилерами, однак Комісія встановила існування узгодженої практики між ними⁴⁹. А у справі *Toshiba* 1991 року було доведено існування "взаєморозуміння" німецького представництва компанії *Toshiba* з деякими дистриб'юторами щодо заборони експорту, хоча існувало окреме положення в письмовому договорі про його заборону⁵⁰.

Існування угоди може бути результатом постійної комерційної співпраці сторін або наполегливої рекомендації у циркулярних листах дистриб'юторам, якщо вони виконують рекомендації, не висловлюючи свого ставлення. Наприклад, у справі C-277-87 *Sandoz* виробник постійно додавав до партій своєї продукції позначку "Заборонено для експорту". Мовчазна згода дистриб'юторів із цією статтею впливала із постійного відновлення замовлень без висловлення протестів. Суд ЄС установив, що навіть кілька пов'язаних між собою договорів є "угодою" у розумінні ст. 101 (1) ДФЕС⁵¹. Повідомлення та вказівки виробника своїм дистриб'юторам та-

⁴⁷ Див. : Cases T-53/03 *BPB plc v. Commission*. *European Court Review*. 2008. II. 01333.

⁴⁸ Див. : Case 28/77 *Tepea v. Commission*. *European Court Review*. 1978. 1391 p.

⁴⁹ Див. : *National Panasonic*. *Official Journal*. 1982. L. 354/28.

⁵⁰ Див. : *Viho/Toshiba*. *Official Journal*. 1991. L. 287/39.

⁵¹ Див. : Case C-277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission*. *European Court Review*. 1990. I. 45.

кож можна трактувати як загальну угоду, що укладена між сторонами. При цьому цікавим є досвід рішень Суду ЄС, який не підтримав позицію Європейської комісії у цій аргументації зі справи *Volkswagen*⁵², двічі визнаючи помилку Комісії у встановленні такого роду антиконкурентної практики.

У справі *Soda Ash – Solvay*⁵³ було встановлено, що контракт, термін дії якого сплив, можна розглядати як чинний, якщо сторони продовжують слідувати йому у своїй поведінці на ринку. Передавання майна та виняткових або не виняткових ліцензій, прав інтелектуальної власності можна розглядати як угоди, що підпадають під дію ст. 101 ДФЄС, якщо вони впливають на торгівлю у межах Євросоюзу.

Односторонні дії підприємства не є угодою, однак у певних випадках їх можна розглядати як мовчазну угоду між виробником і його дистриб'юторами для виключення дистриб'ютора із дистриб'юторської мережі без законної підстави (справа 107/82 *AEG/Commissione*). Аналогічно факти порушення, що ґрунтуються на праві промислової власності, не є угодами у розумінні ст. 101 ДФЄС. Вони просто відповідають застосуванню його власником права. Однак, якщо такі дії розпочато з метою поділення ринку, їх можна розглядати як ознаку існування угоди (справи 56/64 *Consten/Grundig*⁵⁴; 40/70 *Sirena*⁵⁵; 262/81 *Coditel/Cine-Vog* (II)⁵⁶).

Угоди, де тільки одна зі сторін добровільно погоджується обмежити свободу своїх дій, також розглядають як такі, де обмеження поведінки не є добровільним (справа *Franco-Japanese Ballbearings*). Практика переконливо свідчить, що висновку про існування такої угоди можна дійти передусім на підставі фактів та обставин, незважаючи на заперечення

⁵² Див.: Case T-208/01 *Volkswagen v. Commission*. *European Court Review*. 2003. I. 5141.

⁵³ Див.: Case Soda-ash/Solvay. *Official Journal*. 1991. L. 152/16.

⁵⁴ Див.: Case 56, 58/64 *Establishments Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* (Consten & Grundig v. Commission). *European Court Review*. 1966. 299 p.

⁵⁵ Див.: Case 40/70 *Sirena Srl v. Eda Srl*. *Common Market Law Review*. 1971. 260 p.

⁵⁶ Див.: Case 262/81 *Coditel SA, Campagne Generale pour la Diffusion de la Television v. Cine-Vog Films SA*. *European Court Review*. 1982. 3381 p.

й протести сторін. Наприклад, у справі *Vereniging van Cementhandelaren v. Commission* Асоціація торговців цементом установила "індикативні ціни" для своїх членів, які активно працювали на голландському ринку цементу. Комісія ЄС дійшла висновку: встановлення індикативних цін підпадає під дію ст. 101 ДФЄС. Асоціація оскаржила висновки в Суді ЄС, де доводила, що індикативні ціни не ідентичні фіксованим ставкам, про які домовлялись учасники угоди, адже вони є основою для розрахунку цін, що встановлені самостійно. Асоціація заявила, що домовленість була доволі загальною й не мала зобов'язального характеру, тобто не підпадає під дію ст. 101. Суд ЄС, у свою чергу, підтримав висновки Комісії про те, що домовленість порушує п. 1 ст. 101, зауваживши, що "встановлення цін, навіть коли вони індикативні, впливає на конкуренцію, оскільки дає змогу всім учасникам передбачати зі значною мірою вірогідності, яку цінову політику мають проводити їхні конкуренти"⁵⁷.

Таким чином, на думку Суду ЄС, установлення індикативних цін дозволяє сторонам проводити спільну політику. Коли немає ні зобов'язальної норми, ні явної згоди щодо встановленої ціни, домовленість, якою б широкою вона не була, дає сторонам змогу спільно діяти в напрямі, дещо далекому від самостійності, а це підпадає під дію положень права Євросоюзу щодо обмежувальної практики.

У рішенні Комісії проти компанії *Zanussi* було встановлено, що практика виробника побутових товарів обмежити свої гарантії на товари, які купують і використовують у тій самій державі-члені, є ознакою існування угоди між виробником і його дистриб'юторами, що ґрунтується на забороні експорту.

Важливо запам'ятати, що вирішального значення надають не форми, а наміру укласти контракт із метою порушення конкуренції. Наприклад, в об'єднаних судових справах

⁵⁷ Case C-8/72 *Vereniging van Cementhandelaren v. Commission*. *European Court Review*. 1972. I. 00977.

щодо *Dresdner Bank* 2006 року⁵⁸ Судом ЄС було визначено: для того, щоб в поведінці суб'єктів існувала угода в світлі ст. 101 (1) ДФЄС, достатньо загального висловлення сторонами наміру поводитись на ринку таким чином. Форма, в якій виражено загальний намір сторін, не є обов'язковою умовою для кваліфікації протиправності такої поведінки. Суд ЄС у цій справі визначив, що "концепція угоди у світлі ст. 101 (1) ДФЄС зосереджена на існуванні змови щодо спільної поведінки щонайменше двох сторін"⁵⁹, при цьому формі такої змови не надають вирішального значення.

Отже, можемо дійти висновку про те, що форма угоди не має практичного значення для застосування ст. 101(1) ДФЄС. Достатньо того, що положення мали явний вираз наміру сторін без необхідності його оформлення як чинного та зобов'язуючого контракту, згідно із національним правом. Наприклад, у справі *National Panasonic* дистриб'ютор японської техніки *Audiotronics* під тиском компанії *Panasonic* погодився не поставляти техніку до інших магазинів, крім *Allwave*. Незважаючи на відсутність письмових угод, Європейська комісія встановила факт укладання угоди, базуючись на внутрішніх меморандумах компаній, листуванні між ними, доказах зустрічей представників компаній.

Для аналізу концепції поняття "угода" у теорії конкурентного права Євросоюзу наявний їх поділ на дві категорії – вертикальні та горизонтальні.

Горизонтальні угоди – це угоди між підприємствами, що працюють на одному рівні діяльності (напр., між конкурентами, про розподіл ринків, цінові картелі тощо).

Спільні кооперативні підприємства є окремим випадком горизонтальних угод, які, у свою чергу, відрізняються від випадків концентрації або повноцінних спільних підприємств.

⁵⁸ Див. : Case T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP and T-61/02 OP *Dresdner Bank v. Commission. European Court Review*. 2006. II. 03567.

⁵⁹ Cases T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP and T-61/02 OP *Dresdner Bank v. Commission. European Court Review*. 2006. II. 03567.

Вертикальними вважають угоди або узгоджену практику за участі двох або більше підприємств, кожне з яких здійснює свою діяльність у цілях угоди на різних рівнях виробничого або дистриб'юторського ланцюгу, що стосується умов, згідно з якими сторони можуть здійснювати закупівлю, продаж або перепродаж конкретних товарів або послуг.

Саме таке визначення міститься у Регламенті Комісії №330/2010 щодо застосування п. 3 ст. 101 ДФЄС до вертикальних угод.

У практиці Суду ЄС поставало питання: чи поширюється ст. 101 ДФЄС на вертикальні угоди. У справі *Grundig* заявники оспорювали застосування колишньої ст. 85 (нині 101) до дистриб'юторського контракту, стверджуючи, що заборону статті застосовують тільки до горизонтальних угод, а дистриб'юторський договір не є угодою між підприємствами в світлі цієї статті, оскільки сторони у договорі не перебувають у рівному становищі, тому й не можуть конкурувати. Заявники аргументували, що до такої ситуації застосовують ст. 102 (колишня 86) ДФЄС про зловживання домінуючим становищем. Однак Суд указав, що формулювання цих статей Договору не дають чітких підстав до застосування різних статей, залежно від рівня економіки, на якому сторони ведуть діяльність. Суд також постановив, що застосування ст. 101 ДФЄС до дистриб'юторських угод не може бути виключено тільки через відсутність конкуренції між ліцензіаром і концесіонером⁶⁰. Таким чином, у судовому порядку було доведено, що ст. 101 ДФЄС можна застосовувати як до вертикальних, й до горизонтальних угод.

У подальшому розгляді матеріальних норм права Євросоюзу щодо заборон певних видів угод і винятків із них такий поділ угод матиме вирішальне значення. Варто особли-

⁶⁰ Див. : Cases 56, 58/64 Establishments Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission (Consten & Grundig v. Commission). *European Court Review*. 1966. 299 p.

во зазначити, що національне законодавство держав-членів містить в основі також поділ угод на вертикальні та горизонтальні. Законодавство України також має подібний поділ і додає ще одну категорію – "конгломерантні" угоди (сторони угоди не конкурують і за існуючих умов не можуть конкурувати між собою на одному ринку товарів, не перебувають або не можуть перебувати у відносинах купівлі-продажу на відповідних товарних ринках).

Рішення асоціацій підприємств тлумачать переважно, але не винятково як такі, що стосуються навмисно скоординованих дій підприємств. Причому такі рішення можуть мати не тільки зобов'язальний, а й рекомендаційний характер (напр., у справі 45/85 *Verband der Sachversicherer v. Commission*⁶¹). Поняття рішення асоціацій є ширшим за змістом, оскільки юридичне оформлення поведінки як асоціації чи рішення не має правового значення для застосування ст. 101 ДФЄС.

Поняття асоціацій підприємств включає торгові асоціації, сільськогосподарські кооперативи, асоціації без юридичної правосуб'єктності, європейські групи економічних інтересів, за деяких обставин – асоціації вільних професій (на кшталт адвокатів, патентних агентів, митних брокерів), навіть асоціації асоціацій (Рішення Комісії у справі *Milchforderungsfonds*). Під асоціацією розуміють добровільну організацію, незалежно від організаційно-правової форми (напр., професійні союзи, союзи підприємців), організації, що не мають комерційних цілей, і навіть асоціації без правосуб'єктності.

За рішенням асоціації підприємств усе, що висловлює волю асоціації, визначає й поведінку її членів. Це включає статут асоціації, рішення, обов'язкові для членів; наполегливі рекомендації.

Існує й відмінна практика Суду ЄС, який у справі *Re Nuovo CEGAM*⁶² установив, що установчий договір торговельної асоціації був угодою у розумінні ст. 101(1) ДФЄС. Фундамен-

⁶¹ Див. : Case 45/85 *Verband der Sachversicherer v. Commission*. *European Court Review*. 1987. 405 p.

⁶² Див. : Case *Re Nuovo CEGAM*. *Official Journal*. 1984. L 99/29.

тальна відмінність між угодами та рішеннями асоціацій полягає у висловленні волевиявлення сторін. У випадку з угодою відбувається погодження індивідуальних воľ деяких незалежних структур, а у випадку з рішеннями асоціацій наявна колективна воля, що висловлена за допомогою єдиного органу, який призначений асоціацією та прямо їй підпорядкований.

Таким чином, вивчення судової практики різноманітних випадків дає можливість дійти висновку:

- якщо асоціація здійснювала економічну торговельну діяльність, то такі дії Суд трактує як *"угоди між підприємствами"*;

- якщо ж асоціації не виступали самостійними торговельними гравцями на ринку, то такі дії Суд трактує як *"рішення асоціації підприємств"*.

Це можна пояснити "функціональним" підходом до визначення підприємства.

У розумінні ст. 101 (1) антиконкурентний вплив можуть здійснювати й спільні акції підприємств, що входять до торговельних асоціацій. Можливість бути учасником картелів не тільки підприємств, а і їх асоціацій обумовлює деталізацію такої поведінки на ринку. Європейська комісія може, таким чином, накладати штрафні санкції на асоціації підприємств, і вона доволі активно користується такими можливостями (напр., рішення щодо Бельгійської асоціації архітекторів від 24.06.04). Саме цим можна пояснити відокремлення такої форми поведінки підприємств у ст. 101(1) ДФЕС.

До рішень у цьому значенні іноді належать етичні норми, що приписують професійними асоціаціями, тому можливе подальше ухвалення такого рішення державними органами країни-члена не захищає його від заборони. Коли приймають постанову про заборону рішення асоціації підприємств, відповідальність за порушення, сплата штрафів лягає не тільки на асоціацію, але й на кожне підприємство, поведінка якого відповідала незаконному рішенням.

Узгоджена (обмежувальна) практика (*concerted practice*) – це дії підприємств, які навмисно не оформлюють укладенням офіційної угоди, але координують із ними сумісні дії, що порушують конкуренцію.

Звичайно, найчастіше це – цінові картелі та олігополії, проте встановити факти обмежувальної практики доволі важко. Доказом її існування може бути наявність контракту (угоди/договору) між підприємствами. Поняття контракту у цьому сенсі можна тлумачити широко, наприклад, це – присутність на зборах керівництва підприємства, попереднє повідомлення про зміну цін. Таким чином, вихідним є широке тлумачення поняття "угоди", у тому числі в усній формі. Поняття узгодженої практики було вперше визначено у справі *Dyestuffs* 1972 року. Було доведено, що вона охоплює всі інші види неформальної співпраці між підприємствами та відповідає координації діяльності, яка, не виходячи на рівень договірних відносин, "свідомо замінює практичну кооперацію між підприємствами із завданням шкоди конкуренції"⁶³. У цій справі, що стала класичною для дослідження узгодженої практики між підприємствами, сторонами були виробники анілінових барвників, які працювали в Італії і країнах Бенілюксу. Вони неодноразово практикували паралельні та однакові підвищення цін. Європейська комісія вирішила, що така практика являє собою ціновий картель і суворо покарала ці підприємства. В апеляції до Суду ЄС підприємства, не заперечуючи факт одночасних підвищень, стверджували, що це була природна поведінка підприємств на олігополістичному ринку, де вони слідуєть за ціновим лідером. Суд ЄС не погодився із таким поясненням і прийняв рішення про узгоджену практику. У рішенні Суду ЄС було ще раз підтверджено концепцію "узгодженої практики" як форми координації поведінки між підприємствами, яка містить практичну співпрацю між ними з метою підризу конкуренції на ринку, та яка свідомо не досягла стадії укладення угоди.

⁶³ Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (*Dyestuffs*). *European Court Review*. 1972. 619 p.

У так званій справі *Zuiker Unie*⁶⁴ щодо "цукрового картелю" Комісія ЄС звинуватила в узгодженій практиці двох голландських та одного бельгійського виробників цукру. Вони організували захист голландського ринку за рахунок спрямування імпортованого з Бельгії цукру винятково через дві голландські фірми без будь-яких посередників. Сторони заперечували простий збіг комерційних дій без чіткого антиконкурентного плану. Суд ЄС підтримав рішення Комісії і констатував, що контакти між конкурентами, об'єктом або результатом яких є вплив на поведінку на ринку конкурента або сповіщення його про власну лінію поведінки, заборонено, відповідно до ст. 81 (п. 1), нині ст. 101 (1) ДФЄС.

Розглянемо ще один приклад узгодженої практики – справу *Pioneer*⁶⁵, в якій узгоджену практику можна зарахувати до практики на рівні дистрибуції. Компанія *Pioneer* мала ексклюзивних дистриб'юторів у Франції, Німеччині та Великій Британії. Однакові товари у Франції мали вищу ціну, що спровокувало паралельні потоки імпорту. *Pioneer* організувала контакти між німецькими та британськими дистриб'юторами, аби уникнути такого імпорту шляхом введення до договорів з клієнтами положень про заборону експорту до Франції. Таку поведінку було визнано узгодженою практикою, що є наслідком тиску французького дистриб'ютора та виробника.

Хронологічно наступною була ціла серія об'єднаних справ (щодо поліпропілену) про встановлення факту узгодженої практики, наприклад справа *Polypropylene* середини 1980-х років⁶⁶. У результаті розслідування Комісії (що підтверджено у судовому розгляді) було встановлено існування картелю із тринадцяти виробників цієї сировини. У деяких з остаточних судових рішень у цій серії справ (напр., у справі C-199/92 *Huls*.) Суд ЄС визнав, що поняття узгодженої практики передбачає намір дотримувати спільної лінії поведінки на ринку та

⁶⁴ Див. : Case 40/73 *Zuiker Unie/Commissione*. *European Court Review*. 1975. 1663 p.

⁶⁵ Див. : Case 100-103/80 *Musique Diffusion Francaise v. Commission* (*Pioneer case*). *European Court Review*. 1983. 1825 p.

⁶⁶ Див. : Case 230/1 *Polypropylene*. *Official Journal*. 1986. L. 230/1.

існує презумпція, що результатом здійснення контактів між підприємствами буде така поведінка. Факт регулярних неформальних зустрічей є достатньою причиною встановлення такої презумпції, навіть якщо немає документально зафіксованих результатів неформальних контактів.

Пізніше, у справі *Commission v. Anic Partecipazioni* 1999 року, Суд ЄС також заявив, що поняття "угоди" та "узгоджена практика" призначені для визначення форми змови, однак мають однакову природу та відрізняються лише інтенсивністю та видами, в яких виявляються. Із цих судових справ випливає, що свідченням існування узгодженої практики є такі елементи, як контакт між сторонами (зустрічі, обмін конфіденційною інформацією, з'ясування інформації). Для доведення факту узгодженої практики має існувати можливість впливу таких угод на поведінку сторін на ринку за рахунок усунення непевності в діях конкурентів.

Спробуємо простежити відмінність "узгодженої практики" від "угод" у сенсі ст. 101 ДФЄС. Узгодженість волею не обмежує встановлення спільних цілей, але включає також погодження засобів їх досягнення, що набуває форм юридичних зобов'язань. За узгодженої практики не потрібно формування плану поведінки; для доведення факту узгодженої практики достатньо прямого чи опосередкованого контакту між конкурентами з метою впливу на ринок.

Відмінність між узгодженими діями та рішенням асоціації полягає у формі вираження волі підприємств. Узгоджену поведінку формують односторонні дії кожного із підприємств, у той час як рішення асоціації приймають погоджено спільним органом, який призначено учасниками асоціації.

Установлення факту існування узгодженої практики є завданням Комісії. Непрямі докази паралельної поведінки можна вважати достатніми за відсутності іншого логічного пояснення такої узгодженості.

Однак, можна навести приклади провалу намагань Комісії у доведенні узгодженої практики, зокрема у справі *Compagnie Royale*, де Суд ЄС установив, що однаковість поведінки на

ринку можна пояснити іншими причинами. Зокрема, було доведено, що підняття цін в один і той самий час на однаковий рівень було зроблено винятково задля збереження ринку Німеччини та не є узгодженою практикою, згідно із чинною на той час ст. 81 (1).

Для встановлення факту існування узгодженої практики необхідно дотримання двох основних її складових:

- *зближення позицій між підприємствами*, метою якої є уникнення можливості автономного прийняття рішення одним із учасників;

- *фактичне втручання у ринок*.

Необхідним є встановлення причинного зв'язку між вказаними елементами.

Важливо зрозуміти, що для застосування до угоди п. 1 ст. 101 ДФЄС необхідний щонайменше факт змови між підприємствами, що може бути здійснений у трьох формах: угоди між підприємствами; рішення асоціацій підприємств; узгоджена практика дій підприємств (або обмежувальна практика). Результатом змови має бути негативний вплив на торгівлю між державами-членами (умова полягає у розмежуванні сфери застосування права ЄС і права держав-членів). Якщо негативного впливу на торгівлю між державами – членами Євросоюзу немає, то застосовують не право Євросоюзу, а національне антимонопольне право, яке, у свою чергу, має визначити, чи підпадає певна угода під будь-який законодавчий контроль щодо порушень правил конкуренції. При цьому національне право з питань конкуренції не має суперечити наднаціональним нормам. Цікавим є парадокс, який випливає із примату права ЄС: національне антимонопольне право не може бути застосовано до договорів, які, відповідно до рішення Комісії, не заборонено правилами конкуренції ЄС, навіть якщо вони суперечать національному праву. Основними критеріями виявлення негативних наслідків угод між підприємствами для торгівлі між державами-членами є вплив, прямий чи непрямий, реальний або потенційний, на структуру торгівлі та напрям потоків товарів і послуг.

Незважаючи на те, що ст. 101 (п. 1) ДФЄС містить три різних поняття (угоди між підприємствами, рішення асоціацій підприємств та узгоджена практика) Суд ЄС визначив у справі T-6/89 *Enichem/Commission* необов'язковість установлення у кожному випадку категорії, до якої належить антиконкурентна угода, оскільки ці три поняття великою мірою збігаються. Одночасно Суд ЄС у справі *Polypropylene* постановив, що поняття "угода" та "узгоджена практика" концептуально відрізняються. У розвиток цієї ідеї адвокат *Polypropylene* надав такі аргументи: іноді неможливо встановити, де завершується поняття угоди, а де починається поняття узгодженої практики. З юридичного погляду відрізняє ці поняття поведінка із явною змовою, або без неї. Визначальним для застосування ст. 101 ДФЄС до угод, є те, що їх "метою або результатом є запобігання, обмеження або викривлення конкуренції"⁶⁷. При цьому мету та результат представляють як альтернативні ситуації. Суд ЄС у справі *Glaxo Smith Kline Services* 2006 року⁶⁸ установив, що метою ст. 101 (1) ДФЄС є запобігання антиконкурентній діяльності підприємств, яка полягає не тільки в обмеженні конкуренції між ними або з третьою стороною, а й у результаті призводить до зниження добробуту кінцевого споживача.

Існують угоди, антиконкурентний характер яких є прямим результатом, зважаючи на їхню мету. Це поняття не пов'язане із суб'єктивним наміром сторін, коли вони укладають або реалізують угоду, однак пов'язане з її об'єктивною метою у ринковому контексті. Якщо нормальним наслідком угоди є стримування конкуренції, то угода має антиконкурентний характер. Прикладами можуть бути угоди про фіксовані ціни; про розподіл ринку; такі, що обмежують виробництво або продаж; про обмін діловою інформацією (серед горизонтальних угод); про фіксовані роздрібні ціни або нав'язування заборон на експорт (серед вертикальних

⁶⁷ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. P. 47-390; Зібрання актів європейського права. 1052 с.

⁶⁸ Див. : Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission*. *European Court Review*. 2006. II. 2969.

угод). Угода, яка веде до повного захисту території, є угодою з антиконкурентною метою.

Якщо угода має антиконкурентну мету, то Єврокомісія не має докладно доводити існування антиконкурентного впливу. Однак, оскільки Комісія має довести, що угода впливає на торгівлю між державами-членами та є важливою, то для того, аби не потрапити під дію правила *de minimis*, необхідно здійснити принаймні загальний економічний аналіз антиконкурентного впливу на відповідний ринок (напр., справа *Italian Flat Glass*). При цьому наслідки угоди оцінюють із передбачення, згідно з яким необхідно уявити: що могло статися на ринку, якби угоди не існувало. При цьому Європейська комісія аналізує як реальний, так і потенційний результати. Послідовність такого аналізу можна охарактеризувати наступним чином. Перш за все, необхідно встановити, чи є конкурентами сторони угоди. Якщо це не так, то угода не порушує ст. 101 ДФЄС лише з причини статусу сторін. Наступним кроком є аналіз результатів угоди щодо третіх осіб. Якщо зачіпаються їх інтереси (напр., шляхом заборони паралельного імпорту, обмеження на доступ продукції або технології), то така угода порушує ст. 101 ДФЄС. І нарешті, слід взяти до уваги вплив угоди на економіку у цілому, включаючи структуру ринку. *Головними факторами для такого аналізу є:*

- характер і кількість товару (більш чи менш обмежені);
- положення та важливість частки ринку;
- ізольований характер угоди або її включення до мережі аналогічних угод (напр., справа 56/65 *Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm*);
- кількість виробників і масштаб їхньої діяльності на ринку;
- довіра громадськості до існуючих брендів і торгових марок;
- існування прав на промислову власність, вплив національного законодавства (напр., справа C-234/89 *Delimitis*).

В юридичній літературі та практиці можна спостерігати застосування таких термінів як "транзакція" чи "правочин". Однак антимонопольне право Євросоюзу не оперує такими

термінами. Понятійно-категорійний апарат права Євросоюзу значно відрізняється від національних правових систем.

Підведемо підсумок щодо широкого тлумачення поняття "угоди" в антимонопольному праві Євросоюзу. Судова практика доволі детально аргументує випадки застосування заборон ст. 101 ДФЄС до суб'єктів господарювання. Іншими словами, угоди, рішення асоціацій та узгоджена практика виступають формами колективної поведінки суб'єктів на ринку. Необхідною умовою для застосування норм заборон, так само як і винятки із них, є наявність факту: така форма поведінки має справляти певний помітний ефект на торгівлю між державами – членами Євросоюзу та його внутрішній ринок. Саме такий критерій стає основним для застосування наднаціональних норм, визначальним чинником для розмежування національної і наднаціональної юрисдикції.

3.3. Поняття "підприємство" у судовій практиці Євросоюзу

Для аналізу норм ст. 101 і 102 ДФЄС вирішальне значення має суб'єкт, щодо якого їх застосовують. Для антимонопольного права Євросоюзу вирішальне значення має концепція "підприємства" (*undertaking*), яку було розвинено Судом ЄС. Статті 101 і 102 ДФЄС стосуються підприємств, натомість саме тлумачення цього поняття відсутнє в актах Євросоюзу. Уперше визначення концепції поняття "підприємство" було надано Судом ЄС у рішенні *Hofner and Elser v. Macrotron GmbH*. Суд визначив, що "концепція підприємства включає будь-який суб'єкт господарювання, незалежно від його юридичного статусу та способу його фінансування"⁶⁹. У рішенні *Pavlov* Суд ЄС додав, що "будь-яку діяльність, що стосується пропонування товарів або послуг на певному ринку, визначає економічна діяльність"⁷⁰. У справі C-41/90 *Klaus*

⁶⁹ Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH. *European Court Review*. 1991. I. 1979.

⁷⁰ Case C-180/98 Pavlov. *European Court Review*. 2000. I. 6451.

Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH Суд ЄС указав, що "... концепція суб'єкта господарювання включає будь-яку особу, що здійснює економічну діяльність, незважаючи на її юридичний статус і спосіб, в який її фінансують, ... пошук роботи є економічною діяльністю"⁷¹. У справі *Dansk Rørindustri and Others v. Commission*⁷² Судом ЄС визначено, що поняття підприємства охоплює будь-яку особу, що здійснює економічну діяльність, незалежно від її правового статусу та способу, яким її фінансують. Ця концепція не вимагає відокремленості та чіткої визначеності юридичного статусу особи. У справі *Fenin* Суд ЄС додав до економічної діяльності необхідність особи "брати активну участь у продажу товарів або послуг"⁷³.

Судову практику доповнено позицією, яка була висловлена у справі *Minoan Lines v. Commission*. Визначено, що "термін підприємства розуміють як економічну одиницю для цілей предмету угоди в питанні, навіть якщо формально юридично вона складається із кількох осіб, фізичних чи юридичних"⁷⁴. При цьому Суд ЄС також доповнив, що "зміна правової форми та назви підприємства не обов'язково приводять до створення нового підприємства, що не нестиме відповідальність за порушення їх попередників"⁷⁵.

Фізичних осіб також можна вважати підприємством, якщо вони здійснюють економічну діяльність власним коштом. Таким чином, адвокатів, оперних співаків, консультантів і винахідників можна вважати підприємством і, навпаки, службовців – не можна. Суд ЄС постановив у справі "Комісія проти Італії" (Справа C-35/96), що представники гуманітарних професій є підприємствами. Митні агенти, що виконують митні формальності від імені своїх клієнтів за винаго-

⁷¹ Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH. I. 1979 p.

⁷² Див. : Cases C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P to C-208/02 P and C-213/02P *Dansk Rørindustri and Others v. Commission*. *European Court Review*. 2005. I. 5425.

⁷³ Case C-205/03 P *FENIN v. Commission*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro. *European Court Review*. 2006. I. 6295.

⁷⁴ Case T-66/99 *Minoan Lines v. Commission*. *European Court Review*. 2003. II. 5515.

⁷⁵ *Ibid*.

роду, є підприємствами, а Національна Рада Митних Агентів – асоціацією підприємств (Справи C-35/99 *Arduino*). У справі *Wouters* було встановлено, що навіть юристів можна вважати підприємствами, згідно з правилами конкуренції ЄС, незважаючи на "технічний характер їх роботи та зарегульованість"⁷⁶. Аналогічно, у двох рішеннях патентні агенти були визнані підприємствами, незважаючи на те, що вони були представниками організованих професій⁷⁷. Із останніх справ впливає, що адвокатів теж вважають підприємствами, а Асоціації Адвокатів – асоціаціями підприємств. Суд ЄС у пізнішому рішенні щодо *Wouters* констатував: правила конкуренції у ДФЄС "не застосовують до діяльності, яка за своєю природою та метою не належить до сфери економічної/господарської діяльності ... або не співвідноситься з виконанням публічних функцій управління"⁷⁸. Саме таке тлумачення підприємства стало основоположним щодо розмежування публічних функцій економічної діяльності на ринку, тому судовою практикою було розвинено "функціональний" підхід до розуміння підприємства. У справі *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Commission* було зазначено, що "різноманітну діяльність суб'єкта потрібно визначати індивідуально, вона має враховувати виконання ним деяких публічних функцій, однак це не виключає того, що суб'єкт в інших сферах не здійснює економічної діяльності"⁷⁹. У цій справі було доведено, що функції Євроконтролю щодо встановлення технічних стандартів, управління правами інтелектуальної власності були суто публічними, а от повноваження щодо надання допомоги національним органам, наприклад, зі складання документів на державні закупівлі, було визначено як економічну діяльність. Аналогічний підхід був харак-

⁷⁶ Case C-303/99 *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*. *European Court Review*. 2002. I. 1577.

⁷⁷ Див.: Case T-144/99 *Institut des Mandarines Agree v. Commission*. *Common Market Law Review*. 2001. 77 p.

⁷⁸ Case C-303/99 *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*. I. 1577.

⁷⁹ Case T-155/04 *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Commission*. *European Court Review*. 2006. II.4797.

терний для розгляду справи щодо аеропортів Франції⁸⁰. Таким чином, до поняття підприємства у системі конкурентного права належать компанії, публічні підприємства, товариства, торгові асоціації, сільськогосподарські кооперативи, окремі торговці та представники вільних професій.

Держава як така на центральному рівні або на рівні місцевої влади (регіони, міста тощо) не підпадає під дію ст. 101 і 102 ДФЄС. Однак у судовій практиці постає питання щодо економічної діяльності державних підприємств. У цьому аспекті Суд ЄС має встановити доволі небезпечну межу й віднайти баланс між необхідністю захисту не викривленої конкуренції і повагою до публічної влади держав-членів.

При виконанні державних/публічних повноважень має місце винятково *політичний контроль*. Однак, якщо держава виступає економічним регулятором при виконанні певних повноважень, то має місце *економічний контроль*, що впливає на конкуренцію в Євросоюзі. У справі *FENIN* генеральний адвокат висловив думку про "відсутність підстав для виправдання державою здійснення повного контролю, у тому числі у сфері економічної діяльності"⁸¹. Таким чином поступово було обґрунтовано позицію, згідно з якою публічні підприємства є суб'єктами тією мірою, якою вони займаються економічною або комерційною діяльністю, включаючи надання послуг загального економічного інтересу (напр., державні телекомпанії; компанії, відповідальні за постачання питної води; залізничні компанії; порти та аеропорти). Публічне підприємство – це підприємство, поведінку якого може визначати держава або шляхом контролю акцій чи іншої фінансової участі, або через правила щодо структури підприємства. Ст. 106 ДФЄС забороняє державам-членам запроваджувати або залишати у силі заходи, які суперечать ст. 101 або 102 ДФЄС щодо таких підприємств.

⁸⁰ Див. : Case T-128/98 *Aeroport de France v. Commission*. *European Court Review*. 2000. II. 3929.

⁸¹ Case C-205/03P *FENIN v. Commission*, Opinion of Advocate General Poiras Maduro. *European Court Review*. 2006. I. 6295.

Підприємства, що засновані та/або розташовані за межами території ЄС, також підпадають під дію ст. 101 і 102 ДФЄС, якщо антиконкурентні угоди таких підприємств виконуються в межах Євросоюзу, тобто мають ефект у рамках внутрішнього ринку ЄС⁸². Таке широке тлумачення поняття підприємства є ще одним виявом екстериторіальності антитимонопольного права Євросоюзу.

Концепція "підприємство" (*undertaking*) у праві Євросоюзу стає широким поняттям, яке відрізняється від термінів "компанія" (*company*) або "юридична особа" (*legal entity*). Вона уособлює не тільки формально юридичні критерії для відокремлення певного суб'єкта господарювання, але й стає вихідною опорою для виокремлення економічної діяльності будь-яких суб'єктів.

При висвітленні доктрини підприємства не можна оминати увагою й підприємства, на які не розповсюджуються дії ст. 101 і 102 ДФЄС. Відповідно до Керівництва Комісії щодо концепції впливу на торгівлю (2004) малі та середні підприємства не можуть завдавати значного впливу на конкуренцію між державами – членами ЄС⁸³. Концепцію таких підприємств було представлено у Рекомендації Комісії ЄС (2003) у формі мікро-, малого та середнього підприємства (*micro, small and medium-sized enterprises SMEs*). До такої категорії належать підприємства (із кількістю працівників менш ніж 250 осіб), із щорічним обігом не більше 50,0 млн євро та/або щорічним бухгалтерським балансом не більше 43,0 млн євро.

Серед *SMEs* розрізняють "середні" та "малі" підприємства. "Мале" – це підприємство, що має близько 50 працівників й щорічний обіг та/або щорічний бухгалтерський баланс, що не перевищує 10,0 млн євро. Серед категорії *SMEs* виділяють мікропідприємство, де працює менше 10 осіб, річний обіг та/або річний бухгалтерський баланс якого не перевищує 2,0 млн євро.

⁸² Див. : Cases 89, 104, 114, 116, 117 і 125-129/89 A. Ahlström Osakeyhtiö v. Commission (Wood Pulp II). *European Court Review*. 1993. I. 1307 p.

⁸³ Див. : Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty. *Official Journal*. 2004. P. 81-96.

3.4. Доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання у рішеннях Суду ЄС

Оскільки правила конкуренції ЄС зосереджені на аналізі винятково економічної діяльності, а не юридичної правосуб'єктності підприємства, то корпоративну групу, що сформована з кількох окремих юридичних осіб, можна вважати єдиним підприємством. Іншими словами, характерним для підприємства з погляду застосування правил конкуренції є не його юридична правосуб'єктність, а автономність дій на ринку.

Доктрину єдиного економічного суб'єкта господарювання в Євросоюзі було вироблено та розвинено винятково у судовій практиці. Доктрина стала первісною правовою основою для визначення суб'єкта порушення антимонопольного законодавства. Визначаючи групу компаній як єдиний суб'єкт господарювання, Комісія охоплює реальну структуру влади самого суб'єкта порушення, а не тільки визначає його формально з юридичного погляду. Іншими словами, філії, агенції або відділення чи інші афілійовані компанії не являють собою підприємства, оскільки не мають свободи визначення поведінки на ринку (доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання).

Відносини між головною компанією та філією, навіть якщо вони формально поділені на дві юридичні особи, не підпадають під поняття угоди в розумінні ст. 101 ДФЄС. Мета угод між такими суб'єктами – розподіл завдань між ними. Із тієї самої причини правила конкуренції не поширюються на поведінку працівників підприємства.

Доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання має кілька важливих для застосування правил конкуренції наслідків:

- діяльність філій, представництв або інших відокремлених підрозділів чи дочірніх компаній можна поставити у провину материнській компанії, навіть якщо вона розташована за межами Євросоюзу;

- положення щодо порушення норм конкуренції і штрафні санкції за таке порушення застосовують не тільки до підприємства, яке здійснило порушення, але й до всіх інших підприємств – учасників єдиного економічного суб'єкта господарювання, які отримали переваги або припустилися порушень, хоча мали повноваження запобігти цього;

- становище підприємства на ринку оцінюють, зважаючи на також вплив на ринок групи, до якої воно належить. Якщо, наприклад, угоду було укладено між двома підприємствами однієї держави-члена, однак одне з них є членом мультинаціональної групи, то цієї обставини достатньо для незастосування доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання;

- дозволяє застосування ст. 102 ДФЄС до підприємства, навіть якщо воно, займаючи домінуюче положення, не є безпосереднім автором зловживання.

Загадаємо, що практика розгляду двох (або більше) підприємств як єдиного господарюючого суб'єкта в світлі антитимонопольного права не є новою. До неї зверталася Комісія при розгляді справи вперше наприкінці 1960-х років, а Суд ЄС уперше її підтримав і визнав 1971 року у справі *Beguelin Import*⁸⁴. Згодом, у справі *Europemballage and Continental Can проти Commission* 1973 року, Суд ЄС констатував: "та обставина, що дочірня компанія має власну правосуб'єктність, не є достатньою для виключення можливості того, що його поведінка може бути пов'язана із материнською компанією. Це вірно в тих випадках, особливо там, де дочірня компанія не визначає її поведінку на ринку автономно, але по суті її поведінка віддзеркалює настанови материнської компанії"⁸⁵.

У практиці інститутів ЄС в основному відомі два випадки, за яких два або більше підприємств можуть належати до єдиного суб'єкта господарювання. По-перше, коли материнська компанія володіє всією кількістю акцій (або достатньою

⁸⁴ Див. : Case 22/71 *Beguelin Import*. *European Court Review*. 1971. 949 p.

⁸⁵ Case 6/72 *Europemballage Corpn and Continental Can Company Inc v. Commission*. *European Court Review*. 1973. 215 p.

більшістю для отримання контролю) своєї дочірньої компанії. По-друге, коли відносини між двома підприємствами свідчать про те, що материнська компанія має можливість контролювати дочірню компанію. Практикою засвідчено, що два або більше підприємства за таких умов утворюють єдиний суб'єкт господарювання. Термін "підприємство" є ключовим у тому розумінні, в якому єдиний господарюючий суб'єкт вписується до антимонопольного законодавства ЄС, оскільки підприємство – це щось інше, ніж компанія або юридична особа. Таким чином, доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання є нічим іншим, як додатковою кваліфікацією поняття "підприємства" з огляду на застосування до них ст. 101 і 102 ДФЄС.

Для встановлення та розвитку цієї доктрини вихідною є практика її застосування Комісією та підтримання цього погляду Судом ЄС. Однак, сама така практика інститутів Євросоюзу також зазнала розвитку. Найбільш раннє згадування доктрини можна віднайти у судовій практиці на основі Договору про заснування ЄОВС у справі *Musegatt v. Haute autorite* 1961 року. У судовій справі адвокат в аргументації зазначив, що "свобода здійснення підприємницької діяльності компанією, що обтяжена сервітутом, зводиться нанівець унаслідок "єдиного управління" нею та входження цієї компанії як дочірньої до економічної схеми материнської компанії. Належність цієї компанії до материнської позбавляє її здатності діяти, відповідно до власної економічної схеми. Умови роботи дочірньої компанії визначають не умови ринку, а "вказівки" материнської компанії"⁸⁶. У цій справі взаємовідносини між материнською та дочірньою компаніями було використано для того, або продемонструвати: змову між такими компаніями не розглядають у світлі порушення норм конкуренції. Така змова не становить картель, а є лише однією групою компанії, які діють об'єднано в економічній діяльності.

⁸⁶ Case C-13/60 Mausegatt v. Haute autorité, opinion of Mr Advocate-General Roemer. *European Court Review*. 1962. 00267.

1972 року доктрину було розвинено з погляду не тільки її придатності до застосування для обґрунтування відсутності змови (тобто картелю) між дочірньою та материнською компаніями, але й для обґрунтування покладення відповідальності на материнську компанію за порушення, що були скоєні її афілійованим підприємством. Суд ЄС у справі *Imperial Chemical Industries v. Commission* констатував, що "(підприємство)... може використати свою контрольну владу над дочірніми компаніями для досягнення реалізації свого рішення. Той факт, що філія має власну організаційно-правову форму, не є достатнім для того, щоб вона зазнала повної відповідальності за свої дії на ринку"⁸⁷. Відповідно до цього рішення Суду ЄС головним для визначення суб'єкта порушення є не організаційно-правова його форма, а сама природа прийнятих рішень. Цією судовою справою було встановлено, що відповідальності за порушення правил конкуренції зазнає підприємство, що прийняло рішення, яке має ознаки порушення норм конкуренції. Суд ЄС обґрунтував відповідальність не тільки дочірньої компанії, а й материнської, яка давала інструкції, відповідно до прийнятого рішення. Комісія в такому випадку може використати подібну аргументацію для накладення штрафних санкцій у розмірі, що враховує річний товарообіг не тільки дочірньої компанії, але й материнської, яка здійснює впливовий контроль на першу.

Наведені судові справи лягли в основу розвитку у подальшому доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання. І протягом наступних десятиріч Комісія активно використовувала ці підходи у своїх рішеннях.

Однак із загального правила доктрини економічного суб'єкта господарювання можливі винятки, за яких вплив однієї компанії на іншу неможливий. Наприклад, у справі *Gosme/Martell-DMP*, (рішення Комісії від 15.05.91), філію контролювали компанії *Martell i Piper-Heidsieck* на 50 %. Комісія

⁸⁷ Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs). *European Court Review*. 1972. 619 p.

вирішила, що угода підпадає під дію нинішньої ст. 101 ДФЄС, оскільки філія могла виступати як конкурент *Martell*, коли діяла від імені *Piper-Heidsick*. Однак надалі Комісія уникала таких винятків. Наприклад, у справі *Avebe*⁸⁸ 2002 року Суд підтримав позицію Комісії про можливість застосування доктрини економічного суб'єкта господарювання й до компанії, яка володіє 51 % акцій іншої. Аргументуючи існування вирішального впливу, Суд застосовував положення національного права держави, оскільки два представники власників компанії на національному рівні мали вирішальний вплив на свою дочірню компанію, яка, у свою чергу, не мала автономності на ринку.

Суд ЄС у справі *Stora Kopparberg v. Commission*⁸⁹ визнав відсутність необхідності для Комісії додатково доводити існування впливу материнської компанії на дочірню. Тут материнська компанія навіть не спростовувала факту контролю над дочірньою компанією – аргумент виявився достатнім для того, щоб Суд визначив, що володіння акціями (чи частками) компанії є достатнім аргументом для Комісії для обґрунтування "єдності компаній". Здавалося б, Суд у цій справі полегшить практику Комісії в обґрунтуванні, однак сам Суд визначив, що він "не вважає, що володіння 100 % акцій дочірньої компанії тягне за собою покладення відповідальності на материнську компанію. Суд спирався на той факт, що заявник не заперечував на вирішальному впливі на торговельну політику своєї дочірньої компанії і не надавав докази в обґрунтування автономності волі дочірньої компанії"⁹⁰. Саме таке формулювання змусило Комісію у подальшому доводити факт вирішального впливу на дочірню компанію у випадках, за яких материнська компанія надавала контраргументи.

У подальшій судовій практиці цей аргумент було розвинуто у справі *Michelin v. Commission* 2003 року. Тут фігурува-

⁸⁸ Див.: Case T-314/01 *Avebe v. Commission*. *European Court Review*. 2006. II. 3085 p.

⁸⁹ Див.: Case T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Commission of the European Communities*. *European Court Review*. 2002. II. 843 p.

⁹⁰ Ibid.

ла компанія, яка володіла майже 99 % акцій іншої компанії. Суд досить обережно визначив, що "... є достатньо підстав вважати, що дочірні компанії не можуть самостійно визначати свою поведінку на ринку", а "право конкуренції Співтовариства визнає, що різні компанії, які належать до однієї групи економічної одиниці, іншими словами є підприємством у розумінні ст. 81 і 82 Договору про заснування Європейського Співтовариства (нині ст. 101 і 102 ДФЄС – К.С.), якщо вони не можуть самостійно визначати свою поведінку на ринку"⁹¹. Тобто Суд ЄС остаточно констатував, що факт володіння материнською компанією акціями (або частками) її дочірньої компанії є достатнім для висновку про належність цих компаній до єдиного економічного суб'єкта господарювання. Також було доведено, що відповідальність за дії дочірньої компанії несе також і материнська компанія, тому й розмір штрафу було накладено з урахуванням фінансових показників обох компаній.

Розвиваючи цю доктрину, Комісія майже не мала складних ситуацій із доведенням економічної єдності компаній, трактуючи всю групу як підприємство. Якщо у всіх попередніх рішеннях Комісія та Суд ЄС спиралися на формулювання "достатньо підстав вважати...", то вже 2005 року у справі *Akzo Nobel v. Commission*⁹² це звучало як презумпція. Тут заявник заперечував проти того, що простого факту володіння 100 % капіталу дочірньої компанії недостатньо для визначення вирішального впливу на неї. Однак Суд ЄС не погодився із цими твердженнями та постановив, що "для Комісії було достатньо показати, що весь капітал дочірніх компаній належить материнській компанії, аби дійти висновку про здійснення материнською компанією вирішального впливу на комерційну політику інших компаній. ... Комісія може та має можливість покладати на материнську компанію солі-

⁹¹ Case T-203/01 *Michelin v. Commission* (Michelin II). *European Court Review*. 2003. II. 4071.

⁹² Див. : Case T-112/05 *Akzo Nobel v. Commission*. *European Court Review*. 2007. II. 05049.

дарну відповідальність за сплату штрафу, що накладений на дочірню компанію, якщо материнська компанія не доведе, що дочірня компанія має повноваження не слідувати інструкціям своєї материнської компанії, отже, по суті діє на ринку автономно"⁹³.

Порівняно зі справою *Michelin*, справа *Akzo Nobel* є еволюційною. Суд ЄС стверджує про існування такої презумпції: материнська компанія, володіючи на 100 % своєю дочірньою компанією, має припускати, що вона також здійснює вирішальний вплив на дочірню компанію (т. зв. "100 % презумпція", яку згодом також часто використовував Суд – **перший еволюційний момент**). Таким чином фактичний вплив уже не потрібно доводити у кожному окремому випадку, доки материнська компанія є єдиним власником дочірньої компанії. Однак, порівняно із справою *Michelin*, де звучала фраза "достатньо підстав вважати", у справі *Akzo Nobel* Суд уже спирався на презумпцію, яку сформулював досить чітко та категорично. До того ж, Суд уже визнав, що не потребує додаткових доказів від материнської компанії, натомість факт володіння дочірньою компанією є достатнім для обґрунтування впливу у торговельній політиці.

Другим еволюційним моментом стало те, що у своєму рішенні у справі *Akzo Nobel* Суд постановив, що материнська компанія "не представила достатніх доказів того, що дочірня компанія діяла незалежно від неї". Цього було достатньо для доведення судом існування вирішального контрольного впливу на дочірню компанію. Отже, змінився тягар доказування у бік заявника до Суду. Комісії уже не потрібно додатково доводити існування єдиного економічного суб'єкта господарювання у випадках 100 % володіння материнською компанією дочірньою. ознакою

Третім еволюційним моментом, або ознакою, яка відрізняє ці судові справи, стало демонстрування у справі *Akzo Nobel* форми відповідальності материнської компанії за дії

⁹³ Case T-112/05 *Akzo Nobel v. Commission*. *European Court Review*. 2007. II. 05049.

своїєї дочірньої компанії. Було надано чітке формулювання, згідно з яким материнська компанія не несе відповідальності одноособово, обидві компанії зазнають солідарної відповідальності.

Презумпцію, яку вивів Суд ЄС у справі *Akzo Nobel*, він доволі часто використовує у подальшому. Так звану "100 % презумпція", за якої материнська компанія здійснює вирішальний вплив на свою дочірню компанію у випадках володіння нею 100 %, постійно заперечували заявники до Суду – самі порушники. Ще раз Суд ЄС сформулював таку презумпцію у справі *General Química v. Commission*⁹⁴, де визначив: якщо Комісія спирається на "100 % презумпцію", їй уже не потрібно додатково доводити факт існування вирішального впливу. А у випадках, за яких посилання на таку презумпцію не було, у заявника виникає необхідність доведення існування автономності дочірньої компанії.

Важливо зазначити, що Комісія та Суд ЄС практикували поширення "100 % презумпції" і на випадки, за яких материнська компанія володіла менше 100 % своїх дочірніх компаній, наприклад, у справі *Elf Aquitaine v. Commission* 2005 року⁹⁵, де припущення про вирішальний вплив було застосовано, хоча материнській компанії належало лише 98 % її дочірньої компанії. Рішення було оскаржено – заявник стверджував, що сама "100 % презумпція" є незаконною та не може бути застосована". Однак рішення Суду першої інстанції було таким: "представлені заявником аргументи не є достатніми для спростування презумпції"⁹⁶.

Досить показовим для аналізу ролі "100 % презумпції" у встановленні доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання була справа *Dow Chemical v. Commission*⁹⁷. Ма-

⁹⁴ Див. : Case C-90/09 *General Química and Others v. Commission*. *European Court Review*. 2011. I. 00001.

⁹⁵ Див. : Case T-174/05 *Elf Aquitaine v. Commission*. *European Court Review*. 2009. II. 00183.

⁹⁶ Там само.

⁹⁷ Див. : Case T-42/07 *The Dow Chemical Company etc. v. European Commission*. *European Court Review*. 2011. II. 04531.

теринська компанія довела відсутність вирішального впливу на дочірню компанію, оскільки вона навіть не могла дізнатися про порушення, які не були заплановані материнською компанією. Рішення приймали на середньому рівні управління компанією, де не здійснювався вирішальний вплив на торговельну політику всієї дочірньої компанії. Однак у цій справі Суд зазначив, що застосування презумпції було необхідно лише для доведення існування економічної єдності компаній, а не для доведення впливу та контролю на дочірню компанію. Таким чином, саме застосування "100 % презумпції" Комісією, яку підтримує в рішеннях Суд ЄС, стає основою для доведення існування єдиного економічного суб'єкта господарювання. Визначальним є факт володіння однією компанією іншою, із чого випливає припущення про потенційний вирішальний вплив на торговельну політику. При цьому, як свідчить практика, відсутність впливу на прийняття рішень дочірньою компанією не є доказом автономності її дій. А "головним для визначення доктрини єдності є рівень економічної незалежності двох компаній"⁹⁸. Компаніям досить важко довести розривність і відсутність єдності, якщо у статутному капіталі однієї компанії наявні акції (частки) іншої. Тут, скоріше за все, вирішальним є місце цих компаній на ринку. Якщо материнська та дочірня компанії не можуть бути конкурентами на відповідному ринку та їхня діяльність свідчить про взаємопов'язаність на ринку, то їх розглядають як єдиний економічний суб'єкт господарювання. У випадку, якщо одна із материнських компаній (у разі їх множинності) є конкурентом на ринку філії або дочірньої компанії, яку, однак, не контролює на 100 %, із цієї доктрини можуть бути винятки.

На підставі аналізу становлення доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання можна дійти висновку про те, що доктрина, яка виникла з практики рішень Комісії і судової практики, стає все важливішою для оцінювання можливості притягнення компаній до відповідальності. Узагаль-

⁹⁸ Jones A. EC Competition Law. Oxford. 2007.

нено у праві Євросоюзу доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання тісно пов'язана із концепцією підприємства. Суд ЄС неодноразово постановляв, що розглядає групу компаній, які належать до єдиного економічного суб'єкта господарювання, як підприємство, зважаючи на застосування ст. 101 і 102 ДФЄС⁹⁹.

Практика становлення цієї доктрини значно еволюціонувала. Якщо раніше судові рішення відповідали на питання "чи впливає материнська компанія на поведінку своєї дочірньої компанії?", то у пізніших рішеннях акцент зміщено на більш категоричну постановку питання: "чи становлять ці компанії єдиний економічний суб'єкт господарювання?".

Судова практика 2000-х років зосереджує увагу вже не на доведенні вирішального впливу однієї компанії над іншою, а на аргументації існування "єдиного суб'єкта господарювання". При цьому, якщо на початку розвитку доктрини у рішеннях *Musegatt*, *Imperial Chemical Industries* Комісія окремо доводила існування впливу на прийняття рішень дочірньою компанією, то за результатами рішення у справі *Stora Kopparberg* повноваження Комісії у сфері доведення було спрощено. Тепер материнська компанія мала доводити, що її вплив не є вирішальним. Однак Суд ЄС не часто зважає на аргументи заявників-підприємств, визначаючи натомість "єдність компаній" на підставі виведеної ним же у рішенні у справі *Akzo Nobel* "100 % презумпції". Презумпція зводиться до випадків, за яких материнська компанія здійснює вирішальний вплив на свою дочірню компанію у разі володіння нею 100 %. Подальша судова практика свідчить про еволюцію цієї презумпції, яку вже можна застосувати до випадків, за яких володіння дочірньою компанією є меншим від 100 %.

Таким чином, можна із впевненістю зазначити, що "100 % презумпція" сама по собі може бути позитивною у світлі на-

⁹⁹ Див. : Montesa, Aitor og Givaja, Angel. When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenario, *World Competition*. 2006. 29 (4). Реж. доступу : <http://www.hooghooch.com/Files/Articles/23436446.pdf> Last visited 23.04.12.

дання Комісії можливості накладати санкції на винні компанії у випадках, коли довести відповідальність доволі важко. Якщо б презумпція не еволюціонувала за рахунок наполягань Комісії на своїх аргументах, які підтримував Суд ЄС, то було б доволі просто для великих компаній ховатися серед своїх дочірніх компаній, тим самим ефективно ухиляючись від сплати штрафних санкцій. Новітня практика свідчить, що Комісія може використовувати презумпцію як інструмент захисту конкуренції. Її застосування спрямоване на притягнення до відповідальності саме тієї компанії, що є винною у порушенні норм конкуренції, а не дочірньої компанії, яка не приймала вирішального рішення.

У рішенні у справі *Akzo Nobel NV and Others v. Commission*¹⁰⁰ Суд ЄС ще раз однозначно обґрунтував свою позицію щодо неухильності застосування презумпції впливу як вихідного критерію для використання доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання: "як указує практика Суду, поведінка дочірнього підприємства може бути поставлена у провину материнській компанії, навіть якщо формально юридично дочірня компанія має власний правовий статус"¹⁰¹, однак вона не може діяти незалежно (автономно) від своєї материнської компанії і слідує інструкціям останньої. Таким чином, Суд ЄС у своїй практиці неухильно обґрунтовує доктрину єдиного економічного суб'єкта господарювання як таку, що забезпечує цілісність практики застосування норм ЄС щодо конкуренції.

Визначаючи роль сформованої і розвиненої протягом 50 років доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання, варто зазначити, що вона справляє значний вплив на формування поняття "підприємство" в антимонопольному праві Євросоюзу. Це було підтверджено в останній справі *Akzo Nobel NV and Others v. Commission*, де Суд ЄС зазначив, що "концепцію підприємства ... слід тлумачити як таку, що визначає єдиний економічний суб'єкт, навіть якщо, відповідно

¹⁰⁰ Див. : Case T-112/05 *Akzo Nobel v. Commission*. European Court Review. 2007. II. 05049.

¹⁰¹ Там само.

до правових форм, така економічна єдність представлена різними особами – фізичними чи юридичними"¹⁰².

Теми для аналізу

1. Поняття підприємства у світлі конкуренційного права Євросоюзу. Юридичні особи як суб'єкти конкурентного права Євросоюзу: афілійовані юридичні особи. Фізичні особи як суб'єкти конкурентного права Європейського Співтовариства.

2. Концепція Суду ЄС щодо визначення "підприємство" (*an undertaking*) у конкуренційному праві Євросоюзу.

3. Порівняйте визначення "підприємство" у світлі конкуренційного права Євросоюзу й відповідно до законодавства України.

4. Відносини між материнською та дочірньою компаніями: доктрина "внутрішнього" підприємства (*Intra-Enterprise Doctrine*).

5. Статус асоціацій у конкурентному праві Євросоюзу.

6. Поняття "угода", "рішення асоціацій підприємств", "узгоджена практика" у праві ЄС.

7. Види угод в антимонопольній практиці ЄС.

8. Доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання.

9. Визначення відповідного ринку товару. Концепції первинного та вторинного ринку товарів. Дефініція географічного ринку товарів. Тимчасові (сезонні) ринки.

10. Основні матеріальні та процесуальні положення Регламенту 1/2003.

11. Установлення факту порушення заборони, відповідно до ст. 101 і 102 ДФЄС.

¹⁰² Case C-97/08 P Akzo Nobel NV and Others v. Commission. *European Court Review*. 2009. I. 08237.

Розділ 4. Відповідальність за порушення правил конкуренції ЄС

У сфері порушення конкурентних норм в ЄС ст. 101 і 102 ДФЄС слід розглядати у поєднанні одна з одною. За порушення правил конкуренції підприємство-порушник зазнає матеріальної відповідальності, механізм накладення якої в разі порушення обох статей регулює Регламент 1/2003.

За порушення ст. 101 і 102 ДФЄС, положення яких визначають протиправність антиконкурентної поведінки, рішення Комісії ЄС накладають **відповідальність на суб'єктів господарювання, які були безпосередньо задіяні у правопорушенні, у формі штрафних санкцій**. Відповідно до п. "а" ч. 2 ст. 23 Регламенту № 1/2003, Комісія ЄС володіє компетенцією накладати штрафи на суб'єктів господарювання чи їх об'єднання у випадках, коли ті навмисно чи в результаті недбалості порушили (чи порушують) ст. 101 або 102 ДФЄС.

У Регламенті 1/2003 передбачено термін позовної давності для розгляду справ про порушення норм конкуренції. Відповідно до ст. 25 такими термінами є:

- три роки у випадку порушення положень, що стосуються вимоги надання інформації або проведення перевірки;
- п'ять років у випадку інших порушень.

Термін має починати перебіг у день учинення порушення. У випадку тривалого або повторюваного порушення термін має починати перебіг у день припинення порушення.

Єдиний критерій верхньої межі штрафу встановлено на рівні 10 % від річного товарообігу підприємства. Комісія може також накладати штрафи на підприємства за порушення процесуальних норм. Регламент 1/2003 установлює верхню межу такого виду штрафу, що визначає критерій

інфляційного ризику, на рівні до 1 % від річного товарообігу відповідного підприємства. Комісія уповноважена накладати *періодичні штрафні платежі (astreintes)* для спонукання підприємства виконати свої розпорядження: максимум 5 % щоденного обігу підприємства за день затримки.

Важливо звернути увагу на те, що суди системи Суду ЄС¹⁰³ в окремих справах наголошували на тому, що Комісія ЄС, здійснюючи свої повноваження із накладення штрафів, користується доволі широкою свободою дій. Проте, це не означає, що Комісія може вчиняти будь-які дії усупереч принципам законності та верховенства права, адже будь-які її управлінсько-розпорядчі дії мають бути вчинені у межах, що визначені Радою ЄС у положеннях Регламенту № 1/2003. Зокрема, Комісія ЄС має брати до уваги серйозність і тривалість порушення, а при розрахунку штрафу – зважати на те, що він не може перевищувати меж, які визначено в п. 2 і 3 ч. 2 ст. 23 Регламенту. Зокрема, у Керівних принципах щодо методу встановлення штрафів, які накладено відповідно до ст. 23 (2 а) Регламенту № 1/2003¹⁰⁴, Комісія зазначила, що її повноваження з накладання штрафів на суб'єкти господарювання (їх об'єднання) у разі порушення ст. 101 або 102 ДФЄС як навмисного, так і в результаті недбалості, є одним із засобів, який вона використовує для реалізації її наглядових функцій ДФЄС. Наприклад, до таких функцій входить не лише обов'язок проведення розслідування та застосування санкцій в індивідуальних порушеннях, але й дотримання загальної політики, що розроблена для застосування передбачених ДФЄС принципів у справах, які пов'язані із конкуренцією, і керування поведінкою суб'єктів господарювання, ураховуючи ці принципи¹⁰⁵. Із цією метою Комісія ЄС має

¹⁰³ До складу Суду справедливості ЄС (або Суду ЄС) входять Загальний суд і Суд справедливості. Реж. доступу: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/

¹⁰⁴ Див.: Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2) (a) of Regulation No.1/2003. *Official Journal*. 2006. P. 2-5.

¹⁰⁵ Див.: Case 100-103/80 *Musique Diffusion Francaise v. Commission* (Pioneer case). *European Court Review*. 1983. 1825. Реж. доступу: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0100_SUM&from=EN

забезпечити наявність обов'язкового стримувального впливу у своїх діях. Тому при виявленні порушень ст. 101 чи 102 ДФЄС виникає необхідність накладання штрафів на тих суб'єктів господарювання, які своїми діями порушили закон. Антикартельні штрафи повинні мати не каральний, а достатній стримуючий вплив не лише з метою накладення штрафних санкцій на відповідні суб'єкти господарювання (окреме порушення), але й для стримування інших суб'єктів господарювання від дій, що суперечать ст. 101 і 102 ДФЄС.

Правила конкуренції ЄС побудовано таким чином, щоб конкуренти на ринку могли знати про дії, що підпадають під норми антимонопольного законодавства, а також про спосіб і міру відповідальності у разі порушення норм чинного законодавства. За загальним юридичним правилом *прозорості законодавства* (*nullum crimen et nulla poena sine lege*) законодавець, що визнає певну поведінку суб'єкта правопорушенням, має створити та прийняти відповідну правову норму заборони, що її регламентує (визначає склад правопорушення для того, щоб суб'єкт точно знав про дії, що порушують законодавство), забезпечити можливість для накладання санкцій на порушників і, відповідно, визначити конкретні вид і форму покарання, якого зазнає порушник норми.

Специфіка принципу прозорості законодавства, відповідно до якого суб'єкт господарювання знає, від яких діянь варто утримуватись, а порушник наперед може знати про санкції і їх розмір, є визначальною в антикартельній політиці Євросоюзу. У випадках, коли два й більше конкурентів мають намір укласти картельну угоду чи вдатися до картельної змови у формі мовчання, вони, звернувшись до союзного чи національного антимонопольного законодавства, можуть заздалегідь визначити наближену суму штрафу, якого вони зазнають, коли картельну змову буде розкрито.

Таким чином, "*прозорість*" випадку означає:

- склад правопорушення та санкції за його вчинення;
- інститут, що накладає санкції;
- критерії, якими компетентний орган керуватиметься при визначенні виду, форми й розміру покарання.

Потреба "прозорості" викликана тим, що справи про картельні змови може також слухати Суд ЄС, який має необмежену юрисдикцією щодо перегляду правильності винесених Комісією ЄС рішень. Перегляд може стосуватися як підтримання рішення органу, так і перегляду суми штрафної санкції. Однак, перегляд справ був би неможливий без керівництва з підрахунку штрафів, де, зокрема, має бути закріплено повний список обґрунтувань для розрахунку штрафу. Поряд із цим, наявність спеціального керівництва адміністративного органу із підрахунку штрафу за картельну змову не потрібно розуміти таким чином, що суд не може запитати пояснення в органу влади, що виніс рішення, по суті справи.

2006 року Комісією ЄС було прийнято Керівництво щодо методики обчислення штрафних санкцій¹⁰⁶. Власне, як обґрунтування потреби створення та прийняття такого Керівництва Комісія ЄС прямо вказує: документ призначено для забезпечення прозорості та неупередженості рішень Комісії. Це має бути поєднано для досягнення ефективного стримуючого, превентивного ефекту не тільки для застосування санкцій до суб'єктів-порушників (конкретне утримування), але й для "утримування залякуванням" інших підприємств від участі або продовження участі в поведінці, яка суперечить ст. 101 і 102 ДФЕС. Поєднання вартості продажів, які стосуються порушення, і тривалості порушення вважають таким, що забезпечує відповідний базис для відображення економічної важливості порушення, а також відносної ваги участі кожного підприємства у порушенні (п. 6 Керівництва). Посилання на ці фактори свідчить про практику Комісії ЄС щодо порядку розрахунку розміру штрафу та не має бути розглянуто як основу для автоматичного та арифметичного методу розрахунку.

Таким чином, значна дискреція Комісії ЄС у процесі накладення штрафів на учасників картелю, крім Регламенту № 1/2003, також обмежена самою Комісією ЄС шляхом нор-

¹⁰⁶ Див. : Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) ... P. 2-5.

мативного врегулювання своєї діяльності. Наприклад, в європейській практиці штрафні санкції вираховують зі значною точністю та можливістю оспорування кожного недобросовісно нарахованого євро у судах.

Суд ЄС має необмежену юрисдикцію на перегляд рішень Комісії ЄС про накладення штрафів або періодичних виплат. Керуючись ст. 261 ДФЄС, Суд ЄС уповноважений юрисдикцією щодо санкцій, які визначені актами ЄС. При оскарженні цих справ Суд ЄС може замінити оцінку Комісії на власну та прийняти нове рішення, підтверджуючи, збільшуючи або, найчастіше, зменшуючи або скасовуючи штраф¹⁰⁷. Цей принцип підтримано як практично, так і доктринально. Наприклад, загальний стандарт судового перегляду, відповідно до ст. 263 ДФЄС, – це повний вичерпний огляд законності рішень Комісії, усіх юридичних і фактичних елементів і застосування закону до фактів¹⁰⁸.

Суд ЄС застосовує основний принцип законності: перегляд законних підстав для ухвалення правових актів; перевірка компетенції для ухвалення відповідних актів і порушення процедурних вимог при прийнятті рішення на підставі принципу верховенства установчих договорів ЄС і права ЄС у цілому¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Практика Суду ЄС має чимало прикладів щодо зміни розмірів штрафних санкцій у ході перегляду рішень Комісії ЄС. Зокрема, Case T-201/04 R Microsoft v. Commission [2004] ECR II-4463. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57226&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27804>; Case T-48/00 Corus UK Ltd, formerly British Steel plc v Commission [2004] ECR II-232. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=64601&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=28225>

¹⁰⁸ Див. : Hubert Legal, Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law, in: Barry Hawk (ed.). *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. 2005, 2006. P. 107.

¹⁰⁹ Це підтверджує ст. 263 ДФЄС: "Суд ЄС контролює правомірність законодавчих актів, актів Ради, Комісії та Європейського центрального банку, крім рекомендацій і висновків, а також актів Європейського парламенту та Європейської ради, що спрямовані на створення правових наслідків для третіх сторін. Крім того, Суд ЄС контролює правомірність актів органів, установ чи агенцій Союзу, що спрямовані на створення правових наслідків для третіх сторін...".

Спеціальною нормою, яку застосовують до справи про порушення правил конкуренції, є ст. 31 Регламенту № 1/2003, яка передбачає, що "Суд ЄС має необмежену юрисдикцію щодо перегляду рішень, за якими Комісія встановила штраф або періодичну пеню. Він може скасувати, зменшити або збільшити накладений штраф або періодичну штрафну санкцію"¹¹⁰. Таким чином Регламент № 1/2003 гарантує необмежене право Суду ЄС щодо перегляду рішень, за якими накладено санкції.

Угода про асоціацію між Україною та ЄС зумовлює відтворення та забезпечення ефективного конкурентного середовища у рамках створюваної зони вільної торгівлі. При цьому одним із фундаментальних принципів застосування правил конкуренції є його недискримінаційний спосіб за збереження принципу процесуальної справедливості та права на захист, що чітко передбачено у п. 3 ст. 255 Угоди про асоціацію¹¹¹. Як впливає із зобов'язань, відповідно до Угоди про асоціацію, Україна має забезпечити застосування принципів прозорості, законності, недискримінації і процесуальної справедливості, у тому числі принцип забезпечення перегляду санкцій чи зобов'язань у судовому порядку.

Незважаючи на передбачену судову модель у національному законодавстві держави-учасниці, право на справедли-

¹¹⁰ Council Regulation (EC) No.1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. P. 1-25.

¹¹¹ Ст. 255 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС п. 3: "... Сторони визнають важливість застосування свого відповідного законодавства про конкуренцію у прозорий, своєчасний і недискримінаційний спосіб, поважаючи принципи процесуальної справедливості та право на захист. Кожна Сторона, зокрема, має забезпечити, щоб: а) перед накладенням відомством із питань конкуренції однієї зі Сторін санкцій чи зобов'язань на будь-яку фізичну чи юридичну особу за порушення законодавства про конкуренцію, воно надає право цій особі бути заслуханою та представити докази протягом обґрунтованого терміну, що визначений відповідним законодавством Сторін про конкуренцію, після повідомлення відповідній фізичній або юридичній особі про попередні висновки щодо існування порушення; б) суд або інша незалежна судова установа, визначена законодавством цієї Сторони, установлює або, на вимогу особи, переглядає будь-які такі санкції чи зобов'язання....."

вий судовий розгляд має бути гарантовано сторонам. При цьому не йдеться про звуження дискреції антимонопольних відомств. Якщо рішення антимонопольних відомств базується на процесуальних принципах і встановленій методиці нарахування та калькуляції штрафних санкцій, право на судовий їх перегляд має бути забезпечено.

У цілому для чіткішого запровадження принципу прозорості, недискримінації, пропорційності, правової визначеності для застосування принципів і методик нарахування штрафних санкцій до основи має бути покладений європейський досвід – принципи практики Комісії ЄС, що в цілому передбачено Угодою про асоціацію.

Теми для аналізу

1. Співвідношення між правом ЄС і національними законодавствами держав-членів щодо конкуренції.
2. Роль національних судів і національних антимонопольних установ у реалізації конкурентної політики Європейського Союзу.
3. Санкції за порушення заборони, відповідно до ст. 101 і 102 ДФЄС.
4. Охарактеризуйте методику калькуляції штрафних санкцій, відповідно до права ЄС.
5. Механізм перегляду накладених Комісією ЄС штрафних санкцій за порушення правил конкуренції ЄС.

Розділ 5. Угоди в конкуренційному праві

5.1. Загальні положення про антиконкурентні угоди

Стаття 101 ДФЄС¹¹² містить основні норми щодо поведінки, яку визнають антиконкурентною, а також основні вимоги та критерії для їх оцінювання.

Фактично поведінка суб'єктів господарювання може набувати різних форм, що окреслено у ст. 101 (1) ДФЄС. Це стосується таких категорій, як "угода" між підприємствами, "рішення асоціацій підприємств" та "узгоджена практика". Іншими словами, встановлено три окремі концепції дій, для кожної з яких існують спеціальні правила класифікації. Варто зазначити, що положення ст. 5 Закону України "Про захист економічної конкуренції"¹¹³ повністю відтворюють підхід ЄС щодо різновидів поведінки суб'єктів господарювання.

¹¹² Ст. 101 ДФЄС: "1. Заборонено як несумісні із внутрішнім ринком усі угоди між підприємствами, рішення асоціацій підприємств і види погоджувальної практики, які здатні впливати на торгівлю між державами-членами та мають на меті чи є результатом створення перешкод для конкуренції у межах внутрішнього ринку, її обмеження чи викривлення, зокрема, ті з них, які: а) прямо чи опосередковано фіксують ціни купівлі чи продажу або будь-які інші умови торгівлі; б) обмежують чи контролюють виробництво, збут, технічний розвиток або інвестиції; в) розподіляють ринки чи джерела постачання; г) висувають неоднакові умови щодо рівноцінних угод з іншими торговельними партнерами, що ставить їх у нерівне конкурентне становище; е) ставлять укладання контрактів у залежність від того, чи беруть партнери на себе додаткові зобов'язання, які за своєю природою чи згідно з торговельними звичаями не пов'язані з предметом таких угод. 2. Будь-які угоди чи рішення, що заборонені, відповідно до цієї статті, вважають нікчемними".

¹¹³ Пункт 1. ст. 5 Закону України "Про захист економічної конкуренції" № 2210-III від 11.01.01. Реж. доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>: "Узгодженими діями є укладання суб'єктами господарювання угод в будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень в будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання".

У практиці ЄС щодо антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються усунення з ринку або обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, зокрема, покупців, існують загальні вимоги щодо таких дій, змістовне наповнення яких може різнитися, залежно від типів угод на ринку.

Таким чином, відповідно до усталеної практики ЄС для аналізу антиконкурентної угоди, розглянемо детально *два типи основних критеріїв*:

- критерії, яким відповідає угода, що підпадатиме під заборону з боку наднаціональних механізмів. Тут варто проаналізувати саму правову природу угоди, її предмет (мету) і наслідки. А наслідки, спричинені антиконкурентною угодою, мають бути пов'язані з діями, які було вчинено;

- критерії, які надають можливість угоді подолати встановлену заборону з огляду на соціально-економічні переваги.

У конкуренційному праві ЄС існує концепція, згідно з якою угоди, рішення об'єднань підприємств, узгоджені дії розглядають як *форми змови (collusion)*, де узгоджені дії є менш інтенсивною формою кооперації, ніж угода або рішення асоціації підприємств. Угода та узгоджена практика мають схожу природу та різняться лише інтенсивністю вираження волі¹¹⁴.

Правозастосовна практика ЄС розтлумачує типології антиконкурентних дій суб'єктів господарювання. Наприклад, у справі *Commission v. Anix Partecipazioni*¹¹⁵ Суд ЄС установив, що ст. 81 (1) (нині ст. 101 (1) ДФЕС) застосовують до всіх змов між підприємствами, незалежно від їх форми. Єдина відмінність, яку можна застосувати на практиці, – кількість суб'єктів такої поведінки. За вчинення певних дій особою одноосі-

¹¹⁴ Такий підхід було підтверджено Судом ЄС у справі *Polypropylene. Cases T-13/89; T-4-T-6-8/89; T-9-15/89 Polypropylene* [1986] OJ L230/1. Реж. доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986D0398&from=SL>

¹¹⁵ Див. : *Case C-49/92 P Commission v. Anix Partecipazioni* [1999] ECR I-4125. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98420&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10972>

бно така поведінка не стосуватиметься порушення ст. 101 ДФЕС¹¹⁶ (буде застосовано режим ст. 102 ДФЕС¹¹⁷); у випадку, коли такої поведінки дотримує кілька суб'єктів, вона може різнитися, відповідно до її форм і різновидів (можна застосовувати як ст. 101 ДФЕС, так і ст. 102 ДФЕС¹¹⁸).

Таким чином, кваліфікуючи дії суб'єкти господарювання, конкурентне відомство аналізує: була це одностороння поведінка, координована поведінка чи змова між суб'єктами господарювання. За умови доведення координаційних дій між суб'єктами господарювання на підставі критеріїв дії таких суб'єктів кваліфікують як антиконкурентні, відповідно до ст. 101 ДФЕС.

У справі *Hercules-Commission* Суд ЄС зазначив, що для укладення угоди достатньо не лише "висловити спільний намір прийняти спільну лінію поведінки на ринку", а й сторони мають також визнати обов'язковий характер такого зобов'язання¹¹⁹.

Отже, у практиці Суду ЄС слід виділити такі *різновиди антиконкурентної поведінки*:

- одностороння поведінка суб'єктів господарювання,
- координація поведінки чи змова між підприємствами.

Тип координації поведінки чи змови між суб'єктами господарювання, які підпадають під дію законодавства про конкуренцію, можна охарактеризувати ситуацією, за якої принаймні одне підприємство зобов'язується щодо іншого підприємства прийняти певну поведінку на ринку, яка у ре-

¹¹⁶ Ст. 101 ДФЕС застосовують до антиконкурентних угод, узгодженої практики, рішень асоціації підприємств.

¹¹⁷ Ст. 102 ДФЕС застосовують у випадках зловживання домінуючим становищем.

¹¹⁸ У певних випадках може бути застосований одночасно правовий режим антиконкурентних угод як форма вираження зловживання домінуючим становищем (ст. 101 та 102 ДФЕС).

¹¹⁹ Див. : Case T-7/89 SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities [1991] ECR II-01711. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=102776&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10972>

зультаті контактів між ними усуває або істотно зменшує невизначеність щодо їх поведінки на ринку¹²⁰.

Визначальним для застосування ст. 101 ДФЄС до угод є те, що їх "метою або результатом ... є запобігання, обмеження або викривлення конкуренції". Суд ЄС у справі *Glaxo Smith Kline Services*¹²¹ установив, що метою ст. 101 (1) ДФЄС є запобігання антиконкурентній діяльності підприємств, яка полягає не тільки в обмеженні конкуренції між ними або із третьою стороною, а й в результаті призводить до зниження добробуту кінцевого споживача.

Основними критеріями виявлення негативних наслідків угод між підприємствами для торгівлі між державами-членами є вплив (прямий чи непрямий, реальний або потенційний) на структуру торгівлі та напрям потоків товарів і послуг. Крім того, Суд ЄС бере до уваги й додаткові фактори аналізу наслідків угоди: вплив угоди на економіку в цілому, включаючи структуру ринку.

Для виявлення наслідків угод, які перешкоджають конкуренції, обмежують або порушують її, Комісія та Суд ЄС аналізують структуру ринку, роблячи акцент на економічному аналізі ринку, і визначають:

- особливості відповідних товарів і послуг;
- частки ринку й товарообігу учасників ринку;
- ступінь впливу на конкурентів;

¹²⁰ Див. : Cases (об'єднані) T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95 *Cimenteries CBR and others v Commission of the European Communities*, [2000] ECR II-491, paras. 1849 and 1852. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103684&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=14003>; Cases (об'єднані) T-202/98, T-204/98 and T-207/98 *British Sugar and others v Commission of the European Communities*, [2001] ECR II-2035, paras. 58 to 60. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=104163&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=14486>

¹²¹ Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission* [2006] ECR II-2969. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=63398&doclang=EN>

- існування об'єктивних бар'єрів (регуляторних, адміністративних, необхідність значних інвестицій) для входження на ринок нових учасників, існування олігополії на ринку.

Головними факторами для аналізу впливу на економіку та структуру ринку є, зокрема:

- характер і кількість товару (більш або менш обмежені);
- положення та важливість частки ринку;
- ізолюваний характер угоди або її включення до мережі аналогічних угод (напр., справа *Societe Technique Miniere/ Maschinenbau Ulm*¹²²);

- кількість виробників на ринку та масштаб їхньої діяльності на ринку;

- довіра громадськості до існуючих брендів і торгових марок;

- існування прав на промислову власність, вплив національного законодавства (напр., справа *Delimitis*¹²³).

У цілому судова практика ЄС свідчить, що доказування картельної практики вимагає доведення *взаємної співпраці (reciprocal cooperation)* через прямі й непрямі контакти, що впливають на їх спільну поведінку на ринку¹²⁴. У кожному випадку необхідно вивчити факти, що лежать в основі угоди, і конкретні обставини, в яких вона діє¹²⁵.

Як показову розглянемо справу *CISAC*¹²⁶, в якій Суд ЄС не підтримав обвинувальну позицію Комісії ЄС із доведення узгодженої практики. У цій справі Суд ЄС дійшов висновку, що Комісія ЄС не довела існування картелю (змови), адже пара-

¹²² Див. : Case 56/65 *Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87430&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4459765>

¹²³ Див. : Case C-234/89 *Delimitis v Henninger Brau* [1991] ECR I-935. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61989CJ0234&lang1=en&type=TXT&ancre=>

¹²⁴ Див. : Jones A., Sufrin B. *Dunne N. EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*. Seventh edition. Oxford 2019. P. 665.

¹²⁶ Див. : Case T-442/08 *International Confederation of Societies of Authors & Composers (CISAC) v Commission*. EU:T:2013. 188. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136261&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4321876>

лельна поведінка на ринку не може служити єдиним доказом існування змови. Натомість, необхідно проаналізувати інші фактори на ринку, такі як природа ринку (економічний аналіз ринку), ступінь причетності до антиконкурентних наслідків на ринку, їхні частки, дискримінаційні фактори встановлення умов селективності тощо.

У кожному випадку визначення наявності антиконкурентної угоди необхідно довести факти погодження волевиявлень (т. зв. "зустріч думок" між сторонами угоди). Наприклад, одні науковці вважають, що "доведення угоди має ґрунтуватися на існуванні суб'єктивного елемента, що характеризує саме поняття угоди, тобто узгодження волі між економічними операторами щодо реалізації політики, досягнення мети чи прийняття певної лінії поведінки на ринку"¹²⁷, інші – вказують, що "навіть протокол, який відображає справжнє узгодження волевиявлень між сторонами, є достатнім для формування угоди"¹²⁸.

Таким чином, для укладення угоди у сенсі конкурентного законодавства достатньо того, щоб відповідні підприємства висловили спільний намір про певну поведінку на ринку¹²⁹. Тому для доведення угоди щодо цін необхідно встановити, що сторони такої угоди діяли навмисно¹³⁰. Саме тому у справі *ACF Chemiefarma* Суд ЄС виробив позицію, відповідно до якої угода між учасниками повинна мати спільну мету дій на ринку, і вони мають слідувати цій угоді¹³¹. Суд ЄС підтвердив таку

¹²⁷ Jones A., Sufrin B. *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*. Oxford. 2004. P. 127.

¹²⁸ Whish R. *Competition Law*. London. 2004. P. 92

¹²⁹ Див. : Case 41/69 *ACF Chemiefarma v Commission of the European Communities*, [1970] ECR 661. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87828&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17457>

¹³⁰ Див. : Stawicki A. Stawicki E. (eds.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [Act on competition and consumers protection. Commentary]. Warszawa. 2011. P. 122.

¹³¹ У справі *ACF Chemiefarma* Суд ЄС дійшов висновку: джентльменська угода мала явний вираз спільного наміру сторін щодо їх поведінки на ринку. Тому угода підпадає під дію ст. 101 ДФЄС, якщо містить положення, що обмежує конкуренцію на внутрішньому ринку за умови точного слідування спільним намірам сторін.

позицію послідовно, і при розгляді інших справ підтвердив: "[необхідно] зважати на той факт, що концепція [антиконкурентної] угоди орієнтована на існування узгодження волі [учасників]", яке витікає зі спільних намірів й мети¹³².

У процесі розслідування картельних змов основним завданням Комісії ЄС і національних конкурентних відомств є встановлення самого факту картелю, що має ґрунтуватися на доказах існування антиконкурентної змови суб'єктів господарювання, тобто їх кооперації у сенсі ст. 101 чи 102 ДФЄС.

Відповідно до ст. 2 Регламенту № 1/2003 у будь-якому провадженні, що пов'язане із застосуванням ст. 101 і 102 ДФЄС на національному рівні або рівні Євросоюзу, тягар доведення наявності порушення п. 1 ст. 101 або ст. 102 ДФЄС покладено на сторону або орган влади, які стверджують про порушення (винятками є випадки, за яких суб'єкти господарювання чи їх об'єднання звертаються за отриманням переваг, що передбачає п. 3 ст. 101 ДФЄС). Таким чином, за загальним правилом конкурентне відомство несе тягар доведення. Комісія та національні конкурентні відомства мають справу із доказами, які підлягають детальному оцінюванню на предмет відповідності складу правопорушення.

Стаття 101 ДФЄС забороняє угоди між підприємствами, рішення асоціацій підприємств та узгоджену практику, метою або результатом яких є запобігання, обмеження чи викривлення конкуренції, що впливає на торгівлю між державами-членами, а також певні форми поведінки між підприємствами (рис. 2).

Алгоритм проведення розслідувань у конкурентційних справах зі встановленням елементів угоди, які потребують доведення, схематично демонструє рис. 3.

Антиконкурентні угоди в праві ЄС традиційно поділяють на дві категорії (рис. 4).

¹³² Див. : Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, ECR [2000] II-3383, [2001] 4 CMLR 126; п. 69. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103820&pageIndex=0&doclan=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=18180>

Категорії поведінки на ринку	Елемент впливу	
	на внутрішній ринок	на конкуренцію
▪ угоди між підприємствами, ▪ рішення асоціацій підприємств, ▪ узгоджена практика	здатні впливати на торгівлю між державами-членами	мають на меті чи є результатом створення перешкод для конкуренції у межах внутрішнього ринку, обмеження чи викривлення конкуренції
Наслідки якщо не застосовують індивідуальні або блокові (групові) винятки (виключення) на підставі п. 3 ст. 101 Договору про функціонування ЄС або відповідно до регламентів, що прийняті, згідно зі ст.106 (2) Договору про функціонування ЄС 1. "... поведінку, що відповідає зазначеним елементам, визнають як таку, що є "несумісною із внутрішнім ринком" (п. 1. ст. 101 ДФЄС); 2. "... будь-які угоди чи рішення, що заборонені, відповідно до цієї статті, вважають нікчемними" (п. 2 ст. 102 ДФЄС)		

Рисунок 2. Вирішальні елементи для застосування заборони ст. 101 (1) ДФЄС

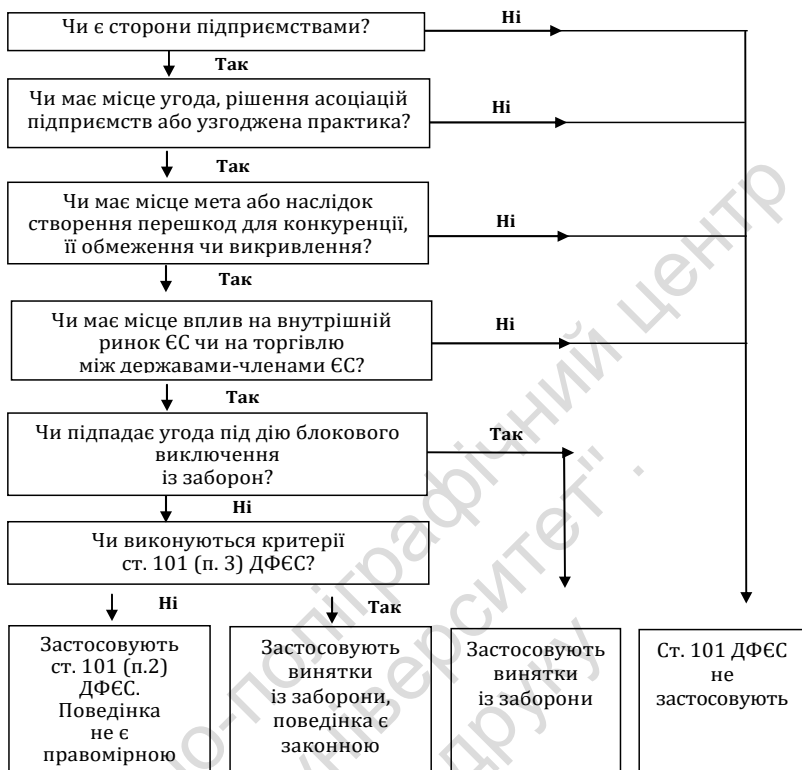


Рисунок 3. Механізм установлення елементів угоди (застосування ст. 101 ДФС і регламентів про винятки із заборон)

АНТИКОНКУРЕНТНІ УГОДИ В ПРАВІ ЄС

Горизонтальні угоди між підприємствами, що працюють на одному рівні діяльності (між конкурентами, цінові картелі, про розподіл ринків тощо, про обмін інформацією, про науково-дослідну діяльність, про спеціалізацію тощо)	Вертикальні угоди між підприємствами, що працюють на різних рівнях діяльності (між постачальником і дистриб'ютором, оптовим і роздрібним продавцями, про дистрибуцію: ексклюзивну або вибіркову)
--	---

Рисунок 4. Категорії угод у контексті їх тлумачення у сфері права конкуренції

5.2. Вертикальні угоди: поняття, загальна характеристика, типологія, винятки із заборон

На відміну від горизонтальних, вертикальні є угодами між підприємствами, що працюють на різних рівнях діяльності (на суміжних ринках, напр., між постачальником і дистриб'ютором або оптовим і роздрібним продавцями). Такі угоди часто містять положення, прийняті постачальником, що забороняють продаж продукції іншим дистриб'юторам або продавцям, а також положення, прийняті дистриб'ютором, які забороняють йому звертатися до інших постачальників.

Вертикальні угоди зазвичай не порушують конкурентні умови, вони охоплюють домовленості між підприємствами на різних рівнях виробництва чи розповсюдження товару або послуг і можуть містити обмеження для однієї або обох сторін угоди обмеження (умови), за якими вони мають змогу отримувати, продавати або перепродавати товари. При цьому положення, що обмежують конкурентну поведінку однієї або обох сторін угоди (напр., коли постачальник призначає ексклюзивного дистриб'ютора), забороняє (установлює обмеження) продаж продукції іншим дистриб'юторам чи продавцям, установлює максимальну ціну перепродажу, заборону (обмеження) звертатися до інших постачальників, не є забороненими, якщо реалізація таких вертикальних обмежень не спричиняє суттєвого обмеження конкуренції на ринку.

Тут варто зазначити, що, вертикальні угоди можна використати як фактор посилення конкуренції, якщо вони сприяють входженню підприємств на нові ринки.

Договори дистрибуції, які містять певні обмеження, є такою категорією угод, які не можуть підпадати під пряму автоматичну заборону за ст. 101(1) ДФЕС¹³³. Конкурентні відомства індивідуально аналізують та оцінюють їх можливий вплив на конкуренцію, ґрунтуючись на аналізі економічних

¹³³ Див. : Marco Colino S. Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regime. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing Ltd. 2010.

чинників, які беруть до уваги також категорії вертикальних угод, відповідно до умов розповсюдження (договори дистрибуції). Підхід до блокових виключень із заборон, умови для їх застосування, а також чіткі вимоги до *обмежувальної практики* (*hard core restrictions*) дистриб'юторських угод чітко вказано у ст. 4 Регламенту 330/2010.

Для аналізу певного виду дистриб'юторської угоди Комісія запропонувала підхід, що включає *чотири кроки оцінювання будь-якої вертикальної угоди*.

1. Комісія визначає відповідний ринок для встановлення частки ринку покупця або закупівельника, відповідно до типу вертикальної угоди.

2. Якщо частка ринку менше 30 %, то може бути застосоване групове звільнення за відсутності умов, які підпадають під критерії "жорстких обмежень" (термін співзвучний із поняттям *hard core restrictions*).

3. Якщо частка ринку перевищує 30 %, то Комісія має провести додатковий аналіз для з'ясування можливості застосування п. 1 ст. 101 ДФЄС.

4. Якщо є можливість застосування п. 1 ст. 101 ДФЄС, то необхідно визначити, чи може бути надано звільнення щодо угоди, згідно з п. 3 ст. 101 ДФЄС (винятки із заборон).

Із узагальнення практики Комісії ЄС у сфері застосування ст. 101 ДФЄС до вертикальних угод впливає висновок про можливість їх умовного групування: ексклюзивні дистриб'юторські угоди; угоди ексклюзивного постачання; вибіркові дистриб'юторські угоди; франчайзингові угоди.

За сутністю такий розподіл типології вертикальних угод є загальнозастосовним, у тому числі й в Україні¹³⁴.

¹³⁴ Типові вимоги до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання та внесені до них зміни щодо загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України відображають аналогічні типи, зокрема застосовуючи подібні терміни: "вертикальні обмеження", "вертикальні узгоджені дії суб'єктів господарювання стосовно постачання та використання товарів", "вибіркова система постачання", "виняткове (ексклюзивне) постачання : Розпорядження АМКУ N 10-рп від 12.10.17. Реж. доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1364-17>

Ексклюзивні дистриб'юторські угоди можна охарактеризувати як такий тип угод, за яким постачальник зобов'язується постачати певні продукти єдиному дистриб'ютору, маючи на увазі їх продаж на винятковій території.

Характеристика виняткової території відрізняє ці угоди від угод ексклюзивного постачання.

В ексклюзивній дистриб'юторській угоді постачальник погоджується продати свою продукцію тільки одному дистриб'ютору для перепродажу на певній території. У той самий час дистриб'ютор зазвичай обмежений в активному продажу визначеною територією. Саме такі можливості розподілу ринку можуть спричиняти цінову дискримінацію. Комісія визначає, що у випадках, коли більшість або всі постачальники застосовують ексклюзивну дистрибуцію, це може пом'якшити конкуренцію та спричинити появу змови як на рівні постачальників, так і на рівні дистриб'юторів. Нарешті, ексклюзивна дистрибуція може призвести до втрати права викупу товару іншими дистриб'юторами й тим самим знизити конкуренцію на рівні.

На протигагу можливим негативним наслідкам ексклюзивна дистрибуція може привести до підвищення ефективності роботи, особливо там, де дистриб'ютори захищають власні інвестиції і зобов'язані створити умови з метою неспотворення іміджу бренду та його якості. Крім того, за аналізом Комісії, ексклюзивний розподіл може сприяти заощадженню на логістичних витратах за рахунок економії від масштабу при транспортуванні та розподіленні (п. 160 Керівництва).

Можливість настання ризиків для добросовісної конкуренції від ексклюзивних дистриб'юторських угод вища на оптовому ринку, ніж на роздрібному.

Головна відмінність угод ексклюзивного постачання від ексклюзивних дистриб'юторських угод – відсутність територіальної виключності. Дистриб'ютор зобов'язаний купувати продукцію винятково

у певного постачальника, але для нього не існує жодних територіальних обмежень щодо зони продажу.

Щодо цього типу угод Комісія зайняла позицію, дуже схожу на її позицію відносно ексклюзивних дистриб'юторських угод. 1983 року Комісія прийняла Регламент про групове звільнення №1984/83, на заміну якого згодом було прийнятий Регламент №2790/99 (втратив чинність) і Регламент №330/2010 (наразі чинний). Умовою отримання групового звільнення є факт участі в угоді тільки двох підприємств. Умова має стосуватися конкретного виробу або однорідної категорії продукції і не може бути укладена на термін, більший від п'яти років.

Вибіркові (селективні) дистриб'юторські угоди *характерні для випадків, за яких мережа продажу продукції, що має торгову марку або високотехнологічної продукції, може мати деякі специфічні вимоги, які спричиняють подальші обмеження для дистриб'ютора, порівняно зі звичайними ексклюзивними дистриб'юторськими угодами.*

У таких випадках постачальник часто вимагає від дистриб'ютора виконання деяких додаткових умов, наприклад, зобов'язаний наймати спеціалізований персонал, дотримувати певних стандартів якості у службових приміщеннях або в їх оформленні, надавати клієнтам спеціальні гарантії, послуги із післяпродажного обслуговування та ремонту.

Вибіркові дистриб'юторські угоди, так само як й ексклюзивні дистриб'юторські угоди, можуть обмежити кількість офіційних дистриб'юторів, з одного боку, і перепродажу – з іншого. Різниця з ексклюзивною дистрибуцією полягає в тому, що у вибірковій дистрибуції обмеження кількості дилерів не залежить від території, на якій здійснюється розповсюдження товарів (або послуг), а основою є критерії відбору, що пов'язані, у першу чергу, із характером продукції. Інша відмінність – обмеження на перепродаж не є обмеженням на активні продажі на території, але наявні обмеження

на будь-які продажі не уповноваженими дистриб'юторами. Вибіркову дистрибуцію майже завжди використовують для розповсюдження фірмових (брендових) кінцевих продуктів.

Практику застосування п. 3 ст. 101 до такого типу вертикальних угод характеризує певна послідовність. Принципи, на яких ґрунтується ставлення Комісії до цих угод, також впливають із низки фундаментальних рішень Суду ЄС. Наприклад, *Metro (I)* та *Metro (II)*, *AEG* і *Ford*: право постачальника на вибір дистриб'юторів, відповідно до об'єктивних якісних критеріїв, було швидко визнано Комісією. Складнішим було визнання деяких кількісних обмежень, що можуть суттєво заважати конкуренції. Комісія, однак, була змушена визнати, що у деяких випадках такі обмеження економічно виправдані обмеженою кількістю продукції для продажу та кількістю потенційних покупців. Ще у справах *Kodak*, *Omega Watches* 1970 року було первісно визначено індивідуальні винятки із заборон, а в справі *Metro v. Commission* 1977 року Судом ЄС було остаточно встановлено, що "у випадках, коли вибіркова дистрибуція заснована на якісному ґрунті, що впливає із певних технічних характеристик продукції, а не з основ кількісного розподілу ринку"¹³⁵, вона може не підпадати під дію п.1 ст. 101 ДФЄС. До такого типу вертикальних угод все частіше звертаються виробники певних товарів, зокрема, автомобілів, побутової техніки, годинників, комп'ютерів тощо¹³⁶.

Аналогічні принципи були обґрунтовані Судом ЄС, зокрема в одній зі справ стосовно такого типу вертикальних угод. Наприклад, у справі *Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover France SAS*¹³⁷ 2011 року Судом ЄС було встановлено, що вибіркова

¹³⁵ Case 26/16 *Metro v. Commission*. *European Court Review*. 1977. 1875.

¹³⁶ Див.: Whish R. *Competition Law*. L.: Oxford University Press, 2009.

¹³⁷ Див.: Case C-158/11 *Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover France SAS* – Реж. доступу: [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-158%252F11&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=394668](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-158%252F11&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=394668)

дистрибуція, заснована на специфічних критеріях в автомобільній галузі на основі Регламенту 1400/2002, може змістовно стосуватися кількісних обмежень, однак не має базуватися на об'єктивних додаткових критеріях і не на дискримінаційній основі¹³⁸. Показовим прикладом є рішення французького Верховного Суду на початку 2013 року, який у рішенні щодо вибіркової дистрибуції автомобілів *Land Rover* визнав аналогічний підхід Суду ЄС. Було визнано правомірність обмеження дилерів без порушень норм конкуренції.

За загальними правилами ринку вибіркова (селективна) дистрибуція є не тільки дозволеною й такою, що не завдає шкоди конкуренції, а й природною в умовах певних товарних ринків. За умов селективної дистрибуції постачальник має право встановлювати умови та критерії для покупців, обирати потенційних покупців. Практика ЄС свідчить, що селективна дистрибуція не підпадає під заборону ст. 101(1) ДФЄС за умови виконання трьох умов:

- характер продукту, про який ідеться, має потребувати селективної системи розподілу (висування умов для дистрибуції товару);
- торгових посередників обирають, виходячи з об'єктивних критеріїв якісного характеру;
- установлені критерії не мають виходити за рамки необхідного¹³⁹.

Формування критеріїв для селективної (вибіркової) дистрибуторської мережі постачання є загальновизнаною умовою існування певних ринків товарів, їх не розглядають як бар'єри доступу до ринку.

Для відповідних категорій угод режим доведеності антиконкурентності або правомірності для ринку є різним.

Розглянемо наступний тип вертикальних угод – *франчайзингові угоди*.

¹³⁸ Див. : Див. : Case C-158/11 ...

¹³⁹ Див. : Wish R., Bailey R. Competition Law. Eighth edition. 2015. P. 680-683.

Франчайзинговими є угоди, у рамках яких підприємство – франчайзер дозволяє іншому підприємству – франчайзіату (користувачу франшизи) використовувати свою назву та ноу-хау.

Франчайзіат організовує незалежну комерційну діяльність, яку має характеризувати високий рівень однаковості завдяки ідентичності продуктів і послуг, які він пропонує, представлення як обладнання, так й оформлення приміщень. Специфічною особливістю є право використання торгової марки та корпоративної назви франчайзера.

Уперше фундаментально Суд ЄС розглянув такий тип угоди в справі *Pronuptia*¹⁴⁰. Позивач, що був франчайзіатом компанії *Pronuptia*, оспарював роялті, відповідно до угоди франчайзингу, яка (на його думку) суперечила тодішній ст. 81 ДЄС. Тоді Суд ЄС визначив, що саме права інтелектуальної власності, які передають, є відмінною рисою цього типу угод від інших дистриб'юторських угод. У справі було визнано: якщо умови франчайзингу лежать у площині недискримінації щодо інших франчайзіатів, то таким угодам надають винятки із заборон, які встановлено у ст. 81 (нині ст. 101 ДФЄС).

Із 1 червня 2010 року всі чотири типи угод та інші вертикальні дистриб'юторські угоди регулює Регламент Комісії №330/2010 від 20.04.10 щодо застосування ст. 101 (3) ДФЄС до категорій вертикальних угод та узгодженої практики¹⁴¹. Комісія зробила спрощення та кодифікацію шляхом прийняття регламенту про групові звільнення у загальній формі. Термін дії Регламенту – до 2022 року. Регламент визначає загальну категорію вертикальних угод, що можуть отримати групове звільнення. Це угоди:

- з метою продажу або купівлі товарів чи послуг, якщо їх укладено між підприємствами, що не є конкурентами;

¹⁴⁰ Див. : Case 161/84 *Pronuptia de Paris v. Schillgalis*. *European Court Review*. 1986. 353 p.

¹⁴¹ Див. : Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices. 102. P. 1-7.

- між деякими підприємствами, що є конкурентами;
- між певними об'єднаннями роздрібних торговців.

Стаття 2 Регламенту не наполягає на тому, щоб вимоги були двосторонніми, але вимагає, щоб усі учасники працювали на різних рівнях ринку (напр., угода між постачальником, оптовим продавцем і роздрібним продавцем).

Розглянемо, на які типи вертикальних угод поширено дію Регламенту. Він охоплює всі типи, які ми розглянули раніше, але сфера його є ширшою. Тут головною є така вимога: угода має визначати умови, за яких сторони можуть купувати, продавати або перепродавати конкретні товари або послуги. Таким чином, Регламент поширено на угоди про комерційні агентства, транспортні угоди.

Можливість надання групового звільнення поширено на вертикальні угоди, що укладені між об'єднанням роздрібних продавців та його постачальниками за умови, що всі члени об'єднання – роздрібні продавці, а сумарний річний товарообіг жодного із них не перевищує 50,0 млн євро.

Положення угод щодо передавання або ліцензування прав інтелектуальної власності постачальником продавцю, зокрема, у випадку франчайзингу, не впливають на надання групового звільнення за умови, що такі положення є другорядними стосовно основної мети вертикальної угоди.

Із погляду конкуренції головна перевага всіх цих угод, що отримують право групового звільнення, – підвищення економічної ефективності ланцюжка виробництва або розповсюдження завдяки кращій координації дій підприємств – учасників угод. Такі угоди сприяють зменшенню вартості дистрибуції між сторонами угоди та допомагають оптимізувати інвестиції і продаж. Імовірність того, що це переважить можливий антиконкурентний вплив унаслідок обмежень, що наявні в угоді, суттєво залежить від ринкової сили відповідних підприємств, отже – від рівня конкуренції з боку інших постачальників товарів або послуг, що є взаємозамінюваними або такими, що можуть бути замінені, на думку споживача, виходячи з їх характеристик, ціни та призначення.

Стаття 3 Регламенту вводить таку презумпцію: якщо частка постачальника на відповідному ринку не перевищує 30 % (у випадку угод ексклюзивного постачання як частки ринку, що розглядають при визначенні впливу угоди на відповідний ринок, береться ринкова частка дистриб'ютора), то такі вертикальні угоди, за умови відсутності у них положень із "чорного" переліку, поліпшують виробництво, розповсюдження та залишають споживачу справедливу частину вигоди. Презумпція втрачає силу, якщо частка ринку перевищує 30 %.

Новий економічний підхід, що ґрунтується на аналізі структури ринку з погляду пропозиції і попиту, привів до відмови від механізму "білих" переліків формальних статей, які можна безпечно включати до угоди.

Регламент містить дві статті, норми яких унеможливають надання винятки для угод. Це так звані два "чорні" переліки. У ст. 4 Регламенту наведено обмеження, наявність яких є достатньою для визнання угоди цілковито недійсною. Умови ст. 5 Регламенту містять норми, які є неприпустимими з погляду конкуренції. Таким чином, ці статті є незаконними, але решта контракту продовжує підпадати під групове звільнення (типовий випадок окремого підходу до цих статей).

Спробуємо деталізувати ці групи норм *жорстких обмежень* (*hard core restrictions*). Стаття 4 Регламенту вважає "жорсткими":

- обмеження щодо можливості покупців визначити продажну ціну товарів або послуг контракту;
- обмеження щодо території або кола покупців для продажу товарів або послуг за контрактом, залежно від чотирьох винятків:
 - обмеження активного продажу на винятковій території або винятковим групам покупців, які зарезервовані для постачальника, за умови, що це не лімітує пасивного продажу покупцем;
 - обмеження продажу кінцевим користувачам, якщо покупець працює на оптовому рівні;

- обмеження продажу не уповноваженим дистриб'юторам членами вибіркової дистриб'юторської мережі;
- обмеження активного та пасивного продажу компонентів покупцям, що можуть використати їх для виробництва продукції, яка конкурує із продукцією постачальника;
- обмеження активного та пасивного продажу кінцевим користувачам членами вибіркової дистриб'юторської мережі, що працюють на рівні роздрібно́ї торгівлі;
- обмеження перехресних постачань у межах вибіркової дистриб'юторської мережі;
- обмеження можливості постачальника продавати компоненти кінцевим користувачам та незалежним постачальникам ремонтних і сервісних послуг.

Перелічені умови, наявні в тексті угоди або якимось іншим чином передбачені в узгодженій практиці, роблять таку угоду антиконкурентною. Іншими словами, цей перелік умов є беззаперечно забороненим, що не може підпадати під винятки із заборон.

Стаття 5 Регламенту містить норми, які можуть бути включені до тексту угоди між суб'єктами господарювання, однак є забороненими. Сама дія угоди з такими умовами не піддається сумніву, однак без урахування цих положень. Зокрема, до таких "заборонених" положень належать:

- зобов'язання відмови від конкуренції, тривалість якого не визначена або перевищує п'ять років (т. зв. зобов'язання не конкурувати);
- зобов'язання, нав'язане покупцю, не виробляти або продавати конкуруючі товари чи послуги після спливання періоду дії контракту (т. зв. післяконтрактне зобов'язання не конкурувати);
- зобов'язання, нав'язане членам вибіркової дистриб'юторської мережі, не продавати конкуруючу продукцію із зображенням торгової марки конкурентів постачальника.

Розглянемо це положення Регламенту. У практиці інститутів Євросоюзу знайшло відображення існування двох ос-

новних клаузул, які можуть бути вміщені в угоду між суб'єктами господарювання з метою аналізу відповідності такої угоди правилам конкуренції в ЄС. Наприклад, застереження про відмову від здійснення конкуренції (*non competition clause*) являє собою застереження в угоді про накладення прямого або непрямого зобов'язання на сторони договору щодо набуття суб'єкта господарювання – або, принаймні, на одну зі сторін такого договору – в односторонньому порядку (без дозволу іншої сторони угоди) не виробляти, не купувати, не продавати (не перепродавати) товари чи послуги, які конкурують із товарами чи послугами, про які йдеться у договорі (контракті). Стаття 5 Регламенту 330/2010 визначає: така клаузула в угоді, яка містить зобов'язання сторін щодо відмови від конкуренції, і тривалість такого зобов'язання не визначена або перевищує п'ять років, підпадає під "чорний" перелік.

Другою клаузулою, відповідно до ст. 5 Регламенту 330/2010, є зобов'язання не конкурувати (*non-compete obligation*), що являє собою зобов'язання або систему матеріального стимулювання у договорах постачання або дистрибуції і вказує продавцю не виробляти, не купувати, не продавати або не перепродавати продукцію, що становить разом із контрактними (договірними) товарами комплект; або купувати у постачальника щонайменше 80 % від свого замовлення на цей тип товару. Кількісне стимулювання є більш м'якою формою зобов'язання не вдаватися до конкуренції, за якою стимули або зобов'язання, узгоджені між постачальником і покупцем, змушують останнього великою мірою (але загальним обсягом менш ніж 80 %), зосереджувати свої купівлі на товарах торговельної марки постачальника. Регламент передбачає деякі винятки із забороненої клаузули, наприклад, щодо можливого звільнення на термін не більше одного року, якщо зобов'язання не конкурувати спрямоване на захист ноу-хау, що надав постачальник покупцю (п. 3 ст. 5 Регламенту 330/2010).

5.3. Горизонтальні угоди: поняття, загальна характеристика, типологія та винятки із заборон

Якщо вертикальні угоди можуть нести скоріше позитивний, ніж негативний наслідок для конкуренції, про що свідчить правовий режим надання винятків із заборон, то горизонтальні угоди, навпаки, мають більші негативні наслідки для ринкових відносин між конкурентами й породжують появу картелів, змов, інших видів узгодженої практики, що викривлює добросовісну конкуренцію на внутрішньому ринку.

Якщо сторонами вертикальних угод є суб'єкти, які діють на різних виробничих рівнях або дистриб'юторського ланцюгу, то горизонтальні угоди укладають між підприємствами, що працюють на одному рівні діяльності. Іншими словами, останні – це угоди між конкурентами, цінові картелі, угоди про розподіл ринків тощо.

Практиці відомі й інші види угод, які можна розглядати як горизонтальні, однак вони впливають на структурну організацію ринку. Наприклад, створення спільних підприємств з метою кооперації, що є окремим випадком горизонтальних угод. Одночасно із цим слід виділити створення спільних підприємств з метою кооперації (співпраці), а також спільних підприємств, які в результаті монополізують ринкову владу. Їх відмінною рисою є саме мета угоди про створення спільного підприємства.

Класичний приклад горизонтальної угоди, коли йдеться про укладання угоди щодо створення спільного підприємства з метою кооперації.

Ідеться про концентрацію (об'єднання підприємств), коли спільне підприємство стає "повнофункціональним", тобто має на меті узгодити спільну політику (комерційну, торговельну тощо) та може вплинути на зникнення конкуренції на ринку.

Таким чином, горизонтальною угодою також може бути угода про створення спільного підприємства з метою коопе-

рації (співпраці). Саме горизонтальні угоди, укладені між підприємствами, які працюють на одному виробничому рівні (між конкурентами), можуть становити потенційну загрозу для існування невикривленої конкуренції. Із вертикальних угод, як свідчить практика, інститути ЄС не можуть робити винятки із заборонених дій (зазвичай, п. 1 ст. 101 ДФЄС указує на заборони саме для горизонтальних угод, з яких не часто роблять винятки із заборон). За сутністю, горизонтальні угоди, які порушують п. 1 ст. 101 ДФЄС, є картелями, тобто тією узгодженою практикою, яка порушує та викривлює умови добросовісної конкуренції на ринку. Крім того, саме існування такого картелю із самої його мети є протиправною поведінкою за логікою п. 2 ст. 101 ДФЄС.

Розглянемо ще один факт, досить цікавий для характеристики такого типу горизонтальних угод. Незалежно від місця розташування картелю, якщо його діяльність впливає на внутрішній ринок ЄС або торгівлю між державами – членами ЄС, його діяльність повністю підпадає під дію ст. 101 ДФЄС. Це так звана екстериторіальна дія антимонопольного права ЄС, про яку йшлося раніше. "Жорсткі" картелі можуть набувати форм угод щодо фіксованих цін, поділу ринку, обмеження виробництва або контролю за виробництвом, стандартизації, інформаційних угод, обмеження або контролю постачань, колективних угод про ексклюзивну дистриб'юцію, колективних угод про продаж або купівлю або угод про рекламу та підтримку.

Різновидом горизонтальних угод є угоди про кооперацію.

Угоди про кооперацію – такі горизонтальні угоди, результатом яких може бути викривлення конкуренції (але в яких фундаментальну роль відіграють реальні умови кожного окремого випадку) і можливість простішого отримання винятків, а для деяких типів угод – навіть групових винятків.

До такого типу горизонтальних угод належать, зокрема, угоди про науково-дослідну діяльність, про спеціалізацію. Окремо також можна розглядати угоди про створення спільних підприємств із метою кооперації (співпраці).

Уявляється цілком логічним, що за певних обставин конкуренти можуть укласти угоди про співпрацю, які впливають на конкуренцію, але, можливо, у цілому будуть корисні для ринку. Типовими прикладами є угоди про науково-дослідну діяльність та угоди про спеціалізацію. Саме для такого типу горизонтальних угод Комісія пішла шляхом прийняття узагальнених регламентів про блокові винятки із заборон, що є прийнятним для вертикальних угод.

З урахуванням складності чіткого визначення положень таких угод, що є прийнятними з позицій конкуренції, Комісія опублікувала повідомлення "Основні принципи щодо горизонтальних угод із співпраці" 2011 року¹⁴², що є останньою версією аналогічних повідомлень за останні роки. Повідомлення встановлює основні принципи оцінювання таких горизонтальних угод, зважаючи на природу угоди (науково-дослідна діяльність, стандартизація, екологічні проблеми), ринкову потужність сторін і структуру ринку.

Першим різновидом горизонтальних угод з метою співпраці є *угоди про науково-дослідну діяльність (R&D agreements)*.

Угоди про науково-дослідну діяльність укладають конкуренти з метою проведення спільних досліджень або створення продукту чи процесу.

За загальним правилом такі не підпадають під заборону п. 1 ст. 101 ДФЄС, якщо учасники не зобов'язуються взаємно утримуватися від проведення інших науково-дослідних робіт у тій самій сфері, отже неявно, але даючи згоду на отримання конкурентних переваг щодо інших суб'єктів.

Співпраця у сфері наукових досліджень і спільне використання отриманих результатів у цілому сприяють науково-технічному або економічному прогресу шляхом розповсюдження ноу-хау, уникнення подвійних зусиль і раціоналізації

¹⁴² Див. : Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. *Official Journal*. 2011. P. 1.

виробництва продукції або використання процесів, що розроблені у ході досліджень. Спільне використання результатів науково-дослідних робіт є природним наслідком угод цього типу кооперації, може набувати різних форм: виробництво продукції, використання прав індустріальної власності, продаж нової продукції. Зазвичай науково-дослідна діяльність є корисною для споживачів, оскільки в результаті застосування нових або вдосконалених процесів з'являються нові чи поліпшені товари або послуги, зменшуються їх ціни.

Угодам цього типу первісно присвячено Регламент №2659/2000, який утратив чинність 2010 року. На його заміну прийнято новий Регламент Комісії №1217/2010¹⁴³ із терміном дії до 31.12.22. Таким чином, ще раз підтверджено практику прийняття регламентів про блокові винятки на певний період часу із наданням можливості Комісії ЄС корегувати норми, відповідно до умов ринку, які змінюються.

Регламент передбачає, що ефект угод про науково-дослідну діяльність набагато перевищує їх негативний вплив на конкуренцію за умови, що учасники угоди не перевищують установлений рівень ринкової сили. На цій підставі Регламент надає групове звільнення кожній угоді, якщо на дату її укладення сумарна частка сторін не перевищує 25 % відповідного ринку продукції, яку, імовірно, буде поліпшено або замінено товарами, що є предметом угоди. Регламент містить також "чорний" перелік положень, наявність яких в угоді автоматично спричиняє її нікчемність.

Обмеження частки ринку 25 % являє нову характерну рису політики Комісії у підході до групових винятків. Замість формальних статей, що включені до довгих і складних "білих" переліків, вибрано новий економічний підхід. Якщо сумарна частка ринку не перевищує 25 %, а угода не містить положень із "чорного" переліку та ризик того, що антиконкурентний вплив угоди перевищить її позитивний ефект,

¹⁴³ Див. : Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements. P. 36-42.

надзвичайно малий. Тоді Комісія може врегулювати такі випадки за рахунок спеціальних повноважень на відкликання групового звільнення в окремих випадках (ст. 7). Термін дії винятків пов'язаний із терміном виконання науково-дослідних робіт, а у випадку, за якого передбачено спільне використання результатів, становить сім років від моменту, коли продукт було вперше випущено на ринок. Такий термін застосовують навіть тоді, коли частка ринку сторін за цей час зростає та перевищує 25 %. Це зроблено з метою гарантування мінімального періоду окупності інвестицій. Після спивання семирічного терміну звільнення продовжує діяти, якщо частка ринку сторін залишається нижчою за 25 %.

"Чорний" перелік не дозволяє надання групових винятків у низці випадків (ст. 5). Зокрема, розглядають як явно антиконкурентні обмеження свободи сторін на виконання науково-дослідних робіт у сфері, що не пов'язана з угодою; фіксування цін на продукт контракту та квот виробництва та продажу; щодо розподілу ринків за географічною ознакою або відповідно до класів клієнтів; безумовні статті, що забороняють заперечувати законність прав інтелектуальної власності; заборону активної політики продажу на територіях, що зарезервовані для інших суб'єктів після семирічного періоду спільного використання; заборону пасивної політики продажу на територіях, що зарезервовані для інших суб'єктів.

Другим різновидом горизонтальних угод з метою співпраці між конкурентами є *угоди про спеціалізацію*.

Угоди про спеціалізацію – це угоди, в яких одна сторона погоджується утримуватися від виробництва певної продукції, купувати таку продукцію у конкуруючого підприємства, яке, своєю чергою, погоджується виробляти та постачати продукцію.

Такі угоди можуть носити одно- або двосторонній характер, до них можна зарахувати навіть угоди про спільне виробництво.

Регламент Комісії № 2658/2000 (дія якого сплила 31.12.10) первісно надав груповий виняток угодам про спеціалізацію.

На його заміну було прийнято Регламент № 1218/2010¹⁴⁴ (набув чинності 01.01.11, термін дії – до 31.12.22). Аналогічно до групових звільнень для угод про науково-дослідну діяльність, Регламент установлює максимальну частку для сторін угоди – 20 % відповідного ринку продукції – предмету контракту. Випадки, за яких частка ринку учасників угоди перевищує встановлений рівень протягом дії звільнення, регулюють правила, аналогічні до правил щодо угод про науково-технічну діяльність. Таким чином, у чинному Регламенті, як і в попередньому, реалізовано економічний підхід, відсутній будь-який "білий" перелік дозволених статей. До "чорного" переліку внесено три спеціальні статті: фіксовані ціни; обмеження виробництва або продажу; розподіл географічних ринків або груп споживачів.

Як було зазначено, окремим різновидом горизонтальних угод є *угоди зі створення спільних підприємств для кооперації*. Дуже важливо відрізнити їх від повнофункціональних спільних підприємств. Однак існують спільні підприємства, що відповідають угодам про кооперацію, які слід розглядати в аспекті ст. 101 ДФЄС. Їх називають спільними підприємствами, що створені з метою кооперації. Коли такі підприємства створюють конкуренти, що працюють на ринку одного рівня, вони є результатом горизонтальних угод, які передбачають організовану форму кооперації. Головними ознаками такої форми кооперації є:

- перебування спільного підприємство під паралельним контролем материнських підприємств, які не контролюють одне одного;
- сприяння материнського підприємства у суттєвий спосіб роботі спільного підприємства;
- вихід спільного підприємства на ринок як самостійного суб'єкта господарювання, що відмінний від материнських підприємств;

¹⁴⁴ Див. : Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements. 43-47.

- просування спільним підприємством нових можливостей у виробництві, технологіях і створенні нових товарів або відкритті нових ринків.

Загалом Комісія продемонструвала до деякої міри доброзичливе ставлення до спільних підприємств з метою кооперації, оскільки зазвичай вони є корисними для конкуренції. З іншого боку, треба усвідомлювати, що таку форму кооперації часто супроводжують чотири види ризику. Спільне підприємство може:

- обмежити конкуренцію, яка могла б виникнути між материнськими компаніями за звичайних обставин;

- мати *ефект переливу (spill-over effect)*, тобто зменшення існуючої або потенційної конкуренції між материнськими компаніями у сферах, що відрізняються від тієї, що є профільною для спільного підприємства, зокрема щодо продукції або послуг угору та вниз за технологічним ланцюжком;

- реструктуризувати ринок шляхом утруднення співпраці третіх фірм із материнськими підприємствами, сприяючи таким чином надмірній концентрації ринкової сили;

- мати ефект мережі, тобто надати материнським підприємствам антиконкурентні засоби, що можна використати для фрагментації внутрішнього ринку шляхом створення мережі паралельних спільних підприємств, які контролюють одні й ті самі материнські підприємства.

Комісія має знайти баланс між перевагами та недоліками цих форм кооперації. Головною умовою надання винятку є те, що після створення спільного підприємства на відповідному ринку буде збережено достатній ступінь конкуренції. Таким чином, справи зазвичай вирішують шляхом індивідуальних рішень (або *заспокійливих листів – comfort letters*), крім випадків, за яких спільні підприємства відповідають угодам, що підпадають під дію групових винятків щодо науково-дослідної діяльності або спеціалізації на основі відповідних регламентів.

Досвід, накопичений Комісією у роботі зі спільними підприємствами на базі концентрації, поліпшив аналіз спільних

підприємств з метою кооперації. Що більшою є юридична та комерційна автономія спільного підприємства від материнських підприємств, то більшим є ризик відчутного впливу на конкуренцію, проте, і суттєвішими – переваги, які воно може надати. У Керівництві щодо горизонтальних угод від 14.01.11¹⁴⁵ Комісія вирішила застосовувати до угод, якими засновано спільні підприємства з метою співпраці (юридична особа та незалежне проведення комерційної політики керівними органами), прискорену процедуру. Регламенти групового винятку для угод про науково-дослідні роботи, спеціалізацію та передавання технологій було адаптовано таким чином, щоб включити до них ліцензійні угоди, укладені в рамках спільного підприємства.

Спільні підприємства можуть і не підпадати під дію правових режимів угод, незважаючи на те, що за сутністю не є створенням нової організаційно-правової форми. Ідеться про створення *повнофункціональних спільних підприємств (full-function joint ventures)*, діяльність яких розглядають, відповідно до Регламенту 139/2004, якщо їхня діяльність впливатиме на реструктуризацію ринку. Існує кілька можливостей створення повнофункціонального спільного підприємства:

- материнські підприємства, що здійснюють контроль, можуть створити новий незалежний суб'єкт господарювання, якому часто надають статусу юридичної особи;
- материнські підприємства можуть разом придбати існуюче підприємство;
- материнські підприємства можуть розпочати інвестиції в існуюче підприємство;
- материнські підприємства можуть взаємно обмінятися пакетами акцій;
- ініціатором створення нового суб'єкта господарювання може бути фінансова установа або банк.

¹⁴⁵ Див. : Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. P. 1.

Перелічене є випадками створення повнофункціонального спільного підприємства, що розглядатиметься з погляду контролю над концентрацією в праві Євросоюзу.

У випадку спільного підприємства контроль також є спільним. Згода материнських підприємств є обов'язковою при прийнятті всіх рішень щодо діяльності та конкурентної стратегії спільного підприємства. Такі угоди часто укладають у формі контракту між материнськими підприємствами, але вони можуть також бути наслідком фактичного стану речей, наприклад, якщо жодне рішення не може бути законно ухвалено без згоди обох материнських підприємств. Аналіз контракту між материнськими підприємствами або принципів їхньої діяльності допомагає Комісії визначити характер конкретного спільного підприємства – повнофункціональний або кооперативний.

Суттєвим елементом повнофункціонального спільного підприємства є автономність його дій. Спільне підприємство має бути незалежним від материнських підприємств: воно не може отримати якусь одну функцію, наприклад, виступати як дистриб'ютор у конкретному секторі, або як виконавець науково-дослідних робіт, або як розпорядник портфеля патентів. У випадку компанії слід розрізняти її комерційну та економічну незалежність від юридичної автономності рішень, що ухвалені адміністративним органом. При прийнятті рішення про характер спільного підприємства Комісія застосовує такий критерій, якщо його комерційну політику:

- завжди визначають акціонери, то, скоріше за все, таке підприємство можна окреслити як кооперативне спільне підприємство;
- визначає винятково керівник, то це, можливо, є випадком концентрації.

Можливий такий варіант, за якого материнське підприємство передає всі функції спільному підприємству. Тоді маємо справу із концентрацією. Але ступінь концентрації не обов'язково буває повним. Материнське підприємство може передати тільки частину своїх функцій (виробництво, або

науково-дослідні роботи, або комерційна діяльність), залишаючи за собою певний сектор діяльності. У такому разі важливо пересвідчитися в тому, що діяльність спільного підприємства не веде до координації роботи материнських підприємств у не пов'язаних із концентрацією секторів, зокрема *вгору та вниз за течією (ефект переливання)*. Якщо материнське підприємство працює на одному ринку зі спільним, то можна припустити координацію їхньої діяльності. Зокрема, треба проаналізувати можливість конкуренції між двома економічними суб'єктами для оцінювання можливості повернення собі материнським підприємством ринку, який воно передало спільному підприємству. Зобов'язання материнських підприємств не конкурувати зі спільним підприємством, навпаки, підкріплює припущення про відсутність координації дій, що її зарезерували для себе материнські підприємства.

Аналіз правових режимів для горизонтальних угод і надання їм умовних типологій свідчить, що горизонтальні угоди з метою кооперації (без мети створення повнофункціонального підприємства) зазвичай не завдають шкоди конкуренції на ринку, а є результатом науково-дослідної, соціальної співпраці задіяних підприємств. Проте, серед горизонтальних угод, які укладають конкуренти з метою впливу на здорову й не викривлену конкуренцію, слід виділити такі, які називають жорсткими картелями. Наприклад, угоди щодо фіксації цін, розподілу ринків збуту або постачання тощо слід зарахувати до окремої групи горизонтальних угод, у правовому режимі яких винятки із заборон не зустрічаються.

Теми для аналізу

1. Стаття 101 ДФЄС: заборонені форми співпраці – угоди, рішення асоціацій та узгоджена практика, прямою або опосередкованою метою яких є обмеження або скасування конкуренції.
2. Поняття антиконкурентної угоди між підприємствами. Рішення асоціацій підприємств. Узгоджена практика. Доведення наявності антиконкурентної угоди.

3. Узгоджена практика – аналіз судових рішень. Тлумачення узгодженої практики Судом ЄС. Прямі та непрямі докази наявності узгодженої практики.

4. Концепція Суду ЄС щодо допустимості. Фактори, які впливають на допустимість: коло чинного обмеження; тип і кількість товарів і послуг; ринкова позиція сторін. Кумулятивний ефект угод.

5. Кількісний тест допустимості (доктрина *de minimis*) та якісна допустимість.

6. Винятки зі ст. 101 (3) ДФЄС. Винятки із заборон.

7. Поняття, загальна характеристика, джерела правового регулювання горизонтальних і вертикальних угод.

8. Підходи Європейської Комісії і Суду ЄС до відмінностей між горизонтальними та вертикальними антиконкурентними угодами, рішеннями та практиками.

9. Основні матеріальні та процесуальні положення Регламенту 1/2003.

10. Установлення факту порушення заборони, відповідно до ст. 101 та 102 ДФЄС.

11. Санкції за порушення заборони, відповідно до ст. 101 (1) або 102 ДФЄС.

Розділ 6

Зловживання домінуючим становищем у праві Європейського Союзу

У праві ЄС передбачено окремий режим протиправної антиконкурентної поведінки – режим зловживання домінуючим становищем. Нормативне закріплення домінування на ринку та процедурні критерії його оцінювання, закріплені в законодавстві України та ЄС, є схожими, відповідно до матеріального наповнення методики визначення домінуючого становища. Незважаючи на неабиякий вплив домінуючих підприємств на ринок, саме їх існування не суперечить цілям внутрішнього ринку Євросоюзу, лише *зловживання домінуючим становищем*, що може вплинути на торгівлю між державами – членами ЄС, заборонено конкурентним правом Євросоюзу. Зловживання домінуючим становищем характеризують дві типові особливості: ослаблення конкуренції унаслідок домінуючого становища якогось підприємства, тобто через його присутність на відповідному ринку та його розміри; агресивна поведінка такого підприємства, наслідком якої є перешкода існуванню або поліпшенню існуючого рівня конкуренції.

Стаття 102 ДФЄС¹⁴⁶ має загальне правило щодо заборони будь-якого зловживання з боку одного або кількох суб'єктів

¹⁴⁶ "Стаття 102 ДФЄС: Є несумісним із внутрішнім ринком і забороняється тією мірою, якою воно здатне торкатися торгівлі між державами-членами, зловживання з боку одного або кількох підприємств домінуючим положенням на внутрішньому ринку або на істотній частині такого. Подібним зловживанням зокрема, є: а) нав'язування прямим або непрямым чином цін покупки або продажу, або інші несправедливі умови торгівлі; b) обмеження виробництва, збуту або технічного розвитку на шкоду споживачам; c) застосування до торговельних партнерів нерівних умов щодо однакових угод, ставлячи їх тим самим у несприятливе конкурентне положення; d) підпорядкування положень договорів умові про прийняття на себе партнерами додаткових зобов'язань, які за своїм характером або через чинність торговельних порядків не пов'язані із предметом цих договорів."

підприємницької діяльності їхнім домінуючим становищем на внутрішньому ринку або на значній його частині, оскільки такі дії можуть негативно позначитися на торгівлі між державами-членами. Суб'єкти підприємницької діяльності, які мають більшу, порівняно з іншими, частку на ринку й значний обіг капіталу, можуть набагато краще використувати своє становище для послаблення конкуренції і посилення власних позицій на ринку.

Саме поняття домінуючого становища в ДФЄС не визначено. Визначення, яке дав Суд ЄС у справі *United Brands*, постійно цитують у більшості рішень Комісії і Суду ЄС щодо застосування ст. 102 ДФЄС. Суд ЄС визначив, що домінуванням є "... положення, яке дозволяє підприємству, що його займає, використовувати свій економічний потенціал (виділ. – К.С.) для перешкоджання ефективній конкуренції на ринку відповідних товарів, послуг і дій, значною мірою незалежно від конкурентів, клієнтів і, нарешті, від споживачів"¹⁴⁷.

Визначення домінуючого положення, згідно із правом ЄС, дав Суд ЄС у справі *Continental Can*: "... підприємства займають домінуюче положення в тих випадках, коли мають владу (виділ. авт. – К.С.) поводитися незалежно, що дозволяє їм діяти, незважаючи на конкурентів, покупців і продавців. Це такий стан, за якого вони, завдяки їх ринковій частці або їх ринковій частці разом із володінням технічними знаннями, сировинними ресурсами чи капіталом, мають владу встановлювати ціни, або контролювати виробництво, або розподіл значної частини відповідної продукції"¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Case 27/76 *United Brands*, [1978] ECR 207, paragraph 65. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89390&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17743>; and Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, [1979] ECR 00461, paragraph 38. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89390&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17743>;

¹⁴⁸ Case 6/72 *Europeemballage Corp and Continental Can Company Inc v. Commission* [1973] ECR 215. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88289&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17743>

Примітно, що у справі *Continental Can* Комісія ЄС довела: порушення у вигляді зловживання домінуючим становищем виникло як наслідок поступового об'єднання різних підприємств (злиття й поглинання на ринку). У результаті розгляду цієї справи Комісія ЄС ініціювала переговорний процес щодо необхідності прийняття наднаціонального режиму контролю за концентраціями, який і було прийнято згодом¹⁴⁹. У рішенні Суд ЄС визнав, що зловживання може полягати в тому, що особа, яка мала домінуюче становище на ринку до злиття, самим злиттям може його посилити та як наслідок – послабити конкуренцію на відповідному ринку.

У Повідомленні про застосування ст. 102 ДФЄС зазначено, що поняття "домінування" має три основні взаємопов'язані елементи (п. 21-23): "а) наявність становища *економічної сили (economic strength)* на ринку, що б) робить неможливим дії підприємств у встановленні ефективної конкуренції і в) надає можливості для таких підприємств поводитися доволі незалежно"¹⁵⁰. Підприємство здобуває домінуюче положення, якщо може діяти на ринку певного товару незалежно від конкурентів. Інакше кажучи, підприємство посідає домінуюче положення, якщо має на ринку *ринкову владу (market power)*¹⁵¹.

У праві ЄС (і відповідно до законодавства України) передбачено, що домінування на ринку може бути *односкладовим* (одноосібним) або *багатоскладовим* (колективним).

Узагальнюючи поняття домінування на ринку, слід зазначити, що його формує сукупність таких ознак:

- володіння високою ринковою часткою, що тримається протягом тривалого часу;

¹⁴⁹ Первісно правовий режим наднаціонального контролю за концентраціями в ЄС було запроваджено Регламентом ЄС 4064/89 у 1989 р. Наразі чинним є Регламент ЄС 139/2004 від 20.01.04 (the EU Merger Regulation) [2004] L. 24. P. 1-22).

¹⁵⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. 2005. Реж. доступу: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

¹⁵¹ Див. : Rosen and Williams, 1999. *A Better Approach to Market Power Analysis*. Tellus Institute

- нездатність учасників із більш низькою ринковою часткою до заміщення джерела поставок;
- наявність умови, за якої ринкова влада суб'єкта надає суб'єкту здатність впливати на параметри рівноваги в односторонньому порядку.

Важливо пам'ятати, що для характеристики домінування на ринку також важливі й інші фактори, зокрема *наявність перешкод (бар'єрів)* для доступу на ринок¹⁵². Не менш значним є визначення ступеня впливу таких бар'єрів на наявних чи потенційних учасників ринку та конкуренцію у цілому.

Як у Суді ЄС, так і в Комісії розгляд питань зловживання домінуючим становищем проходить зазвичай дві, пов'язані одна з одною, стадії: на першій – установлюють відповідний ринок; на другій – оцінюють положення підприємства на цьому ринку. Згідно зі ст. 102, ДФЄС має вирішити два питання: якщо підприємство займає домінуюче положення, то наскільки істотною є його частка на ринку? Контроль за якоюсь частиною ринку можна проводити тільки щодо поставок певного виду товарів чи послуг? Тому так важливо встановити товарний ринок або ринок послуг. Судом ЄС у справі *Continental Can* було встановлено, що визначення ринку має суттєве значення для оцінювання домінуючого становища, оскільки "умови конкуренції можна дослідити лише за результатом розгляду характеристик товарів, що користуються найбільшим попитом та обмежують надходження на ринок інших товарів, що можуть бути взаємозамінними"¹⁵³. Комісія ЄС також вважає, що "... виділення об'єкта ринку дозволяє встановити простір, у межах якого діють певні умови конкуренції і передбачувана домінуюча фірма"¹⁵⁴.

Для кращого узагальнення факторів, що спричиняють можливий домінуючий стан на ринку та можливе зловживання ним, розглянемо *основні послідовні тести*, якими керується Комісія. Комісії необхідно встановити:

¹⁵² Див. : Whish R. Competition Law. OUP. 2009. P. 38-47.

¹⁵³ Case 6/72 *Europeemballage Corpn and Continental Can Company Inc v. Commission*. *European Court Review*. 1973. 215 p.

¹⁵⁴ Там само.

- відповідний ринок (товарний, географічний, а можливо, й часовий);

- що певне підприємство постійно володіє важливою часткою на цьому ринку;

- невелику ймовірність того, що існуючі або потенційні конкуренти зможуть похитнути його становище.

Комісія також переконатися в тому, що домінуюче становище існує в межах внутрішнього ринку або його суттєвої частини.

На відміну від українського законодавства, в ЄС не існує закріплених певних математичних критеріїв визначення домінування. У кожному конкретному випадку беруть до уваги багато критеріїв, на підставі яких приймають рішення. Однак частка ринку, контрольована монополістом, має бути доволі великою.

Для визначення наявності домінування слід установити існування *відповідного ринку (relevant market)*: товарного, географічного або тимчасового, такого, що існує для певного виду товару або послуги. Відповідним називають ринок, у межах якого для певного суб'єкта наявні відносини конкуренції і монополії.

Визначення ринку, на якому діє підприємство, є першорядним завданням, причому що вужчими є межі ринку, то більшою є ймовірність появи на ньому лідера. Навпаки, підприємства, які звинувачують у зловживанні домінуючим становищем для уникнення відповідних санкцій, доводять, що кордони відповідного ринку потрібно визначати ширше. Для визначення ринку необхідна наявність двох складових: товарів (послуг) і географічної території, на якій їх реалізують. Комісією було прийнято рекомендації, в яких дано визначення релевантного товарного та географічного ринків¹⁵⁵. Ринок називають товарним у випадку, коли товари, що реалізують на ньому, є взаємозамінними та належать до єдиної товарної групи.

¹⁵⁵ Див. : Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. P. 5-13.

Стаття 102 ДФЄС наводить приклади *зловживання домінуючим становищем*:

- пряме чи опосередковане нав'язування несправедливих цін купівлі чи продажу, інших несправедливих умов торгівлі;
- обмеження виробництва, ринків і технічного розвитку на шкоду потреб споживача;
- застосування неоднакових умов при укладанні рівноцінних угод з іншими торговельними партнерами, що ставить їх у конкурентно не вигідну позицію;
- вимоги, згідно з якими укладання контрактів має залежати від прийняття іншою стороною додаткових зобов'язань, що за своїм характером чи відповідно до торговельної практики, не мають стосунку до предмета таких контрактів.

Цей перелік не є вичерпним¹⁵⁶. Указані види порушень є зловживанням у вигляді антиконкурентної поведінки.

Хоча домінуюче становище не є порушенням жодних норм, Суд ЄС зазначив, що підприємство, яке займає таке становище, має спеціальне зобов'язання – не допустити таку поведінку, яка погіршує не викривлену конкуренцію на спільному ринку (справа 322/81 *Michelin/Commission*¹⁵⁷).

За аналогією із аналізом антиконкурентної поведінки суб'єктів господарювання, що підпадає під дію ст. 101 ДФЄС, можна виділити два типи зловживання.

Горизонтальне зловживання – така діяльність підприємств, яка перебуває на одному виробничому рівні, що зменшує рівень конкуренції або заважає їй шляхом виключення із ринку існуючих або потенційних конкурентів.

Вертикальне зловживання характеризує експлуатація домінуючого становища та полягає у несправедливому або безпідставному ставленні до тих, хто залежить від монополіста у постачанні або придбанні товарів чи послуг.

¹⁵⁶ Див. : Craig P. EU Law. Text, Cases and Materials. Oxford : Oxford University Press. 2008.

¹⁵⁷ Див. : Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (Michelin I)*. *European Court Review*. 1983. 3461 p.

Розглядаючи практику застосування ст. 102 ДФЄС Комісією та Судом ЄС, можна дійти висновку про те, що чітку класифікацію та типологію можливих зловживань домінуючим становищем установити доволі важко. Ст. 102 ДФЄС містить лише орієнтовний напрям можливих категорій зловживань. І в кожному конкретному випадку варіативність поведінки підприємств, що домінують на ринку, може бути різною. До 2009 року наявними були лише доктринальні узагальнення та наведені різні класифікації¹⁵⁸.

З метою узагальнення напрацьованої практики аргументувань Комісією у порушених справах щодо зловживання домінуючим становищем Комісія 2009 року видає рекомендаційний документ – Повідомлення – Керівництво щодо застосування пріоритетів ст. 82 (нині ст. 102 ДФЄС) у сфері зловживання домінуючим становищем підприємствами¹⁵⁹. Як свідчить практика, Комісія звертається до актів *м'якого права* (*soft law*) для визначення власних адміністративних рамок проведення розслідувань у сфері зловживання домінуючим становищем. Цей документ містить основні пріоритети правозастосування ст. 102 ДФЄС до поведінки підприємств, що займають домінуюче становище. Документ призначено для забезпечення ясності та передбачуваності щодо загальних рамок аналізу Комісією:

- для з'ясування, чи слід порушувати справи щодо різних форм поведінки підприємств;
- для надання інформаційної підтримки самим підприємствам для кращого визначення, наскільки певна поведінка може призвести до втручання Комісії, відповідно до ст. 102.

У Повідомленні по суті міститься узагальнення судової практики та правозастосування самою Комісією. Наприклад, ще раз визначено поняття домінування на ринку, під яким

¹⁵⁸ Див. : Whish R. Competition Law. London : Oxford University Press, 2009; Korah V. Cases & Materials on EC Competition Law. New York : Hart Publishing 2006; Monti G. EC Competition Law. Cambridge : Cambridge Press, 2007.

¹⁵⁹ Див. : Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. *Official Journal*. 2009. P. 7-20.

розуміють такі позиції економічної потужності, якими користуються підприємці, що дозволяють їм запобігати ефективній конкуренції на відповідному ринку шляхом надання їм можливості поводитися, певною мірою, незалежно від конкурентів, клієнтів і споживачів. Комісія уточнює, що підприємство, яке здатне підвищити ціни до рівня, вищого від конкурентних протягом значного періоду часу¹⁶⁰, і не має ефективних конкурентних обмежень тим самим у цілому можна розглядати як домінуюче. У цьому зв'язку вираз "збільшення ціни" включає право на збереження ціни, вищої від конкурентного рівня. Його застосовують для короткого позначення різних способів, за яких параметри конкуренції (ціни, виробництва, інновації, різновиди чи якості товарів або послуг) можуть впливати на користь підприємства, що домінує, і на шкоду споживачам.

Повідомлення класифікує основні можливі зловживання домінуючим становищем, виділяючи основні їх категорії:

- ексклюзивні правочини (ексклюзивне придбання, умовні знижки);
- нав'язування та зобов'язуюче комплектування;
- хижацькі (експлуаторські) умови;
- відмови у постачанні.

Слід звернути увагу на те, що ця класифікація є умовною, однак узагальнює практику правозастосування.

Розглянемо ці категорії зловживань детальніше на прикладах їх застосування у відповідних судових справах.

1. Укладання ексклюзивних правочинів (*Exclusive dealing*).

Підприємство, що домінує, може схилити своїх конкурентів до ексклюзивних зобов'язань, включаючи закупівлі чи продаж, знижки й уцінки. Саме така категорія зловживань, на думку Комісії, спонукатиме її до інтервенції щодо визначення правомірності укладених ексклюзивних угод.

Серед цієї групи правочинів слід виділити можливості встановлення експлуаторських цін або умов, за яких ціни можуть бути надто низькими (демпінг) або надто високими

¹⁶⁰ Значним періодом часу Комісія визначає дворічний період.

(експлуатація, надприбуток). У справі 26/75 *General Motors* Суд ЄС відмінив рішення Комісії, установивши недостатність доказів про високі ціни. Суд констатував, що має існувати зв'язок між ціною продажу та економічною вартістю відповідного товару. Якщо ціна набагато вища від такої вартості, то можна зробити припущення про зловживання, однак у цьому випадку Комісія не обґрунтувала припущення. Комісія застосувала цей метод у наступній справі *United Brands*¹⁶¹. Проте, Суд ЄС знов скасував її рішення, оскільки економічний аналіз цін виробництва та розповсюдження *United Brands*, що його виконала Комісія, не був достатньо точним для визначення факту дійсного існування високих цін. Є тенденція використання цього випадку, коли встановлення надмірних цін справляє негативний ефект на внутрішній ринок, наприклад, коли власник суттєво важливої послуги вимагає надвисоку ціну за її надання.

До цієї категорії зловживань можна зарахувати такі дії підприємств, як знижки та уцінки, що являють собою методи, що можуть спричинити зобов'язуючий та антиконкурентний результат і перетворитися на зловживання. У справі *Hoffmann La Roche*¹⁶² надання "транскордонної" знижки покупцям усього набору вітамінів було визнано зловживанням, оскільки таким чином покупців переконували не купувати в інших виробників будь-яких вітамінів. Це ще більше послабляє структуру ринку, що вже постраждала через наявність домінуючого становища. Аналогічно, у справі *Michelin*¹⁶³ уцінки, залежно від обсягу річної реалізації дистриб'ютора покриток за попередній рік, було визначено як зловживання. Дистриб'ютор отримував знижку за продаж у попередньому році тільки у випадку, якщо виконував установлені обсяги продажу на поточний рік, а базовий період було визнано

¹⁶¹ Див. : Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v. Commission*. *European Court Review*. 1978. 207 p.

¹⁶² Див. : Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission*. *European Court Review*. 1979. 461 p.

¹⁶³ Див. : Case 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (Michelin I)*. *European Court Review*. 1983. 3461 p.

надто великим. Таким чином, стаття про знижку не дозволяла дистриб'юторам шукати інші джерела постачання. Однак головну критику викликало те, що компанія застосовувала різний підхід до однакових результатів, оскільки різниця у знижках для різних дистриб'юторів, незалежно від аналогічних комерційних досягнень протягом попереднього року, не мала логічного обґрунтування.

2. Нав'язування та зобов'язуюче комплектування при поставках товарів чи послуг від підприємства, що домінує. Тут можна виділити такі додаткові зобов'язуючі умови, що може встановлювати підприємство, яке домінує, що не стосуються основного контракту. Типовим прикладом є постачання необхідного товару за умови придбання покупцем також і супутнього товару. У справі *Hilti*¹⁶⁴ компанія зазвичай зобов'язувала покупців спеціальних інструментів для цвяхів купувати також відповідні набори (обойми) для них. Кількість проданих цвяхів завжди точно відповідала кількості наборів. Хоча компанія надавала знижки на ці товари, вона відмовлялася поставляти їх конкурентам і намагалася змусити дистриб'юторів застосовувати таку саму практику. *Hilti* також відмовлялася виконувати післяпродажні гарантійні зобов'язання, якщо було використовували пістолети з обоймами інших виробників. Комісія звинуватила компанію у зловживанні домінуючим становищем. *Hilti* виправдовувала свою поведінку міркуваннями безпеки. Суд ЄС не погодився з цим аргументом й зазначив, що цей обов'язок лежить, у першу чергу, на державних органах, тому приватні підприємства не мають боротися з небезпекою, що властива цьому типу товарів.

Іншим прикладом може служити справа *Tetra Pack (II)*¹⁶⁵. Покупці устаткування для наповнення картонних коробок були зобов'язані купувати також коробки *Tetra Pack*. До уваги не було прийнято аргумент про необхідність забезпечення правил охорони здоров'я, зважаючи на ризик заповнення

¹⁶⁴ Див. : Case T-30/89 *Hilti v. Commission*. *European Court Review*. 1991. II. 1439.

¹⁶⁵ Див. : Case T-83/91 *Tetra Pak International v. Commission* (*Tetra Pak II*). *European Court Review*. 1994. II. 755.

коробок молоком за кімнатної температури. Зобов'язуюча вимога являла собою зловживання, згідно із принципом пропорційності. Умову, що зобов'язувала покупців звертатися до *Tetra Pak* з приводу обслуговування (включаючи закупку компонентів), було визнано зловживанням.

3. Хижацькі (експлуаторські) умови. У цій категорії слід виділити грабіжницьке та дискримінаційне ціноутворення. За умов грабіжницького ціноутворення діють спеціальні ціни, що є нижчими від собівартості та спрямовані проти одного або кількох конкретних конкурентів з метою витіснення їх з ринку. Складність полягає у вирішенні таких випадків від законної цінової конкуренції, включаючи знижки та уцінки. Двома прикладами одіозних справ є *Akzo*¹⁶⁶ та *Tetra Pak* (II). У справі T-83/91 *Tetra Pak* (II) Комісія встановила існування в Італії практики "грабіжницького" ціноутворення при продажу асептичних картонних коробок. Упродовж семи років здійснювався продаж на постійно збитковому рівні цін. Єдиним розумним поясненням такої поведінки було існування стратегії витіснення з ринку небагатьох конкурентів, що залишилися.

Одним із уразливих моментів виявлення зловживання домінуючим становищем є можливе дискримінаційне ціноутворення (за сутністю принцип є дозволим). Підприємства встановлюють різний рівень цін на одні й ті самі товари на основі комерційних міркувань (напр., довіра покупців або якості пропонованої продукції). Дискримінація за національною ознакою покупця може, навпаки, являти собою зловживання, як було встановлено в справі *United Brands*¹⁶⁷, яка продавала своїм європейським покупцям банани, доставлені в Роттердам і Бремерхавен за різними цінами. Продукти продавали на умовах FOB, таким чином, вартість доставки, митні збори та інші податкові сплати не впливали на ціну.

¹⁶⁶ Див. : Case 62/86 AKZO Chemie v. Commission. *European Court Review*. 1991. I. 3359.

¹⁶⁷ Див. : Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal v. Commission. *European Court Review*. 1978. 207 p.

United Brands виправдовувала різницю у цінах неоднаковим рівнем роздрібних цін у різних країнах-членах. Проте, Суд ЄС підтримав думку Комісії, згідно з якою така поведінка порушувала вимоги ст. 102 ДФЄС. Диференціація на базі національності покупців підсилила результати перешкоди вільному розповсюдженню бананів на спільному ринку. Така поведінка мала характер зловживання тією мірою, якою вона була спрямована на збереження роздільних внутрішніх ринків країн-членів.

Як стає очевидним після аналізу справи *Irish Sugar*, коли, вирішуючи питання про законність дискримінаційного (вибіркового) ціноутворення, Комісія та Суд ЄС беруть до уваги такий факт: чи була спрямована ця політика на усування конкурента з ринку. І це було офіційно підтверджено ще у справі *Campagne Maritime Belge*¹⁶⁸, де було звинувачено лінійну конференцію у зловживанні своїм домінуючим становищем, оскільки вона встановлювала нерівні дискримінаційні ціни на користування маршрутами до Африки.

4. Відмови у постачанні, що визначено як зловживання, за винятком існування об'єктивних причин для відмови. Зловживанням є також факт залежності постачань від умов, що спрямовані на забезпечення контролю виробництва або збуту продукції. Показовими у цьому відношенні є справи *Commercial solvents*¹⁶⁹, *United Brands*¹⁷⁰ (Суд ЄС прийняв рішення про недостатність підстави для відмови постачати банани датському оптовому торговцю) та *Telemarketing* (про спосіб реклами, згідно з яким по телебаченню показують номер телефону, за яким можна отримати інформацію щодо конкретного товару та передати замовлення на його придбання). Бельгійський Центр Телемаркетингу мав намір на-

¹⁶⁸ Див. : Cases C-395/96 P and C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v. Commission*. *European Court Review*. 2000. I. 1365.

¹⁶⁹ Див. : Cases 6/73 та 7/73 *Istituto Chemioterapico ItaliaNo. and Commercial Solvents v. Commission*. *European Court Review*. 1974. 223 p.

¹⁷⁰ Див. : Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v. Commission*. *European Court Review*. 1978. 207 p.

дати свої номери телефонів і персонал для відповіді на дзвінки, однак трансляційна компанія RTL висунула умову для прийняття цієї форми реклами: номер телефону має належати її рекламній філії у Бельгії, виключивши номери Бельгійського Центру. Суд ЄС підтримав думку Комісії про наявність зловживання, оскільки для такої відмови не було розумних економічних підстав.

Відмова у постачанні лежить в основі одного із найбільш суперечливих аспектів антимонопольного права ЄС – *доктрини суттєвих можливостей* (*essential facilities doctrine*). Комісія розробила політику сприяння демонополізації і лібералізації таких секторів, як телекомунікації, ринки енергії і транспорт. Традиційно ці сектори розглядають як природні монополії суб'єктів господарювання, що займалися ними, поряд з іншими секторами завдяки розвиненій інфраструктурі. Для створення конкуренції у цих сферах новим провайдерам послуг треба було надати доступ до такої інфраструктури (лінії і кабелі зв'язку, мережі енергопостачання, залізничні лінії, устаткування портів та аеропортів, нафтопроводи тощо) такою мірою, щоб запобігти їх дублюванню. Тому цілком зрозуміло, що запобігання доступу до інфраструктури для конкурентів можна розглядати як зловживання з боку власника такої інфраструктури.

Першим випадком застосування цієї доктрини стала справа компанії *Sealink*¹⁷¹, яка володіла портовим устаткуванням та експлуатувала його у Холіхеді, звідки надавала поромні послуги до Ірландії. Компанія – конкурент із надання поромних послуг, поскаржилася, що *Sealink* використовувала портове устаткування таким чином, щоб максимально погіршити якість власних послуг. Комісія вирішила, що, на перший погляд, це був випадок зловживання ненаданням суттєвої можливості та приписала тимчасові заходи. Цю доктрину було розвинено у низці подальших справ (*Tierce*

¹⁷¹ Див. : *Sealink case. Common Market Law Review*. 1995. 5 p.

*Ladbroke, Oscar Bronner*¹⁷² тощо). Обмеження прав власності, що мають на меті при забороні відмови в доступу до суттєвої можливості, має шанс у дуже обмежений спосіб. Суттєвість оцінюють стосовно неможливості дублювати можливості. Це може мати місце внаслідок фізичної (залізничні колії, портові споруди) або економічної неможливості (вартість створення національної системи розповсюдження. Крім того, відмова у доступі має робити конкуренцію неможливою або економічно не вигідною. У справі *Oscar Bronner*¹⁷³ Суд ЄС сформував критерії, відповідно до яких навіть володіння інфраструктурою ринку й обмеження конкурентів доступу до ринку не можна вважати зловживанням. При цьому мають бути дотримані наступні умови:

- доступ до товару/послуги, що необхідний через відсутність існуючих і потенційних альтернативних джерел придбання товару/надання послуги;
- відмова у постачанні товару з високою вірогідністю того, що спричинить суттєве обмеження конкуренції;
- відсутність будь-яких інших об'єктивних обґрунтувань щодо відмови від постачання товару конкретному контрагенту.

За умови наявності "менш вигідних" альтернатив придбання товару чи послуги, відмова від постачання товарів або надання послуг не є зловживанням монопольним (домінуючим) становищем.

Позиція Суду ЄС, сформована в справі *Oscar Bronner*, була розвинена й пізніше: така відмова від постачання має на меті та наслідком повне викривлення потенційної конкуренції, а не тільки полягає в послабленні конкуренції. Наприклад, у справі *Clearstream* Суд ЄС так розтлумачив цей критерій: "Стосовно умови викривлення конкуренції з метою встановлення порушення ст. 102 ДФЄС [зловживання домінуючим становищем – *K.C.*] не є необхідним показати повне

¹⁷² Див. : Case 7/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriften-verlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigen-gesellschaft*. *European Court Review*. 1998. I. 7791.

¹⁷³ *Ibid.*

усунення конкурентів з ринку, натомість така відмова вправі (або може) суттєво обмежити конкуренцію на ринку. При цьому тягар доведення такого ризику обмеження конкуренції на ринку лежить на Комісії ЄС"¹⁷⁴. Отже, у практиці ЄС, навіть із апіорі протиправної поведінки у формі зловживання домінуючим становищем, можливі винятки за відсутності доведеності об'єктивної сторони (*objective justification*)¹⁷⁵.

Крім того, доведеність протиправності паралельної поведінки у практиці ЄС проходить через застосування правового режиму зловживання домінуючим становищем у формі *колективного домінування*. Спробуємо детальніше проаналізувати саме аспект колективного домінування, оскільки поведінковий паралелізм наразі досліджують в ЄС при встановленні порушення у вигляді зловживання домінуючим становищем (колективного домінування¹⁷⁶).

У теорії і практиці права ЄС виділяють *три умови, за яких є підстави стверджувати про колективне домінування*:

- кожен суб'єкт колективного домінування повинен мати можливість із незначними витратами отримувати інформацію про поведінку інших суб'єктів колективного домінування;
- учасники колективного домінування мають володіти можливостями впливу на той господарюючий суб'єкт, який у разі існування угоди між ними обмежує конкуренцію, а у разі узгоджених дій – відхиляється від загальної політики на ринку;
- очікувана реакція конкурентів як наявних, так і потенційних, не має відчутно впливати на очікувані результати

¹⁷⁴ Case T-301/04 Clearstream Banking v Commission EU:T:2009:317. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77077&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4462033>.

¹⁷⁵ Див. : Jones A., Sufrin B., Dunne N. EU Competition Law, Text, Cases, and Materials. P. 500-501.

¹⁷⁶ Див. : Kseniia Smyrnova. Comparative analysis of collective dominance definition in Ukrainian and European Law (electricity market case). *Yearbook of Antitrust & Regulatory Studies*. 2016. Vol. 9 (14). P. 125-144; Смирнова К.В. Правове регулювання зловживання домінуючим становищем в Європейському Союзі. С. 50-55.

узгоджених дій (загальної політики учасників колективного домінування на цільовому ринку).

Економічний зміст колективного домінування – особливий стан структури ринку та поведінки учасників ринку, що передбачає можливість здійснення вирішального впливу на умови обігу товару на ринку з боку двох і більше господарюючих суб'єктів за порівняно невисокого рівня витрат на координацію їх дій.

Причому колективне домінування не слід розглядати у контексті доктрини єдиного економічного суб'єкта господарювання, тобто групи підприємств, які пов'язані відносинами контролю, оскільки учасниками колективного домінування є окремі юридичні особи. Відповідно до цієї доктрини Комісія вирішуватиме, чи займає домінуюче становище материнське підприємство та адресуватиме своє рішення такому підприємству. Зокрема, розглянемо це ще один приклад екстериторіальної дії конкурентних норм ЄС¹⁷⁷. У справі 6 і 7/73 *Commercial solvents*¹⁷⁸ материнське підприємство було розташоване в США; у справі 85/76 *Hoffmann-La Roche*¹⁷⁹ – у Швейцарії; у справі 22/78 *Hugin* – у Швеції¹⁸⁰; у справі T-30/89 *Hilti* – у Ліхтенштейні¹⁸¹.

Ринкова (монопольна) влада наявна саме у разі узятих суб'єктів господарювання – так званого "колективного домінуючого суб'єкта" – і саме завдяки їх об'єднаній (спільній) поведінці. Предметом аналізу у цьому випадку є саме "колективний домінуючий суб'єкт" і його ринкова влада як колективного утворення, що діє на протигагу іншим учасникам ринку. При цьому саме завдяки такому об'єднанню колектив-

¹⁷⁷ Див. : Смирнова К.В. Екстериторіальна дія права Європейського Союзу: досвід для України. *Право України*. 2014. №4. С. 153-159.

¹⁷⁸ Див. : Case 6/73 та 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223.

¹⁷⁹ Див. : Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission* [1979] ECR 461.

¹⁸⁰ Див. : Case 22/78 *Hugin* [1979] ECR 1869.

¹⁸¹ Див. : Case T-30/89 *Hilti v. Commission* [1991] ECR II. 1439.

ний суб'єкт – сукупна ринкова влада всіх членів колективного утворення (координація, схожість, паралельність конкурентної поведінки) – має можливість отримувати неконкурентні переваги, визначати умови товарообігу чи не допускати, обмежувати конкуренцію, зокрема підвищувати ціну (що неможливо індивідуально для кожного окремого суб'єкта господарювання, який є учасником колективного домінуючого утворення).

Відповідно, зловживання монопольним становищем у такому разі розглядають також щодо всіх членів "колективного домінуючого утворення", оскільки домінування та ринкова (монопольна) влада неможливі поза межами такого об'єднання. Отже, негативний вплив на конкуренцію у формі зловживання монопольним становищем може бути наслідком спільної поведінки саме об'єднаного "колективного утворення", і не може бути наслідком дії/бездіяльності окремих його членів. Оскільки ринкова влада та монопольне становище у такому випадку існують саме у "колективного утворення", то використовувати переваги можливо винятково на користь усіх членів такого утворення, а не окремого члена.

У ст. 102 ДФЄС ідеться про зловживання одним або більше підприємствами, що передбачає існування колективного домінуючого становища. Суд Першої Інстанції роз'яснив це поняття в рішенні у справі *Italian Flat Glass* (T-68/89)¹⁸². Комісія звинуватила трьох юридично незалежних італійських виробників, згідно зі ст. 101 (1), у створенні цінового картелю, установленні відповідних обсягів виробництва, а також порушенні ст. 102 ДФЄС, щоправда, не надаючи конкретної мотивації з другого аспекту свого рішення. Комісія вирішила, що факт появи на ринку трьох підприємств як єдиного цілого та встановлення структурних зв'язків шляхом систематичного обміну продукцією фактично створив домінуюче становище на ринку, а угоди, що порушили ст. 101 ДФЄС як такі являли собою зловживання. Суд не погодився із цією логікою: недостатньо кілька разів використати одні й ті самі

¹⁸² Див. : Case T-68/89 *Italian Flat Glass*. *Official Journal*. 1991. L. 326/32.

факти для переходу від ст. 101 до ст. 102 ДФЄС. Можливо, однак, що два або більше підприємств, що пов'язані на ринку певними економічними структурами, фактично набувають колективного домінуючого становища щодо конкурентів. Комісія має визнати, що внаслідок технологічного лідерства, що здобує завдяки угодам про кооперацію та ліцензіям, поведінка таких підприємств стає врешті-решт незалежною від конкурентів, покупців і споживачів.

Розглянемо інший приклад – справу *French–West African Shipowners Committees*¹⁸³, особливістю якої є те, що суб'єкти господарювання (судновласники) на добровільній основі об'єдналися з метою координації спільної політики. На думку Комісії, спосіб проведення морської конференції, яка сама по собі є картелем, можна зарахувати до колективного домінуючого становища. Такий висновок спирався на структурні зв'язки між судновласниками та повне виключення конкуренції між ними завдяки методам роботи конференції, що призвело до централізованого суворого контролю вантажу. У цьому випадку на уваги заслуговує той факт, що судновласники об'єднувалися та координували свою політику, у тому числі й щодо цін, на підставі комерційних домовленостей, а не положень законодавства й умов державного регулювання.

Цікаво розглянути ще одну справу *Compagnie Maritime Belge de Transport*¹⁸⁴, за результатами якої Суд ЄС установив дві стадії, що необхідні для встановлення колективного домінування: доведення фактів існування колективного суб'єкту та домінуючого становища на ринку. Суд ЄС міркував так: у тому, що колективне домінування можуть здійснювати два або більше суб'єктів господарювання, юридично незалежні один від одного, за умови, що з економічного погляду вони являють собою або виступають разом на конкретному ринку як колективний суб'єкт господарювання. Необхідно встановити економічні зв'язки або фактори, що мо-

¹⁸³ Див. : *French–West African Shipowners Committees, Re: Association of Danish Shipowners & Danmark v. Navale Delmas Afrique. Official Journal*. 1993. L. 134/1.

¹⁸⁴ Див. : *Case C-395/96 P and C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v. Commission* [2000] ECR I. 1365.

жуть сприяти такому зв'язку. Українською важливою є економічна оцінка, зокрема, щодо структури відповідного ринку. Таке рішення, здається, розширило поняття колективного домінуючого становища шляхом урахування потенційних можливостей, які не повною мірою виявилися, однак це являє собою ще один вияв тенденції заміни формальних юридичних критеріїв економічним підходом. Відповідно, у цій справі було закріплено такий необхідний елемент колективного домінуючого становища, як наявність юридичних та економічних зв'язків між учасниками колективного домінування, що підтверджують: ці суб'єкти господарювання можуть діяти як один "колективний" суб'єкт господарювання, приймати спільну політику та проводити спільну поведінку на ринку, зокрема щодо цін.

Підхід Комісії ЄС щодо визначення внутрішніх взаємозв'язків у групі у разі колективного домінування, первісно висунений у справі *France v Commission*¹⁸⁵, був також підтриманий й у подальших справах, зокрема у справі *Gencor*¹⁸⁶, щодо якої Суд ЄС установив, що "відносини взаємозалежності, які існують між сторонами", створюють імовірність координації між ними у сенсі формування колективного домінування. У справі *Gencor* Суд ЄС обґрунтував своє рішення інтерпретацією концепції колективного домінування, які були викладені в рішенні у справі *Flat Glass*¹⁸⁷. Так само, як й у справі *Irish Sugar*¹⁸⁸, Суд ЄС взяв за основу рішення обґрунтування у справі *France v Commission*¹⁸⁹ і визначив, що спільне домінуюче становище складається із низки підприємств, що разом перебувають у такому стані, зокрема через фактори, що сприяють виникненню зв'язку між ними, із метою вироблен-

¹⁸⁵ Див. : Cases C-68/94 and C-30/95, *France v Commission, Societe Commerciale des Potasses et de l'Azote v Commission* [1998] ECR I. 1375 [178] (Commission decision, Case IV/M308 [1994] OJ L. 186/30).

¹⁸⁶ Див. : Case T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II. 753.

¹⁸⁷ Див. : Cases T-68, 77, and 78/89, *Societa Italiana Vetro SpA v Commission (Flat Glass)* [1992] ECR II. 1403.

¹⁸⁸ Див. : Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II. 2969.

¹⁸⁹ Див. : Case C068/94 and C-30/95, [1998] ECR I. 1375.

ня спільної політики на ринку і дій, значною мірою незалежно від конкурентів, клієнтів, і нарешті – споживачів¹⁹⁰.

У справах про колективне домінування вираховують суму не тільки кількісних показників часток відповідного ринку¹⁹¹. Учені вважають, що частка ринку не є єдиним або визначальним фактором у пошуку домінуючого або колективного домінуючого становища¹⁹². Показовим є, наприклад, рішення Суду ЄС у справі *French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission*, в якому було встановлено: ринкова частка двох незалежних підприємств близько 60 % сама по собі не може переконливо вказати на існування колективного домінуючого положення¹⁹³.

У справі *Airtours*¹⁹⁴ Суд ЄС розробив триструктурний тест для визначення колективного домінування на ринку. По-перше, кожне підприємство має бути обізнане про поведінку інших членів групи (вони можуть стежити за ринком, щоб спостерігати ймовірність змін політики); по-друге, має бути доведена мовчазна стійка координація протягом тривалого часу (не було стимулу відійти від загальної політики на ринку); по-третє, можливі реакції конкурентів (реальних і потенційних), споживачів і клієнтів не можуть ставити під загрозу результати, очікувані від загальноприйнятої політики.

¹⁹⁰ Див. : Case T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II. 2969 [46].

¹⁹¹ *Ibid.* P.70-71.

¹⁹² Див. : Jones, Alison and Brenda Sufrin, *EU Competition Law. Fifth Edition, Text, cases and materials.* 2014. P.305. Також це було підтверджено у справах: Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission* [1992]. P. 360 and *Joined Cases C-68/94 and C-30/95, French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission* [1998]. P. 226.

¹⁹³ Див. : Cases C-68/94 and C-30/95, *French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission* para. 226 p.

¹⁹⁴ Див. : Case T-342/99, *Airtours v Commission* ECR [2002] II. 2585. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=104291&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17743>

Європейська судова практика є такою: при доведенні колективного домінування мають бути дотримані критерії, які, зокрема, були встановлені у справі *Amelo*¹⁹⁵, де Суд ЄС постановив: для визначення колективного домінування підприємства в цій групі має бути доведено, що вони приймають одну й ту саму поведінку на ринку.

Вивчення зазначених справ є підтвердженням того, що колективне домінування може бути визначено лише на підставі спільних дій на ринку з погляду паралелізму. Тим паче, що саме таку позицію зайняв Суд ЄС в одному з останніх рішень зі справи *Laurent Piau*¹⁹⁶. При аналізі доктрини та національних законодавств держав – членів ЄС можна також стверджувати про синхронізацію підходів Суду ЄС і національних конкурентних відомств¹⁹⁷. Таким чином, одними із найпоширеніших доказів колективного домінування є доведення тісної паралельної поведінки, яка виявляється, насамперед, у схожому цінотворенні.

Теми для аналізу

1. Поняття "домінуюче становище", його характерні особливості. Індивідуальний, колективний аспекти домінування на ринку.
2. Критерії визначення зловживання домінуючим становищем.
3. Охарактеризуйте фактори домінування на ринку з погляду судової практики.

¹⁹⁵ Див. : Case C-392/92, *Amelo v NV Energiebedrijf Jsselmij* ECR [1994] I. 1477. Реж. доступу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98756&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=25866>

¹⁹⁶ Див. : Case T 193/02, *Laurent Piau v Commission* ECR [2005] II-209. Реж. доступу: http://publications.europa.eu/resource/cellar/1bca14b6-3058-4d2b-9525-ae2e15fb525b.0002.02/DOC_1

¹⁹⁷ Див. : *Brannigan v OFT* [2007] CAT 23 [106]. OFT/CC, Market Investigation References (Ref: OFT511) (2002) The Guidance has since been adopted by the CMA and is available at the CMA website; *Interbrew SA/Bass plc* Cm 5014 (2001) and *Lloyds TSB Group plc/Abbey National plc* Cm 5208 (2001); the Italian Antitrust Authority's approach in the *AEM/ASM Brescia* Case (2007) Реж. доступу: <https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/Jdg1073Bran260707.pdf>; https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/oft511.pdf

4. Дайте визначення та загальну характеристику відповідного ринку: відповідний ринок товару, відповідний географічний ринок, ринок спеціальних секторів.

5. Визначити значення та порядок проведення оцінювання частки ринку.

6. Джерела правового регулювання зловживання домінуючим становищем.

7. Типи зловживань домінуючим становищем: горизонтальний, вертикальний.

8. Категорії зловживань домінуючим становищем: антиконкурентне та експлуататорське зловживання.

9. Правові наслідки порушення ст. 102 ДФЄС.

Розділ 7

Контроль за концентраціями в Європейському Союзі

Правове регулювання контролю за концентрацією містить Регламент Ради ЄС 139/2004¹⁹⁸, відповідно до якого концентрацією визнають злиттям, поглинанням підприємств або створенням спільних підприємств, які на сталій основі виконуватимуть функції автономного економічного підприємства, що призводить до сталої зміни контролю (ст. 3 Регламенту). Регламент не дає визначення "об'єднання". Воно включає будь-які дії, що призводять до заміни двох або більше підприємств новим підприємством, що є незалежним в економічному сенсі.

Прийняття Регламенту 139/2004 було спричинено необхідністю перегляду та вдосконалення юрисдикційних, процесуальних і матеріальних положень попереднього Регламенту. Зокрема, як зазначалося в Зеленій книзі, певна кількість концентрацій, що значно впливали на торгівлю між державами-членами, спромоглася уникнути застосування до них правил щодо контролю за концентраціями. Тому критерій або тест на визначення сумісності концентрації із внутрішнім ринком було змінено: відбувся перехід від *тесту на домінування (Dominance test)* до *тесту на суттєве обмеження конкуренції (Significant Impediment of Effective Competition test)*. Загалом SIEC-тест є ширшим за тест на "домінування", оскільки створення та посилення домінуючого положення, незважаючи на те, що є основним, проте не єдиним способом значного обмеження ефективної конкуренції на ринку. Кон-

¹⁹⁸ Див. : Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ... P. 1-22.

куренція може бути обмежена внаслідок концентрації компаній, які не володіють великими частками на ринку. Іншими словами, концентрація може створювати загрозу конкуренції не обов'язково шляхом створення чи посилення домінуючого становища учасників концентрації.

Регламент 139/2004 удосконалив чинний механізм контролю за концентрацією, забезпечивши ЄС сучасною "більш гнучкою" та ефективною системою контролю. Аналітики¹⁹⁹ вважають, що конкурентне право ЄС, зокрема, контроль за концентраціями після реформи 2004 року, являє собою одну із передових систем у світі.

Зазначимо, що новий підхід Комісії, якій знайшов втілення у Регламенті 139/2004, віддзеркалює видозміну від формально юридичного аналізу до більш економічного обґрунтування її рішень. Традиційний контроль за концентрацією, представлений правовим аналізом часток учасників концентрації на ринку, витісняє детальний економічний аналіз, згідно з SIEC-тестом, і стає більш непередбачуваним. Деякі вчені²⁰⁰, вважають, що під час аналізу концентрації застосовують усе більше економіки ("більш економічний підхід").

Варто окремо підкреслити, що саме запровадження SIEC-тесту є значним удосконаленням правового контролю за концентраціями. Він розширює межі транзакцій, які підпадають під режим контролю за концентраціями, і надає більшої упевненості в тому, що концентрації, які не обов'язково є домінуючими, усе ж таки суттєво обмежують або здатні обмежити конкуренцію на ринку, буде заборонено²⁰¹.

¹⁹⁹ Див.: Weithrecht A. From Freiburg to Chicago and beyond – the first 50 years of European Competition law. *European Competition Law Review*. 2008. No. 29(2). P. 81-88.

²⁰⁰ Див.: Maier-Rigaud F. EU merger control five years after the introduction of the SIEC test: what explains the drop in enforcement activity? *European Competition Law Review*. 2009. № 30(11). P. 565-579.

²⁰¹ Див.: Stakheyeva H. Merger remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance. *Competition Journal, Turkish Competition Authority*. 2009. № 2(10). P. 115-149.

Крім того, Регламент 139/2004 удосконалив процедурні аспекти реалізації Комісією своїх повноважень щодо контролю над концентраціями. Наприклад, було спрощено порядок розрахунку термінів розгляду та подання документів до Комісії.

Важливим нововведенням Регламенту 139/2004 є доповнення норми, відповідно до якої питання про концентрацію масштабу ЄС може бути передано на розгляд національному конкурентному відомству держави-члена (т. зв. німецьке застереження²⁰²), а також норми, згідно з якою національну концентрацію може, винятково на прохання держави – члена ЄС, уже після подання заяви про концентрацію, розглянути Комісія (т. зв. голландське застереження²⁰³).

Таким чином, отримання Комісією повноважень щодо подальшого контролю після транзакції з концентрації (*ex post*) і повноважень з попереднього контролю та дозвільної системи контролю за концентраціями (*ex ante*) відбулося лише в результаті поширення аргументованої практики Комісії, яку підтримував Суд ЄС. Незважаючи на те, що система *ex post*, на перший погляд, дійсно, має свої переваги, усе ж механізм контролю за концентраціями *ex ante* більш ефективний, адже завжди легше попередити негативні наслідки концентрації, ніж з ними боротися після завершення транзакції. Найголовніше для ефективного механізму контролю, особливо щодо транзакцій, про які має бути повідомлено до кількох юрисдикцій, – це наявність схожих підходів до аналізу концентрації у конкурентному законодавстві таких держав.

Наразі система, створена на основі Регламенту 139/2004, діє доволі успішно в Європейському Союзі, її навіть запозичують на рівні інших багатосторонніх договорів. Наприклад, у доктрині точиться дискусія щодо запозичення "європейського" підходу до врегулювання транскордонних правочинів із концентрації. Представники доктрини пропонують різні підходи: від створення єдиного міжнародного ор-

²⁰² Див. : Ст. 4 (п. 4.), ст. 9 Регламенту 139/2004. П. 4.

²⁰³ Див. : Там само. П. 5.

гану (міжнародного конкурентного відомства) із функціями контролю над транскордонними концентраціями, доповнення системи СОТ механізмами такого контролю, аж до створення єдиного кодексу конкурентного права²⁰⁴. Нотомість, наразі єдиним дієвим механізмом залишається інструмент "м'якого" права (*soft law*). Дійсно, у рамках Міжнародної мережі з питань конкуренції під егідою Робочих груп СОТ, ЮНКТАД можна доволі швидко координувати транскордонні правочини. Єдине питання залишиться – хто лобіюватиме ці інтереси? Триває процес удосконалення системи "єдиного повідомлення" з метою спрощення подання документів від підприємств. Наприклад, наприкінці 2013 року було опубліковано нове Повідомлення Комісії щодо спрощеної процедури подання документів до Комісії²⁰⁵ з метою отримання дозволу на концентрацію, на заміну попереднього, що діяло з 2005 року.

Таким чином, з еволюційного аналізу процесу становлення контролю над концентраціями в Європейському Союзі можна дійти висновку про поступове розширення повноважень Комісії за рахунок активної підтримки Суду ЄС. Тенденція до більш економічного підґрунтя в аналізах Комісії була віддзеркалена в прийнятому Регламенті 139/2004, що запровадив тест на суттєве обмеження конкуренції як одного із найбільш складного комплексу економічного та правового аналізу. Користуючись широкими повноваженнями, Комісія все ж таки передбачила варіанти передавання таких функцій до національних органів, а також удосконалила механізм спрощеного повідомного характеру.

Загальні правила розгляду заяв суб'єктів господарювання, основні процесуальні терміни та правозастосовні повно-

²⁰⁴ Див. : Стахєєва Г. О. Правове регулювання концентрації підприємств в Європейському Союзі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ. 2011; Buch-Hansen H. Rethinking the history of European level merger control, A critical political economy perspective. *Copenhagen Business School (CBS)*. 2008. No 10. P. 62-174.

²⁰⁵ Див. : Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No.139/2004. *Official Journal*. 2013. P. 5-9.

важення Європейської Комісії у сфері контролю за концентраціями суб'єктів господарювання встановлені *Регламентом ЄС 139/2004 про злиття*²⁰⁶. Вимоги до форми, обсягу інформації у заяві, порядок провадження та процесуальні терміни встановлені Регламентом Європейської комісії 802/2004 про імплементацію Регламенту 139/2004²⁰⁷ (надалі – Регламент ЄС про імплементацію). Генеральний директорат з питань конкуренції Європейської комісії також оприлюднив 2004 року Рекомендації щодо найкращої практики контролю за концентрацією в ЄС²⁰⁸.

2007 року Комісія видала Консолідоване юрисдикційне повідомлення (*Consolidated Jurisdictional Notice*)²⁰⁹, яке замінило чотири попередні повідомлення. Воно містить рекомендації щодо економічної калькуляції сукупного обігу, поняття повнофункціональних підприємств, інших питань, що пов'язані із контролем над концентрацією. Оскільки у центрі концепції концентрації лежить зміна відносин контролю між суб'єктами господарювання на довготривалій основі, то наявність концентрації великою мірою визначають за якісними, а не кількісними ознаками.

Крім загальної процедури, що встановлена в Регламенті 139/2004, передбачено спрощену процедуру розгляду в оновленому 2013 року Повідомленні про застосування спрощеної процедури контролю за концентраціями²¹⁰, які не призводять до обмежень конкуренції.

²⁰⁶ Див. : Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ... P. 1-22.

²⁰⁷ Див. : Commission Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 (The "Implementing Regulation") and its annexes (Form CO, Short Form CO and Form RS). *Official Journal*. 2004. L. 133. P. 1-39.

²⁰⁸ Див. : DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20/01/2004). Реж. доступу : <http://ec.europa.eu/competition-/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

²⁰⁹ Див. : Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No.139/2004 on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal*. 2008. P. 95.

²¹⁰ Див. : Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No.139/2004. P. 5-9.

Однією із центральних характеристик процедури контролю за концентраціями загальноєвропейського виміру є можливість обміну значним обсягом інформації між Генеральним директором з питань конкуренції Європейської комісії і потенційними заявниками, що дає можливість узгодити позиції сторін шляхом неформальних попередніх консультацій і врахувати зауваження Європейської комісії на етапі перед поданням офіційної заяви.

В ЄС існує чітко окреслений розподіл між національною та наднаціональною компетенціями контролю за концентраціями суб'єктів господарювання. З одного боку, держави – члени ЄС застосовують національне законодавство про контроль за концентраціями, які не мають загальноєвропейського виміру, а з іншого, – вони не мають права контролювати концентрації, що належать до сфери дії Регламенту ЄС про злиття. Проте, система є достатньо гнучкою й дозволяє розподілити зусилля між національними конкурентними відомствами та Європейською комісією.

Варто особливо зазначити, що правова система ЄС не допускає можливості прийняття суперечливих рішень при застосуванні національними органами норм права конкуренції, що стосуються координованої поведінки суб'єктів господарювання, про яку йдеться у ст. 101 ДФЄС, і зловживань домінуючим становищем на ринку, тобто, ст. 102 ДФЄС. Згідно з ч.1 ст. 3 Регламенту Ради 1/2003, рішення національних конкурентних відомств і судів у справах про антиконкурентну поведінку учасників ринку мають бути прийняті, відповідно до вимог ст. 101 і 102 ДФЄС. Іншими словами, ці рішення у жодному разі не можуть суперечити рішенням органів ЄС.

Деяко інший підхід застосовують щодо контролю за концентраціями суб'єктів господарювання. Наприклад, згідно зі ст. 3(3) Регламенту 1/2003, національні правила контролю за концентрацією можуть і не бути ідентичними правилам ЄС, зокрема: "Параграфи 1 та 2 не застосовують у випадках, коли національні конкурентні відомства і суди держав-

членів застосовують національне законодавство про контроль за злиттям"²¹¹.

Таким чином, вирішальне значення у системі контролю за концентраціями в ЄС має відповідь на запитання: яке законодавство має бути застосовано для контролю за конкретною концентрацією між суб'єктами господарювання? Ключовою характеристикою цієї системи є *принцип єдиного вікна* або *єдиного повідомлення* (*one-stop-shop principle*): в ЄС кожна окрема транзакція має бути оцінена винятково за правилами одного рівня юрисдикції. Якщо транзакція має "європейський вимір", то її аналізує Європейська Комісія за правилами Регламенту ЄС про злиття. Якщо ж запланована концентрація не досягає встановлених Регламентом ЄС про злиття параметрів "загальноєвропейського виміру", то її можуть оцінювати один або кілька уповноважених конкурентних відомств держав – членів ЄС (звичайно, коли досягнуто фінансових показників для застосування національних правил контролю).

Рішення, прийняті на підставі національного законодавства, можуть відрізнятися (або теоретично навіть суперечити) рішенням, які могла б прийняти Європейська комісія у тих самих справах на основі Регламенту ЄС про злиття. На практиці національні правила держав-членів настільки гармонізовані із Регламентом ЄС про злиття, що відповідність рішень національних відомств правовій позиції Європейської Комісії фактично гарантовано.

Транзакції загальноєвропейського виміру підлягають попередньому повідомленню Європейської комісії і не можуть бути завершені до прийняття Європейською комісією відповідного рішення. З метою забезпечення інтересів учасників ринку Регламент ЄС про злиття встановлює дуже стислі терміни оцінювання Європейською комісією можливого впливу концентрації на функціонування внутрішнього ринку. Кри-

²¹¹ Council Regulation (EC) No.1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. P. 1-25.

терії загальноєвропейського виміру викладено у вигляді фінансових показників обігу від господарських операцій певних суб'єктів господарювання, що вказують на необхідність повідомлення Європейської комісії про заплановану концентрацію суб'єктів господарювання. Відповідно, відбувається кількісний тест на визначення: чи досягнуто порогових показників, що встановлені Регламентом ЄС про злиття.

Згідно із Регламентом ЄС про злиття, "концентрація" має місце, коли внаслідок господарської транзакції між суб'єктами господарювання змінюються відносини контролю на довготривалій основі. Зокрема, концентрація суб'єктів господарювання виникає у випадках:

- злиття суб'єктів господарювання, тобто об'єднання чи приєднання незалежних суб'єктів господарювання чи їх частин – ст. 3(1), а);

- набуття контролю суб'єктом/ами господарювання над одним чи кількома іншими суб'єктами господарювання, або над його/їх частинами шляхом придбання акцій чи активів, укладення договору або у будь-який інший спосіб – ст. 3(1) b);

- створення повнофункціонального спільного підприємства – ст. 3(4).

Поняття контролю тут є ключовим для розуміння його функції за концентрацією суб'єктів господарювання. Контроль може бути спільним та одноосібним, обидва вони можуть бути встановлені *de jure* чи *de facto*.

Найбільш складним для вирішення питання поширення юрисдикції щодо контролю над концентраціями є питання створення спільного підприємства, яке на довготривалій основі виконуватиме всі функції автономного господарюючого суб'єкта. Таку форму у Регламенті визначено як одну із форм концентрації суб'єктів господарювання.

Прагнення суб'єктів господарювання об'єднати зусилля шляхом створення спільного підприємства для отримання максимальної вигоди та прибутку є нормальною економічною стратегією, яка дозволяє проводити комплексні наукові дослідження та розробки, заощаджувати ресурси або опти-

мізувати витрати на організацію управління виробництвом, розподіляти функції у виробничому циклі. Для реалізації цих стратегій суб'єкти господарювання вдаються до дій, які можна розцінювати як *координація/узгодження дій*, або як *концентрація*.

Критерій *повнофункціональності (full-function)* в ЄС застосовують з метою розмежування цих транзакцій і здійснення контролю за концентраціями у формі створення спільних підприємств. Створення *повнофункціональних спільних підприємств (full-function joint venture)* потрапляє до сфери дії Регламенту ЄС про злиття, а не під дію ст. 101 ДФЄС і Регламенту ЄС 1/2003, що стосуються контролю за антиконкурентними домовленостями та незаконної ринкової поведінки суб'єктів господарювання. Проте, якщо у певних аспектах концентрації виявляться ознаки узгодження ринкової поведінки між засновниками спільного підприємства або між ним і засновниками, то для їх оцінювання застосовують критерії, які визначено у ст. 101 ДФЄС.

Історично погоджену поведінку учасників ринку вважають більш ризикованою або навіть несумісною із нормальними умовами функціонування ефективної конкуренції. З іншого боку, злиття завжди вважали нормальним способом економічного зростання, ефективного перерозподілу активів на ринку, що сприяє інноваціям і технологічному розвитку, тому така стратегія не має бути заборонена. У цьому контексті режим контролю за концентраціями дозволяє компаніям реально оцінювати перспективи й передбачати терміни реалізації стратегії об'єднання, адже процедура контролю за концентраціями вимагає від контролюючих органів дотримання достатньо стислих і чітко визначених термінів для аналізу концентрації і розгляду заяв.

Проблема визначення правильної процедури та дотримання вимог законодавства ЄС щодо забороненої поведінки була розв'язана саме шляхом запровадження критерію повнофункціональності спільних підприємств. Тепер для кваліфікації транзакції концентрацією Європейська комісія не має

проводити аналіз угоди щодо її наслідків для ринку. Концепцію повнофункціонального спільного підприємства регламентовано у п. 91-109 консолідованого юрисдикційного повідомлення Європейської комісії²¹². СП є концентрацією суб'єктів господарювання, якщо відповідає наступним критеріям:

1. Спільне підприємство створюють під спільним контролем засновників, жоден з яких не припиняє свого існування, шляхом передавання певних ресурсів (крім набуття спільного контролю шляхом придбання акцій у діючій компанії).

2. Відповідність критерію повнофункціональності, тобто можливості довготривалого автономного існування спільного підприємства на ринку за рахунок його здатності виконувати всі функції, що зазвичай мають незалежні суб'єкти господарювання. За нового режиму, якщо національне конкурентне відомство або Комісія у процесі аналізу транзакції виявляють ознаки координації дій між засновниками на відповідних чи суміжних ринках (*spill-over effect*), то такі транзакції розглядають за критеріями ст. 101(3) ДФЕС і Регламенту 1/2003. Проте перекваліфікації справи на узгоджені дії не відбувається, а подання додаткової заяви не потрібно. У той самий час засновники спільного підприємства можуть бути змушені запропонувати адекватні компенсаційні засоби для усунення потенційно негативних наслідків антиконкурентної координації між ними та новоствореним спільним підприємством.

У Регламенті ЄС про злиття ознаками повнофункціональності спільного підприємства, тобто наявності "всіх функцій автономного господарюючого суб'єкта", є його відповідність наступним умовам:

- *наявність власних ресурсів* для можливості здійснення автономної і довготермінової господарської діяльності, включно із достатніми фінансами, штатом працівників та активами на балансі;

²¹² Див. : Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No.139/2004 on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal*. 2008. P. 95.

▪ *самостійне керівництво*, що забезпечувало б щоденне управління виробничим процесом і виконувало інші адміністративно-розпорядчі функції;

▪ *багатофункціональність спільного підприємства*. Іншими словами, спільне підприємство не можна вважати повнофункціональним, якщо засновники передають йому лише окрему спеціальну функцію (напр., проведення науково-дослідних робіт, дистрибуцію своєї продукції чи окремих видів виробництва), що не дозволяє йому мати повноцінну самостійну присутність на відповідному ринку. Проте, якщо створене СП користується системою дистрибуції, торговими точками своїх материнських компаній, то це не позбавляє його ознак повнофункціональності;

▪ *незалежність від поставок засновників чи їх споживання*. Якщо спільне підприємство постачає продукцію материнським компаніям, то повнофункціональність означає, що після певного періоду підприємство зможе продовжувати реалізацію власної продукції, навіть якщо материнські компанії суттєво зменшать свої замовлення. З іншого боку, коли спільне підприємство купує продукцію материнських компаній, то для визнання його повнофункціональним необхідно, щоб його додана вартість до продукції материнських компаній дозволяла йому по завершенні перехідного періоду продовжити власне існування на ринку, навіть якщо материнські компанії суттєво знизять обсяги поставок.

Для повнофункціональності спільного підприємства дійсно важливою є позиція материнських компаній на суміжних ринках униз чи вгору ланцюжком просування товарів до споживача. Той факт, що протягом початкового періоду після заснування спільного підприємства воно майже повністю залежить від продажів чи закупівель його материнських компаній зазвичай не позбавляє можливості визнання спільного підприємства повнофункціональним. Такий початковий період підтримки з боку материнських компаній може бути необхідний для закріплення підприємства на ринку. Проте цей період за нормальних умов не має перевищувати трьох років, залежно від специфіки умов ринку;

- *тривалий період діяльності спільного підприємства.*

Спільне підприємство має бути створене з метою тривалого функціонування. Зазвичай свідченням довготривалого наміру засновників є виділення достатніх фінансових ресурсів для незалежної діяльності спільного підприємства. Навіть якщо в установчому договорі материнські компанії обумовлено можливість власного виходу у разі настання певних обставин, це не свідчить про обмежену функціональність спільного підприємства. З іншого боку, навряд чи можна вважати спільне підприємство таким, що створене на тривалий термін, якщо у договорі засновників визначено остаточний кінцевий термін (менше п'яти років), до якого підприємство має закінчити власну діяльність після досягнення певного результату (напр., після побудови дороги чи електростанції).

Таким чином, повнофункціональність спільного підприємства вимагає певного врахування факторів незалежності та ринкової позиції новостворюваного спільного підприємства та його відносин із материнськими компаніями. Проте це не має впливати на процедуру контролю за концентрацією. В ЄС аналіз таких факторів проводять у режимі неформальних консультацій до моменту подання офіційної заяви про надання дозволу на концентрацію.

Регламент 139/2004 визначає розмір, за умови досягнення якого нотифікація має бути зроблена саме до Комісії, а не до конкурентного органу держави – члена ЄС. Наприклад, за загальним правилом положення Регламенту 139/2004 поширює на концентрацію підприємств, якщо загальний сукупний світовий обіг усіх учасників концентрації:

- становить більше 5,0 млрд євро, при цьому сукупний обіг у межах ЄС кожного принаймні із двох учасників концентрації має становити понад 250,0 млн євро, або

- становить понад 2,5 млрд євро, при цьому у кожній щонайменш із трьох держав – членів ЄС загальний сукупний обіг усіх учасників концентрації становить понад 100,0 млн євро, а сукупний обіг кожного із щонайменш двох учасників

концентрації становить понад 25,0 млн євро (у цих самих державах-членах) і сукупний обіг у межах Євросоюзу кожного з щонайменш двох учасників концентрації становить понад 100,0 млн євро.

Незалежно від застосування першого чи другого правила вважають, що масштабу Євросоюзу не досягнуто, якщо кожне з відповідних підприємств реалізує більше двох третин свого загального товарообігу в Євросоюзі в одній єдиній країні-члені.

Поняття сукупного обігу від реалізації продукції/послуг визначене в ст. 5(1) Регламенту ЄС про злиття як "... сума, що отримана належним суб'єктом господарювання протягом попереднього фінансового року від реалізації продукції і надання послуг, що становлять звичайну діяльність суб'єкта господарювання, після вирахування сум торгових знижок і податку на додану вартість, а також інших податків, що прямо залежать від обігу. Сукупний обіг належного суб'єкта господарювання не включає надходжень від продажу продукції чи надання послуг будь-яким із суб'єктів господарювання, що зазначені у частині 4 [цієї статті]"²¹³.

Якщо концентрація не досягає встановленого Регламентом 139/2004 фінансового розміру, а також у випадку, якщо всі учасники концентрації досягають понад дві третини сукупного обігу в одній і тій самій державі-члені, то така концентрація підлягає нотифікації до національного конкурентного органу, відповідно до внутрішніх норм конкурентного права держави-члена. Таким чином виключено ситуацію, за якої учасники майбутньої концентрації мають звертатися за дозволом до Комісії або національного конкурентного органу, принцип паралельного застосування (розгляду) не діє. Регламентом чітко визначено *підлеглість справ щодо концентрації конкретному органу (one-stop-shop principle)* та виключено можливість множинного звернення.

²¹³ Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ... P. 1-22.

В ЄС встановлено загальну заборону здійснювати концентрацію до прийняття Європейською комісією (або відповідним національними конкурентними відомствами) остаточного рішення за поданою заявою. Рішення Європейської комісії щодо концентрацій суб'єктів господарювання підлягають контролю з боку судової влади.

Якщо концентрацію здійснюють через проміжні компанії, то розрахунки масштабу Євросоюзу виконують, виходячи не з юридичної структури, а зважаючи на товарообіг материнських підприємств і проміжних компаній (ще один приклад застосування доктрини економічної цілісності групи) як сукупний товарообіг.

Масштаб Євросоюзу – це критерій для передавання юрисдикції Комісії. Дія цих правил поширена за межі території ЄС, а Регламент застосовують до випадків концентрації підприємств, що не розташовані в ЄС і не проводять там свою основну економічну діяльність. Юрисдикція не залежить, як у випадку застосування ст. 101 і 102 ДФЄС, від існування шкідливого впливу на торгівлю між країнами-членами. Варто особливо підкреслити, що повноваження Комісії щодо контролю над концентраціями можуть мати екстериторіальну дію. Перш за все, ідеться про те, що Регламент 139/2004 має екстериторіальне застосування, тобто європейські правила можуть бути застосовані до концентрацій, які здійснено поза межами ринку ЄС, проте вони впливають або можуть вплинути на конкуренцію на внутрішньому ринку ЄС.

Розглянемо *принцип безпосереднього екстериторіального застосування* правил ЄС щодо контролю за концентраціями на прикладі *Boeing/McDonnell Douglas*²¹⁴. Згідно із рішенням Комісії щодо заявленої транзакції, до концентрації між двома компаніями, які засновані поза межами ЄС, може бути застосований Регламент про контроль за концентраціями. Американська корпорація *Boeing* повідомила Комісію про намір придбати іншу американську компанію – *McDonnell*

²¹⁴ Див. : Case IV/M.877 Boeing/McDonnell-Douglas. *Official Journal*. 1997. L. 336/16.

Douglas. Після концентрації на ринку великих реактивних літаків для комерційних перевезень залишилося би лише два конкуренти – *Boeing* та *Airbus*. Тому ця транзакція викликала сумніви щодо її сумісності із внутрішнім ринком ЄС. Комісія розпочала розслідування справи. Перш за все, було з'ясовано, що заявлена транзакція становить концентрацію у розумінні Регламенту про контроль за концентраціями. Комісія мала встановити, чи була вона юрисдикцію із цієї справи (чи була заявлена концентрація масштабів ЄС), залежно від фінансових показників, а також щодо застосування правила "двох третин". І, нарешті, концентрація мала здійснювати економічний вплив на значну частину внутрішнього ринку ЄС. Комісія визначила, що відповідним ринком для цієї концентрації був світовий ринок реактивних літаків для комерційних перевезень. Внутрішній ринок ЄС був важливою частиною світового ринку. Європейські авіалінії становили близько 30 % прогнозованого світового попиту у наступні 10 років. Прогнозовані частки на європейському ринку компаній *Boeing* і *McDonnell Douglas* на наступні 10 років становили 54 % та 12 %, відповідно (61 % і 12 % – на світовому ринку). Комісія дійшла висновку про те, що концентрація призводила до зміцнення домінуючого становища компаній, унаслідок чого ефективна конкуренція на внутрішньому ринку ЄС була б значно обмежена, тому транзакція підпадала під дію Регламенту ЄС про контроль за концентраціями, незважаючи на те, що учасниками концентрації були компанії, які засновані поза межами ЄС.

Не менш важливим є рішення Суду ЄС у справі *Gencor v. Commission*²¹⁵ щодо концентрації, про яку заявили африканська компанія *Gencor*, і компанія *Lonrho*, що зареєстрована за законодавством Великої Британії. Обидві компанії здійснювали діяльність у сфері металів платинової групи та мали намір набутися контролю над компанією *South African Implats*, в якій компанія *Gencor* уже володіла часткою 46,5 %

²¹⁵ Див. : Case T-102/96 *Gencor v. Commission*. *European Court Review*. 1999. II. 753.

статутного капіталу. Передбачалося, що *Implats* отримає одноосібний контроль над *Eastplats* і *Westplats* (також відомі як *Lonrho Platinum Division, LPD*) – компанією, що інкорпорована за законодавством Південної Африки, в якій *Lonrho* володіла часткою 73,0 % статутного капіталу. Комісія визнала заявлену концентрацію такою, що несумісна із внутрішнім ринком ЄС, навіть незважаючи на запропоновані зобов'язання учасників концентрації. Основний аргумент Комісії: концентрація могла призвести до дуалістичного домінування, отже, – до зменшення обсягів виробництва та збільшення цін на платину. У рішенні Суду ЄС у цій справі було встановлено: для того, щоб транзакцію можна було вважати концентрацією масштабів ЄС, необов'язково, щоб учасники концентрації були засновані в ЄС, або щоб діяльність, яка підлягає концентрації, здійснювалася у межах ЄС.

Суд дійшов висновку про те, що регламент про контроль за концентраціями може бути застосований і до концентрацій, учасниками яких є компанії із порівняно незначною присутністю на внутрішньому ринку ЄС, коли є суттєві підстави вважати, що запланована концентрація матиме невідкладний, значний і передбачуваний вплив на конкуренцію в ЄС. Суд надав детальне пояснення кожного із критеріїв, наприклад, критерій "невідкладного впливу" пояснював так: домінуюче становище компанії, що виникає внаслідок концентрації, не залежить від її поведінки на ринку у майбутньому, а виникає само по собі внаслідок зміни структури ринку. Суд наголосив на необхідності розрізняти дві ситуації: по-перше, імовірні зловживання домінуючим становищем учасниками концентрації у майбутньому, що можуть підпадати під дію ст. 81 і 82 (ст. 101 і 102 ДФЄС); по-друге, зміна структури компаній і ринку внаслідок концентрації. Концентрація сама по собі необов'язково має спричинити невідкладні зловживання, адже все залежатиме від рішень компаній у майбутньому²¹⁶.

²¹⁶ Див. : Vogelar F.O.W. The European Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the Commission. *Europa Law Publishing*. 2007. 390 p.

Проте концентрація може мати прямим і невідкладним наслідком створення умов, за яких зловживання своїм становищем на ринку не лише можливе, але й вигідне. Щодо критерію "значного впливу" Суд підтримав Комісію в розумінні того, що невеликі продажі та частки на ринку учасників концентрації не завжди є свідченням того, що концентрація не матиме значного впливу на конкуренцію. У той час, як рівень продажів і частка на внутрішньому ринку ЄС (20 % світового попиту) компанії, що виникала внаслідок концентрації, були вже достатніми для того, щоб кваліфікувати транзакцію як концентрацію масштабу ЄС, потенційний вплив на конкуренцію після концентрації був би ще більшим. Розглядаючи останній критерій – "передбачуваність впливу" концентрації на конкуренцію, – Суд у рішенні встановив, що передбачуваним результатом створення домінуючої дуополії на світовому ринку є значне обмеження конкуренції на внутрішньому ринку ЄС, що є невід'ємною частиною світового ринку. Тому застосування Регламенту про контроль за концентраціями до такої концентрації було юридично та економічно обґрунтованим.

Загальний підхід Європейської комісії до оцінювання суті концентрацій суб'єктів господарювання полягає у тому, що горизонтальні концентрації (транзакції між конкурентами) несуть значно більші ризики для конкуренції, ніж вертикальні чи конгломератні концентрації. Унаслідок концентрації між конкурентами кількість гравців на відповідному ринку зменшується, а новостворена компанія чи група компаній має можливість установити або збільшити свій вплив на ринку через збільшення своєї частки на ньому. Ефект ринкової влади може виявитися через одноосібну поведінку компанії, що утворилася внаслідок концентрації або координованої поведінки – мовчазної змови між іншими учасниками ринку. Вертикальні та конгломератні концентрації зазвичай не становлять загрози для конкуренції, сприяють економічній ефективності, хоча за деяких ситуацій їх наслідком також можуть бути певні обмеження конкуренції.

Зокрема, Комісія перевіряє, чи відбувається внаслідок вертикальної і конгломератної концентрації суб'єктів господарювання "закриття" суміжних ринків для конкурентів униз чи вгору ланцюжком руху товару на ринку; чи не призводить реструктуризація відповідних ринків до сприяння координації поведінки підприємств – учасників концентрації.

Оцінювання потенційних негативних наслідків концентрації суб'єктів господарювання проводять з урахуванням заявлених сторонами відомостей про економічну ефективність і всіх інших компенсуючих факторів, що спроможні збалансувати можливість використання ринкової влади концентрованою компанією, у тому числі, купівельну спроможність (владу) клієнтів або наявність потенційних конкурентів, що можуть об'єктивно й швидко ввійти до ринку.

Розглянемо винятки із загального підходу до оцінювання концентрації суб'єктів господарювання. Наприклад, п. 5 ст. 3 Регламенту про злиття чітко визначає випадки, за яких формальна наявність виключного контролю не призводить до концентрації. Це, зокрема, має місце, коли:

- кредитна (або фінансова) установа отримала більшість акцій або активів підприємства на деякий час зі спекулятивною метою;
- у випадку банкрутства або інших процедур ліквідації щодо повноважень виключного контролю, які надані особі, що відповідає за управління активами збанкрутілого підприємства;
- у випадку, коли фінансовий холдинг отримав контроль над підприємством за умови, що холдинг використовує свої права голосування тільки для захисту вартості інвестицій, але без втручання до рішень з конкурентної діяльності підприємства.

Прикладом може бути також поглинання компаній, які перебувають на межі припинення діяльності, банкрутства (*failing firms, failing company defence*). Закриття такого бізнесу у будь-якому випадку спричинить структурні зміни на ринку та збільшить ринкову частку іншої компанії, яка вже навіть

домінує. Отже, поглинання збанкрутілого суб'єкта господарювання або суб'єкта, що перебуває на межі банкрутства більш ефективною компанією, не матиме гірших наслідків для конкуренції, ніж "природний" розвиток подій на ринку.

З погляду практичного застосування європейської системи контролю за концентраціями неабияку важливість має питання визначення кола суб'єктів – учасників концентрації. Правильне визначення транзакцій, що підлягають контролю на підставі досягнення граничних показників сукупного обігу, залежить від поняття належних або задіяних суб'єктів господарювання/учасників концентрації. Українське законодавство тлумачить поняття "учасник концентрації" ширше, ніж Регламент ЄС про злиття та Юрисдикційне повідомлення Європейської Комісії – "належний суб'єкт господарювання". Ця концепція також сфокусована на змінах як контролі за суб'єктами господарювання.

Метою визначення учасників концентрації є встановлення всього обсягу економічних ресурсів, що інтегруватимуть унаслідок концентрації, незалежно від того, яким чином відбувається господарська діяльність суб'єктом господарювання – безпосередньо чи опосередковано через фірми, з якими суб'єкт господарювання має зв'язки. Для контролю за концентраціями суб'єктів господарювання значення мають фінансові показники групи покупця – набувача контролю й тих активів, що мають намір придбати.

Основні правила визначення належних суб'єктів господарювання у типових формах концентрації установлюють, що:

а) у випадку злиття компаній належними суб'єктами господарювання вважають сторони відповідної транзакції;

б) у випадку набуття одноосібного контролю належними суб'єктами господарювання вважають фірму-набувача та фірму, над якою набувають контроль. Якщо об'єктом набуття є лише частина компанії (певна група активів чи підрозділ), належними суб'єктами господарювання вважають набувача цієї частини та лише саму частину суб'єкта господарювання. Продавця, який унаслідок транзакції втрачає кон-

троль над компанією (чи над її частиною), не вважають належним суб'єктом господарювання;

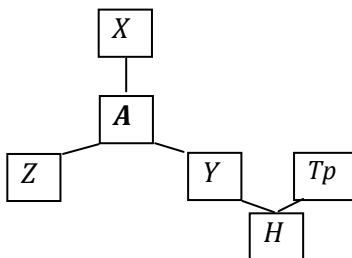
в) у випадку набуття спільного контролю всіх набувачів спільного контролю вважають належними суб'єктами господарювання. Компанія – об'єкт набуття контролю також є належним суб'єктом господарювання. Проте існують винятки за умов, що компанія:

- ще не має товарообігу від реалізації;
- перебувала під одноосібним контролем одного із її акціонерів (засновників), який тепер стає однією зі спільно контролюючих компаній.

Частина 4 ст. 5 Регламенту ЄС про злиття та п. 175-177 Юрисдикційного повідомлення Європейської Комісії стосуються ситуацій, за яких належний суб'єкт господарювання є одиницею групи пов'язаних між собою компаній, і встановлюють, що для досягнення завдань контролю за концентраціями розрахунок сукупного обороту має буди проведений із включенням сум обігу відповідних афілійованих із належним суб'єктом господарювання осіб. Мета такого підходу – оцінювання повного обсягу економічних ресурсів, що буде об'єднано внаслідок транзакції, незалежно від того, чи проводитиметься відповідна господарська діяльність належним суб'єктом господарювання безпосередньо або опосередковано через компанії і підприємців, з якими у належного суб'єкта господарювання встановлені зв'язки, які характеризує ст. 5(4) Регламенту ЄС про злиття.

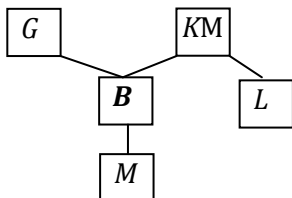
Регламент про злиття не наводить правового визначення поняття "групи" або "афілійованих осіб", а лише встановлює певні принципи, якими обґрунтовує підстави для віднесення обігу групи компаній до обігу належного суб'єкта господарювання.

Умовно можна запропонувати наступну схему дослідження підприємств, які стають учасниками концентрації, з урахуванням відносин контролю (рис. 4).



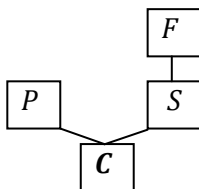
Група А

X одноосібно контролює *A*,
що контролює дочірні компанії
Z та *Y*;
H перебуває під спільним контролем
Y і третьої сторони *Tr*



Група В

B перебуває
під спільним контролем *G* і *K*
і має дочірню компанію *M*;
K одноосібно контролює *L*



Група С

C перебуває
під спільним контролем *P* і *S*;
F одноосібно контролює *S*

Рисунок 4. Приклади досліджень учасників концентрації

Комісія перевіряє майбутню концентрацію підприємств, відповідно до процедури, що визначена Регламентом 139/2004, з метою встановлення, чи буде запропонована концентрація суттєво перешкоджати ефективній конкуренції у межах внутрішнього ринку Євросоюзу через створення або посилення домінуючого становища (*significantly impede effective competition* – SIEC-тест). Концентрацію, що призводитиме до негативного результату, визнають такою, що не сумісна із внутрішнім ринком ЄС і заборонена Комісією.

Попередні неформальні консультації між потенційними заявниками концентрації і Генеральним Директоратом з питань конкуренції є важливим компонентом ефективного функціонування системи контролю за концентраціями суб'єктів господарювання в ЄС. Європейська комісія заохочує суб'єктів господарювання звертатися до Генерального Директо-

рату з питань конкуренції перед поданням офіційної заяви навіть у тих випадках, коли запланована транзакція, що, на перший погляд, не викликає жодних сумнівів щодо її сумісності із конкуренцією на ринку. Обговорення структури та змісту транзакції у режимі попередніх консультацій з Європейською комісією має переваги як для учасників концентрації, так і для самого органу, оскільки як сторони транзакції, так і Генеральний Директорат з питань конкуренції мають можливість узгодити свої позиції щодо всіх аспектів запланованої концентрації на початковій стадії, зокрема:

- визначити належну юрисдикцію (разом із необхідністю передавання справи до національного конкурентного відомства) та відповідні правові вимоги до подання заяви про концентрацію;

- з'ясувати суттєві умови для визнання допустимості концентрації, наприклад, звернути увагу на потенційні обмеження для конкуренції, що можуть з'явитися внаслідок реалізації транзакції;

- запланувати реалістичні терміни здійснення концентрації із врахуванням періоду розгляду заяви, виконання інших процесуальних вимог;

- установити види, форму та обсяги інформації, що необхідна для підготовки заяви у повному обсязі.

На практиці попередні консультації з Європейською комісією щодо заяви про концентрацію можуть тривати доволі довго, залежна від її складності. У Рекомендаціях щодо найкращої практики контролю за концентрацією Генеральний Директорат з питань конкуренції пропонує зацікавленим суб'єктам господарювання звертатися до Європейської комісії із попередньою інформацією якомога раніше – щонайменше за два тижні до запланованої дати подання офіційної заяви. Така тактика спрямована насамперед на уникнення можливих висновків Європейської Комісії про неповноту інформації у заяві та унеможливорює відмову Європейської Комісії розпочати розгляд заяви на підставі ст. 5(2) Регламенту ЄС про імплементацію.

Для першої консультаційної зустрічі із Європейською Комісією потенційні заявники зазвичай готують проєкт заяви, згідно зі встановленою формою СО (яка передбачена Регламентом про імплементацію), чи окремий меморандум, що потребує значного обсягу інформації. Такий підхід дозволяє конкретизувати необхідні дані та з'ясувати інші, пов'язані з цим питання. Європейська Комісія може надати письмові коментарі. У складних випадках можуть бути проведені зустрічі із представниками сторін концентрації. Проєкт форми СО готують і спрямовують до Європейської Комісії заздалегідь, щонайменше за три дні до першої зустрічі потенційних заявників із Європейською Комісією.

Стадія попередніх консультацій є неформальною та має конфіденційний характер. Оскільки до подання офіційної заяви сторони концентрації зазвичай не бажають оприлюднювати будь-яку інформацію про свої наміри, усі їх попередні контакти з Європейською Комісією є строго конфіденційними. Посадові особи Генерального Директорату зобов'язані дотримувати режиму строгої конфіденційності, згідно із вимогами ст. 339 ДФЄС, ст. 17 Регламенту ЄС про злиття та ст. 18 Регламенту про імплементацію.

Регламент 139/2004 спростив і пришвидшив процедуру розгляду нотифікацій від учасників майбутньої концентрації. Протягом двох тижнів Комісія надає дозвіл більшості операцій, які не створюють або не зміцнюють домінуюче становище підприємств на внутрішньому ринку чи на його значній частині.

Стаття 10 Регламенту 139/2004 установлює *часові межі для розгляду Комісією справ про концентрацію*:

- рішення Комісія ЄС має надати протягом 25 робочих днів із моменту отримання нотифікації, якщо такі дії не загрожують добросовісній конкуренції на внутрішньому ринку;
- період може бути збільшено до 35 робочих днів, якщо є необхідність отримання повідомлення від держави-члена;
- рішення має бути прийнято протягом 90 робочих днів, якщо Комісія ЄС запроваджує процедуру розслідування;

- період у 105 робочих днів установлюють, якщо сторони надсилають зобов'язання щодо дій, які б не суперечили правилам конкуренції, тільки у випадках, коли такі зобов'язання надсилають протягом 55 робочих днів після ініціювання процедури розгляду справи Комісією ЄС.

Звернемо увагу на деякі аспекти формального розгляду заявленої концентрації. Вона може відбуватися у *дві стадії* із дотриманням доволі стислих термінів:

- заяви про концентрацію подають у встановленій формі, що визначена Європейською Комісією (форма CO), у тому числі й для заяв за спрощеною процедурою;

- Європейська Комісія на прохання держави-члена може прийняти рішення про передавання своєї компетенції у розгляді заяви про концентрацію загальноєвропейського виміру національному конкурентному органу (протягом 35 днів від дати подання заяви або 65 днів – у режимі розслідування справи), згідно із принципами субсидіарності та "єдиного вікна/повідомлення"). Це так зване "німецьке застереження", згідно зі ст. 9 Регламенту ЄС про злиття, можливе у випадках, за яких на території відповідної держави – члена ЄС є ознаки існування "відокремленого ринку", що може зазнати найбільшого впливу внаслідок заявленої концентрації. Учасники концентрації, згідно зі ст. 4(4) Регламенту про злиття, перед поданням формальної заяви можуть також заявити про доцільність передавання заяви та компетенції розглядати її від Європейської Комісії до НКО на підставі існування відокремленого ринку. Держава-член може звернутися із проханням перерозподілу компетенції уже після подання заяви про концентрацію. З іншого боку, НКО, удаючись до "голландського застереження", що передбачає ст. 21 Регламенту ЄС про злиття, можуть також звернутися до Європейської Комісії із проханням передати їй на розгляд заяву про концентрацію, що не має загальноєвропейського виміру. Дійсно, ст. 21(4) Регламенту ЄС про злиття врегульовує ситуації, за яких держави-члени, керуючись іншими, ніж конкуренція, законними публічними інтересами (напр., націо-

нальна безпека, плюралізм національних засобів інформації, нагляд за фінансовими ринками тощо), можуть прийняти рішення, які б мала приймати Європейська Комісія, якби вона розглядала відповідну заяву.

Перша стадія формального розгляду заявленої концентрації – "попередній розгляд заяви про концентрацію" – обмежує термін у 25 робочих днів із можливим продовженням до 35 робочих днів у певних випадках. Абсолютну більшість рішень щодо концентрацій Європейська Комісія приймає саме на першій стадії. Якщо за цей термін Європейська Комісія не прийняла рішення, то концентрацію вважають допустимою й такою, що є сумісною із конкуренцією на внутрішньому ринку ЄС.

За результатами розгляду заяви за процедурою першої стадії Європейська Комісія має до спливання встановленого Регламентом ЄС про злиття терміну ухвалити одне із рішень (ст. 6):

- концентрація не належить до сфери дії Регламенту ЄС про злиття;
- концентрацію визнають такою, що допустима для функціонування внутрішнього ринку ЄС;
- концентрацію визнають такою, що допустима для функціонування внутрішнього ринку ЄС за певних умов і виконання учасниками концентрації певних зобов'язань;
- концентрація викликає серйозні сумніви щодо допустимості для функціонування внутрішнього ринку ЄС, у зв'язку з чим має бути розпочато поглиблене розслідування умов концентрації, тобто стадія II.

На першій стадії розгляду заяви про концентрацію рішення ухвалюють від імені Комісара ЄС з питань конкуренції. Інформацію про рішення оприлюднюють в Офіційному віснику ЄС і на веб-сторінці Європейської Комісії, а також спеціальному прес-релізі Європейської Комісії. Текст рішення надсилають заявникам, копії рішення – конкуренційним органам відповідних держав – членів ЄС.

Друга стадія ("офіційне розслідування умов концентрації і її потенційного впливу на конкуренцію") може розпочатися

лише за умови, що Європейська Комісія має серйозні сумніви щодо допустимості концентрації для функціонування спільного ринку. Рішення на цій стадії має бути прийняте протягом додаткових 90 днів із можливістю подовження цього терміну на 15-20 днів.

2013 року було прийнято оновлене Повідомлення про спрощену процедуру розгляду певних категорій заяв на концентрацію²¹⁷, яке розширює сферу дії Комісії за спрощеною процедурою перегляду безпроблемних злиттів, які несуть мінімальний ризик для конкурентного середовища. Спрощена система набула чинності із початку 2014 року. Відповідно до цього Повідомлення, злиття, які зазвичай навряд чи викликатимуть імовірність викривлення конкуренції на ринку, розглядає Комісія за спрощеною процедурою. Компанії можуть використовувати коротшу форму повідомлення, а Комісія може позбавити ці транзакції формальної процедури аналізу ринку. Іншими словами, Комісія розширила сферу спрощеного порядку в світлі накопиченого досвіду практичного аналізу всіх випадків концентрації. Можна із впевненістю припустити, що такі зміни зумовлені умовами ринків, на яких уже відбулися значні структурні зміни. Отже, відповідно до нового підходу Комісії, наступні види транзакцій можна розглядати у спрощеному порядку.

По-перше, спрощену процедуру відтепер застосовують до ринків, на яких відбувається злиття підприємств-конкурентів, сукупна частка ринку яких є більшою від 20 % (у випадку "горизонтальних концентрацій"). Натомість, у попередній застосованій спрощеній процедурі було визначено рівень 15 % сукупної частки ринку учасників концентрації. Отже, відбулося підвищення максимальної межі частки ринку учасників концентрації.

По-друге, у випадках "вертикальної концентрації", коли одна із компаній продає вхід на ринок, де інша компанія є активним гравцем на ринку (напр., злиття виробника авто-

²¹⁷ Див. : Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No.139/2004. P. 5-9.

мобільних запчастин і виробника автомобілів), злиття, за умов яких підприємства володіють менше 30 % частки ринку, оцінюватимуть за спрощеною процедурою. Знову ж таки, порівняно з попередньо спрощеною системою (де застосовували критерій 25 % від частки ринку) наявне підвищення порогового показника.

Ще одним випадком застосування спрощеної процедури схвалення концентрації стають концентрації за умов об'єднання підприємств, які мають від 20 % до 50 % частки ринку, але збільшення частки на ринку при їх злитті є невеликою. Отже, при застосуванні економічного аналізу, відповідно до якого прогнозується невелике зростання сукупної частки ринку при злитті підприємств, Комісія застосовує спрощену процедуру розгляду заяв про концентрацію.

За рахунок запровадження реформованої системи дані Комісії свідчать, що близько 60-70 % усіх злиттів відтепер підпадатимуть під спрощену процедуру, що зумовить зменшення бюрократичного тягара на підприємства та розвантажить роботу Комісії.

Унаслідок порушення умов проведення концентрації Регламент 139/2004 уповноважує Комісію ЄС приймати рішення щодо накладення штрафів і періодичних штрафних платежів за порушення норм концентрації (ст. 14, 15). Різновиди матеріальної відповідальності за порушення умов Регламенту є аналогічними тим, на які вказує Регламенті 1/2003.

Таким чином, за порушення матеріальних норм (ненадання нотифікації про концентрацію, запровадження концентрації після повідомлення, але до рішення Комісії ЄС, запровадження концентрації, яка визнана такою, що несумісна із внутрішнім ринком ЄС, невиконання рішень Комісії ЄС), на підприємство порушника накладають штраф у розмірі – до 10 % від сукупного обігу підприємства, відповідно до даних за останній фінансовий рік.

За порушення процесуальних норм (ненадання або надання недостовірної інформації у нотифікації, запитах, підтвердженнях, зобов'язань, некоректних фінансових докуме-

нтів на вимогу Комісії ЄС), підприємство-порушник сплачує штраф – до 1,0 % від сукупного обігу.

Періодичні штрафні платежі накладають у розмірі, що не перевищує 5 % від середнього денного сукупного обігу підприємства або асоціації (об'єднання) підприємств за кожен день затримки надання інформації за запитом Комісії ЄС, за кожен день відкладання інспектування Комісією ЄС і за невиконання рішень Комісії ЄС.

Щодо можливості накладання санкцій на підприємства-порушників варто зазначити, що доктрина єдиного економічного суб'єкта господарювання розповсюджується й на сферу регулювання відносин концентрації.

Згідно зі ст. 263 ДФЄС Суд ЄС уповноважений переглядати законність актів інститутів ЄС. Наприклад, підставами для оскарження рішення Комісії ЄС про концентрацію є: відсутність компетенції; порушення основних процедурних вимог; порушення положень установчих договорів; зловживання повноваженнями. Якщо Комісія ЄС діє за межами своєї компетенції, що надана їй установчими договорами та вторинним правом, то її рішення можуть бути скасовані через відсутність компетенції. Оскільки Комісія ЄС має виняткову компетенцію застосовувати Регламент про контроль за концентраціями, то зрозуміло, що Комісія ЄС має компетенцію застосовувати положення Регламенту та приймати рішення щодо концентрацій, які сягають масштабу ЄС.

Важливим для будь-якої справи про концентрацію є можливість саме фізичної чи юридичної особи звернутися до Суду ЄС із позовом проти рішення Комісії ЄС. Загалом суди ЄС мають право переглядати законність актів Комісії ЄС, що мають юридичну силу. Тимчасові акти не можна оскаржити. Важливо, щоб рішення Комісії ЄС було прямо адресовано таким особам або безпосередньо та індивідуально зачіпало інтереси такої особи/осіб. Ще одним важливим моментом для того, аби мати можливість скористатися правом звернутися до Суду ЄС із позовом проти Комісії ЄС, є дотримання двомісячного терміну для подання позову, який відрахову-

ють з моменту опублікування такого рішення, або повідомлення позивача про таке рішення, або від дня, коли позивач дізнався про рішення.

Наприклад, рішення Комісії про заборону концентрації, згідно зі ст. 8(3) Регламенту 139/2004, є актом Комісії ЄС, що має юридичну силу, який найбільш часто оскаржують у судів ЄС (напр., справи *Airtours*²¹⁸, *Tetra Laval*²¹⁹ та *Schneider*²²⁰). У принципі будь-яке рішення, що спричиняє значні зміни юридичного становища певних компаній, можна оскаржити в судовому порядку.

Слід зазначити, що не лише безпосередні учасники концентрації мають право оскаржувати рішення Комісії ЄС в судовому порядку. Треті особи, інтереси яких безпосередньо зачіпають рішення Комісії ЄС про схвалення або заборону концентрації, також можуть звернутися до суду, згідно зі ст. 263 ДФЄС.

Вище було зазначено, що Комісія не часто користується своїми повноваженнями з притягнення до відповідальності за порушення норм щодо попередньої нотифікації та отримання рішення про концентрацію. Натомість, вона використовує повноваження щодо *попереднього* (*ex ante*) та *подальшого* (*ex post*) контролю для відстеження економічного стану ринку задля запобігання подальшого зловживання становищем домінування.

Серед найбільш гучних і складних справ можна виділити справу *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, рішення за якою було прийнято Комісією 2009 року. Формально юридично Комісія спочатку, 2008 року, отримала нотифікацію про набуття компанією *Electrabel* контролю *de facto* над компанією *CNR*, хоча, як було встановлено Комісією, сама концентрація відбувалася з 2003 року. Проводячи консуль-

²¹⁸ Див. : Case T-342/99 *Airtours v. Commission*. *European Court Reports*. 2002. II. 2585.

²¹⁹ Див. : Case C-12/03 *Commission v. Tetra Laval*. *European Court Reports*. 2005. I. 987.

²²⁰ Див. : Case T-310/10 *Schneider Electric SA v. Commission*. *European Court Reports*. 2002. II. 4071.

тації між сторонами, Комісія не виявила жодних перепон для ненадання позитивного рішення про концентрацію. У результаті детального аналізу розподілу часток підприємств, а також механізму голосування, що також розцінюють як отримання контролю над підприємством, Комісія 2009 року видає рішення про накладення санкції на компанію *Electrabel* – 20,0 млн євро, відповідно до ст. 14 Регламенту 139/2004.

Отже, Комісія є єдиним інститутом ЄС, прямим обов'язком якого є реалізація конкурентного права ЄС на практиці, зокрема, шляхом здійснення попереднього контролю за концентраціями. Повноваження Комісії ЄС у цій сфері є доволі широкими.

Теми для аналізу

1. Економічна концентрація. Концепція економічної концентрації Європейської Комісії. Поняття економічної концентрації, злиття підприємств.
2. Дефініція економічної концентрації, що запропонована Європейською Комісією.
3. Джерела правового регулювання контролю над концентрацією.
4. Підприємства, залучені до процесу концентрації. Визначення ринку у випадку концентрації.
5. Аналіз Регламенту 139/2004 від 20.01.04. Масштаб Євросоюзу при визначенні концентрації.
6. Критерії для обов'язкової реєстрації концентрації.
7. Обов'язок нотифікації реорганізації підприємств.
8. Визначення розмежування компетенції щодо контролю над концентрацією між органами ЄС і національними антиконкурентними органами, їх відмінності (*one-stop shop principle*).

Розділ 8

Міжнародно-правове регулювання правил конкуренції

Антимонопольне регулювання перебуває у площині національного регулювання. Аналіз національних законодавств держав світу дає підстави вивести дві основні моделі правового регулювання конкуренції: *американську* та *європейську*²²¹. Обидві передбачають створення спеціальних адміністративних відомств, що уповноважені у сфері ринків, економіки, захисту конкуренції. Однак, якщо американська система більше акцентує на забороні монополій, то європейська – спочатку була сформована як система контролю за ринковими об'єднаннями.

Американська модель *антитрестівського законодавства спрямована на заборону монополій, основними принципами якого стають принципи "заборони" та "розумного підходу"*.

Європейська модель *антитрестівського законодавства спрямована на боротьбу зі зловживаннями монополістичного характеру, співіснує із законодавством про недобросовісну конкуренцію*.

Умови створення великої кількості картелів і трастів у США стало передумовою для розробки на законодавчому рівні правових інструментів боротьби з монополізацією ринків. Спочатку на цей шлях стали деякі окремі штати. 1883 року у штаті Алабама було прийнято перший антитрестівський статут; 1887 – у штаті Нью-Йорк; 1889 – у штаті Кан-

²²¹ Дет. див.: Смирнова К.В. Правове регулювання конкуренції в Європейському Союзі: теорія і практика : моногр. Одеса : Фенікс, 2017.

зас і ще п'яти штатах було прийнято акти, що оголошували протиправними та караними будь-які союзи з метою ускладнення та обмеження торгівлі. Поряд із названими, антимонопольні закони в цей період було прийнято також і в цілій низці інших штатів – Айдахо, Айова, Вашингтон, Вайомінг, у Північній і Південній Дакоті, Іллінойсі, Північній Кароліні, Нової Мексиці, Кентуккі, Луїзіані, Міннесоті, Міссісіпі, Міссурі, Мічигані, Монтані, Небрасці, Оклахомі, Теннесі, Техасі і в Окрузі Колумбії. Закони штатів були у цілому настільки прямолінійні й жорсткі щодо заборони монополій, що їх практично не застосовували суди через побоювання створення перешкод не тільки для спекулятивних монополій, а й для будь-якої правомірної і корисної підприємницької практики загалом. Що жорсткіші закони вводили штати, то менше шансів на успіх вони мали на практиці. Крім того, на рівні штатів не вирішували питання прийняттям законів про обмеження монополізму, такі засоби не зачіпали б найбільші трасти, що здійснювали торговельну діяльність між штатами.

Першим федеральним актом США антимонопольної спрямованості став *Закон про торгівлю між штатами* від 04.02.1887 (*Interstate Commerce Act*), "завданням якого було упорядкування залізничної справи"²²². Закон мав поширення на "залізничні підприємства, що діють на просторі кількох штатів"²²³. Він не мав винятково антимонопольної спрямованості, а мав на меті впорядкування залізничних перевезень у цілому, оскільки у цій сфері накопичилося чимало проблем для суспільства й держави. Цікаво, що цей Закон уперше в США упорядкував залізничну справу загалом.

Наступним етапом є прийняті епохальні для формування антимонопольного права федеральні акти – *Акт Шермана 1890 р.* та *Акт Клейтона 1914 р.*, що стали результатом довготривалої кодифікації напрацьованого американського та

²²² Interstate Commerce Act of 1887, ch. 104, 24 Stat. 379, approved 1887-02-04. Реж. доступу: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?true&page=transcript&doc=49

²²³ Там само.

британського загального права у сфері боротьби з монополістичною діяльністю. Незважаючи на те, що першим в історії Актом про конкуренцію є законодавчий акт Канади (1889), його систему правозастосування було розроблено набагато пізніше за Акт Шермана, що став першим правовим інструментом, який заклав підвалини для формування системи правового регулювання конкуренції на ринку.

1897 рік – початок ери правозастосовної практики Закону Шермана. Ця дата пов'язана із першим рішенням Верховного Суду США у справі проти 18 залізничних компаній щодо незаконного укладення між ними договору про фіксування цін (*Trans-Missouri Freight Association*). 1911 року Верховний Суд США виніс рішення у справі *Dr. Miles v. Park&Sons*, в якому встановив, що втручання до системи ціноутворення на вертикальному рівні стають незаконними *per se*. Найбільш відомими й такими, до яких найчастіше звертався сам Верховний Суд США, стають дві судові справи 1911 р. – *Standard Oil Company* та *American Tobacco*. Показово, що навіть у справі *Microsoft* 2001 року, за словами колишнього представника Федеральної комісії з торгівлі²²⁴, Верховний Суд США порівняв обставини справи із легендарною справою *Standard Oil*. 1912 року з'являється наступне рішення Верховного Суду США у справі *Terminal Railroad*, за результатами якої було накладено заборону на діяльність групи компаній, які контролювали доступ до інфраструктури.

В Європі у той самий час виникали норми національного законодавства, які регулювали певні аспекти обмеження торгівлі. Їх не було систематизовано: вони містилися у різних нормативно-правових актах, які регулювали не тільки господарські відносини, а й були передбачені кримінальними кодексами. Наприклад, Кримінальний кодекс Франції 1810 року містив норми, які спрямовано проти угод підприємців з приводу збільшення цін на товари. Норми кримінального права Франції, спрямовані проти угод підприємців,

²²⁴ Див. : Рокфеллер Э. Антимонopolная релігія. Челябинск : Социум, 2012.

існували протягом усього XIX ст. і зберегли дію на початку XX ст. КК Франції забороняв союзи підприємців картельної типу та передбачав за порушення цієї заборони вельми сувору кару. Згідно зі ст. 419 Кримінального кодексу 1810 року, було заборонено укласти угоду про продаж будь-якого товару за ціною, що не нижча від певної ціни, так само як і угоди, що має на меті продаж товарів вище від ціни, що могла бути встановлена за дії вільної конкуренції. Крім цих норм для правової протидії картелів мали значення також ст. 1131 і 1133 Цивільного кодексу Франції, які оголошували недійсними угоди, об'єктом яких були дії, заборонені законом, а отже – і картельні угоди, заборонені Кримінальним кодексом Франції.

В Австрії у XIX в. також існували антимонопольні механізми. Принаймні у другій половині XIX ст. в Австрії, як і у Франції, для такої протидії використовували механізми кримінального права. Австрійський Закон від 07.04.1870 встановлював безумовну неприпустимість картельних угод. Причому австрійська судова практика, на противагу французькій, вельми сумлінно тлумачила закон у найбільш широкому його розумінні, прагнучи зробити цю заборону найбільш реальною.

У Німеччині вже в другій половині XIX ст. суди мали можливість протидіяти найбільш небезпечним картелям на основі загальних положень Німецького цивільного уложення. За відсутності прямих указівок законодавства проти картелів значна роль у тлумаченні цих загальних положень належала судам. Судова практика при цьому, хоча і не позбавляла себе можливості в найбільш одіозних випадках обмежувати картелі, усе ж зберігала ліберальне в цілому до них ставлення.

Отже, до кінця XIX ст. європейські країни підійшли з деяким арсеналом антимонопольних механізмів. Однак, як з'ясувалося, часто ці механізми виявлялися не пристосованими до протидій монополіям нового капіталістичного світу. Не вдаючись до деталей, слід сказати, що головною причиною ветхості старого антимонопольного права стала його

надмірна прямолінійність. Його послідовне застосування означало б заборону будь-яких підприємницьких спілок, у тому числі тих, які справляли позитивний вплив на економіку та ринки. Тому суди не поспішали застосовувати це антимонопольне право до синдикатів і трестів, що з'являлися наприкінці XIX – на початку XX ст.

На відміну від Австрії, Франції та інших європейських країн, що мали жорсткі антимонопольні заборони та санкції за їх порушення за старим зразком, антимонопольні механізми Німеччини до кінця XIX ст. страждали іншою крайністю. Німецьке право давало судам можливість обмежувати картелі, але разом із тим судова практика не поспішала різко їм протидіяти та створювала для картелів сприятливі обставини, що надавали перевагу стримуванню подальшої концентрації та інтеграції підприємств до повнішого їх об'єднання. Але таке положення не вирішувало основних завдань протидії негативним виявам монополізму.

Перші дослідження країн європейської системи, до якої належать не тільки країни Європи, пов'язані зі створенням адміністративних механізмів картельних (монопольних) угод, у тому числі за допомогою ведення реєстрів таких угод, механізмів виявлення їх позитивного та негативного впливу на економічні процеси в суспільстві та прийняття виваженого рішення з кожного конкретного випадку "картелізації" підприємств. Першою країною, яка втілила ці ідеї, стала 1906 року Австралія. Вона отримала майже повсюдне поширення в країнах Старого світу. Саме в країнах Європи були підготовлені одні з найбільш ранніх законопроектів, що містили основні елементи цієї системи. Деякі з них були розроблені ще наприкінці XIX ст.

До європейської системи належить також законодавство Нової Зеландії, де перші антимонопольні акти було прийнято на самому початку XX ст. – у 1908-1910 роках. Будучи країнами Британської співдружності та звичаєвого права, Австралія та Нова Зеландія, очевидно, запозичили із загального англійського права *доктрину обмеження торгівлі (restraint*

of trade doctrine), за допомогою якої англійські суди загального права боролися з обмеженнями конкуренції. Однак, у нових економічних умовах цих правил загального права явно не вистачало для реалізації ефективної антимонопольної політики не тільки у Великій Британії, а й в інших країнах загального права. Тому й Австралія, і Нова Зеландія, так само як раніше США та Канада, встали на шлях законодавчої регламентації антимонопольного регулювання та контролю. Австралія та Нова Зеландія сприйняли європейську систему антимонопольного регулювання, що пов'язана з реєстрацією картельних угод для їх подальшого оцінювання уповноваженим органом.

Отже, першою країною, яка ввела адміністративний контроль картельних угод до позитивного права, стала Австралія. 1906 року в країні приймають антимонопольний законодавчий акт – Закон про практику торгівлі. Установлюючи жорсткі антимонопольні заборони під загрозою суворих санкцій, Закон, у той самий час залишав можливість уникнути санкцій, якщо за допомогою спеціальної адміністративної процедури можна було встановити добромисність ринкових угод підприємців – відсутність в угодах наслідків їх монополістичних дій – шкоди. Особливий порядок, установлений Законом 1906 року, давав можливість членам торгових товариств (компанії, картелю, тресту) позбавитися обвинувачень у свідомому порушенні цього Закону.

Уже на початку XX ст. до 1908-1910 років перші антимонопольні закони з'являються в Новій Зеландії. Наразі антимонопольну політику в Австралії регламентує Закон про практику торгівлі 1906 року у редакції 1974 року. Тут діє Закон про стимулювання конкуренції у межах Нової Зеландії 1986 року.

Початок міжнародно-правового регулювання антимонопольної політики належить до першої половини XX ст. Ареною міжнародної співпраці у сфері антимонопольної політики стала Європа. 1930 року в Лондоні у рамках XXVI Європейської конференції Міжпарламентського союзу було прий-

нято резолюцію щодо проблем картелів, трестів та інших об'єднань підприємців. У Резолюції йшлося про те, що картелі, трести та інші аналогічні об'єднання являють собою природне явище в економічному житті, щодо якого неможливо зайняти повністю негативну позицію. Зважаючи, однак, на те, що подібні об'єднання можуть мати шкідливий вплив як на суспільні інтереси, так і на інтереси держави, їх необхідно контролювати. Цей контроль не має набувати форм такого втручання до економічного життя, яке могла б стосуватися її нормального розвитку. Він має бути лише контролем над можливими зловживаннями та запобігати таким зловживанням. І хоча резолюція 1930 року не була імперативним міжнародно-правовим правилом антимонопольного регулювання, проте вона мала глибокий вплив на становлення антимонопольних систем країн Європи в післявоєнний час і, крім того, стала важливою віхою розвитку міжнародної співпраці держав у сфері антимонопольної політики.

Наступним кроком на цьому шляху було прийняття Гаванської хартії 1948 року у рамках Гаванської конференції ООН з торгівлі та зайнятості. Гаванська хартія 1948 року стала першим правовим актом, що встановив міжнародні правила конкуренції, які з'явилися у рамках міжнародно-правових актів ООН і визначали міжнародні норми торгівлі. Поряд з антимонопольними нормами, міжнародні торговельні правила містили і деякі заходи проти недобросовісної конкуренції. Із цього часу почався процес становлення міжнародно-правових механізмів у сфері конкуренції, нових інституційно-правових структур у сфері міжнародної економічної співпраці, розширилася взаємодія держав на міжнародній арені. Усі нові відносини стають предметом міжнародно-правового регулювання, до них належать і конкурентні відносини, що є основою сучасного економічного розвитку. Ухвалення Гаванської хартії дало імпульс розвитку інституту міжнародних організацій у сфері конкурентної політики, діяльність яких є однією із форм міжнародно-правового регулювання конкуренції, поряд із підписанням між-

народних угод у цій сфері, що не пов'язані із діяльністю міжнародних організацій.

Розглянемо, які міжнародні організації були утворені та як вони діяли з метою реалізації конкурентної політики.

Проект статуту Міжнародної організації торгівлі (т. зв. Гаванський статут) за змістом виходив за межі проблем світової торгівлі, включаючи правила найму на роботу, угоди з окремих видів товарів, обмежувальної торговельної практики, міжнародних інвестицій і торгівлі послугами. Хоча у березні 1948 року у Гавані на Конференції ООН із проблем торгівлі та зайнятості статут Міжнародної організації торгівлі було затверджено, у подальшому його ратифікація деякими національними законодавчими органами виявилася неможливою: статут ратифікували лише дві країни, а самі США відмовились від свого проекту. Ця спроба виявилася невдахою – організація фактично припинила існування, так і не розпочавши діяльності. І вже в Генеральній угоді із тарифів і торгівлі 1947 року навіть згадки не було про міжнародно-правове регулювання конкуренції.

Зусилля, спрямовані на інтернаціоналізацію правил конкуренції, також простежувалися в рамках Економічної і Соціальної ради Організації Об'єднаних Націй у 1950-х роках через прийняття Генеральною Асамблеєю ООН на добровільній основі Комплексу узгоджених принципів і правил для контролю за обмежувальною діловою практикою. Однак і ця ідея не увінчалася успіхом. Далі надії було покладено на Дохійську міністерську Декларацію 2001 року, створену Робочу групу щодо взаємодії торгівлі та конкуренції. І 2004 року рішення Дохійської робочої програми в цьому аспекті прийняло рішення **не** доповнювати систему СОТ механізмами міжнародно-правового регулювання конкуренції.

Антимонопольна політика стає важливим елементом діяльності найбільших міжнародних економічних організацій.

КОНФЕРЕНЦІЯ ООН ІЗ ТОРГІВЛІ ТА РОЗВИТКУ (ЮНКТАД). У 70-ті роки було покладено початок активної і масштабної діяльності із розробки правил контролю за обмежувальною

діловою практикою у рамках ЮНКТАД. На III Конференції ЮНКТАД у Сантьяго де Чилі було запропоновано вивчити негативний ефект обмежувальної ділової практики приватних підприємств країн, що розвиваються. Із тих пір аж до теперішнього часу ЮНКТАД є універсальним форумом з обговорення проблем обмежувальної практики та конкурентної політики. 1980 року ЮНКТАД розробила "Комплекс узгоджених на багатосторонній основі принципів і правил для контролю за обмежувальною діловою практикою", який був прийнятий Генеральною асамблеєю ООН у грудні 1980 року (Резолюція 35/63). 9-11 липня 2012 року Міжурядова група експертів із законодавства та політики у сфері конкуренції на 12-й сесії у рамках Конференції ООН із торгівлі та розвитку (ЮНКТАД) розробила Типовий закон про конкуренцію, в якому було переглянуто Главу III (TD/B/CI/CLP/L.4), до основи якої покладено п. 3 Розділу D Комплексу принципів і правил ООН для контролю за обмежувальною діловою практикою, який, у свою чергу, було створено та прийнято під впливом антикартельного законодавства Євросоюзу. Типовий закон про конкуренцію²²⁵ постійно вдосконалюється через внесення до нього змін.

Група експертів, які займаються вивченням питань захисту конкуренції²²⁶, концентрують свою діяльність у формі інтерактивних дебатів, проводять добровільне експертне оцінювання конкурентного права та політики країн, організовують круглі столи зі спеціалізованих конкурсних тем. Якщо досягнуто консенсусу щодо рекомендацій, то окремі країни-члени вирішують, як їх виконувати (шляхом одно-, дво- чи багатосторонніх домовленостей).

ОРГАНІЗАЦІЯ ЕКОНОМІЧНОЇ СПІВПРАЦІ ТА РОЗВИТКУ (ОЕСР). У фокусі уваги ОЕСР постійно перебуває конкуренційна політика країн²²⁷. ОЕСР є форумом для виявлення, обговорення

²²⁵ Див. : <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>

²²⁶ Див. : <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Intergovernmental-Group-of-Experts-on-Competition-Law-and-Policy.aspx>

²²⁷ Див. : <https://www.oecd.org/competition/>

та оприлюднення таких найкращих практик і, якщо це доречно, – кодифікованих у формі Рекомендацій для держав-членів. ОЕСР на періодичній основі здійснює узагальнені дослідження законодавства країн про захист конкуренції²²⁸. Наприклад, щодо України було представлено два огляди – 2008 і 2016 років.

Із кінця 1990-х рр. антимонопольна політика стає елементом міжнародних економічних відносин *de facto*, про що свідчить поява **двосторонніх угод** (в основному, міжурядових) **про кооперацію у сфері захисту конкуренції**. Угоди вже не тільки фіксують загальні принципи, а й спрямовані на вирішення практичних питань. Такі угоди наразі укладено між найбільшими розвиненими країнами та регіонами, серед яких угода між США та ЄС про застосування конкурентного законодавства (1991, 1998); угода між США та Японією (1999); угода між ЄС та Японією (2003), між ЄС і Канадою (1999) тощо²²⁹.

Можна чітко простежити, що найбільш широкою мережею двосторонніх угод володіють США, зокрема: з ФРН (1976), Австралією (1982, 1999), Канадою (1995, 2004, 2014), Ізраїлем (1999), Бразилією (1999), Мексикою (2000)²³⁰. Усі вони містять окремі положення щодо правил конкуренції між сторонами. Їх поява була зумовлена протиріччями щодо формуванням глобальних ринків.

Національне законодавство регулює національний ринок, а регулювання поведінки великої компанії на світовому глобальному ринку є певною проблемою для антимонопольних органів, які не завжди спроможні регулювати глобальні ринки.

Чим можна пояснити основні тенденції розвитку державного регулювання конкуренції, що сьогодні спостерігаються? Відсутністю не тільки наднаціональної системи світово-

²²⁸ Див.: <https://www.oecd.org/daf/competition/countryreviewsofcompetitionpolicyframeworks.htm>

²²⁹ Див.: <https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>

²³⁰ Див.: <https://www.ftc.gov/policy/international/international-cooperation-agreements>

го регулювання конкуренції, а й навіть планів або перспектив її створення. Ситуацію ускладнює те, що держави виявляють зацікавленість у просуванні своїх компаній на світовий ринок, і тут, на відміну від випадку із торговельною політикою (де можлива "торгова війна"), немає очевидних виграшів і "програшів" для досягнення балансу інтересів. Просто очевидні статичні виграші начебто обмінюють на неочевидні динамічні "програші", і держави, звичайно, за цих умов не йдуть на створення подібної системи. Таке фундаментальне протиріччя зумовлює необхідність для національних антимонопольних органів регулювати глобальні ринки за відсутності у світової спільноти держав політичної волі на створення наднаціонального механізму регулювання (напр., на кшталт СОТ або шляхом включення антимонопольної проблематики до сфери дії СОТ, як було передбачено Гаванською хартією для Міжнародної торговельної організації).

Прийняття "глобальної конкурентної політики" має стати відправним пунктом для регулювання економічної конкуренції на глобальному рівні, а також основою такого регулювання.

Розглянемо кілька підходів до розв'язання проблеми правового регулювання конкурентної політики на світовому рівні. Учені пропонують різні підходи, наприклад такий, за якого держави мають прийняти власні законодавчі інструменти з метою втілення принципу екстериторіальної дії права конкуренції²³¹ (який уже закріплено у багатьох національних правових системах), до того ж – доповнити національний рівень регулювання конкуренції створенням наднаціональних інститутів, або навіть судом²³². Тільки правова система Євросоюзу скористалася таким підходом і виробила унікальний правовий масив норм наднаціонального регу-

²³¹ Див. : Fox E. M. Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy. *The Antitrust Bulletin*. 2003. 48 (2). P. 355-376.

²³² Див. : Meessen K. M. Antitrust Jurisdiction under Customary International Law. 1984. P. 809.

лювання із наданням широких владних повноважень Комісії ЄС. Саме цей підхід є найбільш раціональним, що підтверджує ефективність антимонопольної політики Євросоюзу. Однак цей підхід поки що не віддзеркалений на рівні інших регіональних інтеграційних утворень, оскільки його вважають занадто політизованим для універсального міжнародно-правового механізму.

Мета іншого підходу виглядає так: національні правові механізми мають бути доповнені механізмами співпраці у рамках чинних універсальних міжнародних організацій – ООН або СОТ аж до запровадження "єдиного конкурентного кодексу"²³³. Цей підхід реалізовано у світовій практиці, зокрема у рамках **МІЖНАРОДНОЇ МЕРЕЖІ З ПИТАНЬ КОНКУРЕНЦІЇ (ММК)** засобами *soft law*, оскільки вироблення "жорстких" міжнародно-правових норм не входить до кола міркувань великих держав через різні політико-економічні причини.

Незважаючи на можливі недосконалості наведених підходів до міжнародно-правового регулювання світової конкуренції, варто зазначити, що міжнародне право може вплинути на національне регулювання конкуренції, незалежно від того, чи має це регулювання транскордонний вимір. Першим виявом такого впливу можна вважати зобов'язання щодо прийняття національних законів про конкуренцію; другим – можливість установлення міжнародних стандартів для національного конкурентного права або зобов'язання узгодити національне регулювання шляхом гармонізації норм конкуренції. Методи гармонізації права та їх правова основа можуть бути різними. Гармонізація може виникати спонтанно й добровільно, на основі рекомендації організації, членом якої є держава, або на підставі договірних зобов'язань, що впливають із міжнародної угоди. У спонтанній і добровільній гармонізації відсутній елемент міжнародно-правового зобов'язання, тому за уніфікації у рамках рекомендацій цей процес можна охарактеризувати як гармонізацію

²³³ Fikentscher W. Competition Rules for Private Agents in the GATT/WTO System. 1994. P. 295-296.

засобами "м'якого права". Іншим способом є гармонізація на основі взаємних консультацій і співпраці без будь-яких додаткових інституцій та установ.

Будь-яка правова держава із потужною економікою має бути зацікавлена в механізмах захисту добросовісної конкуренції. У захисті економічної конкуренції мають бути зацікавлені національні економіки, де загалом може виникати конкуренція, тобто за умов ринкової економіки, що чітко закріплено, відповідно до принципів міжнародних економічних відносин у ст. 1 Хартії економічних прав та обов'язків держав (резолюція Генеральної Асамблеї ООН A/RES/3281 1974 р.). При цьому принципи та цілі національної конкурентної політики можуть бути різними у тих чи інших країнах. Відмінності полягають навіть у завданнях самого конкурентного законодавства.

Відсутність уніфікованих чи гармонізованих норм із питань конкуренції також виявляється у різноманітності способів регулювання її аспектів і зумовлює відмінність у спрямованості захисту від викривленої конкуренції. Якщо у сфері заборони антиконкурентних угод та узгодженої практики існує консенсус у правовому регулюванні заборон "жорстких" картелів, то в інших аспектах консенсусу на рівні національного регулювання немає. Наприклад, розд. 2 Акту Шермана (США) проголошує заборону монополізації і спроби її запровадження, а ст. 102 Договору про функціонування Євросоюзу забороняє лише зловживання становищем домінування. Найбільш яскраві протиріччя стосуються контролю над злиттями. Зокрема, Акт Клейтона (США) розглядає злиття таким, що може істотно послабити конкуренцію, а це призводить до монополізації галузі (п. 18 Акту). А в Євросоюзі Рада ЄС приймає регламент, відповідно до якого концентрацію розглядають як таку, що впливатиме на конкуренцію чи істотно ускладнюватиме ефективну конкуренцію на відповідному ринку або в значній його частині (напр., унаслідок виникнення або посилення становища домінування).

За таких протиріч доволі важко говорити про можливості гармонізації на світовому рівні. Тому цікавою є думка²³⁴, згідно з якою варто шукати обґрунтування необхідності узгодження для всіх, кому вигідна гармонізація законодавства про конкуренцію, а коли йдеться про здійснення операцій торгових підприємств на глобальному або регіональному рівнях, убачати вигоду від гармонізації норм конкуренції тільки у сфері узгодження правил концентрації (злиття), адже самі концентрації за загальним правилом не є забороненими, перебуваючи у площині зіткнення процесуальних норм різних юрисдикцій.

Наразі більше 130 антимонопольних відомств держав світу беруть участь у **МІЖНАРОДНІЙ МЕРЕЖІ З ПИТАНЬ КОНКУРЕНЦІЇ** (ICN – *International Competition Network*)²³⁵, що заснована 2001 року як результат пошуку компромісу між державами щодо запровадження міжнародного механізму регулювання конкуренції. ICN розробляє рішення-рекомендації, які на добровільній основі використовують національні конкурентні відомства – члени організації. Важливо зазначити, що саме така співпраця у рамках "м'якого" права є більш реальною та перспективною.

Конкурентна політика стає об'єктом правової багатосторонньої, а частіше – двосторонньої співпраці. Зокрема, Євросоюз уклав низку угод про двосторонню співпрацю з деякими третіми країнами (напр., США, Канада, Японія, Корея та Бразилія) з метою оптимізації отримання інформації і конкретних доказів про картелі, які розташовані за межами території ЄС, однак, при цьому, завдають Союзу збитків своєю антиконкурентною діяльністю. Наприклад, у силу положень угод між ЄС і США про співпрацю з питань розкриття картелів 1991 і 1998 років (угоди першого покоління), Європейська Комісія та антитрестові відомства США (Міністерство

²³⁴ Див. : Wood D. International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare? *Chicago Journal of International Law*. 2002. Р. 19. Реж. доступу: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3062&context=journal_articles. Назва з титул.екрану.

²³⁵ Див. : <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

юстиції і Федеральна торгова комісія) обмінюються інформацією про картельні домовленості (які можуть зачіпати інтереси США або ЄС), допомагають один одному у правозастосовній діяльності. Разом із тим, міжнародні угоди про співпрацю не дозволяють Комісії розкривати конфіденційну інформацію, що отримана від компаній у ході дослідження (між національними органами з питань конкуренції держав – членів ЄС та Єврокомісією в рамках Європейської конкурентної мережі), зважаючи на що, така співпраця з боку Комісії часто є заявою про відмову надання тієї чи іншої інформації через її конфіденційний характері.

Для уникнення проблеми наразі мають місце пропозиції про втілення "другого покоління" угод про співпрацю між ЄС і США, що дозволять спростити обмін конфіденційною інформацією про компанії, які можуть брати участь у картельній змові. З метою отримання інформації про картельні змови, що можуть негативно позначитися на конкуренції в Союзі, Єврокомісія також співпрацює із безліччю міжнародних організацій та об'єднань, які не тільки обмінюються досвідом із питань підтримки конкуренції, але й досліджують наявність на глобальному ринку міжнародних картелів (напр., з Міжнародною мережею з питань конкуренції – ICN).

Можна зробити припущення про існування головних факторів і причин, які зумовлюють наявність конкурентної політики на глобальному рівні, серед яких, зокрема:

- існування конкуренції з "іноземним елементом" (між підприємствами різних юрисдикцій на одному національному ринку);
- "розмивання" кордонів у підприємницькій діяльності, що виявляється у співпраці суб'єктів із різних держав, їх злитті чи інших формах концентрації;
- глобалізація торгівлі, що зумовлює конкуренцію за межами закритих інтеграційних утворень.

В умовах глобалізації спостерігається трансформація державної політики практично у всіх напрямках регулювання: гармонізація основних інструментів впливу (світовий еко-

номічний простір стає більш однорідним); більший розвиток вторинних інструментів, які й починають відігравати вирішальну роль. І дійсно, якщо припустити існування ієрархії інструментів державної політики за ступенем впливу на економіку (при цьому інструменти, які надають найбільший ефект, мають скрізь однакове використання), то остаточний результат залежатиме від "вторинних" інструментів, які мають менший ступінь впливу, від яких об'єкт регулювання раніше практично не залежав, оскільки його поведінку цілком визначали відмінності у застосуванні "первинних" інструментів. Можливо саме тому в останні роки відбувається перетворення антимонопольної політики із "внутрішньої" економічної політики на важливий елемент міжнародних економічних відносин, складову частину державної зовнішньоекономічної стратегії.

Антимонопольна політика доволі давно є рівноправним елементом зовнішньоекономічних зв'язків *de jure*. Угоди з питань конкуренції було укладено у багатьох інтеграційних організаціях. Наприклад, в ЄС у Римському договорі існувала глава "Правила конкуренції" (ст. 85-94), що трансформована у всіх редакціях установчих договорів і нині посідає ключове місце в Лісабонському Договорі про функціонування Євросоюзу (ст. 101-109). В окремій гл. 15 Угоди про заснування НАФТА "Конкурентна політика, монополії і державні підприємства" висвітлено норми щодо заборони для монополій зловживати своїм становищем на території іншої країни, а також є низка заборон при створенні державних підприємств, у т.ч. тих, яким передають владні повноваження. У рамках МЕРКОСУР діє Протокол про захист конкуренції (1996). На рівні СНД 1993 року було прийнято Міжурядовий договір про проведення узгодженої антимонопольної політики (2000 – оновлена редакція, яку доповнено "Положенням про взаємодію"). Наразі більшість країн світу, у тому числі країни Америки, Західної Європи, СНД, включаючи Росію, країни Балтії, Східної Європи, Азії, прийняли спеціальні закони у сфері захисту конкуренції: Закон про конку-

ренцію (Азербайджан, Албанія, Бельгія, Угорщина, Малайзія, Нідерланди, Франція тощо), антитрестовський закон (Бразилія, Чилі), Федеральний закон про картелі та інші обмеження конкуренції (Швейцарія), Закон про скасування обмежень конкуренції (Німеччина) тощо.

У деяких країнах прийнято кілька законів. Наприклад, у Великій Британії діють Закон про монополії і контроль за діями, Закон про злиття та монополії, Закон про конкуренцію; у Фінляндії – Закон про обмеження та конкуренцію, Закон кінцевого конкурентного впливу; у Кореї – Закон про монопольне регулювання та ринкову торгівлю, Закон про справедливу торгівлю тощо.

Варто підкреслити, що в сучасних умовах транснаціоналізації торгівлі спостерігається конвергенція національних правових конкурентних середовищ за допомогою укладання міжнародних угод і включення до них спеціальних "клаузул" щодо регулювання конкуренції.

Відмінності між американською та європейською моделями національного конкурентного регулювання проєктуються й на міжнародні торговельні угоди. Наприклад, "горизонтальні принципи" конкурентної політики є більш значущими для торговельних угод США, надаючи перевагу конкурентним зобов'язанням саме у секторальних розділах, на відміну від європейських угод, де акцент зроблено на спеціальному розділі із конкурентної політики. Саме підхід включення так званих "клаузул про конкуренцію" характерний для угоди про ЗВТ між ЄС та Україною. І, нарешті, американські угоди виводять конкурентні зобов'язання із механізму розв'язання спорів. Це логічно пояснює активне використання доктрини впливу для обґрунтування екстериторіальності застосування національних норм щодо захисту конкуренції.

Спробуємо виділити основні тенденції, які спостерігаються у сфері розвитку антимонопольної політики:

- тенденція до поширення антимонопольної політики на міжнародному рівні;

- тенденція до посилення національних норм щодо картелів (узгодженої практики серед конкурентів, яка є джерелом порушення добросовісної конкуренції на ринку);
- напрям введення на законодавчому рівні обмежень для держав (урядів) у частині надання пільг суб'єктам конкурентних відносин, що за сутністю є обмеженням державної діяльності;
- процес консолідації усіх інституційних механізмів з метою захисту конкуренції, що намітився після 2011 року внаслідок появи рішень Європейського суду з прав людини щодо конкуренції, які було прийнято в унісон із рішеннями Суду ЄС і рішеннями Європейської комісії.

Теми для аналізу

1. Правове регулювання конкуренції у рамках Світової Організації Торгівлі: демпінг і субсидії. Робоча група COT із взаємодії між торгівельною та конкурентною політикою.
2. Міжнародна мережа з питань конкуренції.
3. Механізми координації політики конкуренції у рамках ЮНКТАД. Установлення стандартів правового регулювання конкуренції в ЮНКТАД: основні положення модельного закону ЮНКТАД про конкуренцію.
4. Діяльність Організації Економічної Співпраці та Розвитку. Рекомендації ОЕСР у сфері захисту добросовісної конкуренції.
5. Регіональні торговельні угоди та положення про конкуренцію.
6. Проблема відсутності міжнародно-правових механізмів узгодження політики конкуренції (фактори та причини).
7. Поняття "м'якого" права у визначенні координації політики конкуренції держав.
8. Звіти ОЕСР щодо конкуренції в Україні.

Розділ 9

Екстериторіальне застосування правил конкуренції ЄС

Центральне місце серед основних принципів правового регулювання конкуренції в Євросоюзі посідає *екстериторіальність застосування правил конкуренції*. Цей принцип впливає зі ст. 101 ДФЄС, де передбачено основну мету та наслідки від встановлених заборон, які "здатні впливати на торгівлю між державами-членами" та створювати "перешкоди для конкуренції у межах внутрішнього ринку". Із цього загального правила випливає, що правила конкуренції Євросоюзу застосовують щодо підприємств третіх країн у випадках, за яких їх ділові операції, навіть здійснені поза територією Євросоюзу, мають негативні наслідки для економіки його внутрішнього ринку та впливають на торгівлю між державами-членами. Комісія неодноразово накладала штрафні санкції, а Суд ЄС розглядав позови проти підприємств – нерезидентів Євросоюзу. Класичними справами є *Dyestuffs*²³⁶ і *Wood Pulp*²³⁷. Найбільш гучними справами XX і XXI ст. щодо екстериторіального застосування норм конкуренції Євросоюзу є справи *Microsoft*²³⁸, *Intel*²³⁹

Принцип екстериторіальності не є новим для міжнародного права та деяких національних юрисдикцій (зокрема,

²³⁶ Див.: Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs). *European Court Review*. 1972. 619 p.

²³⁷ Див.: Cases 89, 104, 114, 116, 117 і 125-129/89 A. Ahlsröm Osakeyhtiöm v. Commission (Wood Pulp II). *European Court Review*. 1993. I. 1307.

²³⁸ Див.: Case T-201/04 R Microsoft v. Commission. *European Court Review*. 2004. II. 4463.

²³⁹ Див.: Case T-457/08 R Intel Corporation Inc. v. Commission of the European Communities. *European Court Review*. 2009. II. 00012.

США), але має активну сферу застосування саме в праві Європейського Союзу²⁴⁰.

Існує два підходи до класифікації моделей екстериторіальної дії конкурентного права у світі, зокрема, "доктрина впливу" (США) та доктрина "об'єктивної територіальної юрисдикції"²⁴¹. Відповідно до прецедентної практики Комісії існує дві потенційні правові підстави, за наявності яких Комісія має право наполягати на екстериторіальній юрисдикції передбачуваних антиконкурентних дій, що встановлені за межами ЄС:

- *доктрина місця здійснення*, під якою розуміють реалізацію передбачуваної антиконкурентної практики на території ЄС;

- *доктрина ефекту*, що обмежена наявністю економічного ефекту від антиконкурентних дій на території ЄС.

Поняття "екстериторіальності" у праві конкуренції ЄС включає дві складові. Це:

- *доктрина єдиного суб'єкта господарювання* (коли кілька формально окремих юридичних осіб розглядають як єдиний суб'єкт для цілей застосування конкурентного права, через відсутність у дочірніх/"підконтрольних" компаній можливості самостійно визначати свою поведінку на ринку);

- *доктрина впливу* (поширення дії норм конкурентного законодавства ЄС не тільки на суб'єкти господарювання держав-членів, але й іноземні компанії, діяльність яких справляє значний вплив на внутрішній ринок ЄС).

Важливим є питання розвитку ідеї поширення юрисдикції, або екстериторіальності. У міжнародно-правовій літературі використання цього терміну пов'язують передусім із таким явищем, як застосування положень внутрішнього

²⁴⁰ Див. : Перемот С. В. Екстериторіальна юрисдикція в конкурентному праві ЄС: тенденції розвитку та висновки для України. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. №2. С. 72-77.

²⁴¹ Layton A. Extraterritorial Jurisdiction – European Responses. *Houston Journal of International Law*. 2004. Vol. 26. P. 300-322; Iversen H. The efficiency defence in EC merger control. *European Competition Law Review*. 2010. № 31(9). P. 370-376.

права за межами державної території. У цілому його застосування почалося із американської правозастосовної практики, у тому числі норм антитрестівського законодавства.

У доктрині існували й думки щодо екстериторіальності у внутрішньому праві, які пов'язували це явище з міжнародним правом або дією внутрішнього права за допомогою міжнародно-правових засобів.

Натомість наразі все більшої ваги набуває *принцип оцінювання наслідків (effects principle)*²⁴², що яскраво виявляється в конкуренційному праві. Його було сформульовано Верховним Судом США у справі *United States v. Aluminium Co. of America* 1945 року. Справа стосувалася змови американських і зарубіжних страхових компаній, в основі якої була відмова від укладання договорів перестраховування, якщо в них відсутні визначені положення про обмежену відповідальність страховиків. Відповідно до "принципу оцінювання наслідків у справі Алкоа" антитрестовське законодавство США застосовують щодо іноземців, коли такі дії: мають на меті вплив на торгівлю в США; фактично впливають на торгіву діяльність у США. Більш того, якщо державний обвинувач доведе наявність умислу, то доведеним вважають і факт впливу на торгівлю в США, якщо звинувачуваний не доведе, що такий вплив відсутній або є незначним.

Як приклад можна навести й справу *Hartford Fire Insurance Co. v. California* 1993 року. Однак, зауважимо, що у деяких судових рішеннях було виведено таку формулу: "оскільки увага в Акті Шермана зосереджена на наслідках для самих США, прийнято вважати, що антитрестовський закон не може бути застосований щодо діяльності американської компанії на території США, унаслідок якої виникають наслідки тільки для іноземної держави"²⁴³. Доктрина впливу гіпотетично дозволяє досягти найбільшого рівня захисту національних інтересів, оскільки припускає ексте-

²⁴² Див. : Бернам У. Правовая система США. Москва : Новая юстиция, 2007.

²⁴³ *Hartford Fire Ins. Co. v. Cal.*, 1993. 509 U.S. 764. Реж. доступу: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/>

риторіальне застосування права регулюючої держави до ширшого, порівняно з іншими моделями, кола випадків. З іншого боку, екстериторіальне застосування конкурентного права США на підставі доктрини впливу викликало вкрай негативну реакцію з боку інших держав²⁴⁴. Останньою тенденцією є фактори, які спонукали до зниження рівня напруги щодо застосування американського законодавства. Першим фактором називають конвергенцію антитрестовських норм у світі, за якої інші країни вводять вимоги, аналогічні до вимог в американському законодавстві. Тут варто наголосити, що особливо яскраво це виявилось саме в праві Європейського Союзу, де застосовують "принцип впливу на внутрішній ринок ЄС чи на торгівлю між державами-членами", який чітко сформульовано у ст. 101 ДФЄС.

Другим фактором називають застосування заходів на міжнародному рівні щодо забезпечення однорідного підходу до виконання відповідних норм і вимог конкурентного регулювання. Такі заходи застосовують як на рівні ООН (ЮНСІТРАЛ, ЮНКТАД тощо), так і на регіональному рівні (у рамках ЄС, НАФТА, АСЕАН), а також двосторонньому рівні (що підтверджує укладання двосторонніх договорів, зокрема, між США та Канадою, Німеччиною та Австралією тощо).

Фактично під впливом активного екстериторіального поширення антитрестівського законодавства США, що лягло в основу в подальшого розвитку національних доктрин про поширення національної юрисдикції у справах щодо порушення конкуренції, найбільш активного поширення доктрина набула у правопорядку Європейського Союзу. Наприклад, справи *Microsoft*²⁴⁵, *Intel*²⁴⁶, також розпочате 2013 року розслідування Комісії проти *Газпрому* щодо зловживання ним

²⁴⁴ Див. : Layton A. Extraterritorial Jurisdiction European Responses. *Houston Journal of International Law*. 2004. Vol. 26. P. 300-322.

²⁴⁵ Див. : Case T-167/08 Microsoft Corp. v. European Commission. *European Court Review*. 2012; Case T-201/04 R Microsoft v. Commission. *European Court Review*. 2004. II. 4463.

²⁴⁶ Див. : Case T-457/08 R Intel Corporation Inc. v. Commission of the European Communities. *European Court Review*. 2009. II. 00012.

домінуючим становищем та винесене повідомлення від 2015 року²⁴⁷, за результатом якого 2017 року було підписано Положення про зобов'язання (*statement of objections*)²⁴⁸ без винесення рішення про порушення Газпромом правил конкуренції ЄС.²⁴⁹ У документі екстериторіальність права Європейського Союзу ґрунтується, перш за все, на "доктрині впливу" та "доктрині національності"²⁵⁰.

Доктрина впливу, зокрема, передбачає, що норми права ЄС можуть регулювати поведінку суб'єктів внутрішнього права третіх країн, якщо їхня діяльність впливає або може впливати на економічні відносини у межах ЄС. Застосування доктрини прямо передбачає навіть ст. 101 ДФЄС: така діяльність може "впливати на торгівлю у межах держав-членів".

Доктрину неодноразово було застосовано у практиці Суду ЄС²⁵¹. Її також було використано Судом при вирішенні справ й щодо порушення ст. 101 і 102 ДФЄС (тобто не тільки щодо антиконкурентної поведінки підприємств, що укладають угоди, але й щодо форми зловживань домінуючим становищем). До того ж, із 2000 року Комісія ЄС почала використовувати "доктрину впливу" навіть у процесі використання повноважень щодо контролю над концентраціями. Комісія погрожувала заблокувати злиття американських компаній *Boeing* і *McDonnell Douglas*, оскільки, на її думку, воно могло негативно вплинути на тарифи на авіаперевезення на внутрішньому ринку.

Найбільш гучного галасу отримала судова справа проти *Microsoft*, яка фактично остаточно поставила крапку у доведенні екстериторіальності антимонопольного права Євросоюзу. Відповідно до рішення Суд ЄС підтримав позицію Комісії щодо зловживання компанією *Microsoft* своїм доміную-

²⁴⁷ Див.: https://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-4834_en.htm

²⁴⁸ Відповідно до ст. 9 Регламенту Ради ЄС 1/2003.

²⁴⁹ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/g2/gazprom_commitments.pdf

²⁵⁰ Див.: Fine T. *Merger and Joint Ventures in Europe. The Law and Policy of the EEC* / T. Fine. London, 1989.

²⁵¹ Див.: *Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs). European Court Review*. 1972. 619 p.

чим становищем. Компанія *Microsoft* до кінця не погоджувалася із рекордною сумою штрафних санкцій – 497,0 млн євро. 2006 року Комісія видає рішення про додаткові санкції – 280,5 млн євро як періодичні штрафні платежі за невиконання попереднього рішення. Починаючи із 2008 року, компанія підтримує судовий процес щодо зменшення розміру штрафних платежів. І вже 2012 року Суд ЄС остаточно виносить рішення про фіксування розміру штрафу за порушення ст. 102 ДФЄС – 860,0 млн євро.

Доктрина національності в праві Європейського Союзу дає змогу обґрунтувати його екстериторіальну дію щодо фізичних та юридичних осіб із ЄС, які вступають у ділові відносини із суб'єктами права третіх країн. Доктрину часто використовують перед регулюванням торговельної політики й політики експортного контролю (у політиці конкуренції її використовують не часто, на відміну від сфери експортного контролю та відносин, які пов'язані із застосуванням санкцій проти третіх країн).

Зважаючи на позитивну прецедентну практику ЄК і Суду ЄС, можна виявити дві правові підстави, за наявності яких Комісія може володіти екстратериторіальною юрисдикцією щодо ймовірних картельних діянь, які вчинено за межами Союзу: місце вчинення порушення (конкуренти – члени картелю передбачають реалізацію ймовірної антиконкурентної практики на території Євросоюзу); ефект від антиконкурентних дій на території ЄС.

Таким чином, принцип екстериторіальності поширений на наступні підгалузі антимонопольного права Європейського Союзу:

- правове регулювання угод, що обмежують конкуренцію;
- заборона зловживання домінуючим становищем;
- контроль над злиттями та поглинаннями.

Вирішального значення для становлення принципу екстериторіальності набули ст. 101 і 102 ДФЄС. Зокрема, у ст. 102 зазначено, що "є несумісними із внутрішнім ринком та заборонені будь-які угоди між підприємствами, будь-які

рішення об'єднань підприємств і будь-які види узгодженої практики, які здатні зачіпати торгівлю між державами-членами та мають на меті або результатом створення перешкод для конкуренції у рамках внутрішнього ринку, її обмеження чи спотворення"²⁵². Застосування статті залежить не від місця, де угоду було укладено, а винятково від місця, де домовленість було реалізовано. Судовою практикою також було визначено, що несуттєвим у зв'язку з цим є обставина, згідно з якою сторони вдавалися до послуг дочірніх компаній, агентів або філій в ЄС.

У судовій практиці ЄС наразі наявна ціла низка справ, у рішеннях щодо яких обґрунтовано доцільність використання принципу екстериторіальності у праві ЄС.

У ст. 101 ДФЄС не уточнено, чи діє вона щодо антиконкурентної поведінки за межами ЄС. Інші статті ДФЄС також не містять чітко сформульованого положення про можливість екстериторіального застосування режиму конкуренції ЄС. Тим не менш, відповідно до прецедентної практики Комісії, існує дві потенційні правові підстави, за наявності яких Комісія має право наполягати на екстериторіальній юрисдикції передбачуваних антиконкурентних дій, які встановлено за межами ЄС:

- доктрина місця здійснення має на меті реалізацію передбачуваної антиконкурентної практики на території ЄС;
- доктрина ефекту обмежена наявністю економічного ефекту від антиконкурентних дій на території ЄС²⁵³.

Найбільш значимим прикладом екстратериторіального застосування правил конкуренції ЄС є рішення Суду ЄС у справі про целюлозні картелі (*Ahlstrom проти Комісії*). Комі-

²⁵² Установчі договори ЄС: Договір про Європейський Союз і Договір про функціонування Європейського Союзу від 25.03.57 (у редакції Лісабонського договору). Реж. доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>; українською мовою: Зібрання актів європейського права. 2013.

²⁵³ Див. : Demetrius A. M.-A. Floudas. The Extraterritorial Application of EU Competition Law: A contribution to the study of EU Law in Russia. Реж. доступу: <http://www.andrianopoulos.gr/xmsAssets/File/Home/THE-EXTRATERRITORIAL-APPLICATION.pdf>

сія прийняла рішення щодо виробників целюлози, які зареєстровані в Канаді, США, Швеції, Фінляндії, Норвегії, Португалії та Іспанії, тобто за межами Європейського економічного співтовариства, що існували на той момент. Рішення було оскаржене на тій підставі, що Комісія неправильно визначила зону дії законодавства ЄС про конкуренцію. У § 16 цієї справи Європейський суд установив критерій, що визначає можливість застосування законодавства ЄС про конкуренцію: "Необхідно зазначити, що порушення статті 81 (нині – ст. 101 ДФЄС) є наслідком поведінки, яка включає дві складові: формування угоди, рішення або узгоджених дій і їх здійснення. Якби дія заборонних положень, що передбачені Законом про конкуренцію, була поставлена в залежність від місця формування угоди, рішення або узгодженої практики, то підприємства мали б реальну можливість легко обійти ці заборони. Таким чином, вирішальним фактором є місце їх здійснення"²⁵⁴.

У деяких випадках Комісія може вийти за межі юрисдикції, що визначена у справі про целюлозні картелі, керуючись так званою доктриною ефекту (справа *Gencor*). У її рамках Комісія теоретично має право відстоювати свою юрисдикцію над угодами/діями, що призводять до виникнення економічного ефекту на території ЄС.

Критерій наявності ефекту Комісія використовувала раніше при прийнятті рішень зі справ про картелі у межах її екстериторіальної юрисдикції. Крім того, цей критерій позначено у відповідних Роз'ясненнях Комісії як альтернативна правова підстава для підтвердження юрисдикції. § 100 Роз'яснень Комісії, що присвячений впливу на концепцію торгівлі, містить наступне зауваження: "Статтю 81 (нині ст. 101 ДФЄС) застосовують, незалежно від місця розташування підприємства або місця укладення угоди, за умови, що відповідна угода або дії здійснено у межах Європейського

²⁵⁴ Cases 89, 104, 114, 116, 117 і 125-129/89 A. Ahlström Osakeyhtiöm v. Commission (Wood Pulp II). *European Court Review*. 1993. I. 1307.

співтовариства або вони породжують наслідки на території держав-членів"²⁵⁵. Справа стосувалася злиття компанії *Gencor*. На думку Суду, "застосування Регламенту про злиття є виправданим у контексті міжнародного публічного права в тому випадку, коли можна стверджувати, що ймовірна концентрація призведе до негайних суттєвих наслідків для Європейського співтовариства"²⁵⁶.

Доктрина місця здійснення – усталений принцип у праві ЄС. Якщо, наприклад, українська компанія веде антиконкурентну діяльність за межами ЄС, а потім реалізує пов'язані з нею товари або послуги безпосередньо на території ЄС, то її може бути притягнуто до відповідальності у рамках чинного в ЄС режиму конкуренції. Крім того, на підставі доктрини відповідальності материнського товариства українські підприємства також можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення законодавства ЄС про конкуренцію їх дочірніми товариствами, що базуються на території ЄС, у тих випадках, коли українські материнські компанії здійснюють "домінуючий вплив" на такі дочірні товариства.

Однією із найбільш показових щодо виявлення екстериторіальної дії права конкуренції ЄС була справа *Dyestuffs* 1969 року. Європейська комісія наклала штраф на виробників продукції із країн ЄС, у тому числі за межами Європейського Союзу. Суд ЄС зазначив, що материнські та дочірні компанії утворюють єдине підприємство в економічному сенсі. Це означає: якщо материнська фірма із країни, що не є членом ЄС, має дочірню компанію у межах ЄС, то цього достатньо для застосування ст. 81 (нині – ст. 101 ДФЄС). Діяльність на території ЄС компаній у вигляді посередників, філій тощо дала ЄС територіальну прив'язку, яка забезпечила поширення юрисдикції ЄС на всю структуру, незважаючи на те, що її частина не розташована в ЄС.

²⁵⁵ Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty. *Official Journal*. 27.04.2004. P. 81-96.

²⁵⁶ Case T-102/96 *Gencor v. Commission*. *European Court Review*. 1999. II. 753.

На сьогодні поки що відсутня широка практика винесення судових рішень за юрисдикцією Європейського Союзу в справах про порушення норм конкуренції, в яких бере участь *український елемент*. Першою такою справою можна назвати рішення Суду ЄС в преюдиційному порядку розгляду від французького апеляційного суду м. Версаля у справі *Javico* проти *Yves Saint Laurent* 1998 року²⁵⁷. Однак, вона стосувалася українських суб'єктів господарювання лише опосередковано (справа щодо заборони на експорт косметичної продукції, яку було накладено на дистриб'юторів в Україні та Росії). Суд ЄС визначив необхідність проведення додаткового аналізу для з'ясування питання: чи впливатиме така заборона на можливий розподіл ринків, що прямо заборонено нинішньою п. 1 ст. 101 ДФЄС, і дійшов висновку: якщо йтиметься про заборону реекспорту продукції на внутрішній ринок ЄС, то матиме місце встановлена заборона.

Ще однією справою Суду ЄС у сфері дотримання правил конкуренції, де фігурує український суб'єкт господарювання, стала справа *ISD Polska sp. z o.o. and Others v. European Commission*, винесена Судом ЄС 2011 року у порядку апеляції²⁵⁸, щодо оспорування законності надання державної допомоги підприємствам, які створено в порядку реорганізації. Тут фігурувало польське підприємство *ISD Polska sp. z o.o.* та українське підприємство *Індустріальний Союз Донбасу*. Вони не довели, що отримання державної допомоги від польського уряду на розбудову вугільної промисловості є сумісним із вимогами внутрішнього ринку ЄС.

Так чи інакше, можна припустити, що подальша лібералізація торгівлі між Україною, ЄС і країнами Європейської асоціації вільної торгівлі зумовить українські підприємства керуватися нормами конкуренції, що передбачають ст. 101 і 102 ДФЄС.

²⁵⁷ Див. : Case C-306/96 *Javico v. Yves Saint Lauren*. *European Court Reports*. 1998. I. 1983.

²⁵⁸ Див. : Case C-369/09 P *ISD Polska sp. z o.o. and Others v. European Commission*. *European Court Reports*. 2011. I. 02011.

В українському законодавстві також передбачено можливість екстериторіального застосування правил конкуренції. Частина 2 ст. 2 визначає сферу дії Закону України "Про захист економічної конкуренції" у просторі – конкурентні відносини на території України. При цьому Закон застосовують також до відносин, що відбуваються за межами України, але впливають чи можуть вплинути на економічну конкуренцію на території України. На практиці це означає, що іноземні суб'єкти господарювання можуть бути притягнені до відповідальності, наприклад, у випадках концентрації без отримання попереднього дозволу АМКУ на концентрацію. Зокрема, у квітні 2017 року було оштрафовано компанію *Apollo Management, L.P.* (США) за вчинення порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді здійснення концентрації шляхом опосередкованого, через інвестиційні фонди, придбання акцій компанії *Warrior Met Coal, LLC* (США), що забезпечує перевищення 25 % голосів у вищому органі управління компанії, без отримання відповідного дозволу органів Антимонопольного комітету України, наявність якого необхідна. Тому іноземні суб'єкти господарювання мають ретельно перевіряти необхідність отримання певних дозволів на території України та дотримувати українського антимонопольного законодавства.

За сутністю стаття віддзеркалює принцип екстериторіального застосування законодавства про захист економічної конкуренції, що відомий у міжнародному праві.

Теми для аналізу

1. Порівняйте застосування доктрини ефектів у США та екстериторіальність у праві ЄС.
2. Екстериторіальне застосування конкуренційного права Євросоюзу: доктрина ефекту.
3. Судові справи екстериторіального застосування норм конкуренції (аналіз справи *Microsoft, Intel*).

4. Територіальне застосування конкуренційного права Євросоюзу. Спеціальний статус територій на основі особливих угод (Гренландія з 1985 р., Фарерські острови, Канальські острови, Острів Мен та суверенна територія Великої Британії на Кіпрі). Території, що виключені зі сфери застосування конкуренційного права Євросоюзу (Сан-Марино, Монако, Ліхтенштейн та Андорра).

5. Екстериторіальне застосування конкуренційного права: підхід США та Євросоюзу. Наведіть приклади судових справ екстериторіального застосування норм конкуренції (аналіз справи *Microsoft, Intel*).

Розділ 10

"Європеїзація" конкурентного права України

У праві ЄС розроблено принципи правового регулювання державного втручання на наднаціональному рівні, яким має відповідати національне законодавство держав – членів ЄС, а також країн, що створили зону вільної торгівлі з ЄС.

Екстериторіальність права конкуренції Євросоюзу²⁵⁹ зумовлює поширення дії його норм на правопорядки третіх країн. Можна спостерігати процеси "європеїзації" права конкуренції у світі за рахунок запозичення норм права ЄС органами державної влади та судами третіх країн. Через посилення глобалізації, лібералізації торгівлі та відкриття національних ринків забезпечення добросовісної конкуренції в умовах ринкової економіки стає першочерговим завданням не тільки для внутрішньонаціонального, а й для міжнародно-правового регулювання.

Розробці Закону України "Про захист економічної конкуренції" передувало ґрунтовне вивчення значної кількості аналогічних законів країн Східної, Центральної і Західної Європи, законодавства країн – членів СНД (більш ніж сторічний досвід застосування антитрестовського законодавства США, п'ятдесятирічний досвід Німеччини, законодавство ЄС у сфері захисту конкуренції і практика його застосування генеральним директором і Судом ЄС)²⁶⁰.

Конкурентне законодавство України постійно розвивається, удосконалюється система та інституційна структура антимонопольних органів, розширюється сфера застосування конкурентного законодавства та права, формуються нові

²⁵⁹ Див. : Смирнова К.В. Екстериторіальна дія права Європейського Союзу: досвід для України. С. 153-159.

²⁶⁰ Див. : Удалов Т. Г. Конкурентне право.

норми та інститути конкурентного права. Перше десятиліття XXI ст. істотно змінило підходи до регулювання відносин у сфері конкуренції. Економіка України перестала бути закритою, почався процес прискореної глобалізації економічних і соціальних зв'язків, що привело до необхідності вдосконалення конкурентного законодавства України щодо контролю за угодами та змовами між підприємцями, зокрема, щодо прихованих картельних змов, обміну інформації між суб'єктами господарювання, контролю процесів економічної концентрації, державного регулювання у сфері публічних закупівель і державної допомоги.

2012 року Кабінет Міністрів України схвалив Концепцію Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2014-2024 роки²⁶¹, в якій уперше офіційно сформульовано основні проблеми із забезпечення розвитку конкуренції і методи та шляхи їх розв'язання. Метою концепції є розвиток конкуренції на товарних ринках як засобу забезпечення сталого економічного зростання, покращення умов їх ефективного функціонування, удосконалення механізму державного регулювання таких ринків. Запропоновано три варіанти досягнення поставленої мети:

Перший – передбачає проведення структурної демонополізації, зокрема тієї, що пов'язана зі зміною відносин власності.

Другий – передбачає проведення подальшої лібералізації доступу іноземних суб'єктів господарювання на вітчизняний ринок.

Третій – є оптимальним варіантом розв'язання проблеми розвитку конкуренції і передбачає виконання центральними та місцевими органами виконавчої влади, державними органами, що здійснюють регулювання в окремих сферах діяльності, та органами місцевого самоврядування комплексу заходів, що спрямовані на розвиток конкуренції, її захист та обмеження монополізму. Ці заходи є невід'ємними скла-

²⁶¹ Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми розвитку конкуренції на 2014-2024 роки : Розпорядження КМ України № 690-р від 19.09.12. *Офіційний вісник України*. 2012. № 71. С. 196.

довими антимонопольно-конкурентної політики, тому досягнення мети Програми можливе лише за умови їх комплексного здійснення.

Відправною точкою розробки концепції стало визначення проблем, які заважають розвитку конкуренції. Їх було виявлено та систематизовано за результатами наукових досліджень, практики правозастосування та досліджень стану відповідних ринків, що здійснювалися АМКУ.

Зважаючи на положення спеціальних законів, що регулюють відносини конкуренції в Україні, слід зазначити, що на початку ХХІ ст. наголос у здійсненні антимонопольно-конкурентної політики в Україні перенесено з обмеження монополізму в економіці на розвиток і захист реальної конкуренції. За сутністю, на сучасному етапі становлення українського законодавства про конкуренцію полягає у поєднанні заходів з лібералізації економічних секторів, що перебувають у стані природної монополії, із вдосконаленням правових механізмів регулювання діяльності природних монополістів і механізмів захисту реальної і потенційної конкуренції.

Виходячи з конституційних приписів (абз. 4 ст. 13; абз. 3 ст. 42 Конституції України), можна узагальнити основні *принципи конкурентно-антимонопольної політики в Україні*.

Перший принцип – розвиток економічної конкуренції та обмеження монополізму у господарській діяльності є обов'язковими елементами державної політики.

Другим принципом є обов'язковість усіх органів державної влади (законодавчих, виконавчих і судових) **забезпечувати реалізацію конкурентної політики** (функціями законодавчої влади є забезпечення прийняття законів, що необхідні для розвитку та захисту конкуренції):

- органи виконавчої влади, місцевого самоврядування та адміністративно-господарського управління й контролю мають забезпечувати реалізацію конкурентної політики;
- спеціальний орган – Антимонопольний комітет України – бере участь у формуванні конкурентної політики та її реалізації.

лізації у частині здійснення контролю за дотриманням законодавства;

- судова влада забезпечує захист прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які порушені внаслідок обмежень конкуренції, здійснює судовий контроль за застосуванням законодавства, правильністю й адекватністю рішень АМКУ²⁶².

Третій принцип розвитку конкурентної політики в Україні пов'язаний із поступовою гармонізацією законодавства до права Європейського Союзу та міжнародної практики у сфері конкуренції. Процеси гармонізації українського антимонопольного законодавства до права Євросоюзу розпочалися із прийняттям Закону України "Про захист економічної конкуренції". Однією із перспективних сфер, яка підлягає гармонізації, було визначено конкуренцію. У подальших двосторонніх документах між Україною та ЄС було наголошено на вдосконаленні конкурентного середовища. Таким чином, усі подальші нормативно-правові акти України було прийнято з урахуванням приписів права ЄС.

В українському законодавстві картельні змови мають назву антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, під якими розуміють узгоджені дії, які стосуються:

- установа цін чи інших умов придбання або реалізації товарів;
- обмеження виробництва ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними;
- розподілу ринків чи джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи придбання за колом продавців, покупців або споживачів чи за іншими ознаками спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів;

²⁶² Закон України "Про захист економічної конкуренції" : Коментар на основі порівняльного аналізу з правилами конкуренції Європейського Союзу". Київ : Альфа-Прайм. 2006. С. 93-94

- усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців;

- застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх у невідгідне становище у конкуренції укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмету цих угод;

- суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин.

Синонімом картелю в українському законодавстві також є поняття *неправомірних угод або погоджених дій*, під якими ст. 30 Господарського кодексу України розуміє угоди або погоджені дії, спрямовані на:

- установлення/підтримання монопольних цін/тарифів, знижок, надбавок/доплат, націнок;

- розподіл ринків за територіальним принципом, обсягом реалізації чи закупівлі товарів, їх асортиментом або за колом споживачів чи за іншими ознаками – з метою їх монополізації;

- усунення з ринку або обмеження доступу до нього продавців, покупців, інших суб'єктів господарювання.

Аналіз ст. 5-6 Закону "Про захист економічної конкуренції" дає змогу простежити відповідність побудови структури антимонопольного законодавства за зразком права ЄС: форми здійснення антиконкурентних узгоджених дій (угоди, рішення та узгоджена практика), віддзеркалені необхідні умови для визнання недійсними узгоджених дій, які мають на меті чи стають наслідком недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.

Варто ще раз окремо зазначити, що одним із ключових елементів заснування зони вільної торгівлі між Україною та ЄС стає правове регулювання конкуренції, що прямо передбачено в самому тексті угоди.

У преамбулі до Угоди про асоціацію зазначено, що ключовим фактором для економічної модернізації і реструктуризації стає заохочення та стимулювання конкуренції. Поряд зі зменшенням або скасуванням мит на товари, збори та інші еквівалентні платежі протягом перехідного періоду (максимум 10 років, згідно зі ст. 25 УА) Угодою передбачено надання національного режиму для товарів, що означає відкриття національних ринків. Для того, аби загальний баланс вигод і витрат лібералізації транскордонного пересування факторів виробництва виявився корисним країні, їй не обійтися без особливих дій у рамках національної економічної політики.

Таким чином, Угодою особливо позначено сферу конкуренції, де передбачено прийняття змін до національного законодавства України з метою функціонування відкритих ринків "за єдиними правилами". Причому, зміст положень про поглиблену та всеосяжну зону вільної торгівлі між ЄС та Україною, що наявний у ч. IV УА, ілюструє, що угода не лише охоплює традиційні аспекти ЗВТ, такі як доступ до ринку товарів, але також включає державні закупівлі, права інтелектуальної власності, конкуренцію, енергетику тощо. Серед усіх сфер, що супроводжують заснування поглибленої і всеосяжної зони вільної торгівлі, слід виділити саме сферу конкуренції. Це єдина сфера відносин, в якій передбачено виконання чітких вимог щодо імплементації конкретних норм (які вказані в самому тексті Угоди), без відсилання до додатків (які, між іншим, можуть стати об'єктом перегляду Радою асоціації або Комітетом асоціації), що є свідченням ключової ролі конкуренції у забезпеченні ефективного функціонування зони вільної торгівлі.

У цілому процес правового регулювання конкуренції в Україні ще на початку 2000-х років відбувався з урахуванням європейського досвіду. Це пов'язано з існуванням низки двосторонніх документів, які проголошували проведення гармонізації українського законодавства до вимог права ЄС. Наприклад, Закон України "Про захист економічної конку-

ренції" було розроблено з метою максимального наближення законодавства України до права Євросоюзу у цій сфері.

У цілому норми Закону, у результаті якого було об'єднано правові механізми недопущення монополізму та захисту від недобросовісної конкуренції, було розроблено в огляду на практику застосування норм права Євросоюзу (зокрема, ст. 101-109 ДФЄС, що залишаються незмінними з моменту підписання Римських договорів). До Закону постійно вносили зміни (за "європейським зразком", зважаючи на практику їхнього застосування інститутами ЄС), які було спрямовано на вдосконалення системи контролю за дотриманням норм конкуренції.

У процесі боротьби із картельними змовами законодавець прийняв позитивну європейську та американську практику застосування програми пом'якшення відповідальності. Зокрема, в Україні, разом із прийняттям 2001 року Закону України "Про захист економічної конкуренції", також було запроваджено інститут "Leniency". Наприклад, у ч. 5 ст. 6 Закону про захист конкуренції передбачено, що особа, яка вдалась до антиконкурентних узгоджених дій, але раніше за інших учасників цих дій добровільно повідомила Антимонопольний комітет України про порушення та надала інформацію, що має суттєве значення для прийняття рішення у справі, має бути звільнена від відповідальності, яку передбачає законодавство (штраф до 10 % від виручки порушника за останній фінансовий рік). У зв'язку з цим Антимонопольний Комітет України у червні 2012 року прийняв Порядок звільнення від відповідальності²⁶³, що деталізує можливість звільнення від відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій суб'єктами господарювання, відповідно до п. 5 ст. 6 Закону. За сутністю, це імплементація до українського законодавства нового юридичного поняття

²⁶³ Див. : Про встановлення порядку звільнення від відповідальності : Розпорядження АМК України № 399-р від 25.06.12. *Офіційний вісник України*. 2012. № 73. С. 206.

leniency policy, що відомий в європейській практиці під терміном *політика поблажливості*.

Разом із тим, за системою *Leniency* в Україні за останні 10 років було звільнено від відповідальності лише кілька порушників (в основному, установи державної влади), а картельні справи не були резонансними. Причинами низької ефективності цієї системи в Україні є в основному відсутність законодавчих гарантій отримання пом'якшення відповідальності (у т. ч. кримінальної) за участь у картелі, низькі суми накладених штрафів та "економічна доцільність" для порушника продовження порушення, а згодом – оскарження можливого штрафу антимонопольного органу в суді, ніж припинення порушення та доведення участі конкурентів у картелі. Крім того, у випадках, за яких компанія вирішує добровільно звернутися до АМКУ за звільненням від відповідальності, виникає низка процедурних питань: як здійснити документування такого звернення; що станеться за одночасного звернення кількох компаній, як визначити "першість" звернення однієї із них; при зверненні за системою Програми пом'якшення відповідальності, які існують гарантії захисту від зловживань з боку АМКУ? А раптом національний конкурентний орган вважатиме, що наданих доказів існування картелю недостатньо, тоді компанія отримає штраф разом з іншими учасниками картелю? Очевидно, що ґрунтовний аналіз цих питань також не стимулює компанії до активного використання системи *Leniency*.

Процеси глобалізації економічного та соціального життя висунули проблеми створення ефективного механізму захисту конкуренції від будь-яких обмежень на якісно новий міжнародний рівень. Сьогодні напрями подальшого розвитку конкурентного законодавства визначено на міжнародному рівні²⁶⁴. Ратифікована Україною у вересні 2014 року Уго-

²⁶⁴ Див. : Бакалінська О.О. Розвиток конкурентного законодавства і права України в умовах європейської інтеграції // <https://coordynata.com.ua/rozwitok-konkurentnogo-zakonodavstva-i-prava-ukraini-v-umovah-evropejskoi-integracii>

да про асоціацію²⁶⁵ зумовлює відтворення та забезпечення ефективного конкурентного середовища у рамках створюваної зони вільної торгівлі. Тимчасове набуття чинності Угодою про асоціацію відбулося з 1 січня 2015 року. Після завершення всіх процедур ратифікації тексту міжнародного договору Угода про асоціацію набула чинності з 1 вересня 2017 року. Питанням правового регулювання конкуренції в Угоді про асоціацію присвячені ст. 253-267 (гл. 10 "Конкуренція" розд. IV "Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею").

Відносини асоціації вимагають більш поглибленого та досконалого процесу гармонізації антимонопольного права України до права Євросоюзу. Положення Угоди про асоціацію містять обов'язкові до виконання пункти.

У ст. 1 Угоди про асоціацію зазначено, що метою асоціації є *"запровадження умов для посилених економічних і торговельних відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС"*²⁶⁶. Основні принципи невикривленої конкуренції в умовах ринкової економіки є одними із ключових щодо поглибленої і всеосяжної зони вільної торгівлі в Угоді про асоціацію.

Статтею 254 Угоди про асоціацію затверджено принципи вільної і неспотвореної конкуренції у торговельних відносинах. Сторони визнають, що антиконкурентні господарські дії та операції потенційно можуть спотворити належне функціонування ринків і загалом зменшити позитивні наслідки лібералізації торгівлі. Саме ці принципи відтворюють правовий режим ст. 101 і 102 ДФЄС.²⁶⁷

²⁶⁵ Див. : Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони... Ст. 2021.

²⁶⁶ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони ... Ст. 2021.

²⁶⁷ Див. : Текст установчих договорів ЄС: офіційне видання: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>; українською мовою : Зібрання актів європейського права. Київ : Право України". 2013. Вип. 1 : Європейський Союз / упоряд. К.В. Смирнова. 2013. 1052 с.

Пунктами 1-3 ст. 256 Угоди про асоціацію передбачено чіткі посилання на акти ЄС, які мають бути імплементовані Україною, зокрема, Регламент № 1/2003 і Регламент Комісії (ЄС) № 330/2010 про застосування ст. 101(3) Договору до категорій вертикальних угод та узгоджених дій²⁶⁸. Це єдина сфера відносин, в якій передбачено виконання чітких вимог щодо імплементатії конкретних норм без відсилання до додатків, що свідчить про ключову роль конкуренції у забезпеченні ефективного функціонування зони вільної торгівлі.

За сутністю, положення Угоди в цьому аспекті є так званою "клаузулою щодо конкуренції". При цьому у договірній зовнішньополітичній практиці ЄС включення такої "клаузули" є звичною практикою²⁶⁹, що зумовлено необхідністю регулювання торговельних відносин ЄС із третіми країнами, відповідно до норм права ЄС, що характеризує екстериторіальність його застосування.

Сталими стають основні принципи забезпечення конкурентного середовища у торговельних відносинах між Україною та ЄС. Це підтверджує ст. 254 Угоди про асоціацію, де передбачено, що позитивні наслідки від лібералізації торгівлі можуть бути зменшені за рахунок антиконкурентної господарської практики.

Крім позитивних аспектів, які віддзеркалені в законодавстві України, Угода про асоціацію наголошує на існуванні правових прогалин у процесі імплементатії норм права конкуренції до національного законодавства України, а також терміни їх виконання. Важливо підкреслити ще раз, що в тексті Угоди (а не в додатках) містяться чіткі посилання на нормативні акти ЄС (регламенти), які мають бути включені до законодавства України. Основні прогалини в українському

²⁶⁸ Див. : Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices. P. 1-7.

²⁶⁹ Див. : Смирнова К.В. "Клаузула про конкуренцію" в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС. *Вісн. Львів. ун-ту. Міжнародні відносини*. 2015. Вип. 36. С. 35-40.

законодавстві, на яких наголошує Угода про асоціацію, слід поділити на аспекти матеріального та процесуального права.

Окрема ст. 256 Угоди про асоціацію присвячена *матеріальним аспектам наближення законодавства України до права Євросоюзу у сфері захисту конкуренції і термінам її виконання*. Умовно такі матеріальні вимоги можна згрупувати, відповідно до сфери, до якої вони належать, зокрема: правовий режим антиконкурентних узгоджених дій, контроль над концентрацією, діяльність державних монополій і державна допомога.

Першою умовою вдосконалення матеріальних норм українського законодавства є його наближення у сфері регулювання режиму *винятків із антиконкурентних вертикальних угод*.

Статтею 256 УА (п.3) передбачено *імплементацию Регламенту №330/2010*. Він містить вимоги, відповідно до яких вертикальна угода між підприємствами може підпадати під винятки із загальної заборони.

З метою імплементации положень Регламенту 330/2010 до українського законодавства 2017 року було затверджено *Типові вимоги до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання та внесення змін до Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України*²⁷⁰, до яких було внесено зміни 2018 року. Вимоги запроваджують новий термінологічний апарат, зокрема такі поняття, як активні та пасивні продажі, виняткове (ексклюзивне) постачання, вибіркова система постачання тощо.

Дозволено й не потребують дозволу органів Антимонопольного комітету України, відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону вертикальні узгоджені дії, які містять вертикальні обмеження. Для цілей застосування Типових вимог у випадках багатосторонніх вертикальних узгоджених дій, у межах яких

²⁷⁰ Див. : <https://amcu.gov.ua/npas/zatverdzhennya-tipovih-vimog-ta-vnesennya-zmin-do-vertikalnih-uzgodzhenih-dij-subyektiv-gospodaryuvannya-dlya-zagalnogo-zvinnennya-vid-poperednogo-oderzhannya-dozvolu>

суб'єкт господарювання купує контрактний товар в одного учасника узгоджених дій і продає його іншому учаснику цих узгоджених дій, частка такого суб'єкта господарювання на ринку контрактного товару не має перевищувати показник, що визначений у цьому підпункті, як постачальника, так і покупця:

- ринкову частку постачальника на ринку однорідних товарів розраховують на основі даних про обсяг ринкових продажів, а ринкову частку покупця – на основі даних щодо обсягу закупівель у натуральному виразі;

- ринкову частку постачальника на ринку неоднорідних товарів розраховують на основі даних про вартість ринкових продажів, а ринкову частку покупця – на основі даних щодо вартості закупівель у грошовому виразі.

За відсутності даних щодо обсягу (вартості) ринкових продажів або обсягу (вартості) закупівель для визначення ринкових часток відповідних суб'єктів господарювання можуть використовувати розрахунки, що ґрунтуються на іншій інформації про ринок, зокрема, про обсяги продажу та закупівель на ринку:

- ринкові частки розраховують на основі даних за календарний рік, що передує року, в якому здійснено розрахунок;

- ринкова частка постачальника включає товари, що постачають покупцям, які пов'язані із постачальником відносинами контролю, з метою подальшого продажу;

- якщо частка постачальника або покупця на ринку, на якому продається контрактний товар, що первинно не перевищувала 30 %, у подальшому перевищила цей показник, становлячи не більше 35 %, то положення абзацу першого цього пункту продовжують поширюватися на такі вертикальні узгоджені дії протягом двох років після року, в якому 30-відсоткове значення ринкової частки було перевищено вперше;

- якщо частка постачальника або покупця на ринку, яка первинно не перевищувала 30 %, у подальшому перевищила 35 %, то положення абзацу першого цього пункту продов-

жують поширення на такі вертикальні узгоджені дії протягом одного року після року, в якому поріг у 35 % було перевищено вперше;

- продовження дії положень абзацу першого цього пункту, передбачене абзацами шостим, сьомим підпункту 1 цього пункту, не може бути поєднане таким чином, щоб його сукупний термін перевищував два календарні роки.

За дотримання умов абзацу першого підпункту 1 цього пункту положення абзацу першого цього пункту поширюються на: вертикальні узгоджені дії між об'єднанням суб'єктів господарювання та його учасниками або між таким об'єднанням та його постачальниками, якщо всі учасники такого об'єднання є роздрібними продавцями товарів і до складу об'єднання не входить принаймні один суб'єкт господарювання, обсяг реалізації якого в Україні (без урахування податків, зборів (обов'язкових платежів) з урахуванням відносин контролю за останній фінансовий рік перевищує суму, еквівалентну 25,0 млн євро, що визначена за офіційним валютним курсом Національного банку України, який діяв в останній день фінансового року.

Положення абз. 1 цього пункту залишаються чинними, якщо зазначений вартісний поріг обсягу реалізації перевищено протягом будь-яких двох років поспіль, але не більш ніж на 10 %. Положення абз. 1 цього пункту не поширюються на горизонтальні узгоджені дії між членами об'єднання суб'єктів господарювання та рішення, що прийняті таким об'єднанням. За дотримання умов абз. 1 підп. 1 цього пункту положення абз. 1 цього пункту поширюються на вертикальні узгоджені дії, які містять положення щодо надання покупцю або використання ним прав інтелектуальної власності, якщо:

- такі положення не є основним предметом зазначених угод (договорів) і прямо пов'язані з використанням, продажем чи перепродажем товарів покупцем або його замовниками;
- положення узгоджених дій стосовно контрактних товарів не містять обмежень конкуренції щодо того самого

предмета, що й обмеження конкуренції, на які положення цього пункту не поширюються в інших випадках.

Положення п. 1 цього розділу не поширюються на:

- *вертикальні узгоджені дії, укладені між конкуруючими суб'єктами господарювання.* Виняток із положень абз. 1 п. 2 цього розділу та абз. 1 цього підпункту становлять вертикальні узгоджені дії між конкуруючими суб'єктами господарювання, в яких постачальник не є водночас також покупцем свого покупця, а покупець – постачальником свого постачальника, і при цьому виконується одна з таких умов: (абз. 2 підп. 1 п. 2 розділу II зі змінами, що внесені згідно з розпорядженням АМКУ від 31.05.18 N 10-рп):

- постачальник одночасно виробляє та продає контрактні товари й товари, що утворюють із контрактними єдиний товарний ринок, а покупець не виробляє такі товари;

- постачальник продає товари на кількох рівнях торгівлі, а покупець продає товари на рівні роздрібної торгівлі й не конкурує із постачальником на рівнях торгівлі, де він придбаває контрактні товари;

- *вертикальні узгоджені дії, що містять жорсткі вертикальні обмеження, які прямо або опосередковано, самостійно чи в сукупності з іншими чинниками, на які справляють вирішальний вплив учасники таких дій, мають предметом:*

- обмеження здатності покупця визначати ціну реалізації контрактного товару, за винятком дій постачальника щодо визначення максимальної або рекомендованої ціни реалізації, якщо це не призводить до встановлення фіксованих або мінімальних цін реалізації унаслідок тиску з боку одного з учасників узгоджених дій або вигод (стимулів), запропоновані таким учасником;

- обмеження території (або кола замовників), у межах якої (або яким) покупець може продавати контрактний товар, крім обмежень стосовно місця розташування покупця. Виняток із положень абз. 1 п. 2 цього розділу та абз. 1, 3 цього підпункту становлять узгоджені дії, що містять обмеження лише: активних продажів покупцем контрактного товару винятковій групі замовників або на винятковій території,

щодо яких постачальник залишив за собою право виняткового продажу товару або надав це право іншому суб'єкту господарювання, якщо таке обмеження не призводить до скорочення обсягів продажу відповідного товару замовниками цього покупця; продажів товару кінцевим споживачам покупцем, що здійснює діяльність на рівні оптової торгівлі; продажів товару учасниками вибіркової системи постачання суб'єктам господарювання, яким постачальник не надавав права перепродажів товару на території, що закріплена постачальником, для функціонування цієї системи постачання; можливості покупця продавати компоненти виробу, які постачають для збирання цього виробу, замовникам, які використовуватимуть їх для виробництва виробів, подібних тим, що виробляє постачальник.

Положення п. 1 цього розділу не поширюються також на узгоджені дії, що прямо або опосередковано, самостійно чи в сукупності з іншими чинниками, на які вирішальний вплив справляють учасники таких дій, містять обмеження: активних і пасивних продажів товару кінцевим споживачам учасниками вибіркової системи постачання, які діють на ринку роздрібною торгівлі. Виняток із положень абз. 9, 10 цього підпункту становлять узгоджені дії, що передбачають можливість забороняти учаснику вибіркової системи постачання здійснювати діяльність із певного місця, на яке дозвіл відсутній. Положення п. 1 цього розділу не поширюються також на узгоджені дії, що прямо або опосередковано, самостійно чи в сукупності з іншими чинниками, на які вирішальний вплив справляють учасники таких дій, містять обмеження: перехресних поставок між покупцями – учасниками вибіркової системи постачання, у тому числі між покупцями, які діють на різних рівнях торгівлі; в угоді (договорі) між постачальником компонентів виробу та покупцем, що складає (збирає) їх, можливостей постачальника продавати компоненти виробу як запасні частини кінцевим споживачам чи суб'єктам господарювання, що надають послуги з ремонту або інші послуги з обслуговування відповідних виробів, яким покупець не доручив надання таких послуг щодо своїх товарів.

Зобов'язання не конкурувати, яке автоматично продовжується після спливу п'яти років, вважають таким, що укладено на невизначений термін. Виняток із положень абз. 1 п. 2 цього розділу та абз. 1 цього підпункту становлять випадки, за яких зобов'язання не конкурувати стосується реалізації покупцем контрактних товарів у приміщеннях та/або на території, які належать постачальнику на праві власності, або які постачальник орендує у третіх осіб, що не пов'язані з покупцем, за умови, що термін чинності зобов'язання не конкурувати не перевищуватиме терміну, протягом якого покупець займає ці приміщення та/або територію.

У сфері застосування практики антиконкурентних дій Угода про асоціацію наголошує на необхідності усунення прогалини в українському законодавстві щодо імплементації *порядку блокових винятків для угод із передавання технологій*, що передбачений Регламентом 772/2004²⁷¹. Варто зазначити, що в період підготовки УА до підписання в самому ЄС відбулися зміни та зазначений Регламент уже не діє. Із 1 травня 2014 року чинним є Регламент №316/2014²⁷², дія якого спливе 30 квітня 2026 року.

В українському законодавстві сфера регулювання трансферу технологій є новою, однак її регулює спеціальний Закон "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій", що прийнятий у новій редакції 2012 року²⁷³. Метою прийняття Закону є визначення правових, економічних, організаційних і фінансових засад державного регулювання діяльності у сфері трансферу технологій. Його спрямовано на забезпечення ефективного використання

²⁷¹ Див. : Commission Regulation (EU) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements. *Official Journal*. 2004. L. 123. P. 11-17.

²⁷² Див. : Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements. *Official Journal*. 2014. L. 93. P. 17-23.

²⁷³ Про внесення змін до Закону України "Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій" : Закон України № 5407-VI від 02.10.12. *ВВР України*. 2013. № 47. С. 644.

науково-технічного та інтелектуального потенціалу України, технологічності виробництва продукції, охорони майнових прав на вітчизняні технології і/або їх складові на території держав, де заплановано або здійснюється їх використання, розширення міжнародної науково-технічної співпраці у цій сфері. Поза увагою Закону залишаються питання укладання угод про трансфер технологій з погляду дотримання норм конкуренції. Навіть саме визначення поняття угоди про трансфер технологій дано занадто узагальнено та розпливчасто: договір про трансфер технології – договір, що укладено у письмовій формі між особами, яким належать і/або яким повністю чи частково передаються майнові права на технологію або її складові (ст. 1 Закону). У Регламенті 2014 року дано більш повне визначення регулювання угод про трансфер технологій і, найголовніше, такі угоди виводять із загальних заборон ст. 101 (п.1) ДФЕС, як передбачено у ст. 2 Регламенту. Однак при цьому в Регламенті є спеціальні умови для отримання режиму винятків із заборони, якими є не перевищення 20 % частки ринку для вертикальних угод, не перевищення 30 % частки ринку для горизонтальних угод (ст. 3 Регламенту). Крім того, чітко регламентовано випадки, на які не розповсюджується режим винятків (т. зв. *hard core restrictions*), зокрема, за випадків фіксування ціни перепродажу продукту третій стороні, розподілу ринку збуту продукту, а також обмеження виробництва продукту, якщо його виконують під замовлення або передають на умовах взаємності (*reciprocal agreement*).

Проведений аналіз свідчить, що українське законодавство не врегульовує питання укладання договорів про трансфер технологій. Єдиний аспект, що врегульовано Законом, – це порядок передавання майнових прав на технології, які створено за бюджетні кошти (ст. 11).

2018 року було затверджено Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання у сфері трансферту технологій²⁷⁴.

²⁷⁴ Див. : <https://amcu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-tipovih-vimog-do-uzgod-zhenih-dij-subyektiv-gospodaryuvannya-u-sferi-transfertu-tehnologij>

Наступним аспектом удосконалення матеріальних норм регулювання конкуренції є *контроль за концентраціями*. Угода про асоціацію містить додаткові вимоги щодо вдосконалення правового регулювання контролю за концентраціями. Наприклад, ст. 256 (п. 2) Угоди містить посилання на окремі статті Регламенту 139/2004²⁷⁵ (ст. 1 і 5 (1) і (2)), що мають бути імplementовані до національного законодавства протягом трьох років із моменту набуття чинності Угоди.

Вимоги Угоди про асоціацію повністю змінюють фінансові та економічні показники концентрації, яка підлягає обов'язковій "авторизації" антимонопольним органом. Отже, установлені ще на початку 2000-х років порогові значення та процедури є застарілими та не відповідають потребам сьогодення у частині забезпечення ефективного балансу між необхідністю здійснення попереднього контролю за економічними концентраціями з метою запобігання обмеженню конкуренції, монополізації товарних ринків і тими витратами та адміністративними обмеженнями, які створює для бізнесу така процедура попереднього контролю. Можна припустити, що гармонізація режиму контролю за концентраціями насамперед спрямована на зменшення кількості звернень суб'єктів господарювання за дозволом, а зусилля конкурентного відомства мають бути зосереджено на тих транзакціях, які дійсно можуть суттєво змінити структуру ринку на тривалий час. Наприклад, на виконання цього положення прийнято зміни до Закону України "Про захист економічної конкуренції" (26.01.16)²⁷⁶ щодо підвищення ефективності системи контролю за економічними концентраціями, які набули чинності 18.05.16. Закон запроваджує дворівневу модель контролю за концентраціями:

- *перший рівень* спрямовано на контроль за концентраціями за участі великих українських компаній, сукупний річний

²⁷⁵ Див. : Council Regulation (EC) No.139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings ... Р. 1-22.

²⁷⁶ Див. : Про внесення змін до Закону України "Про захист економічної конкуренції" щодо підвищення ефективності системи контролю за економічними концентраціями : Закон України № 935-VIII від 26.01.16. *Голос України*. 18.03.16. №49.

обіг або сумарна вартість активів в Україні принаймні двох із яких перевищує 4,0 млн євро, при цьому їх сукупний обіг або вартість активів у світі становить більш ніж 30,0 млн євро;

- *другий рівень* – на контроль за концентраціями, що полягають у придбанні іноземними компаніями, світовий обіг яких перевищує 100,0 млн євро українських підприємств, показник обсягу реалізації яких перевищує еквівалент 8,0 млн євро в Україні (вартість активів при цьому до уваги не береться).

Закон також запроваджує норму, згідно з якою концентрація, учасником якої є іноземний суб'єкт господарювання та суб'єкт господарювання, що діє в Україні, потребуватиме одержання попереднього дозволу, якщо показник обсягу реалізації товарів учасника концентрації в Україні перевищує еквівалент 8,0 млн євро, а світовий товарообіг іноземної компанії перевищує 100,0 млн євро. Зважаючи на одночасне запровадження законопроектом спрощеної скороченої процедури розгляду таких концентрацій і встановлення порогових показників на такому високому рівні, цей підхід дозволяє;

- з одного боку, запобігти можливого обмеження конкуренції унаслідок поглинання потужних українських підприємств їх іноземними конкурентами або скуповування українських підприємств, що діють на одному ринку, офшорними компаніями;

- з другого, – покращити умови залучення іноземних інвестицій, вивільнивши з-під адміністративних процедур попереднього контролю незначні, як для транснаціонального рівня, концентрації.

Аналіз змісту ст. 2 Закону України про захист конкуренції дозволяє дійти висновку про те, що до сфери його застосування потрапляють ті економічні відносини, "що впливають чи можуть впливати на конкуренцію на території України"²⁷⁷. Ця норма імплементує так звану "доктрину ефекту", яка встановлює принцип екстериторіальності національ-

²⁷⁷ Про захист економічної конкуренції : Закон України № 2210-III від 11.01.01. *Офіційний вісник України*. 2001. № 7. С. 51.

ного законодавства щодо відносин, які, хоча і мають місце поза межами суверенної території держави, але можуть впливати на права та інтереси суб'єктів господарювання, споживачів на її території. Із цього питання АМК України висловлював позицію, згідно з якою національний режим контролю за концентраціями покликаний захищати не тільки існуючу, але й потенційну конкуренцію й дозволяє оцінити потенційний вплив концентрації закордонних суб'єктів господарювання на ринки в Україні.

Окремі вимоги містяться в Угоді щодо приведення діяльності державних монополій у відповідність до основних принципів антимонопольного права. Наприклад, ст. 258 Угоди містить зобов'язання протягом п'яти років із моменту набуття нею чинності узгодити діяльність державних монополій, які займаються господарською діяльністю, із принципом недискримінації, відповідно до умов добросовісної конкуренції товарів і суб'єктів господарювання.

З метою вдосконалення українського антимонопольного законодавства щодо відповідальності за правопорушення у сфері конкуренції Законом України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності" № 4025-УІ від 15.11.11, який набув чинності 18.01.12, внесено низку змін до Кримінального кодексу України, унаслідок яких було декриміналізовано антиконкурентні діяння, що передбачала ст. 228 кримінального закону: примушування до антиконкурентних узгоджених дій шляхом насильства чи заподіяння матеріальної шкоди або погрози застосування насильства чи заподіяння такої шкоди (а також такі самі дії, що вчинені організованою групою або особою, що раніше була судима за цей злочин). У результаті скасування кримінальної відповідальності за примушування вступу до картельної змови законодавцем доповнено Кодекс про адміністративні правопорушення ст. 166-18 "Примушування до антиконкурентних узгоджених дій", яка передбачає адміністративну відповідальність за вказані діяння.

З економіко-юридичної позиції така гуманізація є невинуватеною, головним чином, зважаючи на характер порушення та його прямий вплив на економіку держави й становище споживача та конкурентів, що, особливо у період глобальної економічної кризи, є неприпустимим. Отже, кримінальне законодавство України, на сьогоднішній день не передбачає кримінально-правової відповідальності за картельні змови та примушування до вступу до картельної змови, хоча вже тривалий час фахівці у сфері антимонопольного права обговорюють можливість внесення до кримінального закону змін, що спрямовані на криміналізацію картельної поведінки, що, за сутністю, є цілком виправданим в українських реаліях.

Поряд із цим зазначене питання має бути врегульоване щодо реалізації Програми пом'якшення покарання: якщо власники чи посадові особи компаній, що причетні до змови, беруть участь у цій Програмі й, відповідно, їх адміністративну відповідальність пом'якшено, то потрібно, щоби їх також було звільнено й від кримінальної відповідальності, адже збереження такої кримінально-правової санкції для учасників відштовхуватиме потенційних заявників від кроку щодо розкриття змови (оскільки ті, що отримали знижки від штрафів, зазнають кримінальної відповідальності).

На окрему увагу заслуговує сфера *правового регулювання державної допомоги*. Слід зазначити, що питання гармонізації цієї сфери піднімалося у Плані дій 2005 року та в Порядку денному асоціації. Угода про асоціацію найбільше уваги приділяє зобов'язанням щодо необхідності заповнення прогалини в українському законодавстві у сфері державної допомоги. Стаття 262 УА містить загальне правило, відповідно до якого "будь-яка допомога, що надається Україною або державами – членами Євросоюзу через державні ресурси, що викривлює або загрожує викривленню конкуренції шляхом створення переваг для певних підприємств чи виробництв, є несумісною з ефективним функціонуванням Угоди тією мірою, якою вона може вплинути на торгівлю між сторона-

ми"²⁷⁸. Саме такий принцип віддзеркалено у ст.107 ДФЄС, яка, одночасно із принципом несумісності державної допомоги із внутрішнім ринком Євросоюзу, містить положення, відповідно до яких державна допомога може бути визнана сумісною. За цією аналогією Угода про асоціацію також містить положення, відповідно до яких державна допомога є допустимою та може бути визнана допустимою. Це, зокрема, допомога, яку надають з метою:

- забезпечення споживачів соціально-важливими товарами за умови, що така допомога не є дискримінаційною стосовно місця походження товарів;

- відшкодування шкоди особам, які постраждали від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру.

Таку допомогу вважають допустимою (п. 2 ст. 262 Угоди).

Друга категорія винятків стосується таких видів допомоги, які надають з метою:

- сприяння соціально-економічному розвитку регіонів, рівень життя в яких є низьким або рівень безробіття – високим;

- виконання загальнодержавних програм або розв'язання соціальних та економічних проблем загальнонаціонального характеру;

- сприяння розвитку окремих видів господарської діяльності або суб'єктам господарювання, які проводять діяльність в окремих економічних зонах, якщо це не суперечить іншим чинним міжнародним договорам;

- підтримки та збереження національної культурної спадщини, вплив яких на конкуренцію є несуттєвим (п. 3 ст. 262 Угоди).

Відповідно до практики Євросоюзу друга група винятків відрізняється від попередньої тим, що для отримання такого винятку необхідною є не тільки відповідна нотифікація, але й дозвіл Єврокомісії, яка має виняткові повноваження щодо вирішення цього питання. Крім того, Угода зазначає

²⁷⁸ Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України. Ст. 2021.

необхідність запровадження правового механізму незначної допомоги, яка *a priori* не справляє значного впливу на торгівлю між сторонами. Згідно зі ст. 263 незначною є допомога, надана одному суб'єкту господарювання, сукупний розмір якого, незалежно від її форми та джерел, не перевищує 200,0 тис. євро за останні три роки. Зазначимо, що положення Угоди щодо правового регулювання державної допомоги тлумачать, відповідно до ст. 106, 107 і 93 ДФЕС та актів вторинного законодавства у цій сфері, у тому числі рекомендаційного характеру, про що прямо зазначено у ст. 264 Угоди.

На виконання вимог щодо необхідності гармонізації законодавства України до норм права Євросоюзу у сфері надання державної допомоги протягом п'яти років група експертів розробляла проєкт закону про державну допомогу. У серпні 2012 року до Верховної Ради України подано проєкт, а в липні 2014 року – прийнято Закон України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання"²⁷⁹, що спрямований на наближення до правил ЄС. Набуття чинності законом відбулося за три роки від дня його офіційного оприлюднення – 2 серпня 2017 року. Крім того, 2013 року було прийнято План заходів щодо проведення інституційної реформи у сфері моніторингу та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання²⁸⁰.

Для України запровадження правового регулювання державної допомоги є доволі новим явищем, яке ще не достатньо досліджено²⁸¹. До появи Закону України (2014) у чинному законодавстві України не було чіткого правового механізму регулювання державної допомоги та її моніторингу. Стаття 42 Конституції України передбачає чітке зо-

²⁷⁹ Див. : Про державну допомогу суб'єктам господарювання : Закон України № 1555-VII від 01.07.14. *Офіційний вісник України*. 2014. № 62. С. 14.

²⁸⁰ Див. : Про затвердження плану заходів щодо проведення інституційної реформи у сфері моніторингу та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання : Розпорядження КМ України № 102-р від 04.03.13. *Урядовий кур'єр*. 2013. № 62.

²⁸¹ Детальніше див. : Smyrnova, K. & Szyszczak, E. Modern Approaches to State Aid: Ukraine European State Aid Law Quarterly Volume 19, Issue 1 (2020) P. 8-18 DOI: <https://doi.org/10.21552/estal/2020/1/5>

бов'язання держави забезпечувати захист конкуренції у підприємницькій діяльності, що включає контроль за наданням державної підтримки, яка потенційно впливає на конкуренцію у цілому. Стаття 16 Господарського Кодексу України визначає можливість надання дотацій та інших засобів державної підтримки суб'єктів господарювання, натомість містить відсильну норму до спеціального закону, який би врегульовував відносини державної допомоги. Крім того, ст. 26 Господарського Кодексу містить правила щодо виняткових можливостей обмеження конкуренції, що також мають бути врегульовані окремим законом, як чітко визначено у п. 3 цієї статті. Законом України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" було внесено зміни до Господарського кодексу, замінено ст. 26 з "обмеження конкуренції" на "державну допомогу суб'єктам господарювання", яка чітко прописує відсильну норму до спеціального закону.

У рамках Закону України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" АМК України²⁸² визначено уповноваженим органом у сфері державної допомоги, а Кабінет Міністрів України наділено важливими функціями щодо звільнення від повідомлень.

Варто зазначити, що Закон України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" розробляли відповідно до норм права Євросоюзу. Норми законопроекту повністю відтворюють усі вимоги, які ставить Угода про асоціацію. Фактично із прийняттям Закону вимога ст. 267 Угоди щодо обов'язкової імплементації цієї сфери до національної правової системи протягом трьох років із моменту набуття нею чинності виконано. Відповідно до Закону України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" АМК України стає уповноваженим органом щодо:

- отримання повідомлень про нову державну допомогу від надавачів допомоги, прийняття їх до розгляду або відмови у їхньому розгляді;

²⁸² Дет. про діяльність АМКУ у сфері державної допомоги див. : <https://amcu.gov.ua/napryami/derzhavna-dopomoga>

- визначення належності до державної допомоги заходів із підтримки суб'єктів господарювання за рахунок державних чи місцевих ресурсів, оцінювання допустимості державної допомоги для конкуренції, прийняття рішень;

- збирання та проведення аналізу інформації про заходи із підтримки суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, вимагання від надавачів та отримувачів державної допомоги, їх посадових осіб інформації, у тому числі з обмеженим доступом, що необхідна для прийняття рішень (ст. 8 Закону).

Законом передбачено правове регулювання моніторингу державної допомоги, порядок її повідомлень до АМК України та визначення неналежного використання державної допомоги, а також порядок її повернення.

Прийнято наступні підзаконні правові акти: Розпорядження АМКУ № 43-рп "Деякі питання реалізації Закону України "Про державну допомогу суб'єктам господарювання" (28.12.15), Порядок проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання; Порядок, форми та вимоги щодо подання Антимонопольному комітету України інформації про чинну державну допомогу суб'єктам господарювання; Порядок ведення та доступу до реєстру державної допомоги суб'єктам господарювання; Розпорядження АМК України № 2-рп "Про затвердження Порядку подання та оформлення повідомлень про нову державну допомогу та про внесення змін до умов чинної державної допомоги" (04.03.16).

Важливим є положення Угоди (п. 3(а) ст. 267), в якому зазначено, що протягом п'ятирічного терміну дії УА державну допомогу в Україні вважатимуть такою, яку надають з метою сприяння економічному розвитку регіонів з украй низьким рівнем життя чи серйозним рівнем безробіття.

У сфері вдосконалення *процедурних аспектів* застосування норм конкуренції важливе значення має виконання принципу прозорості, аргументованості рішень АМК України та судів у справах про узгоджені дії і концентрацію, їх

своєчасне оприлюднення. Зазначимо щодо приведення у відповідність процесуальних норм реалізації політики конкуренції, що основним недоліком українського законодавства є відсутність принципу прозорості у процесі прийняття рішень АМКУ. Угодою про асоціацію передбачено, що протягом трьох років із моменту набуття чинності Угоди Закон України "Про захист економічної конкуренції" має бути доповнений зобов'язанням АМК України щодо оприлюднення рішень у справах щодо порушення законодавства про захист економічної конкуренції, а також щодо контролю над концентраціями (п. 1, 3 ст. 256 Угоди). Чинна ст. 48 Закону України "Про захист економічної конкуренції" та Закон України "Про Антимонопольний комітет України" не визначають його обов'язку офіційно оприлюднювати свої рішення. Це зобов'язання впливає зі ст. 256 (п. 1) Угоди про асоціацію, яка чітко вказує на норму, що має бути імплементована до законодавства України – ст. 30 Регламенту №1/2003 від 16.12.02. Наприклад, на виконання цих положень УА було прийнято зміни до національного законодавства України²⁸³, що набули чинності 3 березня 2016 року, які передбачають обов'язок АМК оприлюднювати інформацію про свої рішення протягом 10 робочих днів від дня його прийняття за винятком інформації з обмеженим доступом. Таким чином, запроваджено нову систему подання інформації АМК, на яку особи мають право запровадити режим обмеженого доступу (ст. 22 Закону України "Про Антимонопольний комітет України").

Варто зазначити, що з літку 2015 року АМК України започаткував оприлюднення інформації щодо своїх рішень. Насправді українська доктрина й практика очікує від АМК не тільки формалізованого підходу до оприлюднення своїх рішень, а й розкриття методології аргументації своїх рішень з метою вироблення послідовної правозастосовної практики.

²⁸³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України : Закон України №782-VIII від 12.11.15. *ВВР України*. 2015. №51. Ст. 473.

У ст. 255 (п. 5, 6) Угоди також містяться зобов'язання АМК прийняти та оприлюднити документи, що пояснюють принципи накладення грошових санкцій за порушення норм конкуренції. Незважаючи на те, що за Законом України "Про захист економічної конкуренції" Антимонопольний комітет України може накладати штрафи на порушників у розмірі до 10 % доходу від реалізації товарів за попередній фінансовий рік (якщо незаконно отримані прибутки становлять більше 10 % від загального доходу суб'єкта, то штраф за порушення може перевищувати трикратний розмір такого картельованого прибутку), не вирішеним до сьогодні залишається питання методики й підходів до визначення в Україні суми ймовірного штрафу, хоча вже кілька років активно впроваджується Програма пом'якшення покарання за картелі. Наприклад, чинна ст. 52 Закону України "Про захист економічної конкуренції" визначає граничні межі визначення штрафних санкцій, але не порядок їх обчислення. В Євросоюзі 2006 року було прийнято Керівництво щодо методу обчислення штрафних санкцій²⁸⁴. Якщо в європейській практиці штрафні санкції вираховують із великою точністю та можливістю оспорування у судах, то в Україні такі штрафи вираховують наближено й не методично.

Це зобов'язання було втілене в Рекомендаційних роз'ясненнях АМКУ з метою однакового застосування методики нарахування штрафних санкцій за порушення законодавства про конкуренцію, первісно прийняті Розпорядженням АМКУ №16-пр від 15.09.15, а також в оновленій редакції Розпорядженням АМКУ №6-пр від 16.02.16. Документ являє революційний новий підхід АМКУ до нарахування штрафних санкцій на засадах пропорційності, недискримінаційності та розумності (п. 4 роз'яснень). Запроваджено дві стадії калькуляції штрафних санкцій – визначення базового розміру штрафу та врахування пом'якшуючих або обтяжуючих обставин. Таким чином АМКУ, з одного боку врахував євро-

²⁸⁴ Див. : Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) ... Р. 2-5.

пейську практику роз'яснень щодо калькуляції штрафних санкцій, однак, з іншого, – це породило більше запитань, ніж відповідей, оскільки проєкт закону України щодо вдосконалення системи судового перегляду рішень АМКУ, у тому числі щодо правильності нарахувань штрафних санкцій (законопроект №2431), так й не було прийнято.

Доктрина й практика так й не дійшли єдиної думки з цього приводу, особливо в світлі судової реформи в Україні. Наразі висувають навіть ідею щодо необхідності запровадження спеціальних судів, на кшталт трибуналів у Канаді, Австралії, Великій Британії тощо, чи створення Патентно-конкурентного суду як окремої палати у складі Верховного суду України, що перебуває на етапі формування.

Основним засобом ефективного процесу гармонізації і взаєморозуміння сторін Угоди у сфері конкуренції стають консультації, проведення яких передбачено у ст. 260 УА. Процедуру консультацій застосовуватимуть під час тлумачення або використання сторонами правил конкуренції.

Аналіз основних напрямів наближення українського антимонопольного законодавства до права Євросоюзу, відповідно до вимог Угоди про асоціацію, дозволяє дійти висновку про основний недолік української правової системи, яким є недостатній рівень належного правозастосування та вдосконалення прозорого механізму й процедури прийняття рішень. Необхідною умовою забезпечення гармонізованої системи правового регулювання конкуренції стає співпраця та координація, включаючи обмін інформацією між відповідними національними органами України, Євросоюзу та його держав-членів, на що вказує ст. 259 УА. Крім того, у статті УА робить наголос на тому, що така співпраця жодним чином не впливає на прийняття національними органами незалежних рішень.

Усе це зумовлює реалізацію у правовому порядку України положень Угоди про асоціацію за допомогою низки правових інструментів, насамперед, *запровадження в Україні практики застосування норм права ЄС, визнання Україною законодавчих актів і рішень Суду ЄС*. Крім того, Угода про

асоціацію містить запозичені положення з установчих договорів ЄС, значну кількість внесених до додатків актів інститутів Євросоюзу. Застосовуючи їх, Україна має враховувати відповідну практику ЄС у цих сферах.

Про застосування міжнародного договору свідчить й позиція Верховного Суду України (п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя"), згідно з якою "виходячи з положення ст.9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України"²⁸⁵. Положення можна витлумачити таким чином: співвідношення закону та міжнародного договору судами під час правозастосування можна здійснювати тільки у випадку, коли предмет правового регулювання міжнародного договору та закону збігаються, тобто вказані джерела регулюють відносини, що мають один і той самий суб'єктний склад, об'єкт і зміст.

Положення свідчать про те, що суди України під час тлумачення положень міжнародного договору мають урахувати міжнародну правозастосовну практику. Такий підхід уможливорює врахування на національному рівні не лише норм міжнародних договорів, а й результатів міжнародної імплементації.

Ще 2014 року Вищий адміністративний суд України прийняв інформаційний лист у справі № 1601/11/10/14-14 з метою уніфікації підходу щодо застосування у практиці судів посилань на Угоду про асоціацію²⁸⁶. Наприклад, суд зазначив, що,

²⁸⁵ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : Постанова Пленуму ВС України. Реж. доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0009700-96>

²⁸⁶ Див. : Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 18.11.14 у справі № 1601/11/10/14-14. Реж. доступу : http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf_list/il18_11_2014_1601_11_10_14-14/

зважаючи на європейський напрямок розвитку України та мету прийняття Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу"²⁸⁷, а також набуття чинності Угодою про асоціацію, правові позиції, що сформульовані у рішеннях Суду ЄС, можуть бути враховані судами як аргументація, міркування щодо гармонійного тлумачення національного законодавства України, згідно з усталеними стандартами правової системи Євросоюзу.

Практика національних судів України свідчить про врахування положень Угоди про асоціацію під час вирішення справ. Примітною характеристикою судової практики щодо застосування Угоди про асоціацію в судах України є те, що суди всіх юрисдикцій користуються такими посиланнями.

Особливо знаковим є рішення Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у постанові зі справи № 910/14972/17²⁸⁸. Верховний Суд застосував пріоритет ст. 198 Угоди про асоціацію²⁸⁹, порівняно із національним законодавством України.

Отже, практика переконливо свідчить про те, що Угода про асоціацію є частиною національного законодавства України, її положення мають імперативний характер та є обов'язковими до виконання на всій території України.

Варто особливо підкреслити, що норми Закону України "Про захист економічної конкуренції" розроблені, відповідно до *acquis* Євросоюзу та мають багато спільних рис. Правозастосовна практика АМКУ також має відбуватись із дотри-

²⁸⁷ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18.03.04 № 1629-IV. *ВВР України*. 2004. № 29. Ст. 367. Реж. доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

²⁸⁸ Див. : Постанова Верховного Суду у справі № 910/14972/17 від 17.07.18. Реж. доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75399206>.

²⁸⁹ Положення ст. 198 УА стосуються умов і підстав для анулювання торговельної марки та передбачає п'ятирічний період, протягом якого торговельну марку не використовували як підставу для її анулювання. Національне законодавство України, зокрема Закон України "Про знак для товарів і послуг", передбачає трирічний період.

манням принципів застосування схожих норм права ЄС. Відповідно до умов Угоди про асоціацію Україна наближує своє законодавство про конкуренцію та практику застосування до *acquis* ЄС²⁹⁰.

Таким чином, імплементація положень угоди про асоціацію до національного законодавства України та її правозастосовна практика мають відбуватися із дотриманням конкуренційного права ЄС.

Теми для аналізу

1. Загальна характеристика законодавства України про захист економічної конкуренції.
2. Економічна конкуренція та недобросовісна конкуренція в українському національному законодавстві.
3. Монопольне становище суб'єкта господарювання на ринку та зловживання ним. Відповідальність за порушення антимонопольного законодавства.
4. Контроль за концентрацією суб'єктів господарювання.
5. Законодавство України про захист від недобросовісної конкуренції.
6. Співпраця України з Євросоюзом у сфері конкуренції.
7. Новели українського законодавства у результаті імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

²⁹⁰ Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, – з іншої, ратифіковано Законом № 1678-VII від 16.09.14. Ст. 254-256. Реж. доступу : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

Рекомендована література

Європейське право: право Європейського Союзу : підруч. : у 3 кн. / за заг. ред. В.І. Муравйова. – К. : Ін Юре, 2015.

Перемот С. В. Доктрина впливу в конкурентному праві України / С. В. Перемот // Право України. – 2012. – № 3-4. – С. 171-183.

Смирнова К.В. Правове регулювання конкуренції в Європейському Союзі: теорія і практика : моногр. – 2-ге вид., доп. – Одеса : Фенікс, 2017. – 490 с.

Стахеєва Г. О. Контроль за концентраціями між суб'єктами господарювання в системі антимонопольного права Європейського Союзу : моногр. / Г. О. Стахеєва. – Одеса : Фенікс, 2014. – 224 с.

Швидка Т. І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації : монографія / Т. І. Швидка – Харків : Право, 2020. – 376 с.

Шкляр С. Особливості практики в антимонопольному праві / С. Шкляр, О. Дякулич // LEX. Право і Закон, 2010, січень. – С. 22-23.

Шнирков О.І. Конкурентна політика Європейського Союзу : моногр. / О. І. Шнирков. – Київ : ВПЦ "Київський університет", 2003. – 217 с.

Maher I. Competition Law Modernization: an Evolutionary Tale? / I. Maher // The Evolution of EU Law / ed. by P. Graig, G. de Burca. – Oxford : Oxford University Press, 2011. – P. 717-742.

Monti G. EC Competition Law / G. Monti. – Cambridge : Cambridge Press, 2007. – 566 p.

Research Handbook on European State Aid Law / ed. By Erika Szyszczak. – Cheltenham, 2011. – 450 p.

Whish R. Competition Law / R. Wish. – London : Oxford University Press, 2009. – 1006 p.

Навчальне видання

СМИРНОВА Ксенія Володимирівна

**ОСНОВИ ПРАВА КОНКУРЕНЦІЇ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
ТА "ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ"
КОНКУРЕНЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

Навчальний посібник

Підтримка Європейською комісією (ЄК)
створення цієї публікації не передбачає підтримку її змісту,
що відображає думку тільки авторів;
ЄК не може нести відповідальність
за будь-яке використання інформації, яка тут міститься

The European Commission's support for the production of this publication
does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views
only of the authors, and the Commission cannot be held responsible
for any use which may be made of the information contained therein

Оригінал-макет виготовлено ВПЦ "Київський університет"



Формат 60 × 84^{1/16}. Ум. друк. арк. 13,0. Наклад 130. Зам. № 221-10167.
Гарнітура Cambria. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № МВ 3.
Підписано до друку 09.08.21.

Видавець і виготовлювач – ВПЦ "Київський університет"
б-р Т. Шевченка, 14, м. Київ, кімн. 01601, ☎ (044) 239 32 22; (044) 239 31 72;
факс (044) 239 31 28; e-mail: vpc_div.chiev@univ.net.ua; http: vpc.knu.ua
Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02