

В.К. Гіжєвський

кандидат юридичних наук, професор

В.В. Гвоздь

магістрант

ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»

До питання теорії та практики регулювання антиконкурентних узгоджених дій в Україні

У статті автори досліджують сучасні тенденції та проблемні питання теорії і практики регулювання антиконкурентних узгоджених дій.

В статье авторы исследуют последние тенденции и проблемные вопросы теории и практики регулирования антиконкурентных согласованных действий.

In this article authors research recent trends and issues of concern with respect to the theory and practice of cartel regulations.

Ключові слова: суб'єкт господарювання, картелі, антиконкурентні узгоджені дії, тендери, встановлення цін.

Постановка проблеми

1,5 млрд. доларів – таким на сьогодні є рекордний розмір штрафу, сплаченого за антиконкурентні узгоджені дії у світі. Останнім часом як в Європі, США, так і в Україні спостерігається стійка тенденція до посилення контролю за діяльністю картелів з боку антимонопольних органів. В умовах різкого підвищення цін на ринках електроенергії, газу та води, продукції металургійного виробництва, нафтопереробки, харчових продуктів, ліків Антимонопольний комітет України (надалі – АМКУ) приділяє підвищену увагу виявленню і попередженню антиконкурентних узгоджених дій [1, с. 14], особливо випадкам узгодженого підвищення цін, спотворення результатів торгів, тендерів. Ця стаття присвячена сучасним тенденціям та проблемним питанням теорії й практики регулювання антиконкурентних узгоджених дій в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Проблемним питанням теорії та практики регулювання антиконкурентних узгоджених дій, зокрема, присвячені, науково-теоретичні розробки, авторами яких стали дослідники як в Україні (З. Бара, В. Базилевич, З. Борисенко, С. Валітов, І. Дахно, В. Саєнко, О. Мельниченко, О. Костусєв, О. Нестеренко, Н. Нижник та інші), так і за її межами (Дж. Робінсон, О. Жидков, І. Ліфіц, А. Козірін, В. Каширін та інші).

Невирішені раніше частини загальної проблеми

Законодавство України передбачає лише загальне поняття антиконкурентних узгоджених дій без необхідних уточнень та доповнень. Саме тому досить часто виникають сумніви в правильному визначенні узгоджених дій як антиконкурентних.

Формулювання цілей статті

Мета статті – розкрити сучасні тенденції та проблемні питання теорії та практики регулювання антиконкурентних узгоджених дій в Україні в умовах

різкого підвищення цін на ринках електроенергії, газу та води, продукції металургійного виробництва, нафтопереробки, харчових продуктів, ліків тощо.

Виклад основного матеріалу дослідження

Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі – Закон) узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод, прийняття об'єднаннями рішень, будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання, а також створення або вступ до суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки [2, ст. 5].

Закон дає досить широке тлумачення узгоджених дій, не вказуючи на ті підводні камені, з якими учасники цих дій стикаються на практиці. Для законодавця, наприклад, не має значення форма угоди – тобто як письмові контракти, так і усні домовленості, так звані «джентльменські угоди» [3, с. 61], які передбачають лише певні моральні зобов'язання, однаково можуть підпадати під це поняття. Таким чином, відсутність письмової форми угоди не є суттєвою перешкодою для притягнення учасників антиконкурентних узгоджених дій до відповідальності.

Самі по собі узгоджені дії не підлягають забороні, адже широко використовуються в господарській діяльності і, з урахуванням різних ситуацій на ринку, їх загальна заборона була б недоцільною [4, с. 140]. На відміну від них, антиконкурентні узгоджені дії, тобто такі, що призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, прямо заборонені Законом. Ст. 6 Закону визначає такими узгоджені дії, які стосуються:

- 1) встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів;
- 2) обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними;
- 3) 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;
- 4) спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів;
- 5) усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців;
- 6) застосування різних умов до рівнозначних угод з іншими суб'єктами господарювання, що ставить останніх у не вигідне становище в конкуренції;
- 7) укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод;
- 8) суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин [2, ст. 6].

Із числа перерахованих вище видів антиконкурентних узгоджених дій у рамках даної статті автор хоче зупинитися на аналізі узгодженого встановлення цін та узгоджених дій щодо спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів. Саме ці два види порушень останнім часом підлягають підвищеному контролю з боку АМКУ і викликають найбільшу кількість питань.

Узгоджене встановлення цін

За даними АМКУ, серед усіх видів антиконкурентних узгоджених дій узгоджене встановлення цін вже не перший рік є чи не найбільш резонансним, як за впливом на рядового споживача, так і за кількістю виявлених змов. Наприклад, у 2007 році їх частка серед усіх виявлених і припинених АМКУ випадків антиконкурентних узгоджених дій склала 62 % [5, с. 32]. Часті цінові збурення на ринках електроенергії, газу та води, продукції металургійного виробництва,

коксу та продуктів нафто перероблення, харчових продуктів, напоїв, тютюнових виробів, ліків змушують АМКУ з особливою пильністю стежити за змінами цін. Кількість розкритих змов, як і розміри штрафів за їх вчинення, з кожним роком зростають, особливо на ринках продовольчих товарів.

У Законі антиконкурентні узгоджені дії у вигляді встановлення цін згадуються дуже узагальнено, без чіткої вказівки на те, які саме дії підпадають під це поняття. На практиці, заборона узгодженого встановлення цін стосується не тільки цін реалізації готової продукції кінцевому споживачу, а будь-яких узгоджених дій між суб'єктами господарювання, які мають прямий або опосередкований вплив на ціноутворення. Тобто такі дії як, наприклад, погодження закупівельних цін, застосування знижок, цінових поступок, застосування різних цін для різних клієнтів та в різних регіонах також можуть кваліфікуватись АМКУ як узгодження цін.

Наприклад, у травні 2008 року АМКУ наклав штраф на ВАТ «Жашківський маслозавод» та ВАТ «Канівський маслосирзавод» [6] у зв'язку з тим, що підприємства одночасно знизили закупівельні ціни на молоко першого гатунку та встановили їх на одному рівні (1200 грн./тн з дотацією). При тому, що закупівельні ціни інших молокопереробних підприємств у цей час становили 1250-1474 грн./тн (з дотацією). Крім того, зниження цін на закупівлю молока в населення супроводжувалося підвищенням цін на готову молочну продукцію підприємств.

Спотворення результатів торгів, тендерів

Останнім часом АМКУ з особливою пильністю стежить за випадками спотворення результатів торгів, тендерів. При цьому, розміри штрафів постійно зростають, а найдрібніші обставини, що можуть свідчити про наявність змови, одразу ж привертають увагу антимонопольних органів.

Як показує практика виявлення змов щодо спотворення результатів торгів, тендерів, достатнім приводом для підозр АМКУ може стати сама наявність таких ознак, як наприклад:

- значне перевищення ціни тендерних пропозицій учасників тендеру порівняно з ринковою ціною без обґрунтованих на те причин. При цьому, ціна тендерної пропозиції може значно перевищувати вартість витрат учасника;

- значний розрив між ціною тендерної пропозиції переможця та цінами в тендерних пропозиціях інших учасників. Такий «хід» може свідчити про спробу учасника забезпечити необхідну перемогу, особливо, при комплексній системі оцінки пропозицій, коли до уваги беруться багато інших параметрів, окрім ціни.

Так, наприклад, у жовтні 2008 року було виявлено змову трьох підприємств під час проведення торгів на закупівлю послуг щодо проведення комплексної рекламної кампанії національного туристичного продукту на внутрішньому та зовнішньому ринках під гаслом «Україна запрошує» [7].

При аналізі матеріалів співробітники АМКУ виявили обставини, що вказували на узгодження учасниками умов участі в торгах. У пропозиціях, поданих учасниками, містилися однакові граматичні помилки, документи, які повинні були складатися у довільній формі, мали подібний характер. Про формальну участь у торгах свідчили також презентаційні диски учасників торгів, які, на відміну від презентаційного диска переможця торгів, мали невеликий обсяг та були виконані з грубими граматичними помилками. Більш того, файли з презентацією були створені на одному комп'ютері та майже одночасно. Також було виявлено, що жоден з учасників, окрім переможця, не контактував з посадовими особами тендерного комітету замовника. А в даному випадку адекватне визначення цін на послуги без переговорів і детального узгодження із замовником було просто неможливим.

Крім того, при збиранні доказів АМКУ допоміг аналіз телефонних розмов

між учасниками торгів. Для АМКУ отримання такої інформації не є проблематичним, адже передбачені законодавством повноваження надають широкі можливості для здійснення контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції [8, ст. 7]. Огляд службових приміщень, транспортних засобів суб'єктів господарювання, вилучення і накладення арешту на предмети, документи або інші носії інформації, перевірка суб'єктів господарювання, органів влади щодо дотримання ними законодавства про захист економічної конкуренції, отримання від них інформації, в тому числі з обмеженим доступом – все це є тільки частиною повноважень АМКУ відповідно до ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». Більш того, у разі перешкоджання працівникам АМКУ у виконанні ними службових повноважень Законом передбачена можливість залучення працівників органів внутрішніх справ з метою подолання таких перешкод.

Як показує європейська практика, найбільша кількість змов на тендерах має місце при закупівлі товарів, робіт, послуг, які, в силу різних обставин, надаються обмеженим колом продавців.

Ці обставини можуть існувати об'єктивно – наприклад, у сфері надання таких специфічних послуг та робіт, як проектування та будівництво мостів, залізничних колій, об'єктів інфраструктури портів та аеропортів, електростанцій, виготовлення складних машин, агрегатів.

В інших випадках такі обставини можуть бути викликані специфічними умовами закупівлі, як то предмет закупівлі, особливі кваліфікаційні вимоги до учасників. На практиці це обмежує кількість потенційних учасників тендеру і дозволяє їм визначитись щодо своїх можливих конкурентів та спробувати домовитись з ними про умови тендерних пропозицій з метою отримання взаємних вигод.

Ціна змови

Чим же загрожує вчинення антиконкурентних узгоджених дій? Станом на сьогодні Законом передбачена адміністративна відповідальність у формі накладення штрафу у розмірі до 10 % доходу суб'єкта господарювання від реалізації продукції за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф [2, ст. 51]. При цьому, якщо незаконно одержаний прибуток, отриманий за рахунок вчинення антиконкурентних узгоджених дій перевищує 10 % від зазначеного загального доходу, штраф накладається у розмірі, що не перевищує потрібного розміру незаконно одержаного прибутку.

Базою для обчислення розміру штрафу є сукупний дохід (виручка) суб'єкта господарювання від реалізації продукції за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф, з урахуванням усіх юридичних та фізичних осіб, пов'язаних з ним відносинами контролю і, таким чином, визнаних єдиним суб'єктом господарювання відповідно до ст. 1 Закону. Виходячи з концепції розуміння суб'єкта господарювання як єдиної групи пов'язаних контролем юридичних осіб, Закон фактично встановлює солідарну відповідальність усіх юридичних осіб, які входять до такої групи.

Найбільший штраф за антиконкурентні узгоджені дії, накладений АМКУ, склав 14,9 мільйонів євро. У жовтні 2003 року такий розмір штрафу було накладено на ТОВ «Авіас» і компанію «Сентоза Оіл» за штучне утримання завищених цін у Дніпропетровській області шляхом змови [9].

Як показує практика, при визначенні суми штрафу до уваги беруться такі критерії:

- вплив правопорушення на український ринок;
- розмір прибутку, отриманого учасниками за рахунок даного правопорушення;
- повторний чи разовий характер правопорушення;
- поведінка учасників змови (їх співпраця з АМКУ);

— будь-які дії, застосовані учасниками змови для припинення порушень після їх виявлення антимонопольними органами.

Незважаючи на те, що формально сума штрафу повинна визначатись, виходячи із сукупної вартості доходу суб'єкта господарювання від реалізації продукції всіх юридичних та фізичних осіб, що входять до групи (тобто доходи по всьому світі), АМКУ може обмежитись при визначенні розміру штрафу тільки доходами, отриманими від господарської діяльності тих компаній групи, що знаходяться на території України або тих, що брали безпосередню участь в антиконкурентних узгоджених діях.

Чітка прив'язка до доходу за останній звітний рік при визначенні розміру штрафу одразу ж викликає логічні питання:

Яким же чином буде визначатись штраф, якщо:

1. суб'єкт господарювання був заснований у тому ж році, коли було накладено штраф?
2. доходу немає або відповідач не надав інформацію про розмір доходу на вимогу АМКУ?

У першому випадку базою обчислення розміру штрафу буде дохід суб'єкта господарювання за весь час період здійснення господарської діяльності до моменту прийняття рішення про накладення штрафу. У другому — законодавець передбачає накладення штрафу у розмірі до 20 тис. неоподаткованих мінімумів доходів громадян (до 340 тис. гривень) [2, ст. 51]. Крім того, у випадку приховування інформації про доходи, може бути застосовано штраф за неподання інформації АМКУ у розмірі до 2 000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (до 34 тис. гривень). Раніше штрафи за порушення антимонопольного законодавства були відносно невисокими. Проте, останнім часом АМКУ змінив свій підхід до цього питання, вважаючи, що для запобігання вчинення правопорушень потрібно суттєво підвищити розміри штрафів, особливо за антиконкурентні узгоджені дії крупних бізнес груп. Очевидно, результатом такої тенденції може стати значне збільшення розміру штрафів щодо крупних міжнародних компаній.

Що стосується кримінальної відповідальності, на даний момент законодавством не передбачена кримінальна відповідальність безпосередньо за вчинення антиконкурентних узгоджених дій. Проте, Кримінальний кодекс України встановлює кримінальну відповідальність за примушування до антиконкурентних узгоджених дій шляхом насильства чи заподіяння матеріальної шкоди або погрози застосування насильства чи заподіяння такої шкоди. Такі дії караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Найближчим часом ситуація може кардинально змінитися. У грудні 2008 року АМКУ подав законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії», який передбачає обмеження волі на строк до п'яти років, або позбавлення волі на строк до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років за антиконкурентні узгоджені дії, які стосуються встановлення цін реалізації або придбання товарів або розподілу ринку, або обмеження, у тому числі припинення, виробництва товарів або їх реалізації чи придбання.

Якщо звернутися до світової практики, на сьогодні світовий рекорд по строкам ув'язнення за результатами розгляду однієї справи встановлено у США. Сорокавосьмимісячне ув'язнення та штраф у розмірі 20 тис. доларів чекає на колишнього високопосадовця, відповідального за перевезення вантажів морським шляхом між континентальною частиною США та Пуерто-Ріко. Такою виявилась ціна за участь в антиконкурентній змові, яка тривала з травня 2002 року по квітень 2008 року, та мала на меті усунення конкуренції, розподіл споживачів, договірні тендери та фіксацію цін, тарифів та інших зборів.

Висновки

Підводячи підсумки, варто відмітити, що сучасні тенденції регулювання антиконкурентних узгоджених дій в Україні свідчать про все більше наближення до суворої європейської практики. Пожвавлення контролю АМКУ за випадками узгодження цін, підвищена увага до випадків спотворення торгів, тендерів, застосування механізму звільнення від адміністративної відповідальності в обмін на цінну інформацію про антиконкурентні узгоджені дії, значне збільшення розмірів штрафів — все це свідчить про те, що ціна за нехтування вимогами антимонопольного законодавства може виявитися надто високою для суб'єктів господарювання, які все ж таки наважуються на участь в антиконкурентних узгоджених діях.

Література

1. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2009 р. — Київ, 2010. — 128 с.
2. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. // Відомості Верховної Ради України від 23.03.2001 р. — 2001. — № 12. — Ст. 64; в редакції від 07.05.2009 р. // Офіційний вісник України від 15.05.2009 р. — 2009 р. — № 33. — С. 31. — Ст. 1108 [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/> 01.06.2010.
3. *Борисенко З.М.* Основи конкурентної політики: Підручник / З.М. Борисенко. — К.: Таксон, 2004. — 704 с.
4. *Валітов С.С.* Конкурентне право України: Навчальний посібник / С.С. Валітов. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 432 с.
5. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2008. — Київ, 2009. — 85 с.
6. Захист конкуренції. Огляд показових справ, розглянутих Антимонопольним комітетом. Антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання. 2008 рік IV квартал. — сайт АМКУ: [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?art_id=142903&cat_id=142900&search_param=%D0%96%D0%B0%D1%88%D0%BA%D1%96%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9&searchForum=1&searchDocarch=1&searchPublishing=1.
7. Віднині на змовників торгів з держзакупівель чекає «очищення» антимонопольним законодавством. — сайт АМКУ: [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?art_id=110591&cat_id=91184&search_param=%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D0%B0+%D0%B7%D0%B0%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%88%D1%83%D1%94&searchForum=1&searchDocarch=1&searchPublishing=1.
8. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 р. // Голос України від 21.12.1993; в редакції від 22.05.2008р. // Офіційний вісник України від 06.06.2008р. — 2008 р. — № 38. — С. 22. — Ст. 12, 72 [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/> 01.06.2010.
9. Дніпропетровські продавці бензину — проти конкуренції?. — сайт АМКУ: [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?art_id=72584&cat_id=72145&search_param=%D0%90%D0%B2%D1%96%D0%B0%D1%81&searchForum=1&searchDocarch=1&searchPublishing=1.
10. Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18.02.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001 р. — № 12. — Ст. 64 [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/> 01.06.2010.