

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ  
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА імені В. М. КОРЕЦЬКОГО**

Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису

**СУС МИХАЙЛО СЕРГІЙОВИЧ**

УДК 342.417; 346.5

**ДИСЕРТАЦІЯ  
КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ КОНКУРЕНЦІЇ В  
УКРАЇНІ У КОНТЕКСТІ ДОСВІДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

081 – «Право»

08 – «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії (PhD)

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

\_\_\_\_\_ **М.С. Сус**

Науковий керівник: **БАТАНОВ Олександр Васильович**, доктор юридичних наук,  
професор

**Київ – 2023**

## АНОТАЦІЯ

*Сус М.С.* Конституційні засади державного захисту конкуренції в Україні у контексті досвіду Європейського Союзу. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» (08 – Право). – Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України; Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ, 2023.

Дисертація є комплексним дослідженням конституційних засад державного захисту конкуренції в Україні, проблематики їх реалізації на рівні правового регулювання та правозастосовної практики в контексті досвіду Європейського Союзу (ЄС).

*Розділ 1* присвячений дослідженню конституційного регулювання державного захисту конкуренції в Україні, ролі та місця державного захисту конкуренції в конституційному регулюванні економіки, порівнянню конституційного регулювання захисту конкуренції в Україні та державах-членах ЄС.

Розкрито зміст спеціальних положень Конституції України (Конституція або Основний Закон), які стосуються державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, а саме положень ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 85, п. 8 ч. 1 ст. 92. Надається детальна характеристика та розкривається змістове наповнення кожної із зазначених норм Конституції України, концептів, які в цих статтях вживаються, через аналіз та характеристику релевантної практики Конституційного Суду України (КСУ), положень конкуренційного законодавства, наявного до прийняття Конституції та прийнятого після прийняття Основного Закону у його розвитку до сучасного стану. За результатами системного аналізу положень Конституції, які стосуються захисту конкуренції, практики КСУ та конкуренційного законодавства обґрунтовується позиція, що об'єктом конституційно-правового захисту є процес змагання суб'єктів господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів через досягнення більшої ефективності господарювання завдяки власним правомірним досягненням. Висновується, що об'єктом конституційно-правового захисту є описаний вище процес змагання у

підприємницькій діяльності на території України та що державний захист конкуренції на території України має екстериторіальний характер. Обґрунтовується, що забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності є обов'язком держави, якому кореспондує право особи вимагати забезпечення такого захисту. Стверджується, що право особи на правомірне змагання у підприємницькій діяльності є складовим елементом конституційного права особи на підприємницьку діяльність; захист державою конкуренції у підприємницькій діяльності є засобом сприяння належній реалізації права на підприємницьку діяльність, водночас цей же захист є прямим засобом встановлення меж реалізації цього права, унормування здійснення підприємницької діяльності. Розкриваються економічний та соціальний аспект права на конкуренцію.

Доводиться доцільність широкої інтерпретації недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції» відповідно до другого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону як недопустимості будь-яких неправомірних дій чи бездіяльності, які можуть призвести або призводять до обмеження вже наявного або потенційного процесу змагання між суб'єктами господарювання на тому чи іншому ринку, що покриває всі можливі порушення конкуренційного законодавства, передбачені на рівні законів, які не охоплюються зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією, аби логічно та системно поєднати положення Конституції та положення профільних законів, зробити рівень конституційно-правового захисту конкуренції не вужчим ніж той, що передбачений на рівні законів. Робиться висновок, що захист конкуренції у підприємницькій діяльності здійснюється в загальних рамках конституційного правопорядку та при цьому має окремий спеціальний конституційний порядок забезпечення у вигляді (а) прямого встановлення на рівні Конституції недопустимості певної поведінки: зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції (ч. 3 ст. 42 Конституції); (б) особливої процедури обмеження конкуренції та встановлення правил її здійснення, що виступає додатковою гарантією від свавільного втручання в конституційні права та свободи особи з боку суб'єктів публічної влади: визначення видів та меж монополій, правил

конкуренції та норм антимонопольного регулювання законом (ч. 3 ст. 42, п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції); (в) конституційного статусу державного органу, спеціально створеного з метою забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності – Антимонопольного комітету України (АМК), що є додатковою гарантією сталості його функціонування та запобіжником від необґрунтованої ліквідації, та особливого конституційного порядку призначення його Голови (п. 12 ч. 1 ст. 85 Конституції).

Встановлено, що державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності є однією з конституційних основ правопорядку у сфері господарювання та виступає важливою складовою господарського механізму економічної системи України та економічної політики держави. Здійснено системний аналіз співвідношення положень Конституції, які стосуються державного захисту конкуренції, та інших положень Основного Закону, за результатами якого обґрунтовується, що державний захист конкуренції сприяє досягненню економічної багатоманітності суспільного життя та забезпечення економічної безпеки держави, зростанню ефективної соціальної орієнтованої економіки, сталому та органічному суспільному розвитку, покращенню суспільного добробуту. Надається характеристика державному захисту конкуренції як складовій та напряму економічної політики держави та робиться висновок, що він тісно переплітається з іншими напрямами та складовими економічної політики, закладеними в Конституції та відображеними на рівні Господарського кодексу України (ГК), демонструється це переплетення на прикладах. Окрема увага присвячена дослідженню співвідношення конституційного захисту конкуренції із захистом прав споживачів, за результатами якого обґрунтовується, що конституційні положення щодо захисту конкуренції та захисту прав споживачів, хоч і переслідують спільну мету забезпечити добробут споживачів, та мають багато точок дотику, доцільно розглядати як положення, які мають різну спрямованість: метою першого є забезпечення умов для ефективної конкуренції на ринку і відтак непрямий захист споживачів, метою другого є, навпаки, прямий захист прав споживачів в рамках індивідуальних транзакцій, в які вони вступають.

Досліджується як державний захист конкуренції співвідноситься із конституційно гарантованим правом, яке є базовим для реалізації економічної

свободи - правом приватної власності. Шляхом системного аналізу Конституції та спеціального законодавства обґрунтовується, що державний захист конкуренції, з однієї сторони, стимулює примноження приватної власності, інтелектуальну та творчу діяльність, з іншої, є одним із засобів встановлення меж, в яких володіння, користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності є допустимими.

Піднімається питання щодо використання державного захисту конкуренції як обґрунтування втручання в економічну свободу та наводиться позиція, що з метою забезпечення конституційності, для оцінки виправданості втручання в економічну свободу через державний захист конкуренції та застосування державою певних заходів на рівні правозастосування як базовий доцільно було б застосовувати трискладовий тест пропорційності: (i) на основі закону; (ii) необхідність в демократичному суспільстві; (iii) достатність та доречність засобів. Для забезпечення дотримання розумного балансу між приватними та публічними інтересами, закон, на підставі якого здійснюватиметься втручання, має відповідати основним вимогам принципу верховенства права, зокрема: ясність і недвозначність правових норм та передбачуваність (прогнозованість).

Досліджуються спеціальні положення конституцій держав-членів ЄС, які певним чином конституціоналізували питання захисту конкуренції, зокрема в таких державах як Австрія, Болгарія, Данія, Греція, Ірландія, Іспанія, Італія, Кіпр, Литва, Німеччина, Польща, Португалія, Румунія, Словаччина, Словенія, Угорщина та Хорватія із подальшим його порівнянням із регулюванням в Україні. За результатами проведеного порівняльного дослідження наводиться висновок, що існуюче конституційне регулювання в Україні враховує кращі практики відповідних зарубіжних держав, а в дечому є навіть більш прогресивним, зокрема, в частині виведення на конституційний рівень АМК. Обґрунтовується, що з точки зору формування загальних програмних засад діяльності держави та можливості використання положень Конституції України як інструменту боротьби проти практик, які посягають на існування вільної та неспотвореної конкуренції на українських ринках, наявні положення Конституції України є в цілому достатніми, як

і обґрунтовується відсутність практичної доцільності кардинального переформатування відповідних положень Конституції України з точки зору рецепції досвіду держав-членів ЄС щодо конституційного регулювання захисту конкуренції.

*Розділ 2* присвячений загальній характеристиці системи державного захисту конкуренції, його проблематиці з точки зору практичного забезпечення принципу верховенства права та інших положень Конституції України та пропозиціям щодо вирішення наявної проблематики виходячи із досвіду ЄС та стандартів Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).

Надано характеристику українського регулювання контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції та контролю за узгодженими діями й концентрацією. Охарактеризовано інституційний механізм державного захисту конкуренції, повноваження та спосіб залученості до цього захисту таких органів як органи АМК, ВРУ, Президент України, Кабінет Міністрів України (КМУ), інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, судові органи (КСУ та суди).

Окрема увага присвячена характеристиці ролі та місця КСУ в інституційному механізмі державного захисту конкуренції, аналізу його практики щодо розгляду питань, пов'язаних із захистом конкуренції, зокрема, в частині розгляду конституційних скарг. Окреслюється стан розвитку конституційної юриспруденції в Україні щодо розгляду питань, пов'язаних із захистом конкуренції, який полягає в тому, що кістяк практики формувався КСУ в десятиліття 2000-2010 років за результатами розгляду конституційних подань, переважно щодо питань розподілу повноважень ВРУ, Президента та КМУ в частині регулювання конкуренції. Проаналізовано практику конституційних судів країн Європи, яка показує, що перед ними все частіше постають питання, пов'язані з захистом конкуренції, в першу чергу, в частині дотримання прав осіб під час проваджень конкурентних відомств. З огляду на ці тенденції, прогнозується можливе підвищення ролі КСУ у інституційному механізмі захисту конкуренції в перспективі.

Досліджено проблеми відмежування правомірної поведінки від неправомірної з точки зору такої складової верховенства права як прогнозованість

(передбачуваність) на прикладі двох найтяжчих порушень українського конкурентного законодавства – антиконкурентних узгоджених дій та зловживання монопольним (домінуючим) становищем. Робиться висновок, що на практиці ця проблематика є відчутною та демонструється на конкретних прикладах. Описуються причини та пропонуються шляхи вирішення відповідних проблем.

Здійснюється комплексне порівняльне дослідження регулювання та правозастосовної практики в частині антиконкурентних узгоджених дій та зловживання монопольним (домінуючим) становищем в Україні із відповідним регулюванням та правозастосовною практикою в ЄС, описуються основні суттєві відмінності. Аргументовано критикується (i) наведене у Законі України «Про захист економічної конкуренції» (Закон) визначення «конкуренції», яке порушує його логічну структуру, (ii) практика застосування ч. 3 ст. 6 Закону, яка дозволяє кваліфікувати антиконкурентні узгоджені дії на основі схожості поведінки суб'єктів господарювання шляхом проведення економічного аналізу; (iii) дозвільна система на узгоджені дії в Україні з описом проблематики в частині правової визначності, ефективності та домірності регулювання, яку ця дозвільна система породжує, (iv) визначення зловживання монопольним (домінуючим) становищем в ст. 13 Закону, обґрунтовується доцільність перегляду наявного регулювання та правозастосовної практики в Україні. Також описуються суперечності між регулюванням недопустимої з точки зору конкуренції поведінки в Законі, ГК та Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Обґрунтовується, що ці суперечності не відповідають такому елементу верховенства права як якість законів та потребують усунення.

Розглядається проблематика інституційного механізму захисту конкуренції в Україні з точки зору верховенства права та інших конституційних положень. Вказується на відсутність чіткого врегулювання повноважень різних органів, які залучені до такого захисту, що демонструється на прикладі суперечностей між Конституцією, Законом України «Про Антимонопольний комітет України» (Закон про АМК) та Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» в частині повноважень ВРУ, Президента та КМУ щодо формування керівного складу АМК – Голови та його заступників, як і суперечності повноважень органів АМК щодо

розгляду справ про адміністративні правопорушення, передбачених Законом про АМК, положенням Кодексу України про адміністративні правопорушення, відповідно до якого розгляд таких справ є повноваженням судів.

Виходячи із аналізу чинного законодавства та судової практики, демонструється до яких практичних проблем може призводити наявне замикання застосування законодавства про захист економічної конкуренції на органах АМК, коли господарські суди не встановлюють в рамках приватно-правових спорів порушення цього законодавства самостійно (безпосередньо), зокрема, утруднення ефективного та своєчасного захисту порушених прав чи законних інтересів з боку судів, доступ до правосуддя загалом. На прикладах показується, що система захисту конкуренції не зможе працювати ефективно без приватного застосування конкуренційного законодавства, в межах якого суди будуть встановлювати порушення цього законодавства безпосередньо в рамках приватно-правових спорів.

Аналізується практика контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про накладення штрафів, описуються наявні особливості. Демонструється, що суди на практиці не контролюють правомірність рішень органів АМК про накладення штрафів, якщо ті формально не перевищують межі, встановлені законом. Здійснюється оцінка наявного стану речей через призму відповідності Конституції України та практиці ЄСПЛ, обґрунтовується сумнівність відповідності. Досліджується як питання перегляду штрафів, накладених ЄК за порушення конкуренційного законодавства ЄС, здійснюється Судом ЄС, вказується на невідповідність української практики підходам в ЄС.

Пропонуються шляхи вирішення виявленої проблематики законодавчого регулювання та практики правозастосування в частині державного захисту конкуренції в Україні шляхом відповідних комплексних змін до законодавства та практики, які б наблизили українські підходи до підходів ЄС та стандартів ЄСПЛ.

**Ключові слова:** Конституція, верховенство права, правове регулювання, державна влада, конституційна економіка, конституціоналізація, права людини, економічні права, підприємницька діяльність, конкуренція, захист конкуренції,



Конституційний Суд України, європейська інтеграція, Європейський Союз, Європейський суд з прав людини.

## SUMMARY

*Sus M.S.* Constitutional Foundations of State Protection of Competition in Ukraine in the Context of the European Union Experience. – Qualified scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation research for the PhD scientific degree in specialty 081 “Law” (08 – Law). – V. M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine; V. M. Koretsky Institute of State and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine, Kyiv, 2023.

The dissertation is a comprehensive study of the constitutional foundations of state protection of competition in Ukraine and the problems of their implementation at the level of legislative regulation and law enforcement practice in the context of the experience of the European Union (the “EU”).

*Section 1* is devoted to the study of the constitutional regulation of state protection of competition in Ukraine, the role and place of state protection of competition in the constitutional regulation of the economy, and a comparison of the constitutional regulation of protection of competition in Ukraine and the EU Member States.

The meaning of special provisions of the Constitution of Ukraine (the “Constitution” or “Basic Law”) pertaining to state protection of competition in entrepreneurial activities, namely provisions of Article 42(3), paragraph 12 of Article 85(1), and paragraph 8 of Article 92(1), is described. Detailed characteristics and outline of the substantive content of each of the mentioned provisions of the Constitution, the concepts used therein, through the analysis and description of the relevant practice of the Constitutional Court of Ukraine (the “CCU”), provisions of competition legislation existing before and after the adoption of the Constitution in its development up to the current state, is provided. Following analysis of the Constitution's provisions relating to protection of competition, the CCU’s practice, and competition legislation, it is substantiated that the object of constitutional legal protection is the process of competition among undertakings in obtaining and distributing profits with the

aim of achieving economic and social results through greater efficiency in economic operations due to legitimate achievements. It is concluded that the object of constitutional legal protection is the aforementioned process of competition in entrepreneurial activities on the territory of Ukraine, and that the state protection of competition on the territory of Ukraine has an extraterritorial character. It is stated that ensuring protection of competition in entrepreneurial activities is the obligation of the state, corresponding to the right of an individual to demand such protection. It is argued that an individual's right to legitimate competition in entrepreneurial activities is an integral element of the constitutional right to entrepreneurial activity; state protection of competition in entrepreneurial activities is a means to facilitate the proper exercise of the right to entrepreneurial activity, while at the same time this protection is a direct means of setting boundaries of exercising the above right and regulating entrepreneurial activity . The economic and social aspects of the right to competition are outlined.

Necessity of broad interpretation of inadmissibility of “unlawful restriction of competition” according to the second sentence of Article 42(3) of the Ukrainian Basic Law as inadmissibility of any unlawful actions or omissions that result or may result in restriction of an already existing or potential process of competition between undertakings in a particular market that covers all possible infringements of competition legislation provided at the level of the laws that are not caught by abuse of monopoly position and unfair competition is argued in order to connect the provisions of the Constitution and competition laws in a logical and systemic way as well as to ensure that the level of constitutional protection of competition is not narrower than that provided at the level of the laws. It is concluded that protection of competition in entrepreneurial activities is carried out within the general framework of constitutional order and, at the same time, has a separate special constitutional procedure for ensuring it, including: (a) direct establishment at the constitutional level of inadmissibility of certain behaviour, namely abuse of a monopoly position in the market, unlawful restriction of competition, unfair competition (Article 42(3) of the Constitution); (b) a special procedure for restricting competition and establishing its rules serving as an additional guarantee against arbitrary interference in the constitutional rights and freedoms of an individual by public authorities: defining types and boundaries of

monopolies, competition rules, and norms of antimonopoly regulation by law (Article 42(3), paragraph 8 of Article 92(1) of the Constitution); (c) the constitutional status of the state body specially created to ensure protection of competition in entrepreneurial activities, i.e. the Antimonopoly Committee of Ukraine (the “AMCU”), which is an additional guarantee of its stable functioning and a safeguard from the agency’s unfounded liquidation, as well as the special constitutional procedure for appointing the AMCU's Chair (paragraph 12 of Article 85(1) of the Constitution).

It is established that the state protection of competition in entrepreneurial activities is one of the constitutional foundations of the legal order in the economic sphere and an important component of the economic mechanism of Ukraine's economic system and state economic policy. Based on systemic analysis of the interplay between the Constitution's provisions regarding state competition of protection and other provisions of the Basic Law, it is argued that the state protection of competition contributes to achieving economic diversity in social life and ensuring the economic security of the state, fostering effective socially oriented economy, sustainable and organic social development, and public welfare. A characteristic of state protection of competition as a component and direction of the state's economic policy is provided, and the conclusion is made that the state protection of competition is closely intertwined with other directions and components of economic policy embedded in the Constitution and reflected at the level of the Economic Code of Ukraine (the “ECU”), which is demonstrated through examples. Special attention is given to examining the relationship between constitutional protection of competition and of consumer rights. It is argued that constitutional provisions on protection of competition and on consumer rights protection, while pursuing a common goal of ensuring consumer welfare and having many points of contact, should be viewed as provisions with different aims: the first aims to create conditions for effective competition in the market and thus indirectly protect consumers, while the second, conversely, aims to protect consumer rights directly within individual transactions consumers engage in.

It is examined how the state protection of competition correlates with such constitutionally guaranteed right being fundamental for the exercise of economic freedom such as the right to private property. Following a systemic analysis of the Constitution and

special competition legislation, it is substantiated that the state protection of competition, on the one hand, stimulates multiplication of private property, intellectual and creative activities, and, on the other hand, is a means of establishing boundaries within which ownership, use, and disposal of property, as well as the results of intellectual and creative activities, are permissible.

The question of using state protection of competition as a justification for intervening in economic freedom is raised. It is argued that, for ensuring constitutionality, for assessing justifiability of intervening in economic freedom through state protection of competition and application of certain measures by the state at the level of law enforcement, it would be expedient to apply as basic the three-fold proportionality test: (i) according to the law; (ii) necessity in a democratic society; (iii) adequacy and appropriateness of the means employed. To ensure a reasonable balance between private and public interests, the law on which the intervention is based should meet the basic requirements of the rule of law principle, in particular, clarity and unambiguity of the legal norms and predictability (foreseeability).

Special provisions of the constitutions of EU Member States that in some form have constitutionalized the issues of competition protection such as Austria, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Denmark, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, and Spain are examined, followed by a comparison with the regulation in Ukraine. Following the comparative study, it is concluded that the existing constitutional regulation in Ukraine accounts for the best trends and practices of analysed foreign states and, in some respects, is even more progressive, particularly in part of bringing the AMCU to the constitutional level. It is argued that in terms of forming general foundations of activity of the state and the possibility of using the provisions of the Constitution of Ukraine as an instrument to combat practices undermining the existence of free and undistorted competition in Ukrainian markets, the existing provisions of the Ukrainian Constitution are generally sufficient. It is further argued that there is no practical expediency for a radical reshaping of the relevant provisions of the Constitution of Ukraine in terms of reception of the experience of EU Member States regarding constitutional regulation of protection of competition.

*Section 2* is devoted to the general characteristics of the system of state protection of competition, its problematic aspects in terms of ensuring the principle of rule of law and other provisions of the Constitution of Ukraine in practice, and proposals for resolving the existing problems considering the EU experience and the standards of the European Court of Human Rights (the “ECHR”).

An overview of Ukrainian regulation of control over compliance with legislation on protection of economic competition, control over concerted practices and concentration is provided. The institutional mechanism of state protection of competition, powers, and the ways of involvement in this protection of such bodies as the AMCU, the Verkhovna Rada of Ukraine (the “VRU”), the President of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine (the “CMU”), other executive bodies, local self-government bodies, bodies of administrative and economic management and control, and judicial bodies (the CCU and courts) are described.

Special attention is given to description of the CCU’s role and place in the institutional mechanism of state protection of competition, analysis of its practice on matters related to protection of competition, tendencies in such practice, particularly with respect to review of constitutional complaints. The state of development of constitutional jurisprudence in Ukraine concerning issues related to competition protection is outlined, which comprises that the backbone of the CCU’s practice was forming during the decade of 2000-2010 following results of review of constitutional submissions, mainly regarding allocation of powers between the VRU, the President, and the CMU with respect to regulation of competition. The practice of constitutional courts of European countries is analysed, which shows they are increasingly facing issues related to competition protection, primarily concerning protection of individuals' rights during proceedings of competition authorities. Given these tendencies, possible increase of the CCU's role in the institutional mechanism of protection of competition is anticipated in the future.

The problems of distinguishing lawful behaviour from unlawful one from an angle of such component of the rule of law as predictability (foreseeability) have been examined on examples of two most serious infringements of Ukrainian competition laws such as anticompetitive concerted practices and abuse of a monopoly (dominant) position. The conclusion is drawn that in practice these problems are tangible and are demonstrated

through specific examples. The reasons behind these problems are described and possible ways to solve them are proposed.

A comprehensive comparative study of the regulation and law enforcement practice in part of anticompetitive concerted practices and abuse of a monopoly (dominant) position in Ukraine with the corresponding regulation and law enforcement practice in the EU is made. The main significant differences are described. Argumentative criticism is made regarding (i) the notion of “competition” provided in the Law of Ukraine “On Protection of Economic Competition” (the “Law”), which distorts the Law's logical structure, (ii) the practice of application of Article 6(3) of the Law allowing for qualification of anticompetitive concerted practices based on similar (parallel) behaviour of undertakings through conduct of economic analysis; (iii) the approval system for concerted practices in Ukraine with outline of problems related to legal certainty, effectiveness, and appropriateness of regulation such system entails, (iv) the notion of abuse of a monopoly (dominant) position in Article 13 of the Law. The expediency of reviewing the existing regulation and law enforcement practice in Ukraine is argued. The discrepancies between regulation of behaviour inadmissible from competition perspective in the Law, the ECU, and the Law of Ukraine “On Protection from Unfair Competition” are also described. It is argued that these discrepancies are inconsistent with such element of the rule of law as the quality of laws and need to be eliminated.

The problematic issues of institutional mechanism for protection of competition in Ukraine are examined from lenses of the rule of law and other constitutional provisions. It is pointed on the lack of clear regulation of powers of various bodies involved in such protection, which is illustrated by contradictions between the Constitution, the Law of Ukraine “On the Antimonopoly Committee of Ukraine” (the “Law on AMCU”), and the Law of Ukraine “On Central Executive Bodies” regarding the powers of the VRU, the President, and the CMU with respect to forming the AMCU's leadership, namely, the AMCU's Chair and its deputies, as well as by discrepancies in the AMCU's powers to consider cases on administrative offenses provided by the Law on AMCU and the provisions of the Code of Ukraine on Administrative Offenses, according to which consideration of such cases is within the courts' powers.

Following analysis of current legislation and court practice, it is demonstrated what practical problems the existing locking of enforcement of legislation on protection of economic competition on the AMCU's bodies, when commercial courts do not establish infringements of such legislation independently (directly) within the framework of private law disputes, could entail, in particular, hindering effective and timely protection of violated rights or legitimate interests by courts and access to justice in general. It is shown on examples that the system of protection of competition will not be able to work effectively without the private enforcement of competition legislation, where the courts establish infringements of this legislation directly within private law disputes.

The practice of review of the AMCU's bodies' fining decisions by commercial courts is analyzed, existing features are described. It is demonstrated that the courts in practice do not control lawfulness of the AMCU's bodies' decisions on imposition of fines, if the latter do not formally exceed limits established by law. An assessment of the existing situation is carried out through the prism of its compliance with the Constitution of Ukraine and the ECHR's practice, it is argued that such compliance is doubtful. It is examined how review of fines imposed by the European Commission for violation of EU competition legislation is carried out by the Court of Justice of the European Union, inconsistency of Ukrainian practice with the EU approaches is outlined.

Ways of solving the identified problems of legislative regulation and law enforcement practice in part of state protection of competition in Ukraine are suggested through relevant comprehensive changes to legislation and practice that would bring Ukrainian approaches closer to the EU approaches and the ECHR standards.

**Key words:** Constitution, rule of law, legal regulation, state power, constitutional economy, constitutionalization, human rights, economic rights, entrepreneurial activity, competition, protection of competition, Constitutional Court of Ukraine, European integration, European Union, European Court of Human Rights.

## **СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ**

*Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі контролю за зловживанням монопольним становищем. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 2. С. 49-57. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.8>

2. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права при здійсненні контролю за антиконкурентними узгодженими діями. *АЛЬМАНАХ ПРАВА. Трансформація законодавства України в сучасних умовах*. 2023. Випуск 14. С. 502-507. DOI: 10.33663/2524-017X-2023-14-502-507

3. Сус М.С. Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні та державах-членах Європейського Союзу: порівняльний аналіз. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 3. С. 93-99. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.03.17>

4. Sus M. Practice of the Constitutional Court of Ukraine with respect to State Protection of Competition in Entrepreneurial Activities. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2023. No. 1. P. 172-181. URL: [https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad\\_01\\_2023\\_FINAL.pdf](https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad_01_2023_FINAL.pdf)

*Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

5. Сус М.С. Конституційно-правові проблеми перегляду господарськими судами рішень органів Антимонопольного комітету України про накладення штрафів. *Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції: ел. збірник, м. Київ, 5 травня 2023 року. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2023. С. 98-100.

6. Сус М.С. Практичні проблеми забезпечення верховенства права у процесі контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції. *Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу*: збірник тез доповідей IV Всеукраїнської наукової конференції, м. Хмельницький, 17 квітня 2023 р.. Хмельницький : ХНУ, 2023. С. 212-217.



## ЗМІСТ

<b>ВСТУП</b> .....	4
<b>РОЗДІЛ 1. ДЕРЖАВНИЙ ЗАХИСТ КОНКУРЕНЦІЇ ЯК ПРЕДМЕТ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ДЕРЖАВАХ- ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ</b> .....	20
1.1.Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні.....	20
1.2.Державний захист конкуренції як складова конституційного регулювання економіки України .....	44
1.3.Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в державах-членах Європейського Союзу .....	63
Висновки до Розділу 1.....	72
<b>РОЗДІЛ 2. ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАВАЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ КОНКУРЕНЦІЇ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ДОСВІДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ</b> .....	76
2.1.Загальна характеристика української системи державного захисту конкуренції.	76
2.2.Проблематика державного захисту конкуренції в Україні в частині відмежування правомірної поведінки від неправомірної та домірності регулювання .....	103
2.3.Проблематика інституційного механізму державного захисту конкуренції в Україні .....	145
2.4.Напрями вдосконалення конституційного та законодавчого регулювання державного захисту конкуренції та правозастосовної практики.....	168
Висновки до Розділу 2.....	199
<b>ВИСНОВКИ</b> .....	203
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</b> .....	216
<b>ДОДАТОК</b> .....	253

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

**АМК** – Антимонопольний комітет України

**АУД** – антиконкурентні узгоджені дії

**ВРУ** – Верховна Рада України

**ВС** – Верховний Суд

**ГК** – Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV

**ГПК** – Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII

**ДЄС** – Договір про Європейський Союз

**ДФЄС** – Договір про функціонування Європейського Союзу

**ЄК, Комісія** – Європейська комісія

**ЄС, Союз** – Європейський Союз

**ЄСПЛ** – Європейський суд з прав людини

**Закон** – Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III

**Закон № 3295-IX** – Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції та діяльності Антимонопольного комітету України» від 09.08.2023 № 3295-IX

**Закон про АМК** – Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26.11.1993 № 3659-XII

**Закон про КСУ** – Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 № 2136-VIII

**Закон про недобросовісну конкуренцію** – Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 № 236/96-ВР

**Закон про ЦОВВ** – Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 № 3166-VI

**ЗМ(Д)С** – зловживання монопольним (домінуючим) становищем

**ЗпЗЕК** – законодавство про захист економічної конкуренції

**КК** – Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III

**КМУ** – Кабінет Міністрів України

**Конвенція** – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950, ратифікована Україною 17.07.1997

**КСУ** – Конституційний Суд України

**КУпАП** – Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-Х

**Методика** – Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затверджена розпорядженням АМК від 05.03.2002 № 49-р

**ОАГУК** – органи адміністративно-господарського управління та контролю

**ОВ** – органи влади в розумінні Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III

**ОДВ** – органи державної влади

**ОМС** – органи місцевого самоврядування

**ПАГС** – Північний апеляційний господарський суд

**ПП ВГСУ № 15** – Постанова Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 26.12.2011 № 15

**Правила розгляду справ** – Правила розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України, затверджені розпорядженням АМК від 19.04.1994 № 5

**Президент** – Президент України

**СГ** – суб'єкт(-и) господарювання

**Суд ЄС** – Суд Справедливості Європейського Союзу, який складається із Загального Суду та Суду Справедливості

**Угода про асоціацію** - Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Україною 16.09.2014

**УД** – узгоджені дії

**Хартія** – Хартія основоположних прав Європейського Союзу

**ЦК** – Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV

## ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Наукова та практична актуальність дослідження конституційних засад державного захисту конкуренції в Україні<sup>1</sup> та проблематики їхньої реалізації на рівні законодавчого регулювання та правозастосовної практики в контексті досвіду Європейського Союзу (далі – «ЄС» або «Союз») обумовлюється з одного боку тим, що перед Україною, яка стала на шлях розбудови ринкової економіки, стоїть задача досягнути ефективного функціонування ринків та економічного благополуччя. Ключовою передумовою успішної ринкової економіки є свобода підприємницької діяльності та вільна й неспотворена економічна конкуренція. Належне забезпечення умов для такої конкуренції на українських ринках було, є і залишатиметься необхідною передумовою для ефективного функціонування української економіки. З іншого боку вибір України щодо інтеграції в ЄС та його конституційна невідворотність ставить перед Україною низку викликів щодо приведення законодавства та практики його застосування у відповідність до підходів ЄС, органічного входження в правовий та економічний порядок ЄС. Базовою засадою функціонування ЄС є внутрішній ринок без внутрішніх кордонів із свободою руху людей, капіталів, товарів та послуг. Ключовим принципом функціонування цього ринку є вільна та неспотворена конкуренція, яка підлягає комплексному правовому захисту. Наближення українського конкурентного законодавства та практики його застосування до підходів ЄС є однією з передумов успішного входження України в ЄС, плавної інтеграції в нього.

Згідно з дослідженням, проведеним Антимонопольним комітетом України (далі – «АМК») у 2019 році, неефективна система захисту конкуренції в Україні призводить до щорічних втрат економіки України від конкурентних порушень на рівні 20% ВВП

---

<sup>1</sup> Значення термінів, які використовуються в цьому дослідженні: (1) «законодавство про захист економічної конкуренції» (також «ЗпЗЕК») застосовується у значенні, наданому йому Законом України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 (далі – «Закон»); (2) «антимонопольно-конкурентне законодавство» вживається у значенні, наданому йому в Господарському кодексі України від 16.01.2003 (далі – «ГК»); (3) «конституційні положення щодо державного захисту конкуренції» використовується для позначення положень ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 85, п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції України (далі також – «Конституція» або «Основний Закон»), (4) «конкурентне законодавство» в контексті України використовується для загального позначення українського законодавства, яке стосується питань захисту конкуренції та включає в себе законодавство про захист економічної конкуренції та антимонопольно-конкурентне законодавство; (5) «конкурентне законодавство» в контексті ЄС включає в себе всі нормативно-правові акти, які стосуються встановлення правил конкуренції в ЄС на наднаціональному рівні.

[1]. Хоч українське конкурентійне законодавство є доволі розробленим, воно, як і практика його застосування, викликали та продовжують викликати критичні зауваження в наукових та практичних колах, з боку міжнародних партнерів, серед яких, зокрема, можна виділити аналітичний звіт Європейської комісії (далі – «ЄК» або «Комісія») від 02.02.2023 щодо наближення Україною свого законодавства до *acquis* ЄС (далі – «Аналітичний звіт ЄК») [2]. Аналіз поглядів вітчизняних науковців та практиків, українського законодавства, правозастосовної практики вказує, що значна кількість проблем правового регулювання захисту конкуренції в Україні та практики правозастосування зачіпають конституційно-правові аспекти, зокрема, забезпечення належної практичної реалізації принципу верховенства права.

Забезпечення умов для ефективної економічної конкуренції є актуальним за воєнного стану, так і набуде особливої актуальності під час післявоєнної відбудови. Тому робота з удосконалення українського конкурентійного законодавства ведеться навіть під час воєнного стану. Зокрема, нещодавно прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції та діяльності Антимонопольного комітету України» № 3295-IX від 09.08.2023 (далі – «Закон 3295-IX») [3], який набере чинності з 01.01.2024, дає початок реформі конкурентійного законодавства України та позиціонується як такий, що значно наближує українське законодавство до *acquis* ЄС [4]. Хоч окремі положення цього закону можуть сприйматися позитивно, він не усуває системних проблем системи захисту конкуренції в Україні. У зв'язку з цим теоретичну та прикладну значущість має виявлення основних проблем, які залишаються, порівняння із тим як вони вирішуються в ЄС та формування пропозицій щодо удосконалення української системи та її наближення до підходів ЄС.

Захист конкуренції в Україні винесено на рівень Основного Закону, чим закладено його конституційні засади. В силу статті 8 Конституції від врегулювання питання захисту конкуренції на рівні Конституції багато в чому залежить адекватність його реалізації на рівні нормативно-правових актів нижчої юридичної сили. Тому дослідження проблем захисту конкуренції в Україні доцільно починати з Основного Закону, а для цього потрібно з'ясувати змістове наповнення спеціальних положень

Конституції щодо захисту конкуренції та як вони співвідносяться з іншими положеннями Конституції економічної спрямованості, дослідити релевантну практику Конституційного Суду України (далі – «КСУ») щодо захисту конкуренції. Для оцінки чи є українське конституційне регулювання державного захисту конкуренції достатнім, ефективним, чи є проблеми в ньому та як воно може бути вдосконалене доцільно дослідити як подібні питання врегульовуються в зарубіжних країнах. У силу євроінтеграційного руху України найбільш актуальним є дослідження конституційного регулювання захисту конкуренції в державах-членах ЄС та оцінка того, чи враховує українське конституційне регулювання кращі практики цих держав. Вказані питання у вітчизняній конституційно-правовій науці недостатньо розкриті, що зумовлює актуальність проведення відповідного комплексного дослідження.

Конституційні положення щодо державного захисту конкуренції були розвинуті в низці законів та підзаконних актів, певні питання захисту конкуренції також є предметом регулювання міжнародних договорів, стороною яких є Україна. Сучасна українська система державного захисту конкуренції включає в себе низку блоків, основними з яких є (i) контроль за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції, (ii) контроль за узгодженими діями (далі також – «УД»), (iii) контроль за концентрацією; (iv) регулювання природних монополій; (v) моніторинг державної допомоги та контроль за її допустимістю для конкуренції. Ці блоки мають свої окремі регулювання, інституційний механізм забезпечення, та проблематику. Дослідити особливості та проблематику всіх цих блоків в рамках цього дослідження є неможливим, що зумовлює необхідність визначення пріоритетів.

З огляду на основний предмет дослідження конституційного права – забезпечення умов аби держава свавільно не втручалася в права та свободи людини, найбільший інтерес становить перший з вказаних блоків – контроль за дотриманням ЗпЗЕК, в рамках якого органи АМК встановлюють порушення вказаного законодавства та притягують за них до відповідальності, оскільки саме цей блок пов'язаний з найбільшими ризиками невинуватого та непропорційного втручання публічної адміністрації в підприємницьку діяльність суб'єктів господарювання (суб'єкт(-и) господарювання далі також – «СГ»), інші конституційні права та свободи

з огляду на значні штрафні санкції та інші негативні заходи, які можуть бути застосовані органами АМК.

Найбільш небезпечними для конкуренції порушеннями вважаються антиконкурентні узгоджені дії (далі також – «АУД») та зловживання монопольним (домінуючим) становищем (далі також – «ЗМ(Д)С»). В усьому світі вони є фокусом конкурентних відомств. В ЄС система антитрасту побудова на розслідуваннях саме цих двох порушень, які згідно з статтями 101 та 102 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – «ДФЄС») вважаються недопустимими. АУД та ЗМ(Д)С є основним пріоритетом і АМК, що видно, зокрема, з його звітів за 2021 [5] та 2022 [6] роки. За ці два порушення передбачено найсуворіші санкції з-поміж усіх порушень конкурентного законодавства України. Тому найбільший інтерес становить дослідження проблем встановлення та притягнення до відповідальності саме за АУД та ЗМ(Д)С. Аби ці проблеми розкрити та сформулювати виважені пропозиції щодо їх вирішення доцільним є дослідження регулювання контролю за узгодженими діями та концентрацією в Україні.

З огляду на значні санкції, які органи АМК можуть накладати за порушення ЗпЗЕК, в першу чергу, АУД та ЗМ(Д)С, на перший план виходить забезпечення адекватності та домірності (пропорційності) правового регулювання, передбачуваності правозастосування, що є складовими конституційного принципу верховенства права. Навіть побіжний огляд позицій науковців, експертного середовища та правозастосовної практики вказує, що з цим в Україні існують проблеми, що зумовлює потребу в їхньому дослідженні та напрацюванні варіантів вирішення із врахуванням підходів ЄС. При цьому найбільший інтерес становить дослідження законодавства та практики ЄС щодо антиконкурентних узгоджених дій та зловживання домінуючим становищем саме на загальносоюзному рівні, оскільки при вступі України в ЄС АМК та національні суди будуть наділені повноваженням застосовувати статті 101 та 102 ДФЄС та мають інтегруватися в специфічний порядок їхнього застосування паралельно із застосуванням національного законодавства.

Так як одним з основних запобіжників від свавільного втручання органів влади в права та свободи людини та передумовою ефективності правозастосування є чітке

врегулювання повноважень органів влади та виважений розподіл повноважень між ними, актуальним є дослідження інституційного механізму захисту конкуренції в Україні, під яким в рамках цієї роботи розуміється система органів, залучених до цього захисту, їхніх повноважень та обсягу залучення до вказаного захисту, дослідження проблематики в цій частині та напрацювання шляхів її вирішення.

У силу широких повноважень та значної дискреційності при їх реалізації, якими наділені органи АМК при контролі за дотриманням ЗпЗЕК, основним стримувачем їхньої сваволі є суд. Надзвичайно важливим в цьому ключі є контроль судів за рішеннями органів АМК про накладення штрафів за порушення конкуренційного законодавства. Навіть побіжний огляд практики вказує, що цей контроль фактично не відбувається, коли розмір штрафу не перевищує встановлені законодавством межі. Такий стан речей потребує осмислення з точки зору відповідності Конституції та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 (далі – «Конвенція»). У силу євроінтеграційного руху України актуальним є також вивчення як подібні питання вирішуються в ЄС. Іншим питанням, яке недостатньо розкрито у вітчизняній науковій літературі та яке потребує дослідження, є проблематика розподілу повноважень між органами АМК та господарськими судами в частині встановлення порушень конкуренційного законодавства, оцінка цієї проблематики через призму Конституції та напрацювання шляхів її вирішення.

Попри підвищений інтерес вітчизняних науковців до питань захисту конкуренції в Україні, на цьому питанні переважно фокусуються вчені у сфері господарського та адміністративного права (Ю. В. Головка, О. П. Бакалінська, Н. М. Корчак, С. В. Шкляр та ін.), та міжнародного права, серед яких, зокрема, можна виділити праці К. В. Смирнової, присвячені дослідженню системи захисту конкуренції в ЄС, праці Л. Г. Фалалєєвої, присвячені дослідженню захисту основоположних прав в ЄС, в тому числі, під час застосування конкуренційного законодавства. Щодо дослідників у сфері конституційного права, незважаючи на інтерес до конституційної економіки, окремим питанням якої присвячені праці О. В. Батанова, Р. А. Джабраїлова, В. М. Кампо, Р. О. Коваленка, Р. Ю. Кеменяш, О. В. Приходько, М. В. Савчина та ін., тематика конституційних засад державного



захисту конкуренції в Україні та проблематики їх реалізації на практиці загалом та в контексті досвіду ЄС зокрема у вітчизняній науці конституційного права є недостатньо розкритою та зачіпається радше побіжно, хоча останнім часом і починає спостерігатися увага вчених-конституціоналістів до окремих питань цієї тематики (М.В. Савчин, В.А. Шатіло). Комплексні конституційно-правові дослідження, орієнтовані саме на державний захист конкуренції, на рівні дисертаційних досліджень наразі відсутні, що зумовлює наукову та практичну актуальність проведення цього дослідження.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.**

Дисертація виконана в межах планових науково-дослідних тем Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України: «Конституційно-правові проблеми сучасного унітаризму: вітчизняний та зарубіжний досвід» (номер державної реєстрації РК 0118U100391), «Парламентаризм в Україні: сучасний стан, виклики та перспективи розвитку» (номер державної реєстрації РК 0112U105261).

**Мета і завдання дослідження.** Метою цієї роботи є дослідження конституційних засад державного захисту конкуренції в Україні, порівняння конституційного регулювання питань захисту конкуренції в Україні з регулюванням в державах-членах ЄС, виявлення та характеристика проблематики реалізації конституційних засад державного захисту конкуренції в Україні на рівні правового регулювання та правозастосування, розробка пропозицій щодо її вирішення в контексті досвіду ЄС.

Відповідно до поставленої мети визначено коло таких завдань:

- (1) дослідити та розкрити зміст спеціальних положень Конституції України, які стосуються державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, а саме, ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 85, п. 8 ч. 1 ст. 92;
- (2) дослідити та охарактеризувати практику КСУ щодо питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції в Україні;
- (3) дослідити та охарактеризувати роль державного захисту конкуренції як складової конституційного регулювання економіки України, в межах чого окреслити як цей захист співвідноситься з іншими положеннями Конституції економічної

спрямованості, зокрема, тими, які стосуються права на підприємницьку діяльність, права власності, а також захисту прав споживачів;

(4) дослідити спеціальне конституційне регулювання захисту конкуренції в державах-членах ЄС, здійснити його порівняння з українським, сформулювати висновки чи враховує українське регулювання кращі практики держав-членів ЄС;

(5) надати загальну характеристику законодавчому регулюванню державного захисту конкуренції в Україні та інституційному механізму його забезпечення, в частині таких блоків як контроль за дотриманням ЗпЗЕК, контроль за узгодженими діями та концентрацією;

(6) дослідити та розкрити проблематику державного захисту конкуренції в Україні в аспекті відмежування правомірної поведінки від неправомірної та домірності регулювання в частині контролю за дотриманням ЗпЗЕК в Україні на прикладі АУД та ЗМ(Д)С на рівні законодавчого регулювання та правозастосовної практики з точки зору конституційного принципу верховенства права, здійснити порівняння законодавчого регулювання та правозастосовної практики в частині АУД та ЗМ(Д)С в Україні з підходами в ЄС на загальносоюзному рівні;

(7) дослідити та розкрити проблематику забезпечення принципу верховенства права та інших положень Конституції в частині інституційного механізму державного захисту конкуренції в Україні в розрізі розподілу повноважень між органами, залученими до такого захисту, зокрема, між органами АМК та господарськими судами щодо встановлення порушень конкуренційного законодавства, меж та рівня контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про накладення штрафів, оцінити останнє через призму практики Європейського суду з прав людини (далі – «ЄСПЛ»), дослідити підходи до контролю Судом Справедливості Європейського Союзу (далі – «Суд ЄС») за рішеннями ЄК про накладення штрафів за порушення конкуренційного законодавства ЄС;

(8) сформулювати пропозиції щодо можливого вирішення проблематики, зазначеної у пунктах 6-7 вище, на основі аналізу досвіду ЄС та практики ЄСПЛ;

(9) визначити чи потребує конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні вдосконалення, окреслити можливі його напрями за доцільності.

*Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають в ході державного захисту конкуренції.*

*Предметом дослідження є конституційні засади державного захисту конкуренції в Україні в контексті досвіду ЄС.*

**Методи дослідження.** Аби комплексно розкрити досліджувану тематику з огляду на поставлену мету та завдання було застосовано сукупність філософсько-світоглядних, загальнонаукових та спеціально-наукових методів.

Застосування діалектичного методу дало можливість дослідити конституційне, законодавче регулювання та правозастосовну практику щодо державного захисту конкуренції в Україні у розвитку, взаємозв'язку та суперечності та виходячи з цього сформувані пропозиції щодо їхнього удосконалення. Застосування діалектичного методу в тій чи іншій мірі притаманне всім розділам цієї роботи, найбільш - підрозділу 2.4. при формуванні пропозицій щодо удосконалення українського законодавчого регулювання захисту конкуренції та правозастосовної практики. За допомогою порівняльного методу здійснювалося співставлення положень Конституції та законів України (підрозділи 1.1., 1.2., 2.4.), українських законів у сфері захисту конкуренції між собою (підрозділи 1.1., 1.2., 2.1.-2.3.), підходів зарубіжних вчених до співвідношення захисту конкуренції із захистом прав споживачів (підрозділ 1.2.), українського конституційного регулювання захисту конкуренції з відповідним регулюванням в державах-членах ЄС (підрозділ 1.3.), українського законодавчого регулювання та правозастосовної практики у сфері захисту конкуренції з підходами в ЄС (підрозділи 2.2-2.4.), контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК зі стандартами ЄСПЛ (підрозділ 2.3.), що дало змогу з'ясувати та сформувані у згаданих вище підрозділах бачення щодо змістового наповнення досліджуваних конституційних та законодавчих положень, врахування конституційним регулюванням захисту конкуренції в Україні підходів держав-членів ЄС, відмінностей між законодавчим регулюванням та правозастосовною практикою щодо захисту

конкуренції в Україні з підходами в ЄС та стандартами ЄСПЛ та на основі цього сформувавши пропозиції щодо удосконалення конституційного, законодавчого регулювання та правозастосовної практики щодо захисту конкуренції в Україні таким чином, щоб наблизити їх до підходів ЄС та стандартів ЄСПЛ. Історичний метод використовувався для з'ясування змістового наповнення конституційних положень щодо державного захисту конкуренції шляхом дослідження наявного конституційного законодавства до прийняття Конституції, розвитку цього законодавства після її прийняття (підрозділ 1.1.), розвитку конституційної юриспруденції КСУ (підрозділи 1.1. та 2.1.), розвитку українського конституційного законодавства та впливу на нього підходів ЄС та євроінтеграційного руху України (підрозділ 2.1.), розвитку законодавчого регулювання та практики застосування в ЄС (підрозділ 2.2.). Описані вище методи доповнені застосуванням таких загальнонаукових методів як аналіз, синтез, узагальнення (усі ці три методи в різній мірі та в різних комбінаціях притаманні усім підрозділам дослідження), функціональний (підрозділи 1.2., 2.1.-2.3), системно-структурний метод (підрозділи 1.1.-1.2., 2.1.-2.3), статистичний метод (підрозділи 2.2.-2.3.) та спеціальних наукових методів, таких як формально-юридичний, логіко-юридичний, лінгвістичний метод, які в різних поєднаннях між собою використовувалися для з'ясування змісту окремих положень законодавства, інтерпретації законодавства та правозастосовної практики, виокремлення їхніх особливостей, закономірностей, тенденцій та проблематики, формування пропозицій щодо її вирішення. Для оцінки впливу Закону № 3295-IX на виявлену проблематику державного захисту конкуренції та напрацювання пропозицій щодо її вирішення також застосовувався метод прогнозування та метод альтернатив (підрозділи 2.3 та 2.4.).

**Наукова новизна отриманих результатів.** Дисертація є першим у вітчизняній конституційно-правовій науці комплексним дослідженням конституційних засад державного захисту конкуренції в Україні та державах-членах ЄС, проблематики реалізації українських конституційних засад захисту конкуренції на рівні правового регулювання та правозастосовної практики з точки зору дотримання принципу верховенства права та інших конституційних принципів та положень, порівняльного

дослідження захисту конкуренції в Україні із підходами в ЄС, підходами ЄСПЛ, за результатами якого було виявлено системні проблеми захисту конкуренції в Україні з точки зору дотримання Конституції та напрацьовано можливі шляхи їхнього вирішення з урахуванням досвіду ЄС та практики ЄСПЛ.

Основна наукова новизна дослідження полягає в такому:

*уперше:*

– надано інтерпретацію змістового наповнення кожного спеціального положення Конституції України щодо державного захисту конкуренції, а саме, ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 85, п. 8 ч. 1 ст. 92, з урахуванням практики КСУ, сформульовано висновок, що об'єктом конституційно-правового захисту є процес змагання на території України між суб'єктами господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів через досягнення більшої ефективності господарювання завдяки власним правомірним досягненням;

– обґрунтовано доцільність розширеної інтерпретації недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції» відповідно до ч. 3 ст. 42 Конституції як такого, що покриває усю можливу поведінку усіх можливих суб'єктів, які неправомірно посягають на ефективний конкурентний процес на території України, та відтак усі можливі порушення конкурентного законодавства, передбачені на рівні законів, не охоплені зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією;

– досліджено та охарактеризовано стан розвитку конституційної юриспруденції щодо державного захисту конкуренції за весь час існування КСУ, виокремлено його ключові позиції щодо тлумачення конституційних положень щодо державного захисту конкуренції;

– обґрунтовано, що конституційні положення щодо державного захисту конкуренції та захисту прав споживачів, хоч і переслідують спільну ціль забезпечити добробут споживачів, та мають багато точок дотику, доцільно розглядати як положення, які мають різну спрямованість: метою першого є забезпечення умов для ефективної конкуренції на ринку і відтак непрямий захист споживачів, метою другого

є, навпаки, прямий захист прав споживачів в рамках індивідуальних транзакцій, в які вони вступають;

– за результатами порівняльного дослідження конституцій України та держав-членів ЄС в частині регулювання питань захисту конкуренції сформовано висновки, що українське конституційне регулювання враховує кращі практики держав-членів ЄС, а в певних питаннях, зокрема, винесення на конституційний рівень АМК, є навіть більш прогресивним, обґрунтовано відсутність практичної доцільності перформатування положень Конституції з точки зору рецепції досвіду держав-членів ЄС щодо конституційного регулювання захисту конкуренції;

– обґрунтовано, що визначення «конкуренції», наведене в Законі та ГК, сприяє правовій невизначеності, порушенню логічної структури конкурентного законодавства, обґрунтовано доцільність видалення або зміни цього визначення, наведено пропозиції щодо його зміни;

– охарактеризовано та на конкретних прикладах продемонстровано проблематику забезпечення таких складових конституційного принципу верховенства права як правова визначеність та прогнозованість в частині кваліфікації певної поведінки як АУД в Україні, а в частині існуючої дозвільної системи на УД – також ефективності та домірності регулювання, сформовано авторські пропозиції щодо вирішення виявленої проблематики шляхом вилучення ч. 3 ст. 6 із Закону, ліквідації дозвільної системи на УД та запровадження системи самооцінки суб'єктів господарювання в частині АУД за прикладом ЄС, окреслено напрями змін до законодавства та правозастосовної практики для імплементації цих пропозицій;

– охарактеризовано та на конкретних прикладах продемонстровано проблематику забезпечення таких складових конституційного принципу верховенства права як правова визначеність та прогнозованість в частині кваліфікації певної поведінки як ЗМ(Д)С в Україні, сформовано авторські пропозиції щодо усунення виявленої проблематики шляхом наближення законодавчих визначень монопольного (домінуючого) становища та зловживання ним, наведених в Законі, до визначень, які застосовуються в ЄС, супутніх змін до законодавства та правозастосовної практики;

– обґрунтовано доцільність пошуку альтернативних способів усунення правової невизначеності, яку породжує специфіка конкурентного законодавства, оскільки традиційні способи її усунення як-от чітке та однозначне формування правової норми видаються нереалістичними на практиці, обґрунтовано доцільність запозичення досвіду ЄК та широкого застосування АМК актів «м'якого права» (рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій) для надання суб'єктам господарювання розуміння щодо правових та економічних підходів, які органи АМК використовуватимуть для доведення АУД та ЗМ(Д)С, сформовано пропозиції щодо змістового наповнення цих актів «м'якого права» АМК;

– охарактеризовано та на конкретних прикладах продемонстровано проблеми розподілу повноважень між органами АМК та господарськими судами щодо встановлення порушень конкурентного законодавства, обґрунтовано, що наявний стан справ, коли правозастосування замикається на органах АМК, а господарський суд не встановлює порушень вказаного законодавства безпосередньо (самостійно) в рамках приватно-правових спорів, ускладнює гарантований Конституцією ефективний та своєчасний судовий захист порушених прав та інтересів особи недотриманням конкурентного законодавства іншою особою, може створювати проблеми доступу до правосуддя, та потребує реформатування на систему, в якій паралельно існують, ефективно працюють та поєднуються два типи правозастосування: (1) приватне, коли господарські суди встановлюють порушення конкурентного законодавства безпосередньо в рамках приватно-правових спорів та залежно від цього застосовують способи судового захисту, передбачені Цивільним, Господарським кодексами, іншими законами, без здійснення каральних функцій; та (2) публічне, коли рішення щодо визнання порушення та призначення за нього покарання приймають органи АМК, а господарські суди контролюють правомірність цих рішень; запроповано можливі шляхи досягнення результату в пункті (1) вище: (i) в рамках чинного законодавчого поля, для чого сформульовано основні ідеї можливої правової позиції, або (ii) шляхом внесення змін до законодавства, які б одночасно забезпечили ефективність приватного правозастосування;

– обґрунтовано невідповідність наявної практики, коли органи АМК належним чином не мотивують свої рішення про накладення штрафів за порушення ЗпЗЕК, а господарські суди не контролюють правомірність, в тому числі, пропорційність, накладених штрафів, якщо ті не перевищують встановлені законодавством верхні межі, Конституції, підходам ЄС та стандартам ЄСПЛ, сформульовано пропозиції щодо усунення виявленої проблематики шляхом внесення змін до законодавства та практики;

– обґрунтовано, що конституційний захист конкуренції є вужчим ніж той, який передбачений Законом – перший поширюється на підприємницьку діяльність, другий – на господарську, тобто і на некомерційну, обґрунтовано доцільність після внесення до профільного конкурентного законодавства змін, спрямованих на чітке відмежування економічної та неекономічної діяльності відповідно до рекомендацій ЄК, віддзеркалити ці зміни на рівні Конституції, запропоновано як до внесення таких змін рівень конституційно-правового захисту конкуренції можна зробити ідентичним за сферою охоплення до рівня захисту Закону, тобто поширити і на некомерційну діяльність, шляхом тлумачення другого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону;

*удосконалено:*

– порівняльні дослідження конституційного регулювання економічних питань в Україні та зарубіжних країнах шляхом їхнього доповнення комплексною характеристикою регулювання захисту конкуренції в державах-членах ЄС;

– характеристику інституційного механізму державного захисту конкуренції в Україні шляхом її доповнення описом ролі та місця КСУ в цьому механізмі, його практики, співвідношення повноважень органів АМК та господарських судів щодо встановлення порушень конкурентного законодавства шляхом викладу актуальної судової практики;

– характеристику проблематики розгляду господарськими судами спорів щодо оскарження рішень органів АМК шляхом викладу актуальної судової практики інтерпретації співвідношення повноважень між господарськими судами та органами АМК в частині накладення штрафів;



– характеристику регулювання антиконкурентних узгоджених дій та зловживання домінуючим становищем в ЄС шляхом опису останніх змін в законодавстві та практиці ЄС;

– характеристику співвідношення повноважень між ЄК та Судом ЄС в частині застосування конкурентного законодавства ЄС, рівня контролю Судом ЄС за рішеннями ЄК через призму Хартії основоположних прав Європейського Союзу та Конвенції, адміністративної практики ЄК щодо накладення штрафів за порушення конкурентного законодавства;

*отримали подальшого розвитку:*

– дослідження та виклад основних відмінностей між регулюванням і правозастосовною практикою щодо АУД та ЗМ(Д)С в Україні та ЄС;

– дослідження та виклад практики ЄСПЛ щодо конкурентно-правових питань в частині вимог до судового перегляду рішень конкурентних відомств;

– дослідження та виклад суперечностей між різними законодавчими актами України в частині розподілу та співвідношення повноважень органів, залучених до захисту конкуренції в Україні;

– дослідження та виклад суперечностей між регулюванням недопустимої з точки зору конкуренції поведінки в різних українських законодавчих актах.

**Практичне значення отриманих результатів.** Матеріали, висновки та пропозиції, які містяться в цій роботі, можуть бути використані в:

– *науково-дослідній сфері* – для подальшого дослідження питань, пов'язаних із проблематикою правового регулювання та правозастосовної практики в частині державного захисту конкуренції в Україні, порівняльних дослідженнях підходів щодо захисту конкуренції в Україні та в ЄС;

– *законотворчій діяльності* – для отримання розуміння існуючих проблем правового регулювання та правозастосовної практики щодо захисту конкуренції в Україні для напрацювання змін до законодавства, сформовані автором концептуальні пропозиції можна використовувати для вдосконалення конституційного та законодавчого регулювання захисту конкуренції в Україні;

– *правозастосовній діяльності* – інформацію, наведену в цьому дослідженні, можна використовувати в процесі застосування українського конкурентного законодавства, наближення українського правозастосування до підходів ЄС;

– *навчальному процесі* – отримані результати дослідження можуть бути використані при складанні посібників, підручників та при викладанні курсів з навчальних дисциплін конституційного, господарського, господарсько-процесуального, адміністративного, міжнародного права у відповідній частині.

**Особистий внесок здобувача.** Дисертація відображає результати власного дослідження автора, його власне бачення проблематики досліджуваної теми, власні висновки та пропозиції, сформовані за результатами особистого та самостійного дослідження відповідної законодавчої, емпіричної та доктринальної бази. Ідеї та розробки, які належать співавторам, в цій дисертації не використовувалися.

**Апробація матеріалів дисертації.** Основні положення дисертації обговорювались на засіданні відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права імені В.М.Корецького НАН України. Результати дослідження були апробовані на трьох науково-практичних конференціях: XIV Міжнародній науково-практичній конференції «Трансформація законодавства України в сучасних умовах» (м. Київ, 23.05.2023), міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови» (м. Київ, 05.05.2023), IV Всеукраїнській науковій конференції «Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу» (м. Хмельницький, 17.04.2023), за результатами яких були опубліковані відповідно стаття у вітчизняному юридичному фаховому виданні та тези доповідей.

**Публікації.** Основні наукові результати дисертації відображено у шести наукових працях, серед яких три наукові статті, які опубліковані в юридичних фахових виданнях України, затверджених МОН України, одна наукова стаття – в іноземному фаховому виданні, та двоє тез доповідей за результатами міжнародної та всеукраїнської науково-практичних конференцій.

**Структура та обсяг дисертації.** Дисертація складається зі вступу, двох розділів, перший з яких містить три, другий – чотири підрозділи, висновків, списку

використаних джерел, додатку. Загальний обсяг дисертації становить 254 сторінки, з яких основний текст – 215 сторінок, список використаних джерел (276 найменувань) – 37 сторінок, додаток – дві сторінки.

## **РОЗДІЛ 1. ДЕРЖАВНИЙ ЗАХИСТ КОНКУРЕНЦІЇ ЯК ПРЕДМЕТ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

### **1.1. Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні**

Конституція України [7] закріплює основоположні засади функціонування України як держави. З огляду на принцип верховенства Конституції, остання є фундаментальним правовим актом, який визначає правовий порядок в Україні. Серед норм Конституції значна частина тих, які мають економічну спрямованість та мають на меті закласти правові підвалини побудови економічної системи України. Серед таких норм, зокрема, і положення ст. 42, які закріплюють загальні засади здійснення підприємницької діяльності в Україні.

Як вказує Ю.В. Кириченко, попри відсутність у міжнародно-правових актах прямої вказівки на існування права на підприємницьку діяльність як самостійного виду економічних прав, Конституція України збільшила «набір» економічних свобод і тим самим розширила межі обсягу прав і свобод людини і громадянина. Україна не є винятком в цьому плані, крім України, подібним шляхом пішли й законодавці 32 із 42 держав континентальної Європи, які в різних формулюваннях і обсязі закріпили право на підприємницьку діяльність у своїх конституціях [8, с. 269].

Відповідно до ч. 1 ст. 42 Конституції кожен має право на підприємницьку діяльність, не заборонену законом [7]. Підприємницька діяльність є явищем, яке змінює навколишню дійсність та, як показує практика, рухає прогрес. Переслідуючи з одного боку свої індивідуальні цілі (отримання прибутку, визнання тощо), підприємці створюють нові товари, покращують існуючі, розробляють та запроваджують інновації тощо, що має загальний позитивний вплив на життя інших осіб – окремих споживачів та й суспільства в цілому. Водночас, підприємницька діяльність при відсутності її адекватного врегулювання, крім позитивних наслідків для окремих осіб та суспільства в цілому, може нести і негативні наслідки. У зв'язку з цим необхідність встановити правові рамки для її здійснення є цілком очевидною і ця функція покладається на державу. При цьому неодмінно постає проблема

знаходження адекватного балансу між свободою особи в здійсненні підприємницької діяльності та державним втручанням в цю свободу. Знаходження розумного балансу між приватними та публічними інтересами є одним із найважчих, але в той же час найважливіших завдань держави, як на рівні нормотворення, так і на рівні правозастосування. Автор погоджується із думкою В.А. Шатіла, що держава не повинна мати надмірного впливу і втручання у сферу економічних відносин, інакше годі загадувати про утвердження і розвиток ринкових відносин в економіці [9, с. 126]. Невиправдане та неадекватне втручання держави в підприємницьку діяльність порушуватиме права та інтереси осіб, в діяльність яких здійснюється втручання, зменшуватиме або ж взагалі усуватиме стимули нею займатися, що навряд чи призводитиме до позитивних наслідків в частині розвитку економіки. Ігнорування ж державою проблем зі здійсненням підприємницької діяльності, наприклад, її здійснення шляхом порушення прав та законних інтересів інших осіб, надаючи абсолютну свободу її здійснення, призводитиме до незабезпечення державою умов для захисту прав та інтересів цих інших осіб.

Таким чином, знаходження розумного балансу між приватними та публічними інтересами в частині здійснення підприємницької діяльності у процесі створення правових норм та їх застосування на практиці є однією з наріжних задач для побудови України як дійсно правової держави. Тому не дивно, що при закріпленні права на підприємницьку діяльність, межі цього права були відразу прямо окреслені на рівні Конституції: *«кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом»* [7]. Положення ч. 1 ст. 42 Конституції були деталізовані на рівні законів (Цивільного кодексу України (далі – «ЦК») [10], ГК [11] тощо), зокрема, в частині уточнення меж свободи підприємницької діяльності.

Закріплюючи в Конституції право на підприємницьку діяльність в межах, не заборонених законом, держава взяла на себе і певні зобов'язання. Відповідно до ч. 3 ст. 42 Конституції держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності; зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція не допускаються; види та межі монополії визначаються законом [7].

Положення ч. 3 ст. 42 Конституції відображають один із тих випадків, коли держава може втручатися у здійснення підприємницької діяльності. Захист конкуренції у підприємницькій діяльності є одним з засобів упорядкування здійснення цієї діяльності. Винесення захисту конкуренції на конституційний рівень вказує на надзвичайну важливість цього засобу.

Положення ч. 3 ст. 42 Конституції не є єдиними, які прямо і безпосередньо стосуються конкуренції. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 92 правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються виключно законами. Також ст. 85 Конституції закріплює порядок призначення та звільнення з посади Голови АМК [7]. АМК, у свою чергу, є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері публічних закупівель [12]. Призначення за поданням Прем'єр-міністра Голови АМК та звільнення призначеної особи з цієї посади відповідно до ст. 85 Конституції належить до повноважень Верховної Ради України (далі – «ВРУ») [7].

Як зазначає В.А. Шатіло, конституційно-правове забезпечення суспільного інституту, зокрема, конкуренції у підприємницькій діяльності в Україні, становить певну рамкову конструкцію, яка встановлює основні засади правового регулювання її функціонування [13, с. 126]. Наведені вище положення ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 85 та п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції формують рамкову конструкцію, відповідно до якої здійснюється захист конкуренції у підприємницькій діяльності в Україні. Для правильного розуміння змісту положень Конституції щодо державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності потрібно з'ясувати суть та межі вказаного захисту та смислове наповнення зазначених вище спеціальних норм Конституції. Таке з'ясування буде здійснюватися шляхом дослідження основних концептів, які використовуються в Конституції, на основі аналізу української нормативно-правової бази, праць вітчизняних науковців, а також практики КСУ.

**(1) «Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності» (перше речення ч. 3 ст. 42 Конституції).** Положення першого речення ч. 3 ст. 42 Конституції є стрижневими для всієї системи захисту конкуренції у Україні. Їх аналіз вказує на те, що захист конкуренції у підприємницькій діяльності є

обов'язком держави. Цей висновок підтверджується і позицією КСУ у його рішенні № 22-рп/2008 від 09.10.2008 у справі № 1-41/2008 (далі – «Справа № 1-41/2008»): «на державу покладено **обов'язок** забезпечувати захист змагальності суб'єктів господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів»<sup>2</sup> [14].

Обов'язок держави із захисту конкуренції полягає у забезпеченні нею умов аби такий захист відбувався (створення нормативно-правової бази, яка деталізує конституційні положення, системи органів, які здійснюють захист конкуренції, тощо). Якщо існує обов'язок держави забезпечувати захист конкуренції у підприємницькій діяльності, логічно впливає, що існує й кореспондуюче право вимагати належного забезпечення цього захисту. З огляду на формулювання ч. 1 ст. 42 Конституції, відповідно до якої *кожен* має право на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, носієм права вимагати захисту конкуренції у підприємницькій діяльності від держави є людина (особа), а не тільки громадянин. Право на конкуренцію у підприємницькій діяльності, таким чином, є конституційним правом людини, яке можна розглядати, якщо не окремим самостійним правом, то принаймні елементом права на підприємницьку діяльність. Структурна побудова ст. 42 Конституції та формулювання ч. 3 ст. 42 Основного Закону свідчать радше на користь другого підходу, так як право на конкуренцію в підприємницькій діяльності реалізується в рамках реалізації права на підприємницьку діяльність.

У вітчизняній доктрині наявні підходи щодо виділення такого права як право на добросовісну конкуренцію. К.В. Смирнова та Н.В. Фокіна виділяють економічний та соціальний аспект цього права. Перший полягає в праві суб'єктів господарювання на неспотворену (добросовісну) конкуренцію. Другий - в праві споживачів отримувати справедливі вигоди на ринку завдяки рівному доступу до товарів та/або послуг [15, с. 78]. Варто зауважити, що К.В.Смирнова та Н.В. Фокіна виділяють право на конкуренцію в контексті дослідження правил конкуренції ЄС. Економічний та соціальний аспект права на конкуренцію, виділений ними, в цілому застосовний і до

---

<sup>2</sup> Усі виділення в наведених у цьому дослідженні цитатах є виділеннями автора

права на конкуренцію, яке встановлене в Конституції. Водночас, в контексті Основного Закону автор вважає виділення права на конкуренцію як окремого самостійного права від права на підприємницьку діяльність дискусійним та розглядає його скоріше як одну зі складових останнього.

Визначення того, що захист конкуренції є обов'язком держави, якому кореспондує право особи захисту конкуренції вимагати, піднімає питання щодо суті та меж цього захисту, тобто яку саме конкуренцію держава захищає та до якої міри. Для цього потрібно з'ясувати, що таке, власне, «конкуренція» та «підприємницька діяльність» в розумінні положень першого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону. Конституція не містить роз'яснень, що означають ці терміни, тому звернемося до нормативних визначень та практики КСУ.

При дослідженні змістовного наповнення положень, закріплених у першому реченні ч. 3 ст. 42 Конституції, потрібно зважати, що Конституція приймалася в умовах, коли вже було наявне профільне законодавство як в частині захисту конкуренції, так і в частині підприємництва, яке містило визначення ключових понять, якими оперує Конституція. Звідси слідує, що положення ч. 3 ст. 42 Конституції були скоріше спрямовані на певну конституціоналізацію засад захисту конкуренції, які на момент прийняття Конституції вже були закладені чинним на той час законодавством, а не створювали їх з нуля для їхнього подальшого розвитку та деталізації в профільному законодавстві. Ця обставина має важливе значення для визначення змістовного наповнення положень Конституції в частині понять «конкуренція» та «підприємницька» діяльність», так як в подальшому значення, надані цим поняттям в законах, які існували на момент прийняття Конституції, були змінені в актах, прийнятих після прийняття Основного Закону.

Слово «конкуренція» походить з латинської мови («concurro») та означає сходитися, стикатися, збігатися, одночасно відбуватися, з'єднуватися, змикатися [16, с. 63]. Академічний тлумачний словник української мови надає такі два визначення «конкуренції»: (1) суперництво в якій-небудь галузі, боротьба за досягнення кращих наслідків; змагання; (2) боротьба між приватними підприємцями за вигідніші умови виробництва й збуту товарів при товарному виробництві; боротьба між капіталістами



за найбільші прибутки [17]. Таким чином, конкуренцію в загальному можна охарактеризувати як суперництво, змагальність, боротьбу між певними суб'єктами за досягнення кращих результатів. Конкуренцію у підприємницькій діяльності, виходячи з цього, можна визначити як суперництво, змагальність, боротьбу між суб'єктами, які здійснюють підприємницьку діяльність, для досягнення кращих результатів у цій діяльності. Підприємцем відповідно до того ж тлумачного словника є той, хто володіє промисловим, торговельним і т. ін. закладом; організатор вигідних справ, прибуткових операцій [18]. Підприємництво визначається тлумачним словником як діяльність підприємця [19].

Як зазначає О.П. Бакалінська, першим спеціальним законом, спрямованим на розвиток і підтримку конкурентного середовища в Україні, став Закон «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18.02.1992 (далі – «Закон про обмеження монополізму»), який заклав правові основи обмеження і попередження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності та здійснення державного контролю за додержанням норм антимонопольного законодавства [20]. На момент прийняття Конституції Закон про обмеження монополізму містив визначення «конкуренції». Для цілей подальшого аналізу буде використовуватися остання редакція цього закону, яка була чинною на момент прийняття Конституції – від 13.08.1995. Аналогічний принцип буде застосовуватися і в частині інших законів – буде використовуватися остання редакція, яка була чинною на момент прийняття Конституції.

У редакції Закону про обмеження монополізму від 13.08.1995 «конкуренція» визначалася як *«змагальність підприємців, коли їх самостійні дії обмежують можливості кожного з них впливати на загальні умови реалізації товарів на ринку і стимулюють виробництво тих товарів, яких потребує споживач»* [21]. Визначення «підприємницької діяльності» Закон про обмеження монополізму на момент прийняття Конституції не містив. Визначення «підприємництва», у свою чергу, містилося в Законі «Про підприємництво» від 07.02.1991 (далі – «Закон про підприємництво»), яке в редакції цього закону від 30.05.1996 було сформульоване як

*«самостійна ініціатива, систематична, на власний ризик діяльність по виробництву продукції, виконанню робіт, наданню послуг та заняття торгівлею з метою одержання прибутку»* [22]. Таким чином, однією з основних ознак «підприємництва» відповідно до нормативно-правової бази, яка існувала на момент прийняття Конституції, була мета одержання прибутку.

На початку 2001 року було прийнято Закон, який замінив Закон про обмеження монополізму. Закон містить таке визначення конкуренції (незмінне з моменту прийняття Закону): *«економічна конкуренція (конкуренція) - змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку»* [23]. У 2003 році було прийнято ГК, який також надав визначення «конкуренції» (незмінне з моменту прийняття ГК): *«змагання між суб'єктами господарювання, що забезпечує завдяки їх власним досягненням здобуття ними певних економічних переваг, внаслідок чого споживачі та суб'єкти господарювання отримують можливість вибору необхідного товару і при цьому окремі суб'єкти господарювання не визначають умов реалізації товару на ринку»* [11].

Попри певні текстуальні відмінності між визначеннями «конкуренції» у Законі та ГК вони доволі схожі за основними сутнісними характеристиками. Водночас визначення Закону та ГК за змістовим наповненням мають принципову відмінність від визначення «конкуренції» Закону про обмеження монополізму. Зберігаючи таку ознаку «конкуренції» як змагання, Закон та ГК, якщо скомпонувати їхні визначення, уточнюють, що (а) це змагання відбувається між суб'єктами господарювання; (б) метою та/або наслідком цього змагання є досягнення [економічних] переваг одними суб'єктами господарювання над іншими саме завдяки власним досягненням; (в) внаслідок цього досягнення переваг споживачі та інші суб'єкти господарювання отримують позитивні результати у вигляді можливості вибору товарів / контрагентів, а окремий суб'єкт(-и) господарювання не зможе визначати умов обороту (реалізації) товарів на ринку. Можливість визначати умов обороту товарів на ринку відповідно до

Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затвердженої розпорядження АМК № 49-р від 05.03.2002 (далі – «Методика»), яка деталізує положення Закону, є ознакою монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку [24].

У визначеннях, наведених в Законі та ГК, фокус набагато більше, ніж в Законі про обмеження монополізму, тяжіє до відображення того, що в економічній теорії прийнято називати досконалою (довершеною, повною) конкуренцією, коли на ринку є багато гравців і жоден з них не має такої ринкової влади, щоб визначати умови обороту товару на ринку, так як його ринкова влада обмежується ринковою владою інших учасників. Основною причиною необхідності державного регулювання економіки загалом та конкурентного процесу, зокрема, в науковій літературі визначають необхідність вирішувати проблеми, які існують на ринках з недосконалою конкуренцією, де певний учасник чи учасники мають ринкову владу, а механізми саморегулювання ринку ці проблеми не можуть ефективно усувати [25, с. 96-97; 26, с. 11]. Як вказують Г.С. Третьяк та К.М. Бліщук, одним із основних недоліків ринкового механізму є виникнення недосконалих ринкових структур, для яких умови повної конкуренції не виконуються. Найбільш суттєва відмінність неповністю конкурентних ринків від повністю конкурентних – здатність окремих учасників неконкурентних ринків впливати на ринкові ціни. Саме існування монополій та інших ринкових структур з неповною конкуренцією потребує від державної влади забезпечення умов для конкуренції і запобігання ситуаціями, коли одна фірма або невелика їх група практично контролюють певні ринки [26, с. 11]. Чим краще працює ринок, а країна процвітає, тим менше потрібно державі втручатися в економіку; і навпаки, чим далі суспільство від економічної стабільності та розвитку, тим ширшим і масштабнішим повинно бути державне регулювання ринкових відносин. Держава регулює ті сфери та процеси, які ринок виконує недостатньо ефективно або не зможе координувати взагалі [26, с. 13].

Закріплення у Законі та ГК у самому визначенні «конкуренції» певної ідеалізованої моделі може на практиці породжувати проблемні моменти. Якщо розтлумачити зміст конституційної засади державного захисту конкуренції у

підприємницькій діяльності через визначення конкуренції Закону та ГК, виходить, що держава захищає змагання між СГ лише до того моменту, доки воно відповідає ознакам, наведеним в Законі та ГК. Якщо ж змагання на певному ринку перестає відповідати цим ознакам, наприклад, ринок характеризується індивідуальним чи колективним домінуванням певних СГ, виходячи із визначень Закону та ГК, змагання (його залишки) на такому ринку держава не захищає, хоча, з усією очевидністю, має бути навпаки. Проблематика, яку породжує визначення «конкуренції» Закону та ГК, та можливі шляхи її вирішення будуть детальніше викладені в підрозділах 2.2. та 2.4. цього дослідження. Поки не будемо на цьому зупинятися.

Повертаючись до визначення «підприємницької діяльності», Закон це поняття не визначає та загалом ним не оперує. Закон оперує поняттям «господарська діяльність», але безпосередньо для цілей застосування положень Закону визначення цього поняття не містить, хоча й перелічує в чому господарська діяльність може проявлятися, як і визначає, що нею не є (ст. 1 Закону). Зміст і господарської діяльності, і підприємницької діяльності як її різновиду, визначено у ст. 3 ГК. Відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення і реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Відповідно до частини другої цієї ж статті господарська діяльність поділяється на два види залежно від наявності мети одержання прибутку: підприємницьку (з такою метою) та некомерційну господарську діяльність (без мети одержання прибутку). Згідно зі ст. 42 ГК підприємництвом є самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, яка здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. В свою чергу, некомерційне господарювання відповідно до ГК - самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів *без мети одержання прибутку* (ч. 1 ст. 52) [11].

Свого часу КСУ пояснював зміст першого речення ч. 3 ст. 42 Конституції у Справі № 1-41/2008, вказавши, що «на державу покладено обов'язок забезпечувати

*захист змагальності суб'єктів господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів» [14].* Із аналізу наведеної позиції КСУ вбачається, що при тлумаченні «підприємницької діяльності» КСУ врахував визначення ГК. У частині ж тлумачення «конкуренції» КСУ обмежив її зміст порівняно з визначеннями Закону та ГК до змагальності між суб'єктами господарювання. У цілому з огляду на не зовсім вдалі визначення «конкуренції» в Законі та ГК, підхід, застосований КСУ до визначення «конкуренції», видається виваженим, адже дозволяє виділити основні сутнісні характеристики цього явища і в той же час усунути протиріччя, які породжують визначення Закону та ГК. Для цілей цього дослідження для інтерпретації положень першого речення ч. 3 ст. 42 Конституції автор використовує наведену вище позицію КСУ як базову.

Таким чином, зміст першого речення ч. 3 ст. 42 Конституції зводиться до обов'язку держави забезпечувати захист змагальності суб'єктів господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів, якому кореспондує право особи вимагати в держави забезпечення такого захисту. При цьому варто звернути увагу, що метою змагання у підприємницькій діяльності є не тільки економічний, а й соціальний результат. Це ще раз підкреслює, що конкуренція має як економічний, так і соціальний аспект, про який вказувалося вище. Ці обидва аспекти витікають із загальної логіки Конституції, відповідно до якої Україна є соціальною державою (ст. 1), людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, зміст і спрямованість діяльності держави визначають права і свободи людини та їх гарантії, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (чч. 1-2 ст. 3), власність зобов'язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ч. 3 ст. 13), держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13), суспільне життя в Україні ґрунтується, зокрема, на засадах економічної багатоманітності (ч. 1 ст. 15) [7]. Виходячи із вищенаведеного, економічний аспект змагання у підприємницькій діяльності полягає в можливості особи досягати певних економічних результатів для себе (наприклад, отримання коштів, які можуть в

подальшому бути використані для цілей розвитку бізнесу або для задоволення особистих потреб), які транслуються й на інших – наприклад, покупець в силу конкуренції між продавцями має можливість обрати необхідний йому товар прийнятної для нього якості та вартості, так як конкуренція стимулює підприємців змагатися в якнайкращому задоволенні потреб покупців, оскільки від цього залежить їхній економічний результат. Покупець, таким чином, маючи можливість вибору, може більш оптимально витратити наявні в нього ресурси для задоволення своїх економічних потреб. Соціальний аспект конкуренції полягає в тому, що змагання у підприємницькій діяльності є одним із засобів реалізації творчого та інтелектуального потенціалу особи у цій діяльності, і якщо ця реалізація успішна – особа отримує бажаний для себе соціальний результат (забезпечення нормальних умов для існування собі та близьким, визнання тощо). Право на конкуренцію у підприємницькій діяльності в цьому ключі є однією зі складових права на вільний розвиток особистості, закріпленого в ст. 23 Конституції. При цьому в процесі досягнення соціального результату підприємцем задовольняються соціальні потреби й інших осіб. Економічний аспект конкуренції дуже тісно переплітається із соціальним, у зв'язку з чим їх важко чітко диференціювати один від одного. У підсумку вільна та неспотворена конкуренція у підприємницькій діяльності сприяє ефективному функціонуванню ринків, так як допомагає досягнути оптимального розподілу та використання ресурсів, що в результаті сприяє загальному суспільному добробуту.

У рішенні у Справі № 1-41/2008 КСУ сформулював важливий висновок: *«частини перша, третя статті 42 Конституції України, гарантуючи право на підприємницьку діяльність та захищаючи конкуренцію у підприємницькій діяльності, не виключають можливості обмеження конкуренції, однак містять заборону на неправомірне обмеження конкуренції у підприємницькій діяльності»* [14]. Із цієї позиції КСУ слідує, що в цілому змагання між СГ може призводити до зміни ситуації на ринку, в тому числі, стану конкуренції на ньому. Змагання з усією очевидністю означає, що хтось в ньому може виграти, а хтось програти. При цьому програш та виграш можуть мати різний вираз, в тому числі, повне завоювання ринку одним СГ та витіснення з нього інших існуючих учасників. Виходячи із наведеної вище позиції

КСУ, витіснення одним конкурентом іншого з ринку в цілому допустиме, якщо воно відбулося правомірно, тобто внаслідок правомірного підприємницького змагання. Звідси слідує, що обов'язком держави є забезпечити такі умови, за яких СГ можуть правомірно змагатися один з одним, і це правомірне змагання не виключає можливості того, що більш ефективні СГ в плані ведення підприємницької діяльності в силу своїх досягнень (розробка нової технології чи товару, підвищення якості товару, успішні маркетингові заходи тощо) можуть здобути значну ринкову частку, а інші, менш ефективні, її втратити, або й бути повністю витісненими з ринку.

Таким чином, загальне правило Конституції щодо захисту конкуренції, передбачене в першому реченні ч. 3 ст. 42 Основного Закону, полягає в тому, що на державу покладається обов'язок забезпечити умови, аби СГ могли правовими методами змагатися між собою при здійсненні підприємницької діяльності. Результатом такого змагання може бути обмеження конкуренції, наприклад, витіснення (повне та часткове) менш ефективного конкурента більш ефективним. Тобто об'єктом конституційно-правового захисту є саме *процес змагання*, за якого більш ефективні СГ можуть правомірно здобувати економічні переваги.

Зазначений вище підхід віддзеркалений на рівні Закону та ГК, які, як у них самих вказано, встановлюють правові засади, ціллю яких є забезпечення *ефективного функціонування економіки України* на основі розвитку конкурентних відносин (преамбула Закону [23]), побудова правового господарського порядку в Україні на основі *оптимального поєднання ринкового саморегулювання* економічних відносин суб'єктів господарювання *та державного регулювання* макроекономічних процесів (ч. 1 ст. 5 ГК), створення *оптимального конкурентного середовища* діяльності суб'єктів господарювання, сприяння зростанню *ефективної* соціально орієнтованої економіки, державна підтримка та захист усіх форм *ефективного* господарювання та ліквідація будь-яких протизаконних структур (ст. 10 ГК в частині цілей антимонопольно-конкурентної політики та політики інституційних перетворень) [11]. Головним завданням держави в аспекті захисту конкуренції є, таким чином, визначити які методи конкурентної боротьби є недопустимими (неправомірними) та на яких інших умовах, зокрема, сформованих виходячи із міркувань суспільних інтересів, ця

конкурентна боротьба має здійснюватися, аби досягти вказаної вище оптимальності та ефективності функціонування економіки.

Іншим важливим аспектом є визначення територіальних меж захисту конкуренції у підприємницькій діяльності. Ці межі загалом визначаються державним суверенітетом. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Основного Закону суверенітет України поширюється на всю її територію [7]. Оскільки об'єктом конституційного-правового захисту, як зазначалося вище, є процес змагання у підприємницькій діяльності, територіальними межами, в яких цей процес захищається, є територія України. Так як негативний вплив на конкурентний процес на території України може походити і з-за меж цієї території, державний захист конкуренції на території України має екстериторіальний характер. Екстериторіальність державного захисту конкуренції прямо відображена в профільних законах. Зокрема, відповідно до Закону він застосовується до відносин, які впливають чи можуть вплинути на економічну конкуренцію на території України [23]. Іншими словами, якщо, наприклад, певний СГ, який не є резидентом України, вчиняє певні дії за межами території України, і ці дії можуть мати або ж фактично мають негативний вплив на змагальний процес у підприємницькій діяльності на території України, захист процесу змагання від таких дій охоплюється Конституцією та відтак є обов'язком держави.

Так як Конституцією захищається процес змагання у підприємницькій діяльності, логічно, що для такого захисту мають застосовуватися як заходи, спрямовані на усунення негативного впливу тих чи інших діянь на цей процес змагання, який вже мав фактичний прояв, так і заходи щодо запобігання діянням, які негативний вплив на процес змагання можуть мати потенційно. Тому не дивно, що профільні конкурентні закони розвинули положення Конституції так, що недопустимою визнається не тільки та поведінка, яка вже має певний негативний вплив на конкуренцію, але і та, яка має потенціал до такого впливу (наприклад, положення статей 6 та 13 Закону). Таким чином, Конституція встановлює захист конкурентного процесу у підприємницькій діяльності як від фактичного, так і від потенційного негативного впливу.



Державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності вочевидь не є річчю в собі та має здійснюватися з урахуванням загального конституційного правопорядку. Ключовим завданням держави при захисті конкуренції є забезпечення для суб'єктів господарювання рівних умов для змагання (рівний доступ до ринків та рівність при здійсненні підприємницької діяльності на них), забезпечення дотримання конституційних прав та свобод у процесі змагання та наявності ефективних засобів їхнього захисту у випадку порушення, адекватність та пропорційність втручання держави в особі уповноважених органів влади в ринкові відносини.

**(2) Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція (друге речення ч. 3 ст. 42 Конституції).** Якщо перше речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону встановлювало загальну концепцію державного захисту конкуренції, друге речення вже визначає конкретну поведінку, яка з точки зору захисту конкуренції вважається недопустимою. Основний Закон не містить визначення жодного з термінів, якими він оперує у другому реченні ч. 3 ст. 42, не окреслював їхнє конкретне значення для цілей Конституції і КСУ. Для з'ясування їхнього змісту звернемося до профільних законів.

**Зловживання монопольним становищем.** Витоки слова «монополія» в латині, «моно» означає «один», «полю» - продаю. Тобто термін «монополія» буквально означає ситуацію, коли на ринку є один продавець товару (в найширшому розумінні «товару» як будь-якого предмету господарського обороту). У глосарії Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – «ОЕСР») поняття «монопольне становище» тлумачиться як ситуація єдиного продавця на ринку [27].

Термін «монопольне становище», вжитий в Конституції, використовувався в Законі про обмеження монополізму, який визначав монопольне становище через домінуюче, при тому що останнє відповідно до поширених підходів є відмінним та ширшим за значенням за перше<sup>3</sup>. До прикладу, в редакції Закону про обмеження монополізму від 13.08.1995 монопольне становище визначалося як *«домінуюче становище підприємця, яке дає йому можливість самостійно або разом з іншими*

---

<sup>3</sup> Щодо тлумачення понять «домінуюча фірма» та «монополія» та різниці між ними див, наприклад, згаданий глосарій ОЕСР [27]. Щодо тлумачення поняття «домінуюче становище» в юриспруденції ЄС див. підрозділ 2.2. дослідження.

підприємцями обмежувати конкуренцію на ринку певного товару. Монопольним визнається становище підприємця, частка якого на ринку певного товару перевищує 35 відсотків. Рішенням Антимонопольного комітету України може визначатися монопольним становище підприємця, частка якого на ринку певного товару менше 35 відсотків» [21]. Закон про обмеження монополізму термін «зловживання монопольним становищем» не визначав та просто містив вказівку на поведінку, яка вважається зловживанням (ст. 4), хоча визначав поняття «монопольна діяльність» - «дії (бездіяльність) підприємця (підприємців) за умови монопольного становища на ринку одного підприємця (групи підприємців) у виробництві та реалізації товарів, а також дії (бездіяльність) органів влади і управління, спрямовані на недопущення, істотне обмеження чи усунення конкуренції» [21]. Тобто в Законі про обмеження монополізму в редакції, чинній на момент прийняття Конституції, в «монопольне становище» був закладений концепт як індивідуального, так і колективного домінування на ринку.

Прийнятий у 2001 році Закон, який замінив Закон про обмеження монополізму, відійшов від підходу із визначення монопольного становища через домінування та просто використовує термін «монопольне (домінуюче) становище». При цьому Закон не диференціює монопольного та домінуючого становища та просто закріплює перелік умов, через оцінку яких можна визначити наявність або відсутність монопольного (домінуючого) становища (відсутність конкурентів, значної конкуренції на ринку тощо). Визначення «зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку» наведено у ч. 1 ст. 13 Закону: «дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку» [23]. Використанням в Законі терміну «монопольне (домінуюче) становище» його розробники ймовірно хотіли ввести в законодавство більш загальноживаний вираз «домінуюче становище», який, до речі, використовується в ЄС (ст. 102 ДФЄС), та в той же час уникнути суперечності з терміном «монопольне становище», вжитим в Конституції.

Після прийняття Закону був прийнятий ГК, який також врегульовує питання монопольного становища та зловживання ним. ГК визначає «монопольне становище» через підхід, подібний до використовуваного в Законі про обмеження монополізму, тобто через домінуюче становище: *«монопольним визнається домінуюче становище суб'єкта господарювання, яке дає йому можливість самотійно або разом з іншими суб'єктами обмежувати конкуренцію на ринку певного товару (робіт, послуг)»* (ч. 1 ст. 27) [11]. У частині регулювання зловживання монопольним становищем ГК також застосовує підхід, подібний до Закону про обмеження монополізму, визначаючи поведінку, яка вважається зловживанням монопольним становищем, але не даючи визначення самому «зловживанню» (ст. 29 ГК).

Як вбачається із аналізу положень Закону та ГК, недопустимість першої визначеної Конституцією практики – зловживання монопольним становищем – має на меті встановлення правових рамок здійснення підприємницької діяльності суб'єктами господарювання.

Варто зауважити, що зайняття монопольного становища відповідно до Конституції, Закону та ГК не є неправомірним. Неправомірним є саме зловживання цим становищем. Зазначене цілком узгоджується із тим, що об'єктом конституційно-правового захисту є процес, в якому СГ різними правовими методами змагаються між собою в частині більш ефективного ведення бізнесу задля отримання прибутків. Зайняття монопольного (домінуючого) становища на певному ринку у тих випадках, коли воно здобувалося, а не присвоювалося, наприклад, державою, зазвичай є результатом успішної підприємницької діяльності СГ, зокрема, ефективної конкурентної боротьби (запровадження інновацій у виробництві, застосування продуманих маркетингових стратегій тощо). До здобуття монопольного (домінуючого) становища на відповідному ринку може призводити винахідницька діяльність, кращі ніж в конкурентів товари, інші досягнення. У цілому здобуття монопольного становища є одним із можливих наслідків ефективного провадження підприємницької діяльності. Для здобуття монопольного становища у багатьох випадках необхідним є як ефективна бізнес-стратегія, так і відповідні інвестиції на її впровадження. Таким чином, сам по собі факт наявності монопольного (домінуючого)

становища не є неправомірним і суб'єкт, який це становище має, може на рівних конкурувати з іншими СГ, наявними на ринку [28, с. 51].

Водночас з огляду на те, що конкуренція на ринку, на якому діє СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, вже обмежена в силу його наявності, загальносвітовим підходом, який застосований і в Україні, є те, що на такого СГ покладаються додаткові зобов'язання не обмежувати її ще більше та не експлуатувати свою ринкову владу проти інших суб'єктів (постачальників, конкурентів, покупців). Також загальносвітовим підходом, застосованим і в Україні, є запровадження контролю за економічною концентрацією для запобігання можливим негативним ефектам для конкуренції та суспільства в цілому від акумулювання ринкової влади одним чи обмеженим колом суб'єктів.

Встановлення в ч. 3 ст. 42 Конституції недопустимості зловживання монопольним становищем спрямоване в першу чергу на суб'єктів господарювання. Водночас, практика КСУ вказує, що при розгляді деяких справ він був схильний застосовувати більш широке тлумачення. У рішенні № 8-рп/2004 від 31.03.2004 у справі № 1-16/2004 (далі – «Справа № 1-16/2004»), розглядаючи конституційність указу Президента України (далі також – «Президент») КСУ зазначив: «[...]*Конституційний Суд України вважає, що стаття 2 Указу (1234/2002) не містить положень, які неправомірно обмежують конкуренцію, допускають недобросовісну конкуренцію у підприємницькій діяльності або зловживання монопольним становищем на ринку*» [29]. Із наведеної цитати можна зробити висновок, що положення другого речення ч. 3 ст. 42 Конституції, в інтерпретації КСУ, не лише покладають заборони на здійснення визначеної у них поведінки на суб'єктів господарювання, а й вимагають, щоб суб'єкти публічної влади, крім того щоб самі не здійснювали неправомірного обмеження конкуренції, не допускали створення сприятливого середовища для порушень правил конкуренції суб'єктами господарювання, зокрема, і зловживання ними монопольним становищем.

**Недобросовісна конкуренція.** Як і у випадку зі зловживанням монопольним становищем, Конституція не містить визначення, що є «недобросовісною конкуренцією» в її розумінні. КСУ роз'яснень з цього приводу також не надавав.

Конституція приймалася в умовах, коли в правовому полі було наявне регулювання питань недобросовісної конкуренції. Його аналіз, а також аналіз правового регулювання недобросовісної конкуренції після прийняття Конституції дозволить краще зрозуміти, що вкладається в поняття «недобросовісна конкуренція».

25.12.1991 для України набула чинність Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883 (далі – «Паризька конвенція»), відповідно до ст. 10 bis (2) якої актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах. [30]. Прийнятий у 1992 році Закон про обмеження монополізму не містив визначення недобросовісної конкуренції, водночас в ст. 7 містив вказівку на поведінку, яка нею вважається: неправомірне використання фірмового найменування, знака для товарів і послуг або маркірування товару, неправомірне копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, імітація, копіювання, пряме відтворення товару іншого підприємця тощо [21]. При цьому Закон про обмеження монополізму чітко диференціював недобросовісну конкуренцію від інших порушень, які можуть вчинятися підприємцями, як-от, зловживання монопольним становищем (ст. 3) та неправомірних угод (ст. 5). На момент прийняття Конституції вже був наявний профільний Закон «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 (далі – «Закон про недобросовісну конкуренцію»), в первинній редакції якого «недобросовісна конкуренція» визначалась як *«будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності»* [31]. ГК також врегулював питання недобросовісної конкуренції, визначивши її у ст. 32 як будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності [11]. Наведене вище визначення є незмінним з часу прийняття ГК та дослівно збігається із визначенням «недобросовісної конкуренції» в первинній редакції Закону про недобросовісну конкуренцію.

З моменту прийняття Закону про недобросовісну конкуренцію до нього вносилися різні зміни. Законом «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 18.12.2008 [32], серед іншого, було замінено визначення «недобросовісної конкуренції», яке з того часу лишилося незмінним, і

наразі звучить як *«будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності»* [33]. Недобросовісна конкуренція законодавством диференціюється від інших порушень конкурентних правил з боку СГ, зокрема, від ЗМ(Д)С (ст. 13 Закону, ст. 29 ГК), АУД (ст. 6 Закону, ст. 30 ГК), обмежувальної та дискримінаційної діяльності СГ або об'єднань (Розділ IV Закону).

Із усього описаного вище слідує, що під недобросовісною конкуренцією варто загалом розуміти будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям. Як і у випадку з недопустимістю зловживання монопольним становищем, першочерговими адресатами конституційного положення щодо недопустимості недобросовісної конкуренції є суб'єкти господарювання. Водночас з огляду на вказану вище позицію КСУ у Справі № 1-16/2004 конституційна недопустимість недобросовісної конкуренції покладає й на органи публічної влади обов'язок не допускати створення середовища для недобросовісної конкуренції з боку суб'єктів господарювання. При цьому з огляду на положення проаналізованих вище актів недобросовісну конкуренцію потрібно відрізнити від інших порушень конкурентного законодавства, які можуть вчинятися суб'єктами господарювання.

**Неправомірне обмеження конкуренції.** Конституція не містить визначення «неправомірного обмеження конкуренції». Не містять його і профільні закони, так як не визначають «неправомірне обмеження конкуренції» як окремий вид порушення. Конкретний зміст цього поняття не був окреслений і КСУ.

«Неправомірне обмеження конкуренції» поміщене серед поведінки, недопустимість якої встановлена для суб'єктів господарювання, з чого із контексту можна вивести інтерпретацію, що і недопустимість неправомірного обмеження конкуренції встановлена для СГ. Водночас, КСУ послідовно тлумачив, що недопустимість «неправомірного обмеження конкуренції» поширюється й на органи влади. Цитована вище позиція КСУ із рішення у Справі № 1-41/2008 про допустимість обмеження конкуренції, але недопустимість її неправомірного обмеження, була сформована при розгляді справи про відповідність Конституції постанови Кабінету Міністрів України (далі – «КМУ»), яка встановлювала можливість застосування процедури закупівлі в одного учасника (тобто неконкурентну процедуру) при

закупівлі послуг за державні кошти. З цитованої позиції КСУ в Справі № 1-16/2004, яка стосувалася оцінки конституційності встановлення державної монополії у певних сферах указом Президента, прямо вбачається, що недопустимість неправомірного обмеження конкуренції поширюється й на дії Президента. Широка інтерпретація «неправомірного обмеження конкуренції» підтверджується й іншою практикою КСУ, про яку йтиметься далі. Широкий підхід до тлумачення «неправомірного обмеження конкуренції» логічний й з огляду на системний зв'язок положень ч. 3 ст. 42 Основного Закону із іншими його положеннями, зокрема, чч. 2 та 3 ст. 22, відповідно до яких конституційні права і свободи гарантуються і при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод [7], та наведеними вище положеннями ч. 2 ст. 3 та ч. 1 ст. 15.

У зв'язку з наведеним вище, на погляд автора, виваженим тлумаченням змісту недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції», встановленої Конституцією, є його тлумачення в найбільш широкому значенні як недопустимість будь-яких неправомірних дій чи бездіяльності, які можуть призвести або призводять до обмеження вже наявного або потенційного процесу змагання між суб'єктами господарювання на тому чи іншому ринку та охоплюють всі можливі порушення конкурентного законодавства, які не покриваються зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією. Відповідно до цього підходу суб'єктами, на яких спрямовано встановлення недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції», є не тільки СГ, а й наприклад, органи державної влади (далі – «ОДВ») та органи місцевого самоврядування (далі – «ОМС»), які своїми діями чи бездіяльністю можуть не менш негативно впливати на процес підприємницького змагання, ніж СГ. Наведений підхід дозволяє логічно та системно поєднати Конституцію та положення профільних законів, які встановлюють заборону антиконкурентної поведінки не тільки для СГ, а й, зокрема, для органів влади, ОМС, органів адміністративно-господарського управління та контролю (далі також – «ОАГУК»), об'єднань.

**(3) «Види та межі монополії визначаються законом; виключно законами визначаються правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання»**

*(третє речення ч. 3 ст. 42; п. 8 ч. 1 ст. 92 Основного Закону)*. Метою обох зазначених вище положень Конституції є встановлення додаткових гарантій для запобігання спотворенню конкуренції з боку владних органів, оскільки прийняти закон, наприклад, спрямований на встановлення монополії на певному ринку, в теорії більш складно, ніж встановити таку ж монополію на рівні акту нижчої юридичної сили. Таким чином, нормотворчість в питаннях (а) визначення видів та меж монополій, (б) правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання з метою встановлення додаткових гарантій дотримання конституційних прав та свобод, з урахуванням розподілу державної влади в Україні, віднесена до повноважень законодавчого органу.

Для аналізу змісту досліджуваних конституційних положень варто звернутися до практики КСУ, так як розподіл повноважень між різними суб'єктами публічної влади – питання, які перед КСУ при розгляді питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції, поставали найчастіше.

Одним з перших рішень, у яких КСУ надав інтерпретацію конституційним положенням щодо захисту конкуренції, було рішення № 1-рп/2001 від 27.02.2001 у справі № 1-20/2001 (далі – «Справа № 1-20/2001») [34]. У наведеному вище рішенні КСУ, серед іншого, зазначив, що огляду на конституційні положення, які закріплюють принципи і правові форми регулювання власності, майнових відносин, на те, що правовий режим власності визначається виключно законами України (п. 7 ч.1. ст. 92), держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, їх рівність перед законом, соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13), Конституція гарантує кожному право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю (ст. 41), логічним є те, що виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання [34]. Таким чином, КСУ, по-перше, вказав на системний зв'язок положень чч. 1, 3 ст. 42 та п. 8 ч. 1 ст. 92 Основного Закону із вказаними вище іншими положеннями Конституції, а, по-друге, підкреслив, що правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання є предметом регулювання закону, тобто повноваженням ВРУ [35, с. 174].



2004 рік ознаменувався прийняттям КСУ відмітних рішень відразу у двох справах: в уже згадуваній Справі № 1-16/2004 та справі № 1-7/2004 (далі – «Справа № 1-7/2004»), за результатами розгляду яких КСУ прийняв рішення № 8-рп/2004 від 31.03.2004 [29] та № 10-рп/2004 від 15.04.2004 [36] відповідно [35, с. 174].

Справа № 1-16/2004 була розпочата в зв'язку з конституційним поданням народних депутатів щодо конституційності Указу Президента України «Про заходи щодо запровадження державної монополії у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів» № 1234 від 27.12.2002 (далі – «Указ № 1234/2002»). За результатами розгляду Справи № 1-16/2004 КСУ прийшов до висновку, що у положеннях ст. 1 Указу № 1234/2002 про запровадження державної монополії у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів фактично визначено вид та межі монополії в цій сфері діяльності, що не є повноваженням Президента. Враховуючи наведене, КСУ дійшов супутнього висновку, що положення про запровадження державної монополії, яке міститься у назві, ст. 1, п. 1 ст. 2 Указу, не відповідає вимогам ч. 3 ст. 42 Конституції, якою встановлено, що види і межі монополії визначаються законом. Вказані вище положення Указу № 1234/2002 були визнані неконституційними [29]. КСУ, таким чином, підтвердив, що Президент не уповноважений встановлювати види та межі монополії – такі повноваження віднесені до повноважень ВРУ шляхом реалізації останньою своїх законодавчих функцій [35, с. 175]. При цьому з огляду на формулювання Указу № 1234/2002, який прямо вживав вираз «монополія», КСУ не розглядав питання, що є «монополією» в розумінні третього речення ч. 3 ст. 42 Конституції. Відповідно до проведеного автором дослідження це питання в конституційній юриспруденції наразі відкрите.

Справи № 1-7/2004 теж була ініційована у зв'язку з конституційним поданням народних депутатів. Предметом розгляду КСУ на цей раз було питання відповідності Конституції окремих положень Закону «Про державне регулювання виробництва і реалізації цукру» від 17.06.1999 року (далі – «Закон про цукор»). Стосовно ст. 6 Закону про цукор, яка встановлювала мінімальну ціну на цукор при укладанні угод купівлі-продажу, народні депутати стверджували, що ця стаття порушує права громадян -

споживачів цукру, та виробників цукру - його власників, її положення не відповідають положенням статей 13, 42 Конституції України щодо захисту державою прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальної спрямованості економіки, забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності [36].

Оцінюючи конституційність ст. 6 Закону про цукор, КСУ, серед іншого, зазначив, що державне регулювання ціноутворення в бурякоцукровому комплексі шляхом запровадження мінімальних цін на цукрові буряки та цукор не можна розглядати як незабезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання (зокрема й тих, які займаються вирощуванням цукрових буряків та виробництвом цукру і є його власниками), соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції), як і що запровадження державного регулювання виробництва і реалізації цукру не можна розглядати як обмеження права суб'єкта підприємницької діяльності щодо володіння, користування та розпорядження своєю власністю [36]. У рішенні у Справі № 1-7/2004 КСУ прямо оцінював питання про неправомірне обмеження конкуренції у зв'язку із запровадженням мінімальної ціни на цукор при укладанні угод купівлі-продажу на внутрішньому ринку України. КСУ зазначив, що положення ст. 6 Закону про цукор щодо запровадження мінімальної ціни на цукор не передбачають неправомірного обмеження конкуренції, адже вони поширюються на виробників цукру різних форм власності, а виробники цукру не позбавлені можливості конкурувати між собою у процесі реалізації цукру, встановлюючи ціну, максимально наближену до мінімальної ціни. На думку КСУ, запровадивши Законом про цукор регулювання ціноутворення в бурякоцукровому комплексі, ВРУ реалізувала свої повноваження щодо законодавчого визначення правових засад і гарантій підприємництва, правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання (п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції) [36]. У результаті КСУ прийшов до висновку, що встановлення Законом про цукор регулювання мінімальної ціни на цукор на рівні, що забезпечує прибутковість виробництва, при укладанні угод купівлі-продажу на внутрішньому ринку України не суперечить положенням ч.3 ст. 42 Конституції [35, с. 175-176].

Важливим висновком із Справи № 1-7/2004 є те, що КСУ по суті розтлумачив, що конституційне положення щодо недопустимості неправомірного обмеження

конкуренції, закріплене в другому реченні ч. 3 ст. 42 Конституції, поширюється і на діяльність ВРУ. Це ще раз підтверджує послідовний підхід КСУ із розширеного тлумачення вказаного конституційного положення, з доцільністю якого автор повністю погоджується.

Іншим примітним рішенням є вже згадуване рішення КСУ № 22-рп/2008 від 09.10.2008 у Справі № 1-41/2008, ініційованій за конституційним поданням Президента щодо конституційності Постанови КМУ «Про закупівлю послуг, пов'язаних з формуванням інформаційно-телекомунікаційної системи Державного реєстру виборців» № 363 від 17.04.2008. У межах цієї справи КСУ розглядав питання чи є конституційним делегування ВРУ своїх повноважень із визначення правил конкуренції КМУ [35, с. 176]. КСУ прийшов до висновків, що – ні.

Вказана вище практика КСУ показує, що питання визначення меж та видів монополій, правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання є виключною компетенцією ВРУ, яка реалізується шляхом прийняття законів. При цьому в частині регулювання правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання ВРУ не наділена правом делегування своїх повноважень.

**(4) Віднесення призначення за поданням Прем'єр-міністра та звільнення Голови АМК до повноважень ВРУ (п. 12 ч. 1 ст. 85).** У системах ринкових економік на конкурентні відомства покладається важливе завдання захищати економічну конкуренцію. У зв'язку з цим такі відомства наділяються широкими повноваженнями та займають вагомe місце серед інших органів влади. Винесення порядку призначення та звільнення Голови АМК на рівень Конституції є підкресленням важливості АМК як органу державної влади та додатковою гарантією його існування та функціонування. Зазначене підтверджується і КСУ. У висновку № 7-в/2019 від 16.12.2019 Велика Палата КСУ вказала, що *«системний аналіз положень Конституції України вказує на те, що факт утворення незалежних державних органів засвідчується відповідним закріпленням їх у Конституції України без зазначення потреби в ухваленні додаткових рішень певних суб'єктів щодо їх утворення (наприклад, Служба безпеки України, Національний банк України, Рада національної безпеки і оборони України, Фонд державного майна України,*

*Антимонопольний комітет України). Це гарантує сталість функціонування зазначених органів державної влади та запобігає їх необґрунтованій ліквідації, здійснення якої потребує внесення змін до Основного Закону України» [37].*

## **1.2. Державний захист конкуренції як складова конституційного регулювання економіки України**

Останнім часом підвищена увага вітчизняних науковців прикута до дослідження конституційного регулювання економічної сфери та конституційної економіки. Як вказує Л. Ван ден Хауве, термін «конституційна економіка» або «конституційна політична економіка» був запроваджений в 1970-х роках для позначення окремої групи наукових досліджень, що виникли з дещо старіших гілок економіки, які стосувалися суспільного вибору. У 1990-ті роки конституційна економіка перетворилася на важливу дослідницьку програму. У час, коли у світі відбувалися суттєві перетворення, не стало сюрпризом, що фокус дискусії щодо суспільного вибору перемістився зі звичних політичних виборів на інституційно-конституційну структуру, в рамках якої здійснюється політика [38, с. 223].

Вважається, що термін «конституційна економіка» запропонував американський економіст Р. МакКінзі, який розумів під нею теорію певних правил, за якими економічним та політичним процесам буде дозволено функціонувати протягом періоду часу [39, с. 1; 40, с. 1]. Інший видатний американський економіст Дж. Б'юкенен, який вважається засновником конституційної економіки як окремого напрямку досліджень [41, с. 14], вказував, що конституційна політична економіка є дослідницькою програмою, спрямованою на вивчення робочих характеристик правил та інститутів, у межах яких взаємодіють індивіди, та процесів, шляхом яких ці правила й інститути обираються чи виникають. За Б'юкененом, акцент на виборі обмежень відрізняє цю дослідницьку програму від традиційної економіки, тоді як акцент на кооперативній, а не конфліктній, взаємодії відрізняє програму від більшої частини традиційної політології. Методологічний індивідуалізм і раціональний вибір можна визначити як елементи ядра дослідницької програми [42, с. 1].

Як вказує В. Ванберг, конституційна політична економіка є частиною

ширшого набору теоретичних підходів у сучасній економіці, що включає суспільний вибір, нову інституційну економіку, економіку прав власності, право та економіку та інші. Усі вони мають на меті виправити інституційний дефіцит ортодоксальної неокласичної економіки, зосередивши увагу на тому як соціально-економічно-політичні процеси оформлюються правилами та інституціями, в межах яких вони розгортаються. Відмінною рисою конституційної економіки є особлива увага, яка приділяється *вибору правил* як засобу, щоб такі процеси краще відповідали перевагам залучених індивідів, так як фокусом конституційної економіки є вибір правил як засобу покращення становища людини [40, с. 2].

Аналіз наукової літератури вказує, що загальний концепт конституційної економіки в тому вигляді, в якому вона була сформована західними вченими, зводиться до оцінки та пошуку *правил* організації економічної системи, які б дозволили їй функціонувати більш ефективно та таким чином покращувати економічні результати, а не на дослідженні та пошуку найбільш оптимальних рішень в рамках заданих правил. Широко застосовувана в конституційній економіці аналогія гри дозволяє краще зрозуміти предмет конституційної економіки: ним є *вибір правил гри*, а не *вибір поведінки в межах заданих правил гри*.

Л. Ван ден Хауве вказує, що конституційну політичну економіку не варто зводити до економічного аналізу конституційного права і що слово «конституційна» в описі дисципліни є значною мірою метафоричним. Конституційна економіка як сфера досліджень хоча і включає в себе, проте є ширшою за економічний аналіз конституційного права [38, с. 223]. «Конституція» в межах конституційної економіки фактично зводиться до набору правил, за якими оперує економічна система.

Конституційна економіка як дослідницька програма, хоч і була сформована економістами, і економічна теорія лишається її ядром, в силу міждисциплінарності стала об'єктом підвищеної уваги і вчених-правників, в тому числі, конституціоналістів. Увага останніх до конституційної економіки більш ніж пояснювана, так як повертаючись до аналогії гри, конституція в традиційному для конституціоналізму її розгляді як основного закону держави є базовою інструкцією як ця гра відбувається. Вітчизняні вчені-конституціоналісти питання конституційної

економіки теж не обходять. Наявні праці присвячені з'ясуванню поняття та сутнісних характеристик конституційної економіки, дослідженню моделей втручання держави в економічні свободи тощо. Серед вітчизняних вчених-конституціоналістів дослідженням окремих питань конституційної економіки займалися, зокрема, О.В. Батанов [43], Р.А. Джабраїлов, В.М. Кампо, Р.О. Коваленко [44], Р.Ю. Кеменяш [45-49], О.В. Приходько [41; 50-51], М.В. Савчин [44; 52-55], О.В.Скупінський [56-57], В.А.Устименко [44].

Одним із найважливіших завдань правників в аспекті конституційної економіки в силу спеціальних знань є дослідження проблематики застосування наявних правових норм, в рамках яких функціонує економічна система, та напрацювання підходів яким чином ці проблеми можна вирішити. З огляду на мету цього дослідження важливим є з'ясування правил, відповідно до яких здійснюється державний захист конкуренції, аби зрозуміти які дефекти в ньому є та яким чином вони можуть бути усунуті. Так як державний захист конкуренції в Україні має конституційно-правовий характер, важливим є розуміння які цілі та ідеї конституційне регулювання державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності переслідує, як воно співвідноситься з іншими положеннями Конституції економічної спрямованості. Цьому і присвячений цей підрозділ, який стосується дослідження місця конституційних положень щодо державного захисту конкуренції в системі конституційного регулювання економічної системи України.

**(1) Державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності як складова економічної системи України.** Економіка будь-якої країни функціонує як багатовимірна система, що складається з великої кількості взаємопов'язаних та взаємозалежних компонентів, які розвиваються відповідно до спільних для всієї системи законів [58, с. 65]. У науковій літературі існує значна кількість визначень економічної системи. Для цілей цього дослідження використовується таке: економічна система – сукупність взаємопов'язаних і відповідним чином упорядкованих елементів економіки, що утворюють певну цілісність, економічну структуру суспільства, яка має загальну мету [58, с. 66]. Економічна система складається з трьох основних ланок: (1) *продуктивних сил* (сукупності засобів

виробництва, працівників з їхніми фізичними і розумовими здібностями, науки, технологій, інформації, методів організації та управління виробництвом, що забезпечують створення матеріальних і духовних благ, необхідних для задоволення потреб людей); (2) *економічних відносин* (відносини між людьми щодо виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних та нематеріальних благ); (3) *господарського механізму* (сукупності форм і методів регулювання економічних процесів та суспільних дій господарюючих суб'єктів на базі використання економічних законів ринку, державних економічних важелів, правових норм та інституційних утворень). Найбільш важливою функцією господарського механізму є забезпечення процесу відтворення та ефективного розвитку суспільного виробництва на основі динамічної рівноваги між виробництвом і споживанням, попитом і пропозицією [58, с. 66-68].

Існують різні класифікації типів економічних систем. Поширеною є така, заснована на ознаках форми власності на засоби виробництва та способу управління господарською діяльністю: (1) традиційна; (2) ринкова (економіка капіталізму вільної конкуренції); (3) командно-адміністративна; (4) змішана [58, с. 68-71]. Змішана система передбачає побудову економіки на ринкових принципах (взаємодії попиту та пропозиції), тобто по суті вона є ринковою, водночас їй притаманні певні державні методи регулювання, характер яких визначається в кожній країні окремо, та соціальна орієнтація. Я.Ч.Романчук наводить такі висновки С. Ікеди, зроблені останнім на основі аналізу теорії та практики державного інтервенціонізму в економіку: (а) у будь-який час практично всі економічні системи будуть змішаними економіками, з різною часткою участі держави, (б) всі наявні сьогодні системи знаходяться в динаміці та дрейфують між послідовним *laissez faire* капіталізмом та повним колективізмом/соціалізмом, при цьому більшість економік дрейфує в бік збільшення розміру держави в економіці [59, с.114-115].

Системний аналіз положень Конституції та законодавства нижчого рівня вказує, що економічна система України є змішаною, так як їй притаманні як суто ринкові механізми саморегулювання, так і державне регулювання. Хоча в Конституції і прямо не вказано, на відміну від конституцій деяких інших країн, що

економіка України є ринковою, побудова економіки на ринкових принципах прямо слідує із окремих її положень, зокрема, ч. 3 ст. 42 та п. 1 ч. 2 ст. 92. Відповідно до Конституції українській економіці також притаманна соціальна орієнтація (ч. 4 ст. 13), економічний плюралізм (ч. 1 ст. 15), захист державою прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, рівності усіх суб'єктів права власності перед законом (ч. 4 ст. 13), що є ознаками змішаної економічної системи.

Економічна система України функціонує в загальному контексті конституційного правопорядку. Відображені в Конституції загальні засади функціонування України як держави, згідно з якими Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою, людина визнається найвищою соціальною цінністю, її права та свободи та їх гарантії визначають зміст та спрямованість держави, в межах відповідного адміністративно-територіального устрою існує система розподілу державної влади із визначенням повноважень кожної з її гілок та взаємними стримуваннями і противагами, визнається і гарантується місцеве самоврядування, декларується незворотність європейського та євроатлантичного курсу України [7] і складають ті основні рамки, в яких існує та розвивається українська економіка.

Характерною особливістю Конституції є те, що питання економічного характеру в ній врегульовані доволі побіжно, а норми, які стосуються економічної системи, розпорошені по всьому тексту. Вітчизняні науковці вже давно вказують на таку особливість як на недолік. Як варіант його вирішення пропонується включити в Конституцію окрему главу з назвою «Економічна система» чи «Економічна основа», яка б визначала основи побудови економічної системи України [44, с. 95]. Автор в цілому погоджується, що імплементація подібної пропозиції мала б позитивний ефект, принаймні в тому ключі, що можна було б встановити засади для здійснення конституційного контролю за довільними відхиленнями від економічного курсу держави з боку органів публічної влади. Водночас визначення змістового наповнення глави, присвяченої економічній системі України, не входить до обсягу цього дослідження та в ньому не покривається.



У силу розпорошеності положень економічної спрямованості по всьому тексту Конституції, основним нормативно-правовим актом, на який припало завдання акумулювання та деталізації цих положень Конституції, став ГК. Аналіз його положень дозволить зрозуміти яке місце державний захист конкуренції займає в економічній системі України.

Стаття 5 ГК, яка має назву «Конституційні основи правопорядку у сфері господарювання», містить як перелічення положень Конституції економічної спрямованості, які складають основи вказаного правопорядку, так і деталізацію принципів його побудови. Стосовно принципів правового господарського порядку в Україні, він формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави (ч. 1 ст. 5 ГК) [11]. Забезпечення державою захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, недопущення зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції, визначення правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання виключно законом віднесено ст. 5 ГК до конституційних основ правового господарського порядку в Україні [11].

Повертаючись до структури економічної системи, наведеної вище, державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності є складовою господарського механізму економічної системи України. У цьому механізмі державний захист конкуренції є одним із ключових елементів, так як передбачає систему заходів, спрямованих на попередження та усунення проблем ефективного функціонування ринків через забезпечення умов для правомірного конкурентного змагання між СГ на основі ефективності, яке має призводити до оптимального розподілу ресурсів та покращення загального суспільного добробуту. Ця система заходів опосередковується відповідним нормативно-правовим забезпеченням та системою органів, на яких покладено виконання цих заходів (інституційним механізмом).

Згідно зі ч. 1 ст. 15 Конституції суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності [7]. Як зазначає С.В.Шкляр, сутність зазначеного конституційного принципу (закріплення засад економічної багатоманітності поряд з політичним та ідеологічним плюралізмом) полягає в проголошенні державою обов'язку щодо захисту та гарантування вільної та рівної конкуренції, захисту ринкових відносин від проявів монополізму як основи для розвитку економічної системи України [60, с. 35]. Державний захист конкуренції є важливим способом забезпечення економічної багатоманітності, так як спрямований на забезпечення ефективного функціонування ринків, наслідком чого є співіснування різних суб'єктів права власності та господарювання, які в рамках підприємницької діяльності, правомірно змагаючись між собою, можуть продукувати відповідні економічні та соціальні результати. Державний захист конкуренції сприяє здійсненню підприємницької діяльності різних суб'єктів права власності та господарювання, забезпечуючи цим економічну багатоманітність та одночасно сприяючи політичній та ідеологічній багатоманітності, так як ці три багатоманітності нерозривно пов'язані між собою. Економічна багатоманітність багато в чому визначає в якій мірі політична та ідеологічна багатоманітність можуть бути реалізовані на практиці.

У рамках захисту державою конкуренції реалізується і забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання. При цьому конституційні положення щодо державного захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання (ч. 4 ст. 13) та державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності (ч. 3 ст. 42) мають двосторонній зв'язок. З одного боку, державний захист конкуренції є складовою захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання, так як спрямований на захист прав останніх на вільну та неспотворену конкуренцію на відповідних ринках. У цьому розрізі державний захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання та державний захист конкуренції співвідносяться як ціле і частина. З іншого боку, принцип захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання має витримуватися при захисті державою конкуренції. В останньому випадку захист конкуренції та захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання з боку держави вже співвідносяться як

діяльність держави та принцип, основна умова цієї діяльності. Державний захист конкуренції має також здійснюватися з дотриманням рівності усіх суб'єктів права власності перед законом, іншого принципу, закладеного у ч. 4 ст. 13 Конституції.

Крім того, що державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності є конституційною основою господарського правового порядку в Україні, він також є складовою економічної політики держави, що прямо витікає із тих же положень ГК. Відповідно до ст. 9 ГК у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів СГ і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому. Правове закріплення економічної політики здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої та зовнішньої політики, в прогнозах і програмах економічного та соціального розвитку України, окремих її регіонів, програмах діяльності КМУ, цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах (ч. 4 ст. 9 ГК) [11].

Стаття 10 ГК визначає основні напрями економічної політики держави, серед яких і антимонопольно-конкурентна політика, метою якої є створення оптимального конкурентного середовища діяльності СГ, забезпечення їх взаємодії на умовах недопущення проявів дискримінації одних суб'єктів іншими, насамперед у сфері монопольного ціноутворення та за рахунок зниження якості продукції, послуг, сприяння зростанню ефективної соціально орієнтованої економіки [11]. Крім антимонопольно-конкурентної політики, економічну політику складають такі основні напрями як структурно-галузєва, інвестиційна, амортизаційна політики, політика інституційних перетворень, цінова, бюджетна, податкова, грошово-кредитна, валютна, зовнішньоекономічна політики (ч. 1 ст. 10). Складові економічної політики, визначені в ГК, точково урегульовані на рівні Конституції. ГК деталізує мету кожної з них. Різні напрями економічної політики тісно переплітаються між собою. Антимонопольно-конкурентна політика пронизує всі інші перелічені вище напрями економічної політики, так як відносини за участю СГ охоплюють усі сфери суспільного життя, й потенційні порушники вільного та неспотвореного конкурентного процесу можуть бути найрізноманітніші, від СГ до ОДВ та ОМС. До

прикладу, при реалізації податкової політики надання податкових пільг певним СГ може спотворювати ефективний конкурентний процес на території України. При реалізації цінової політики встановлення цінового регулювання на певні товари може спотворювати цей же конкурентний процес. Паралелі з антимонопольно-конкурентною політикою можна провести і по іншим напрямам економічної політики, вказаним в ч. 1 ст. 10 ГК. У силу формулювання її мети у вигляді створення оптимального конкурентного середовища діяльності суб'єктів господарювання [11], антимонопольно-конкурентна політика є одним з найбільш широких напрямів та складових економічної політики, яка задає тон для інших напрямів та складових. Вдала антимонопольно-конкурентна політика сприяє реалізації й екологічної політики (ч. 2 ст. 10 ГК), політиці держави у соціально-економічній сфері (ч. 3 ст. 10 ГК).

Системне тлумачення положень ч. 3 ст. 42 та ч. 4 ст. 13 Конституції дозволяє прийти до висновку, що державний захист конкуренції має мати на меті та здійснюватися так, щоб сприяти соціальній орієнтації економіки, і так це співвідношення й описане в ст. 10 ГК, згідно з якою метою антимонопольно-конкурентної політики є сприяння зростанню ефективної соціально орієнтованої економіки [11]. Соціальну орієнтацію економіки в найбільш широкому розумінні можна розглядати як взяття державою зобов'язання проводити економічну політику так, щоб декларація Конституції про те, що людина, її життя та здоров'я, честь і гідність є найвищою соціальною цінністю мала практичне втілення. Здатність держави виконувати соціальну функцію напряму залежить від спроможності економіки, можливості генерувати доходи, які можуть покривати видатки на соціальні цілі. Спроможність економіки залежить від рівня конкуренції між СГ на тих чи інших ринках. Введення нових товарів на ринок, покращення якості існуючих, забезпечення широкого вибору товарів – усі ці позитивні явища, які здатна генерувати вільна конкуренція, в силу підвищення рівня обігу продукції можуть збільшувати доходну частину бюджету, яка далі піде на соціальні цілі, наприклад, соціальні виплати. Переходячи до індивідуального обміну між економічними агентами, конкуренція дозволяє отримати споживачу всілякі вигоди у формі можливості вибору товару, нижчої ціни тощо. Конкуренція також мотивує підприємців встановлювати адекватні

ринкові умови оплати праці під ризиком неможливості сформувати штат працівників або втратити існуючі кадри. Конкуренція у підприємницькій діяльності здатна само по собі виконувати соціальну функцію, що сприяє виконанню цієї функції і зі сторони держави. Для збалансованого та сталого розвитку суспільства та уникнення соціальних конфліктів між підприємцями та працівниками у держави є можливість проведення політик заробітної плати і доходів населення, зайнятості, соціального захисту та соціального забезпечення, інших політик.

Одним із найбільш очевидних способів забезпечення соціальної орієнтації економіки є захист прав споживачів, який ГК відносить до однієї з політик держави у соціально-економічній сфері та конституційних основ правового господарського порядку в Україні. Відповідно до ч. 4 ст. 42 Конституції держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів [7]. Захист прав споживачів як принцип діяльності та обов'язок держави закріплений у тій же статті Конституції, що і державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності. У зв'язку з цим постає питання щодо співвідношення цих захистів.

В економічних відносинах споживач у переважній більшості випадків перебуває в слабшій економічній позиції між продавець-суб'єкт господарювання та може не володіти достатнім рівнем знань, аби здійснити свідомий та правильний вибір необхідної йому продукції. Це, в свою чергу, породжує ризики, що СГ можуть зловживати у відносинах зі споживачами, від продажу неякісного товару до введення їх в оману щодо характеристик продукції, що може спотворити вибір продукції споживачем. У зв'язку з цим загальноприйнятим світовим підходом, відображеним і в Конституції України, є взяття державою на себе зобов'язань щодо створення умов, аби споживач міг бути захищений від потенційних зловживань з боку СГ. Як вказав КСУ у справі № 1-26/2011, держава забезпечує особливий захист більш слабого суб'єкта економічних відносин [споживача], а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах. При цьому КСУ відзначив, що з іншого боку держава захищає і добросовісного продавця товарів від можливих зловживань з боку споживачів (рішення КСУ № 15-рп/2011 від 10.11.2011 [61]).

Виводячи доводи КСУ, які були сформовані у контексті споживання кредитних послуг та наведені у абз 3 п. 3.2. мотивувальної частини згаданого рішення, на більш загальний рівень, державний захист прав споживачів – це про знаходження державою на засадах пропорційності розумного балансу між публічним інтересом ефективного функціонування ринків, комерційними інтересами СГ щодо отримання справедливого прибутку та охоронюваними законом правами та інтересами споживачів.

Державний захист конкуренції та захист прав споживачів, хоча і мають точки дотику, мають різну мету, завдання та інструментарій. Як зазначає М. Хуффман, професор права з США, конкурнційне законодавство традиційно розуміється як регулювання ринку з метою забезпечення того, щоб приватна поведінка не пригнічувала вільну торгівлю та конкуренцію. Його метою є збереження конкуренції. Конкуренція служить оптимізації інтересів споживачів. Регулювання ж захисту прав споживачів спрямоване на захист інтересів споживача на рівні індивідуальних операцій. Обидві сфери мають однакову кінцеву мету. Їх підходи до досягнення цієї мети відрізняються [62, с.7].

Як вказує ЄК на своєму веб-сайті, конкурентна політика ЄС – це про застосування правил, спрямованих на забезпечення того, щоб бізнеси і компанії конкурували добросовісно. Це стимулює підприємництво та ефективність, створює більший вибір для споживачів та допомагає знизити ціни та покращити якість товарів. ЄК вказує п'ять головних позитивних наслідків від конкуренції: (1) нижчі ціни, (2) краща якість, (3) більший вибір, (4) інновації, (5) конкурентноспроможність виробників з ЄС на глобальних ринках [63]. Видається доволі очевидним, що основним кінцевим бенефіціаром від існування добросовісної конкуренції є споживач. Вчені-правники і економісти за результатами аналізу установчих договорів ЄС, документів ЄК, практики ЄК та Суду ЄС виділяють добробут і благополуччя споживачів як одну з основних цілей конкурентної політики ЄС [64; 65]. При цьому, аналіз праць західних вчених, документів ЄК та практики Суду ЄС, вказує, що добробут і благополуччя споживачів в аспекті застосування правил конкуренції ЄС досягається непрямо, основним фокусом цих правил є захист ефективного конкурентного процесу.

Варто навести думку Ф. Г. Помара, який розмежовує цілі законодавства про конкуренцію та захисту прав споживачів виходячи з економічних проблем, які вони спрямовані вирішити. Ф. Г. Помар зазначає, що хоч сприяння добробуту споживачів справедливо можна вважати керівною ціллю конкурентного законодавства та законодавства про захист прав споживачів, розбіжність між економічними проблемами, які мають вирішувати обидва набори юридичних правил, дуже суттєва. Законодавство про захист прав споживачів є доцільним – і, отже, має використовуватися в першу чергу – для виправлення неефективностей споживчих ринків, що виникають внаслідок низки ринкових провалів, а саме недосконалої інформації і, зокрема, принаймні для більш «договірної» частини законодавства про захист прав споживачів – асиметричної інформації між виробниками та споживачами. Конкурентне законодавство ж в першу чергу має турбуватися неефективностями, що витікають з монополістичних ринкових структур і пов'язаних з цим проблемами (змовницькі практики та практики виключення). Використання законодавства про захист прав споживачів для вирішення питань монопольної влади, яка шкодить споживачам, у більшості випадків не лише марне, але й зведе зі шляху адекватного дизайну та імплементації законодавства про захист прав споживачів і може призвести до неочікуваних шкідливих наслідків для добробуту споживачів. У своїй праці Ф. Г. Помар посилається на думку Дж. Хадфілда, Р. Хоуса та М. Требілкока, які вказують, що антимонопольна політика фокусується на структурі ринків, тим часом як політика захисту споживачів – на структурі споживацьких транзакцій [66, с. 6].

Наведена вище думка про спільну загальну мету захисту конкуренції та захисту споживачів – забезпечення добробуту останніх, проте використання для її досягнення різних засобів є поширеною та превалюючою не тільки в США та ЄС. Ідентичну думку підтримують і дослідники з інших країн [67; 68], що вказує на загальноприйнятність підходу на світовому рівні.

Специфіка взаємодії між державним захистом конкуренції та захистом прав споживачів визначаються особливостями законодавства кожної окремої країни. Проаналізувавши як положення Конституції були реалізовані на рівні профільних законів, зокрема, Закону, Закону «Про Антимонопольний комітет України» від

26.11.1993 (далі – «Закон про АМК»), Закону про недобросовісну конкуренцію, ГК, Закону «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 (далі – «Закон про захист прав споживачів») можна прийти до висновку, що і законодавство про захист конкуренції, і про захист прав споживачів також тісно переплетені між собою, і хоча й переслідують спільну ціль – забезпечити добробут споживачів, мають своє специфічне призначення та сферу застосування.

Із Закону, Закону про АМК та ГК прямо витікає, що захист конкуренції здійснюється в інтересах споживачів. Із самого визначення «конкуренції», наведеного в Законі вже слідує, що її вигодонабувачами є споживачі. Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону державний контроль за дотриманням ЗпЗЕК, захист інтересів суб'єктів господарювання та *споживачів* від його порушень здійснюються органами АМК [23]. У деяких випадках Закон прямо визнає неправомірною поведінку суб'єктів господарювання, якщо вона посягає на інтереси споживачів. Наприклад, ЗМ(Д)С є, зокрема, дії чи бездіяльність, які призвели або можуть призвести до ущемлення інтересів споживачів, які б були неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку [23]. Відповідно до Закону про АМК основним завданням АМК є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині, зокрема, здійснення державного контролю за дотриманням ЗпЗЕК на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом та *пріоритету прав споживачів* (ст. 3). Захист конкуренції на засадах *пріоритету прав споживачів* також віднесено до основних принципів діяльності АМК (ст. 4) [12]. ГК включив статтю, присвячену захисту прав споживачів (ст. 39), в главу «Обмеження монополізму та захист суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції» [11]. При цьому державний захист конкуренції і захист прав споживачів розведені в ст. 5 ГК як дві окремі конституційні основи правопорядку у сфері господарювання.

Попри перетинання загальної мети законодавства щодо захисту прав споживачів та захисту конкуренції у вигляді забезпечення добробуту споживачів, цей добробут двома цими пластами законодавства забезпечується по-різному. Із Закону про захист прав споживачів [69] слідує, що в ньому захист споживача забезпечується в рамках індивідуальних транзакцій між споживачем та продавцем певної продукції.



Основним спрямуванням Закону про захист прав споживачів є забезпечення того, щоб споживач міг отримати продукцію належної якості та не вводився продавцями в оману щодо характеристик продукції, яка пропонується. Таким чином, мета Закону про захист прав споживачів співпадає з тим призначенням законодавства про захист прав споживачів, як його формулюють зарубіжні вчені – захист прав споживача як слабшого в економічному плані суб'єкта у приватно-правових відносинах з продавцем товару та усунення інформаційної асиметрії між споживачем та продавцем. Це призначення прямо витікає і з рішення КСУ № 15-рп/2011 від 10.11.2011.

Держава для досягнення зазначених вище цілей визнає та захищає права споживачів на належну якість продукції та обслуговування, безпеку продукції, необхідну, доступну, достовірну своєчасну інформацію щодо продукції, відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції тощо (ст. 4 Закону про захист прав споживачів [69]). Разом з тим для захисту споживача як більш слабкого суб'єкта в економічних відносинах Закон про захист прав споживачів передбачає додаткові гарантії у вигляді визнання недійсними умов договорів, несправедливих по відношенню до споживача (ст. 18), забороняє нечесну підприємницьку практику, до якої віднесено вчинення дій, що кваліфікуються законодавством як прояв недобросовісної конкуренції, та будь-яку діяльність, яка вводить споживача в оману або є агресивною (ст. 19).

На відміну від законодавства про захист прав споживачів, законодавство України про захист економічної конкуренції має своєю первинною метою захищати ефективний конкурентний процес та добросовісну конкуренцію між суб'єктами господарювання. У силу цього перелік порушень цього законодавства та законодавства про захист прав споживачів відрізняються між собою, механізми застосування положень обох законодавств та передумови їх застосування також різні. Навіть в тих сферах, в яких ці два законодавства найбільш тісно переплітається – в забороні нечесної підприємницької практики, якою, серед іншого, є недобросовісна конкуренція, умови застосування відповідальності до порушників приписів відповідного законодавства відрізняються.

До прикладу, одним із найбільш поширених типів порушень, які спостерігаються у взаємовідносинах продавець – споживач, є введення споживача в оману. Відповідно до Закону про недобросовісну конкуренцію поширення інформації, що вводить в оману є актом недобросовісної конкуренції (ст. 15<sup>1</sup>). Недобросовісна конкуренція відповідно до вказаного закону є діями у конкуренції. У зв'язку з цим, щоб встановити порушення ст. 15<sup>1</sup> Закону про недобросовісну конкуренцію, органи, уповноважені застосовувати цей закон (органи АМК), мають встановити та довести, що поширення інформації, що вводить в оману, було дією у конкуренції, іншими словами, що поширення такої інформації призводить до здобуття неправомірних конкурентних переваг. Закон про захист прав споживачів визначає будь-яку діяльність, що вводить споживача в оману (п. 2 абз. 2 ч. 1 ст. 19, ч. 2-3 ст. 19) як окремий вид нечесної підприємницької практики. За цим законом, аби встановити наявність нечесної підприємницької практики, що вводить споживача в оману, не вимагається встановлення, що таке введення в оману було здійснене в конкуренції. При цьому, передумови для встановлення порушення у вигляді поширення інформації, що вводить в оману як недобросовісної конкуренції (ст. 15<sup>1</sup> Закону про недобросовісну конкуренцію) та підприємницької практики, що вводить в оману (ч. 2-3 ст. 19 Закону про захист прав споживачів) відрізняються між собою.

Усе вищевказане підтверджує висновок про те, що конституційні положення щодо захисту конкуренції та захисту прав споживачів, хоча і переслідують спільну мету забезпечити добробут споживача, та мають багато точок дотику, в силу своїх особливостей мають розглядатися як положення, які мають різну спрямованість. Якщо метою першого є забезпечення умов для ефективної конкуренції на ринку і відтак непрямий захист споживачів, метою другого є, навпаки, прямий захист прав споживачів в рамках індивідуальних транзакцій, в які вони вступають. Підміна захисту конкуренції як засобу охорони ефективної конкурентної структури ринку на засіб вирішення проблем індивідуальних відносин того чи іншого споживача та продавця може мати неочікувані наслідки. До прикладу, якщо розглядати кожне фактичне або ймовірне ущемлення інтересів споживачів, наприклад, у разі поставки неякісного товару з боку СГ, який займає домінуюче становище (візьмемо суб'єкта з

високою ринковою часткою, але не єдиного гравця на ринку), як зловживанням цим становищем відповідно до ст. 13 Закону, порушення прав десятиох споживачів таким СГ за умови накладення максимально можливого штрафу, передбаченого Законом, органами АМК за кожне з десятиох порушень буде достатньо аби вилучити десь дохід СГ за попередній рік. При цьому продаж неякісного товару (зловживання) може не мати жодного впливу на конкуренцію на ринку взагалі. Звідси слідує доволі очевидний висновок, що першочерговою ціллю захисту конкуренції з боку держави має бути вирішення системних проблем з конкуренцією на ринку, а не вирішення проблем індивідуальних транзакцій. Зазначене призводить і до закономірного висновку, що органи із захисту конкуренції не мають підміняти своє призначення та починати вирішувати проблеми індивідуальних транзакцій на споживчих ринках, які в цілому можна вирішити за допомогою законодавства про захист прав споживачів, та формально робити суто порушення прав споживачів порушенням ЗпЗЕК. У цьому загальному контексті, на погляд автора, потрібно вирішувати питання дотримання ч. 2 ст. 19 Конституції при застосуванні заходів, спрямованих на захист споживачів, з боку органів із захисту прав споживачів та органів із захисту економічної конкуренції.

### ***(2) Державний захист конкуренції та втручання в економічну свободу.***

Економічна свобода є підвалиною, на якій базується ринкова економіка. Вільний економічний обмін благами з боку економічних агентів дає їм можливість вибору коли, як та куди спрямовувати свої ресурси з метою задоволення своїх потреб. Так як економічний агент краще за всіх знає властивості та особливості своїх ресурсів, він в найкращій позиції зробити виважений вибір щодо розпорядження ними. Економічна свобода стимулює підприємництво. Конкуренція у підприємстві стимулює суспільний добробут. Емпіричний досвід показує, що чим вищий рівень економічної свободи людей, чим більша свобода підприємництва та чим менше державне втручання держави в економічні процеси, тим більша ймовірність, що суспільство, в якому ці люди живуть, буде процвітати, а економіка буде сильною та потужною. Цей досвід яскраво демонструється Я.Ч. Романчуком [59] на прикладах різних країн.

В Україні державний захист конкуренції – явище конституційного характеру. Конституційними є і економічні права людини. У зв'язку з цим потрібно дослідити як

захист конкуренції у підприємницькій діяльності співвідноситься з такими економічними правами як право на підприємницьку діяльність та право власності.

Право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, і державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності є конституційними основами правового господарського порядку в Україні, що прямо відображено в ст. 5 ГК [11]. Співвідношення конституційних положень щодо державного захисту конкуренції і права на підприємницьку діяльність було описане в попередньому підрозділі. Підсумовуючи у ньому наведене, державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності сприяє реалізації права на підприємницьку діяльність з боку різних суб'єктів, водночас є і прямим засобом встановлення меж реалізації цього права, унормування здійснення підприємницької діяльності. Пряма заборона на рівні Конституції – не здійснювати підприємницьку діяльність шляхом вдавання до зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.

У частині співвідношення конституційних положень щодо державного захисту конкуренції та права приватної власності, Конституція встановлює різні гарантії права приватної власності та умови його реалізації. Для цілей цього дослідження ключовими є такі положення Конституції: кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ч. 1 ст. 41); ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право приватної власності є непорушним (ч. 4 ст. 41); власність зобов'язує і не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству (ч. 3 ст. 13), використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі (ч. 7 ст. 41); держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, усі суб'єкти права власності рівні перед законом (ч. 4 ст. 13) [7].

Окреме регулювання Конституції присвячене інтелектуальній власності: громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної

діяльності (ч. 1 ст. 54); кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом (ч. 2 ст. 54) [7].

Власність визначає форми та напрями підприємницької діяльності. Право приватної власності опосередковує весь процес виводу продукції на ринок та її обороту на ньому. Весь цей процес в спрощеному вигляді полягає в обміні правами власності на певні блага між різними економічними агентами (виробник – дистриб'ютор, дистриб'ютор – роздрібний продавець, роздрібний продавець – споживач тощо). На кожній ланці збуту товару відбувається процес купівлі-продажу або інші форми обміну благами, в межах яких економічні агенти реалізують правомочності щодо своєї власності.

Державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності, стимулюючи торгівлю, інтенсифікує економічну взаємодію різних агентів, що відповідно інтенсифікує господарський оборот. Від реальної можливості держави забезпечити умови, за яких кожен може володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, право приватної власності є непорушним, а протиправне позбавлення власності є недопустимим багато в чому залежить інтенсивність підприємницької діяльності на території держави з усіма витікаючими позитивними від цього наслідками.

І державний захист конкуренції, і право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, визнання усіх суб'єктів права власності рівними перед законом, непорушності права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності віднесені ГК до конституційних основ правового господарського порядку в Україні [11]. Державний захист конкуренції, з однієї сторони, стимулюючи примноження приватної власності, інтелектуальну та творчу діяльність, з іншої, є одним із засобів встановлення меж, в яких володіння, користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності є допустимим з точки зору положень Конституції, передбачених ч. 3 ст. 13 (власність не повинна використовуватися на шкоду людині та суспільству), ч. 7 ст. 41 (використання

власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі) [7].

Пряма заборона Конституції в аспекті використання власності, результатів інтелектуальної, творчої діяльності – не використовувати їх для зловживання монопольним становищем, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції. Інший аспект – державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності в тому вигляді, в якому відповідні конституційні положення були реалізовані на рівні профільних законів, передбачає обмеження щодо набуття, користування та розпорядження власністю, результатами інтелектуальної та творчої діяльності у вигляді необхідності отримання дозволів на концентрацію або УД від уповноважених органів за визначених законом підстав. Якщо перехід правомочностей щодо власності, результатів інтелектуальної, творчої діяльності від одного суб'єкта до іншого загрожує існуванню ефективної конкуренції на певному ринку, за передбачених законом підстав, цей перехід може підлягати умовам або взагалі бути забороненим. Надання чи ненадання дозволів на такий перехід, формування умов такого переходу має здійснюватися з урахуванням загальних положень Конституції, передбачених ч. 1 ст. 17, відповідно до яких захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави. У цьому аспекті можна стверджувати, що державний захист конкуренції, серед іншого, є і складовою забезпечення економічної безпеки України.

Використання державного захисту конкуренції як обґрунтування втручання в економічну свободу піднімає складні питання визначення меж допустимості такого втручання. В одних випадках, як-от змові СГ на публічних закупівлях, де суспільна шкідливість цього явища очевидна, негативні наслідки для конкуренції на поверхні, доцільність державного втручання у свободу підприємницької діяльності не викликає особливих сумнівів. У більш складних випадках, коли неправомірність поведінки з точки зору правил конкуренції неочевидна, хоча й може мати негативні наслідки для конкуренції загалом, доцільність державного втручання у таку поведінку потрібно

обережно зважувати, аби не було нерозумного і непропорційного втручання в економічну свободу.

З огляду на наявні напрацювання вітчизняної юридичної думки, на погляд автора, для оцінки виправданості втручання в економічну свободу через державний захист конкуренції та застосування державою певних заходів на рівні правозастосування як базовий доцільно було б застосовувати трискладовий тест пропорційності, як його формулює М.В.Савчин: (i) на основі закону; (ii) необхідність в демократичному суспільстві (запроваджені заходи мають бути нагальними та мінімально обтяжувати права людини, має бути певна форма організації публічної адміністрації та відповідних процедур, зв'язок між заходом і метою має бути очевидним і достатнім з урахуванням обставини конкретної справи, заходи мають бути індивідуалізовані), (iii) достатність та доречність засобів (застосування заходів має бути розумним, адекватним і рамках процесуальної автономії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст економічних свобод) [53, с. 28-29]. Для забезпечення дотримання розумного балансу між приватними та публічними інтересами, закон, на підставі якого здійснюватиметься втручання (перший елемент трискладового тесту пропорційності) має відповідати основним вимогам принципу верховенства права, про які неодноразово висловлювався КСУ, зокрема, ясність і недвозначність правової норми та передбачуваність (прогнозованість) [70]. Окремі проблемні аспекти досягнення цього результату будуть описані в підрозділі 2.2. цього дослідження, з урахуванням специфіки конкуренційного законодавства.

### **1.3. Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в державах-членах Європейського Союзу**

Аналіз конституцій держав-членів ЄС показує, що винесення питань захисту конкуренції на рівень конституцій притаманне багатьом державам. Це відповідно вказує на тренд конституціоналізації питань захисту конкуренції. Водночас, ступінь деталізації конституційно-правового регулювання, як і його предмет, відрізняється від країни до країни [71, с. 94]. Зупинимося на аналізі спеціальних положень

конституцій держав-членів ЄС, які в певній формі конституціоналізували питання захисту конкуренції, для формування бачення чи враховує українське конституційне регулювання кращий зарубіжний досвід.

Конституція Австрії конкретних правил щодо державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, на коштал положень ч. 3 ст. 42 Конституції України, не містить. При цьому, ст. 10 Федерального конституційного закону Австрії встановлює, що монополії, антитрастове законодавство (Kartellrecht), а також боротьба з недобросовісною конкуренцією віднесені до кола питань, законодавчі та виконавчі повноваження щодо яких належать Федерації (п. 4 та 8 ч. 1 ст. 10 відповідно), а ст. 102 цього закону закріплює, що федеральні органи можуть в межах конституційно встановленої сфери компетенції безпосередньо реалізовувати свої повноваження в сфері монополій та антитрастового законодавства. Крім того, вказаний закон закріплює, що органи, наділені адміністративними функціями, в цілях захисту конкуренції та проведення економічних інспекцій можуть бути звільнені законом від необхідності слідувати інструкціям своїх вищестоящих органів (ч.2 ст. 20) [72].

Відповідно до ч. 1 ст. 19 Конституції Болгарії економіка Республіки Болгарія базується на вільній економічній ініціативі. Згідно з частиною другою вказаної статті держава встановлює та гарантує рівні правові умови для економічної діяльності всім громадянам та юридичним особам шляхом запобігання будь-якому зловживанню монопольним статусом та недобросовісній конкуренції, а також захисту прав споживачів. У той же час, Конституція Болгарії врегульовує і питання державної монополії. Згідно з ч. 4 ст. 18 Конституції Болгарії державна монополія щодо залізничного транспорту, національних поштових та телекомунікаційних мереж, використання ядерної енергії, виробництва радіоактивних продуктів, озброєння та вибухових та сильнодіючих отруйних речовин може бути встановлена законом. Умови та процедури, за якими держава надає концесії на об'єкти власності та ліцензії на провадження видів діяльності, зазначені, зокрема, в ч. 4 ст. 18 Конституції Болгарії, відповідно до частини п'ятої цієї ж статті встановлюються законом [73].

Конституція Данії окремого регулювання державного захисту конкуренції, на зразок положень ст. 42 Конституції України, не містить. Водночас, згідно зі § 74



Конституційного закону Данії будь-яке обмеження вільного та рівного доступу до торгівлі, яке не ґрунтується на публічному інтересі, підлягає усуненню законом [74].

Аналогічно Данії, Конституція Греції не містить положень-аналогів ч.3 ст. 42 Конституції України. При цьому Конституція Греції передбачає, що розвиток приватної економічної ініціативи не дозволяється за рахунок свободи та людської гідності або на шкоду національній економіці (ч. 2 ст. 106). Також Конституція Греції встановлює, що, зі збереженням захисту, який надається ст. 107 Конституції Греції у зв'язку з реекспортом іноземного капіталу, законом може врегулюватися придбання підприємств шляхом купівлі або примусової участі в них держави або інших публічних органів, якщо такі підприємства мають характер монополії або мають життєво важливе значення для розвитку джерел національного багатства, або першочергово призначені для надання послуг спільноті в цілому (ч. 3 ст. 106). Стаття 106 Конституції Греції деталізує порядок та умови вказаної вище купівлі підприємств або примусової участі в них [75].

Цікавим є конституційно-правове регулювання захисту конкуренції в Ірландії. Конституція цієї держави закріплює, що держава спрямовує свою політику, зокрема, на забезпечення недопущення того, щоб функціонування вільної конкуренції призводило до концентрації власності чи контролю над ключовими товарами в руках кількох осіб на загальну шкоду (п. iii ч. 2 ст. 45). Відповідно до ч. 3 ст. 45 Конституції Ірландії, держава сприяє та, де необхідно, доповнює приватну ініціативу у промисловості та торгівлі. Держава докладатиме зусиль для забезпечення того, щоб приватне підприємництво здійснювалося таким чином, аби забезпечити раціональну ефективність у виробництві та розподілі товарів та захистити населення від несправедливої експлуатації [76]. Таким чином, з одного боку, Конституція Ірландії містить приписи, що серед основних завдань державної політики є забезпечення недопущення монополізації відповідних товарних ринків на загальну шкоду, а, з іншого, хоча держава і докладатиме зусиль для забезпечення ефективного функціонування відповідних ринків, несправедлива експлуатація населення зі сторони приватних підприємців не допускається [71, с. 95-96].

Відповідно до ст. 38 Конституції Іспанії визнається вільне підприємництво в рамках ринкової економіки. Публічні органи гарантують і захищають його здійснення та забезпечення продуктивності відповідно до вимог економіки загалом і, у разі потреби, її планування. Водночас, містить Конституція Іспанії і певні положення, які стосуються монополій. Відповідно до ч. 2 ст. 128 Конституції Іспанії визнається публічна ініціатива в економічній діяльності. Важливі ресурси або послуги можуть бути зарезервовані законом для публічного сектору, особливо у випадку монополій. Так само, державне втручання в компанії може бути здійснено, якщо цього вимагає публічний інтерес. Зазначені вище положення розвивають приписи ч. 1 ст. 128 Конституції Іспанії, згідно з якою усе багатство країни у різних його формах, незалежно від власності, підпорядковується загальному інтересу [77].

Стаття 41 Конституції Італії закріплює принцип свободи приватного економічного підприємництва (ч. 1 ст. 41). У той же час Конституція Італії закріплює, що підприємництво не повинно здійснюватись на шкоду загальному благу або таким чином, що може завдати шкоди безпеці, свободі та людській гідності (ч. 2 ст. 41), а закон передбачає належні програми та контроль, щоб публічна та приватна економічна діяльність могла бути орієнтована та координована для соціальних цілей (ч. 3 ст. 41). Регулювання конкретно питань захисту конкуренції у підприємницькій діяльності у Конституції Італії доволі побіжне та полягає в тому, що питання захисту конкуренції віднесено до виключних повноважень держави (п. е ч. 2 ст. 117). Щодо монополій, ст. 43 Конституції Італії закріплює, що законом може встановлюватися резервування підприємства або категорії підприємств, які, зокрема, є монополіями і предметом загального суспільного інтересу, за урядом, державною установою, асоціацією працівників чи споживачів для цілей загального блага [78].

Зачіпає питання захисту від зловживань економічною владою та державних монополій і Конституція Кіпру. Відповідно до ст. 26 Конституції Кіпру кожна особа має право вільно укладати будь-який договір з дотриманням умов та обмежень, які встановлені загальними принципами договірного права. При цьому Конституція Кіпру встановлює, що закон повинен передбачати заходи щодо запобігання експлуатації особами, які володіють економічною владою. Стаття 25 Конституції

Кіпру, в свою чергу, встановлює умови, за яких може обмежуватися право на вільну торгівлю та ведення бізнесу (ч. 2 ст. 25), а також, що, у разі публічного інтересу, закон може передбачати, що певна діяльність, яка має характер важливої публічної послуги або стосується експлуатації джерел енергії чи інших природних ресурсів, може здійснюватися виключно Республікою або муніципальною корпорацією, або державним корпоративним органом, із зазначенням загальних умов викупу бізнесу у зазначених вище сферах, якщо він здійснювався особою, яка не є муніципальною корпорацією або державним корпоративним органом (ч. 3 ст. 25) [79].

Питанням захисту конкуренції присвячена і ст. 46 Конституції Литви, яка містить норми, що стосуються функціонування загального економічного устрою Литви, зокрема: (а) економіка Литви базується на праві приватної власності, свободі індивідуальної економічної діяльності та економічній ініціативі (ч. 1 ст. 46); держава підтримує економічні зусилля та ініціативи, корисні суспільству (ч. 2 ст. 46); держава регулює економічну діяльність так, щоб вона служила загальному благополуччю нації (ч. 3 ст. 46). Спеціальні положення щодо захисту конкуренції містяться у ч. 4 ст. 46 Конституції Литви, відповідно до якої законом встановлюється заборона монополізації виробництва та ринку і захищається свобода чесної конкуренції. Містить Конституція Литви і деякі положення, які стосуються монополізації певних сфер діяльності: згідно зі ч. 2 ст. 44 держава, політичні партії, політичні та громадські організації, інші установи чи особи не можуть монополізувати засоби масової інформації [80].

Основний Закон Федеративної Республіки Німеччина (далі – «ФРН») окремого регулювання захисту конкуренції на зразок положень ч. 3 ст. 42 Конституції України не містить. Водночас, у ст. 74 Основного Закону ФРН вказано, що питання запобігання зловживанню економічною владою віднесено до спільних (concurrent) законодавчих повноважень як земель, так і федерації [81].

Зачіпає питання конкуренції у підприємницькій діяльності й Конституція Польщі. Відповідно до ст. 20 Конституції Польщі соціальна ринкова економіка, заснована на свободі економічної діяльності, приватній власності та солідарності, діалозі та співпраці між соціальними партнерами, є основою економічної системи

Республіки Польща. Згідно зі ст. 22 Конституції Польщі обмеження свободи економічної діяльності можуть бути встановлені лише законом і лише з важливих суспільних причин. Зазначені вище положення отримали подальшого розвитку у статтях 76 та 216 Конституції Польщі. Відповідно до ст. 76 Конституції Польщі органи державної влади захищають споживачів, замовників, наймачів або орендарів, зокрема, від недобросовісних ринкових практик. Обсяг такого захисту встановлюється законом. Стаття 216 Конституції Польщі, у свою чергу, передбачає, що будь-яка монополія встановлюється законом (ч. 3 ст. 216) [82].

Комплексне регулювання питань сприяння та захисту конкуренції у підприємницькій діяльності, при цьому з деталізацією по різних сферах діяльності, міститься у Конституції Португалії. Відповідно до ч. 1. ст. 61 Конституції Португалії приватне економічне підприємництво здійснюється вільно в загальних межах, визначених Конституцією та законом та з урахуванням загального інтересу. Згідно зі ст. 81 Конституції Португалії першочерговим обов'язком держави в економічній та соціальній сфері є, зокрема, забезпечення ефективного функціонування ринків таким чином, щоб гарантувати збалансовану конкуренцію між підприємствами, протидіяти монополістичним формам організації, придушувати зловживання домінуючим становищем та інші практики, шкідливі для загального інтересу (п. f ст. 81) [83].

Конституція Португалії детально описує політику держави в аграрному секторі (статті 93-98). Частина норм, присвячених вказаній політиці, при цьому стосуються питань конкуренції. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 93 Конституції Португалії серед завдань аграрної політики визначено збільшення сільськогосподарського виробництва та продуктивності шляхом надання аграрному сектору адекватної інфраструктури та людських, технічних та фінансових ресурсів, які будуть працювати на підвищення конкурентоспроможності, забезпечення якості продукції, її ефективного маркетингу та продажу, покращення постачання для країни та збільшення експорту. Частина перша ст. 94 Конституції Португалії закріплює, що закон регулює зміну розміру сільськогосподарських (фермерських) одиниць, які є надмірно великими з точки зору завдань аграрної політики, і, у разі експропріації, повинен передбачати право кожного власника на відповідну компенсацію та

збереження площі, достатньої для забезпечення життєздатності та раціональності його власного господарства. Без обмеження встановлення експериментального періоду до надання повного титулу з метою визначення ефективного та раціонального використання землі, експропрійована земля має передаватися у власність або користування, як встановлено законом, малим фермерам, бажано тим, які інтегровані до сімейних сільськогосподарських одиниць, робітничим або малим фермерським кооперативам або іншим формам робітничої діяльності (ч. 2 ст. 94). Зазначені вище положення ст. 94 Конституції Португалії по суті спрямовані на протидію концентрації (монополізації) аграрного сектору. З іншого боку, ст. 95 Конституції Португалії передбачає, що держава сприяє зміні розміру сільськогосподарських одиниць, які є меншими за підходящі з точки зору аграрної політики, зокрема, шляхом надання юридичних, фіскальних та кредитних стимулів для їх структурної або виключно економічної інтеграції, зокрема, у кооперативній формі, або заходами, спрямованими на об'єднання земельних ділянок. У ч. 1 ст. 97 Конституції Португалії закріплюється, що для реалізації завдань аграрної політики держава надає преференційну підтримку малим та середнім сільськогосподарським виробникам, зокрема, якщо вони інтегровані до сімейних сільськогосподарських одиниць, є одноосібними фермерами або об'єднані в кооперативи, а також сільськогосподарським робочим кооперативам та іншим формам робітничої діяльності. Частина друга цієї ж статті містить перелік форм, в якій надається державна підтримка, серед яких надання технічної підтримки, створення форм підтримки маркетингу та продажів на низхідному та висхідному рівні до виробництва, підтримка у покритті ризиків, які виникають внаслідок непередбачуваних або неконтрольованих кліматичних або фітопатологічних інцидентів, стимули для заохочення сільських робітників та фермерів формувати та приєднуватися до різного роду об'єднань (виробничих, закупівельних, збутових кооперативів тощо) [83]. Таким чином, конституційне регулювання аграрної політики Португалії прямо зачіпає й питання формування конкурентного поля в аграрному секторі, зокрема, поділ сільськогосподарських одиниць, які з точки зору аграрної політики є завеликими, стимулювання укрупнення одиниць, які з точки зору цієї

політики є замалими, надання державної преференційної підтримки для малих і середніх сільськогосподарських виробників [71, с. 97].

Статті 99 та 100 Конституції Португалії, які відповідно визначають завдання торгової (комерційної) та промислової політики, також зачіпають питання конкуренції. Так, ст. 99 Конституції Португалії завданнями комерційної політики держави, зокрема, визначено здорову конкуренцію між комерційними агентами, раціоналізацію схем розподілу (дистрибуції), протидію спекулятивній діяльності та обмежувальним господарським практикам, захист прав споживачів. Завданнями промислової політики, у свою чергу, є збільшення промислового виробництва в загальних рамках модернізації та узгодження соціально-економічних інтересів та міжнародної інтеграції португальської економіки, посилення промислових і технологічних інновацій, підвищення конкурентоспроможності та продуктивності промислових підприємств, підтримка малих і середніх підприємств і, загалом, підприємств, які створюють робочі місця та сприяють експорту або заміщенню імпорту, підтримка міжнародного визнання португальських підприємств (ст. 100 Конституції Португалії) [83].

Регулювання питань економічної конкуренції присутнє і в конституціях таких держав як Румунія, Словаччина, Словенія, Угорщина, Хорватія.

Відповідно до ч. 1 ст. 135 Конституції Румунії економіка Румунії є вільною ринковою економікою, заснованою на вільному підприємництві та конкуренції. Згідно з ч. 2 ст. 135 Конституції Румунії, держава повинна забезпечувати, серед іншого, вільну торгівлю, добросовісну конкуренцію, створення сприятливих умов для стимулювання та капіталізації кожного фактора виробництва [84].

Згідно з ч. 1 ст. 55 Конституції Словаччини, економіка зазначеної держави базується на принципах соціально та екологічно орієнтованої ринкової економіки. Відповідно до частини другої цієї статті, Словацька Республіка захищає та заохочує економічну конкуренцію. Деталі встановлюються законом [85].

У Конституції Словенії захисту конкуренції присвячено ст. 74. Її перша частина встановлює гарантію вільної економічної ініціативи. Друга закріплює, що умови створення господарських організацій встановлюються законом, як і те, що

господарська діяльність не може здійснюватись таким чином, що суперечить загальному інтересу. Відповідно ж до ч. 3 ст. 74 Конституції Словенії недобросовісні конкурентні практики та практики, що обмежують конкуренцію в спосіб, який суперечить закону, забороняються [86].

Відповідно до Основного Закону Угорщини, економіка Угорщини ґрунтується на праці як основі продуктивності та свободі підприємництва (ч. 1 ст. М розділу «Основи»). Угорщина забезпечує умови для чесної економічної конкуренції, діє проти зловживань домінуючим економічним становищем та захищає права споживачів (частина друга цієї ж статті). Питанням виключної економічної діяльності держави присвячено ст. 38 розділу «Держава» Конституції Угорщини. Відповідно до частини другої цієї статті виключна власність, як і виключна економічна діяльність держави визначаються імплементаційним актом [87].

Згідно з ч. 1 ст. 49 Конституції Хорватії вільне підприємництво та вільні ринки становлять основу економічної системи Республіки Хорватія. Відповідно до частини другої цієї ж статті держава забезпечує всім підприємцям рівний правовий статус на ринку. Зловживання монополіями, як визначено законом, забороняється [88].

Вищезазначене вказує, що конституціоналізація питань захисту конкуренції притаманна багатьом державам-членам ЄС. При цьому, як правило, підвищена увага до захисту конкуренції притаманна конституціям держав з колишнім радянським або соціалістичним минулим, що і зрозуміло з огляду на курс відповідних держав з розбудови ринкової економіки [71, с.98].

Порівнюючи наявне конституційно-правове регулювання питань захисту конкуренції у підприємницькій діяльності в державах-членах ЄС та Україні, можна прийти до висновку, що існуюче регулювання в Україні вже акумулює в собі ті передові ідеї та кращі практики, які закладені в конституційному регулюванні захисту конкуренції в аналізованих зарубіжних країнах. Автор не є прихильником підходу, що Конституція має містити громіздкі формулювання та надмірну деталізацію положень, які можна в цілому врегулювати на рівні законів та актів нижчої юридичної сили. Завданням конституційного регулювання є закладення базових принципів, на яких має будуватися правове поле в державі. У той же час ці базові принципи мають бути

достатньо комплексними та мати достатню широту охоплення, в першу чергу, для створення адекватних рамок для конституційного контролю з боку КСУ [71, с.98].

Попри стислість положень Конституції України, які стосуються захисту конкуренції, з точки зору формування загальних програмних засад діяльності держави та можливості використання положень Конституції як інструменту боротьби проти практик, які посягають на існування вільної та неспотвореної конкуренції на українських ринках (звернення до суду на підставі ст. 8 Конституції, конституційний контроль КСУ тощо), на погляд автора, наявні положення Конституції є в цілому достатніми. Крім того, конституційно-правове регулювання захисту конкуренції в Україні має і певні позитивні риси порівняно з конституціями досліджуваних держав, так як прямо згадує український конкуренційний орган – АМК, в тексті Основного Закону, що є додатковою гарантією його існування та функціонування [71, с.98].

З огляду на все вищевказане, кардинальних змін до Конституції в частині захисту конкуренції, з огляду на практику досліджуваних зарубіжних країн, на погляд автора, не потребується в силу відсутності практичної доцільності. Основним напрямком удосконалення положень Конституції, які стосуються державного захисту конкуренції, більш доцільним було б зробити досягнення їхньої узгодженості з правовим полем, створеним після прийняття Конституції, зокрема, Законом. Пропозиції з цього приводу будуть наведені в підрозділі 2.4.

## **Висновки до Розділу 1**

1. Конституція України передбачає комплексне регулювання державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності. Об'єктом конституційно-правового захисту є процес змагання суб'єктів господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів через досягнення більшої ефективності господарювання завдяки власним правомірним досягненням.

2. Забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності є обов'язком держави, якому кореспондує право особи вимагати забезпечення такого захисту.



3. Право особи на правомірне змагання у підприємницькій діяльності є складовим елементом конституційного права особи на підприємницьку діяльність. Захист державою конкуренції у підприємницькій діяльності є засобом сприяння належній реалізації права на підприємницьку діяльність. Водночас цей же захист є прямим засобом встановлення меж реалізації цього права, унормування здійснення підприємницької діяльності. Пряма заборона на рівні Конституції – не здійснювати підприємницьку діяльність шляхом вдавання до зловживання монопольним становищем, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.

4. Об'єктом конституційно-правового захисту є описаний вище процес змагання у підприємницькій діяльності на території України. Державний захист конкуренції на території України має екстериторіальний характер.

5. Захист конкуренції у підприємницькій діяльності з боку держави здійснюється в загальних рамках конституційного правопорядку та при цьому має окремий спеціальний конституційний порядок забезпечення у вигляді (а) прямого встановлення Конституцією недопустимості певної поведінки: зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції (ч. 3 ст. 42 Конституції); (б) особливої процедури обмеження конкуренції та встановлення правил її здійснення, яка виступає додатковою гарантією від свавільного втручання в конституційні права та свободи з боку суб'єктів публічної влади: визначення видів та меж монополій, правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання законом (ч. 3 ст. 42, п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції); (в) конституційного статусу АМК, що є додатковою гарантією сталості його функціонування та запобіжником від необґрунтованої ліквідації, та особливого конституційного порядку призначення його Голови: віднесення призначення за поданням Прем'єр-міністра та звільнення Голови АМК до повноважень ВРУ (п. 12 ч. 1 ст. 85 Конституції).

6. Державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності, будучи однією з конституційних основ правового порядку господарювання в Україні, виступає важливою складовою господарського механізму економічної системи України та економічної політики держави. Державний захист конкуренції сприяє

досягненню економічної багатоманітності суспільного життя та забезпечення економічної безпеки держави, зростанню ефективної соціальної орієнтованої економіки, сталому та органічному суспільному розвитку, покращенню суспільного добробуту.

7. Як складова та напрям економічної політики держави, державний захист конкуренції тісно переплітається з іншими напрямами та складовими цієї політики. Найбільш тісне переплетіння державний захист конкуренції має з державним захистом прав споживачів, який також був конституціоналізований.

Конституційні положення щодо захисту конкуренції та захисту прав споживачів, хоча і переслідують спільну мету забезпечити добробут споживачів, та мають багато точок дотику, доцільно розглядати як положення, які мають різну спрямованість: метою першого є забезпечення умов для ефективної конкуренції на ринку і відтак непрямий захист споживачів, метою другого є, навпаки, прямий захист прав споживачів в рамках індивідуальних транзакцій, в які вони вступають.

8. Державний захист конкуренції, з однієї сторони, стимулює примноження приватної власності, інтелектуальну та творчу діяльність, а з іншої, є одним із засобів встановлення меж, в яких володіння, користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності є допустимими. Пряма заборона Конституції в аспекті використання власності, результатів інтелектуальної, творчої діяльності – не використовувати їх для зловживання монопольним становищем, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.

9. З метою забезпечення конституційності, для оцінки виправданості втручання в економічну свободу через державний захист конкуренції та застосування державою певних заходів на рівні правозастосування як базовий доцільно було б застосовувати трискладовий тест пропорційності: (i) на основі закону; (ii) необхідність в демократичному суспільстві; (iii) достатність та доречність засобів. Для забезпечення дотримання розумного балансу між приватними та публічними інтересами, закон, на підставі якого здійснюватиметься втручання (перший елемент трискладового тесту пропорційності) має відповідати основним вимогам принципу

верховенства права, зокрема: ясність і недвозначність правової норми та передбачуваність (прогнозованість).

10. Конституціоналізація питань захисту конкуренції у підприємницькій діяльності притаманна багатьом державам-членам ЄС. Як правило, підвищена увага до захисту конкуренції притаманна конституціям держав з колишнім радянським або соціалістичним минулим.

11. Існуюче конституційно-правове регулювання питань захисту конкуренції у підприємницькій діяльності в Україні враховує кращі практики регулювання цих же питань в конституціях держав-членів ЄС. У дечому українське конституційне регулювання є навіть більш прогресивним, зокрема, в аспекті виведення на конституційний рівень АМК. З огляду на вищесказане, кардинальних змін до Конституції України в частині захисту конкуренції, з огляду на практику досліджуваних зарубіжних країн, не потребується.

## **РОЗДІЛ 2. ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ КОНКУРЕНЦІЇ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ДОСВІДУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**

### **2.1. Загальна характеристика української системи державного захисту конкуренції**

Конституційні положення щодо державного захисту конкуренції, окреслені у розділі 1 цього дослідження, були розвинуті у низці законів та підзаконних нормативно-правових актів. Певні питання, які стосуються захисту конкуренції, є також предметом регулювання міжнародних договорів, стороною яких є Україна. Хоч українська система захисту конкуренції є доволі розробленою, вона все ще перебуває в стані становлення. Це стосується і правового регулювання, і практики правозастосування.

Правила захисту конкуренції в Україні в цілому формувалися під значним впливом відповідних правил ЄС та за підтримки західних партнерів [89]. Регулювання правил захисту конкуренції в ЄС загалом бралось як зразок при формуванні українських правил [20; 89; 90]. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – «Угода про асоціацію») [91] вважається поворотним моментом в історії української системи захисту конкуренції [20; 89]. Зокрема, на її виконання в українське законодавство був введений новий інститут контролю за державною допомогою на основі підходів ЄС, було оновлене регулювання концентрацій та УД, рішення органів АМК стали публікуватися на системній основі. Євроінтеграційний поступ України актуалізує питання подальшого наближення правил захисту конкуренції в Україні до підходів в ЄС. ЄК у Аналітичному звіті вказує, що українське конкурентійне законодавство загалом узгоджено з *acquis* ЄС, надаючи рекомендації щодо його подальшого узгодження [2].

Закон № 3295-IX [3], який набере чинності з 01.01.2024, позиціонується як такий, що значно наближує українське законодавство до *acquis* ЄС [4]. Автор позитивно сприймає окремі положення цього закону, так як вони удосконалюють

процедуру, в рамках якої здійснюється захист конкуренції в Україні. Водночас Закон № 3295-IX не усуває системних проблем, які мали та продовжують мати місце, що актуалізує виявлення проблем, які залишаються, порівняння із тим як подібні питання вирішуються в ЄС та формування пропозицій щодо удосконалення української системи захисту конкуренції та її наближення до підходів ЄС.

Обсяг цього дослідження обмежується як зазначено у вступі: аналізуватися буде такий блок державного захисту конкуренції як контроль за дотриманням ЗпЗЕК, його проблематика на рівні правового регулювання та правозастосування, співставлення із підходами, які застосовується в ЄС, на прикладі АУД та ЗМ(Д)С. Так як державний контроль за дотриманням ЗпЗЕК в частині АУД пересікається із такими блоками державного захисту конкуренції як контроль за УД та контроль за концентрацією, а два останні – між собою, для виявлення проблем державного контролю за дотриманням ЗпЗЕК в частині АУД та напрацювання шляхів їх вирішення доцільно побіжно охарактеризувати такі блоки як контроль за УД та контроль за концентрацією. Два інші блоки конкурентного законодавства України (регулювання природних монополій та моніторинг за державною допомогою та контролю за її допустимістю для конкуренції) цим дослідженням не покриваються. У зв'язку з обмеженням щодо обсягу дисертації порівняння законодавства та практики в Україні та ЄС в частині АУД та ЗМ(Д)С здійснюватиметься на загальному рівні, застосовному незалежно від сфери економіки, аналіз секторального законодавства, зокрема, про публічні закупівлі, не входить до обсягу цього дослідження.

Перед загальною характеристикою державного контролю за дотриманням ЗпЗЕК, контролю над УД та концентрацією в Україні, варто зупинитися на загальному описі системи органів, які залучені до практичної реалізації законодавства, яке розвиває конституційні положення щодо державного захисту конкуренції, з фокусом на вказані вище три блоки. С.В. Шкляр наводить різні класифікації суб'єктів контролю за дотриманням ЗпЗЕК, виділяючи серед них суб'єкти контролю загальної компетенції та спеціалізовані [60, с. 194]. Так як згадана класифікація базується на загальній теорії права, її можна в цілому застосовувати і для цілей цього дослідження

для позначення органів, які залучені до реалізації законодавства, яке розвиває конституційні положення щодо державного захисту конкуренції.

Спеціалізованим органом в частині реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції є АМК. Захист конкуренції є основою ціллю та метою, для якої він був створений. До органів загальної компетенції відносяться органи, які здійснюють різні повноваження (державне управління, реалізація політики, правозастосування тощо), серед яких і певні в частині захисту конкуренції, проте для яких захист конкуренції не є основною метою та ціллю діяльності. До органів загальної компетенції можна віднести ВРУ, Президента, КМУ, інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, судові органи (КСУ та суди). В силу ч. 2 ст. 19 Конституції межі та спосіб залучення як АМК, так і органів загальної компетенції до державного захисту конкуренції визначається їхніми встановленими Конституцією та законами повноваженнями.

Щодо АМК, його статус, завдання, основні принципи діяльності, побудова системи органів, повноваження, взаємодія з іншими суб'єктами, залученими до захисту конкуренції, врегульовані в Законі про АМК. АМК є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та в сфері публічних закупівель [12]. Основним завданням АМК є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині: (1) здійснення державного контролю за дотриманням ЗпЗЕК на засадах рівності СГ перед законом та пріоритету прав споживачів, запобігання, виявлення і припинення порушень ЗпЗЕК; (2) контролю за концентрацією, УД суб'єктів господарювання та дотриманням вимог ЗпЗЕК під час регулювання цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій; (3) сприяння розвитку добросовісної конкуренції; (4) методичного забезпечення застосування ЗпЗЕК; (5) здійснення контролю щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері публічних закупівель; (6) проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання та здійснення контролю за її допустимістю для конкуренції [12]. Для реалізації цих завдань АМК надаються широкі повноваження, загальний перелік яких окреслений в ст. 7 Закону про АМК та

деталізований в Законі, Законі про недобросовісну конкуренцію, інших нормативно-правових актах.

Система органів АМК врегульована в ст. 6 Закону про АМК та передбачає, що АМК утворюється у складі Голови та восьми державних уповноважених (далі – «ДУ»). Голова АМК має першого заступника та заступника, які призначаються із числа ДУ. При необхідності для забезпечення здійснення АМК окремих завдань за рішенням Президента в АМК додатково вводиться посада заступника Голови АМК. АМК будує свою діяльність на основі територіальності, для чого він утворює територіальні відділення (далі – «тервідділення»), здійснює їх реорганізацію чи ліквідацію. АМК і його тервідділення становлять систему органів АМК, очолювану Головою АМК. АМК, адміністративні колегії (далі – «адмінколегії») АМК, Комісія (комісії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, ДУ АМК, уповноважені з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, адмінколегії тервідділень АМК віднесені до органів АМК [12].

Щодо органів загальної компетенції, ВРУ як єдиний орган законодавчої влади в Україні встановлює законодавчі рамки, в межах яких здійснюється державний захист конкуренції в Україні. Як зазначалося в попередньому розділі, на ВРУ Конституцією покладено повноваження із визначення меж та видів монополій, а також правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання, які відповідно до інтепретації КСУ вона не може делегувати. Основним нормативно-правовим актом, шляхом прийняття якого було реалізовано повноваження ВРУ щодо визначення меж та видів монополій, є Закон «Про природні монополії» від 20.04.2000 [92], який встановлює правові засади регулювання суб'єктів природних монополій та суміжних ринків, заходи, за допомогою яких здійснюється таке регулювання, систему органів, які залучені до сфери природних монополій, їхні повноваження тощо. Інше конституційне повноваження ВРУ щодо визначення правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання було реалізоване ВРУ шляхом прийняття ГК та інших законів (ч. 4 ст. 18 ГК). Захист конкуренції у підприємницькій діяльності здійснюється відповідно до прийнятих ВРУ законів, основними серед яких є Закон, Закон про недобросовісну конкуренцію, ГК. Призначення за поданням Прем'єр-

міністра Голови АМК та його звільнення Конституцією віднесено до повноважень ВРУ. АМК підзвітний ВРУ (ст. 2, 20<sup>1</sup> Закону про АМК). Інші загальні повноваження ВРУ, зокрема, щодо парламентського контролю, застосовні і до державного захисту конкуренції. Аналогічне застосовно і до загальних повноважень народних депутатів.

Президент є главою держави, гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції, прав і свобод людини і громадянина, як і гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в ЄС та в Організації Північноатлантичного договору (далі – «НАТО») (ст. 102 Конституції) [7]. Відповідно до Закону про АМК АМК підконтрольний Президенту (ст. 2). Як зазначалося вище, для забезпечення здійснення АМК окремих завдань за рішенням Президента в АМК додатково вводиться посада заступника Голови АМК. Наділений Президент і повноваженнями щодо формування керівного складу АМК. Відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону про АМК Голова АМК призначається на посаду та звільняється з посади Президентом за згодою ВРУ, що, втім, суперечить порядку призначення Голови АМК згідно з Конституцією. Згідно зі статтями 10-11 Закону про АМК перший заступник і заступник Голови АМК з числа ДУ призначаються на посади за поданням Прем'єр-міністра та звільняються з посад Президентом, ДУ ж призначаються на посади за поданням Прем'єр-міністра, яке вноситься на підставі пропозицій Голови АМК, та звільняються з посад Президентом [12]. У частині захисту конкуренції за межами своїх повноважень із призначення керівного складу АМК Президент може реалізовувати загальні повноваження: розробляти і подавати до ВРУ законопроекти, ветоувати прийняті ВРУ закони, звертатися до КСУ з конституційними поданнями та зверненнями тощо. Може Президент і доручити АМК провести позапланову виїзну перевірку додержання ЗпЗЕК (п. 8.1. Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції, затвердженого розпорядженням АМК № 182-р від 25.12.2001 [93]).

КМУ є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Серед ключових конституційних повноважень КМУ, релевантних для державного захисту конкуренції, є забезпечення державного суверенітету і економічної самостійності



України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України, актів Президента, забезпечення реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в ЄС та НАТО, забезпечення проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики; розробка і здійснення загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України, забезпечення рівних умов розвитку всіх форм власності [7]. Відповідно до Закону «Про Кабінет Міністрів України» від 27.02.2014 на КМУ покладено повноваження зі сприяння розвитку підприємництва на засадах рівності перед законом усіх форм власності та соціальній спрямованості національної економіки, здійснення заходів щодо демонополізації та антимонопольного регулювання економіки, розвитку конкуренції та ринкової інфраструктури (ч. 1 ст. 20) [94]. Згідно зі ст. 18 ГК антимонопольно-конкурентна політика та сприяння розвитку змагальності в сфері господарювання здійснюється державою на основі загальнодержавних програм, які за поданням КМУ затверджуються ВРУ. Відповідно до ч. 4 ст. 19 ГК правове закріплення економічної політики, до основних напрямків якої віднесено і антимонопольно-конкурентну політику, здійснюється, серед іншого, в програмах діяльності КМУ [11].

Конституцією Прем'єр-міністр наділений повноваженням із внесення на розгляд ВРУ подання про призначення Голови АМК, яке також продубльовано у Законі «Про Кабінет Міністрів України». Інші повноваження КМУ щодо формування керівного складу АМК були описані вище при характеристиці повноважень Президента. Згідно зі ст. 20<sup>1</sup> Закону про АМК КМУ взаємодіє з АМК щодо розроблення і здійснення програм економічного розвитку України. АМК розробляє та подає до КМУ проекти актів щодо пріоритетів і напрямів конкурентної політики на певний період, узагальнює і аналізує інформацію щодо їх виконання [12]. Крім загальних повноважень, як-от, право законодавчої ініціативи, право на конституційне звернення тощо, які також релевантні для сфери державного захисту конкуренції, КМУ наділений і певними спеціальними повноваженнями у цій сфері, наприклад, надання дозволів на УД та концентрації, якщо ці дозволи не були надані АМК. Крім

того, як і Президент, КМУ може доручити АМК проведення позапланової виїзної перевірки додержання ЗпЗЕК [93].

До захисту конкуренції залучаються й інші органи виконавчої влади, як центральні, так і місцеві, та ОМС. На ОДВ та ОМС покладаються певні зобов'язання та заборони, які доцільно розглянути спільно з огляду на їхню подібність. При цьому при накладенні цих зобов'язань та заборон Закон диференціює таких суб'єктів як «органи влади», які є відмінними від ширшого поняття «органів державної влади», та «органи адміністративно-господарського управління та контролю» (ОАГУК). «Органами влади» в розумінні Закону (далі – «ОВ») є міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада та органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринків капіталу та організованих товарних ринків, державні органи приватизації, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, місцеві органи виконавчої влади. ОАГУК відповідно до Закону є СГ, об'єднання, інші особи в частині виконання ними функцій управління чи контролю в межах делегованих їм повноважень з боку ОВ чи ОМС [23].

Згідно зі ст. 4 Закону на ОДВ, ОМС та ОАГУК покладено здійснення державної політики у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності, здійснення заходів щодо демонополізації економіки, фінансової, матеріально-технічної, інформаційної, консультативної та іншої підтримки СГ, які сприяють розвитку конкуренції. На СГ, ОВ, ОМС, ОАГУК Закон покладає зобов'язання сприяти розвитку конкуренції та не вчиняти будь-яких неправомірних дій, що можуть мати негативний вплив на конкуренцію. ОДВ, до компетенції яких входить забезпечення державного регулювання та управління у певних галузях економіки, здійснюють моніторинг ринків цих галузей для аналізу та прогнозування їх розвитку. ОВ, ОМС, ОАГУК зобов'язані сприяти АМК у здійсненні його повноважень в сфері підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму й контролю за додержанням ЗпЗЕК [23]. Ці органи, їхні посадові особи, зокрема, зобов'язані передавати АМК та його тервідділенням відомості, що можуть свідчити про порушення ЗпЗЕК (ст. 21 Закону про АМК [12]).

ОВ, ОМС та ОАГУК зобов'язані не вчиняти антиконкурентних дій, що є одним із способів реалізації на рівні Закону конституційного положення ч. 3 ст. 42 Конституції щодо недопустимості неправомірного обмеження конкуренції. Крім зобов'язань та заборон, Зазначені вище органи наділяються Законом й певними правами в сфері захисту економічної конкуренції, зокрема, надавати органам АМК подання про порушення ЗпЗЕК, які можуть бути підставою для початку розгляду останніми справи про порушення цього законодавства та проведення перевірки додержання ЗпЗЕК. Набуваючи процесуального статусу особи, яка бере участь у справі про порушення ЗпЗЕК, ОВ, ОМС та ОАГУК наділяються передбаченими Законом процесуальними правами та обов'язками, які деталізуються в Правилах розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України, затверджених розпорядженням АМК № 5 від 19.04.1994 (далі – «Правила розгляду справ»). Крім Закону, правове регулювання участі ОДВ та ОМС в державному захисті конкуренції встановлене в ГК, зокрема, його статтях 18 та 25.

Важливими органами, залученими до державного захисту конкуренції, є правоохоронні органи. При доведенні порушень ЗпЗЕК органи АМК все частіше використовують матеріали, здобуті органами досудового розслідування в рамках кримінальних проваджень. Рішення АМК № 661-р від 15.12.2021 у справі про АУД, які стосуються спотворення результатів закупівель програмного забезпечення SAP, є одним із найбільш відомих прикладів, коли АМК побудував своє рішення на матеріалах кримінальних проваджень Національного антиконкурентного бюро України (далі – «НАБУ»), в тому числі, негласних слідчих (розшукових) дій [95]. Крім описаних вище загальних зобов'язань та заборон, покладених на органи державної влади та органи влади в розумінні Закону, які поширюються і на правоохоронні органи, на останніх покладено і певні специфічні зобов'язання допомагати АМК у проведенні ним розслідувань порушень ЗпЗЕК та слідчих дій (ст. 44-45 Закону).

Важливу роль у здійсненні державного захисту конкуренції відіграють КСУ та суди. Так як роль та місце КСУ у державному захисті конкуренції, як і його практика з питань захисту конкуренції, в українській правовій науці є малодослідженими, потрібно детальніше зупинитися на їхній характеристиці.

Роль та місце КСУ як суду конституційної юрисдикції в Україні в інституційному механізмі державного захисту конкуренції визначається його завданнями та повноваженнями, врегульованими на рівні Конституції та Закону «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 (далі – «Закон про КСУ») [96]. Будучи органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції, виходячи із наданих йому повноважень, на КСУ покладено важливе завдання забезпечувати відповідність законів, інших нормативно-правових актів положенням Конституції. У зв'язку з (а) винесенням питань державного захисту конкуренції в Україні на рівень Основного Закону; (б) верховенством Конституції та прямою дією її норм, та (в) обов'язковістю, остаточністю та неможливістю оскарження рішень та висновків КСУ, останній є важливим елементом в інституційному механізмі реалізації конституційних засад державного захисту конкуренції [35, с.173].

Для державного захисту конкуренції важливими є практика КСУ як загального характеру (тлумачення змісту закріпленого в Конституції принципу верховенства права, конституційних прав, свобод та обов'язків людини та громадянина тощо), так і практика, яка безпосередньо стосується державного захисту конкуренції. Аналізуючи останню, не можна сказати, що вона є дуже розробленою. Водночас, певні питання все ж поставали перед КСУ.

Найбільш значуща практика КСУ стосовно розгляду питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції, формувалася за результатами розгляду конституційних подань, а найбільш плідним періодом, на який припав розвиток такої практики, є десятиліття 2000-2010 років. Частково ця практика аналізувалася в попередньому розділі. Кожне з рішень КСУ потрібно розглядати у світлі обставин та нормативно-правового регулювання, які мали місце на час прийняття цих рішень. Водночас, так як рішення КСУ в деяких випадках містять універсальні правові позиції, їхня актуальність зберігається і до сьогодні. Хоч феномен правових позицій КСУ є складним та багатостороннім, і у вітчизняній правовій науці виникають різного роду дискусії щодо їхньої правової природи, в цілому загальноприйнятим є погляд, що правові позиції КСУ є обов'язковими та мають враховуватися відповідними суб'єктами відносин [97-99].

Крім тих рішень, які були згадані в попередньому розділі та які наразі є ядром практики КСУ з розгляду питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції, можна відмітити й рішення КСУ № 10-рп/2003 від 28.05.2003 [100] у справі № 1-16/2003, яка була відкрита у період, коли КСУ був наділений повноваженнями надавати офіційне тлумачення законів України за поданнями державних органів (АМК у цьому випадку). Подання АМК було мотивоване скаргами СГ на заборону їм Укрпоштою продавати поштову продукцію (поштові марки, марковані конверти і картки), виходячи із тлумачення Укрпошти абз. 2 ч. 3 ст. 15 Закону «Про поштовий зв'язок». За результатами розгляду справи КСУ протлумачив поняття «організація розповсюдження поштових марок, маркованих конвертів і карток», яке вживалося в згаданій нормі, таким чином, що Укрпошта не має виключних прав (монополії) на продаж вказаної продукції, її продаж можуть здійснювати й інші СГ, конкуруючи в частині цієї діяльності, в тому числі, й з Укрпоштою [35, с. 177].

Після 2010 року відмітних рішень та висновків у сфері захисту конкуренції КСУ поки не приймалося. Водночас наразі на розгляді КСУ перебуває конституційне подання народних депутатів щодо відповідності Конституції Постанови КМУ «Про реалізацію експериментального проекту «Національний оператор на ринку тютюнових виробів» № 840 від 09.09.2020 (далі – «Постанова № 840») [101]. Порядок реалізації вказаного вище експериментального проекту (далі – «Порядок»), затверджений Постановою № 840 [102], встановлює (1) критерії для визначення СГ, який може здійснювати функції національного оператора на ринку тютюнових виробів України (далі – «Нацоператор»); (2) його функції; (3) рекомендації щодо взаємодії ним. Відповідно до Порядку, на Нацоператора покладається забезпечення виконання логістично-інформаційної функції під час постачання тютюнових виробів, розгортання системи контролю, безперебійний обмін інформацією про обіг тютюнових виробів із Мінфіном, Мінекономіки і ДПС. Таким чином, глобальною метою експериментального проекту є здійснення контролю за обігом тютюнових виробів. Відповідно до Порядку Нацоператор здійснює свої функції протягом не менше ніж п'яти років з дати набрання Постановою № 840 чинності. Порядок визначає критерії, яким має відповідати Нацоператор, та є підставою для визначення

виробниками та імпортерами тютюнових виробів Нацоператора та укладення з ним угод про надання послуг [102], не містячи при цьому прямих та однозначних норм, що Нацоператор може бути лише один [35, с. 178].

Автори конституційного подання значно критикують Постанову № 840, вказуючи, що КМУ нею фактично цементує монопольне становище українського дистриб'ютора тютюнових виробів – ТОВ «Тедіс Україна» (далі – «Тедіс»), щодо якого АМК раніше приймав резонансні рішення про визнання вчинення порушень ЗпЗЕК, зокрема, і щодо ЗМ(Д)С на ринку дистрибуції сигарет, яке було підтримане судами, порушивши при прийнятті Постанови № 840, серед іншого, норми ч.3 ст. 42 Конституції [103]. Особливістю цієї справи є те, що Постанова № 840 не містить прямих норм, які дозволяють говорити про створення КМУ монополії на ринку чи неправомірне обмеження конкуренції. Автори конституційного подання стверджують, що КМУ сформував критерії, яким має відповідати Нацоператор, таким чином, що їм, з урахуванням існуючого складу учасників ринку, *фактично* може відповідати лише один СГ, чим суттєво обмежив право на підприємницьку діяльність інших осіб та здійснив нав'язування «примусового контрагента» [103]. Справа за вказаним вище конституційним поданням розглядається КСУ вже понад два роки. Рішення у ній може мати відчутний вплив на інтерпретацію конституційних положень щодо державного захисту конкуренції, зокрема, в частині меж конституційного контролю з боку КСУ [35, с. 178].

Із запровадженням в українське законодавство у 2016 році такої форми звернення до КСУ як конституційна скарга, ця форма звернення стала ще одним з інструментів захисту прав. У межах розгляду конституційних скарг КСУ може приймати рішення не лише про конституційність законів (їхніх положень), які були застосовані у остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на конституційну скаргу, а й оцінювати чи тлумачення судом цих законів (їхніх положень) було здійснено у спосіб, що відповідає Конституції (ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ [96]) у разі висновку КСУ про конституційність відповідних законів (їхніх положень) [35, с. 178].

Аналіз інформації на офіційному веб-сайті КСУ вказує, що СГ доволі активно користуються конституційними скаргами, в яких піднімають питання відповідності Конституції окремих положень ЗпЗЕК, зокрема, щодо конституційності:

(1) ч. 3 ст 6 Закону, яка встановлює підстави для кваліфікації так званої «паралельної» поведінки, тобто схожих дій суб'єктів господарювання, як АУД (скаржник – ТОВ «Монтажналадка», справа № 3-205/2021(422/21) [104]);

(2) чч. 2 та 3 ст. 41 Закону, які встановлюють порядок збору доказів АМК та його тервідділеннями (ч. 2 ст. 41), надання доказів особами, які беруть участь у справі про порушення ЗпЗЕК (ч.3 ст. 41), та ч. 1 ст. 60 Закону, яка встановлює порядок та строки оскарження рішень органів АМК до суду (скаржник – ТОВ ВКФ «ГЮСС», справа № 3-3/2021(3/21) [105];

(3) ч. 2 ст. 60 Закону, яка встановлює правила територіальної юрисдикції господарських судів при оскарженні до них рішень АМК, його органів та тервідділень, та п. 7 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України (далі – «ГПК»), який відносить до повноважень господарських судів розглядати справи у спорах, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, в тому числі, спорів, пов'язаних з оскарженням рішень АМК (скаржник – ТОВ «ППЛ 33-35», справа № 3-89/2020(176/20) [106];

(4) ч. 3 ст. 34 Закону «Про телекомунікації», згідно з якою інформація про споживача та про отримані ним телекомунікаційні послуги може надаватися у випадках та порядку, визначених законом, в інших випадках – лише за наявності письмової згоди споживача, та ч. 1 ст. 22<sup>1</sup> Закону про АМК, яка встановлює обов'язок СГ надавати на вимогу органу АМК, голови тервідділення АМК інформацію, зокрема, з обмеженим доступом (скаржник – ПрАТ «Київстар», справа № 3-52/2019(1067/19)) [107];

(5) ч. 1 ст. 59 Закону, яка встановлює підстави для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів АМК (скаржник – ПАТ «Тольяттіазот», справа № 3-319/2018 (4311/18)) [108; 35, с. 178-179]).

Попри активне використання СГ конституційних скарг, по жодній із зазначених вище не було відкрито конституційного провадження через їх невідповідність

вимогам, встановленим Законом про КСУ. Попри відсутність прецедентів прийняття КСУ рішень за результатами розгляду конституційних скарг, у яких піднімалися питання щодо конституційності положень ЗпЗЕК, по суті, ухвали про відмови у відкритті проваджень, посилення на які наведено вище, є важливим джерелом інформації, адже, по-перше, вказують на практичні проблеми застосування ЗпЗЕК, а, по-друге, проливають світло на те яким вимогам, в розумінні КСУ, має відповідати конституційна скарга, аби вважатися прийнятною [35, с. 179].

КСУ має й практику розгляду питань, пов'язаних із повноваженнями Президента щодо формування комісій регулювання природних монополій (рішення № 14-рп/2008 від 08.07.2008 [109], рішення № 5-р/2019 від 13.06.2019 [110], висновок № 7-в/2019 від 16.12.2019 [37]). Ця практика з огляду на мету та обсяг цього дослідження ним не покривається.

У Європі спостерігається тенденція, що перед конституційними судами все частіше постають питання, пов'язані з захистом конкуренції. Зокрема, Конституційний Суд Італії прийняв низку рішень, які зачіпали різні конкурентні питання, зокрема, в сферах державної допомоги, публічних закупівель, національним локальним публічним послугам тощо. Е. Ланза, в роботі якої міститься детальна характеристика цих рішень, вказує, що Конституційний Суд Італії при формуванні своєї практики у сфері конкуренції перебував під значним впливом практики Суду Справедливості ЄС, що дозволило їй виділити тренд «європеїзації» національної конституційної юриспруденції в Італії [111]. У справі *Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o. v. Slovenia* при формуванні бачення чи є дії конкурентного відомства Словенії «кримінальним обвинуваченням» в розумінні Конвенції ЄСПЛ враховував рішення Конституційного Суду Словенії 2013, 2015 та 2016 років, в яких останній сформував висновки чи є провадження конкурентного відомства Словенії каральними за своєю природою [112]. У 2019 році Конституційний Трибунал Польщі визнав неконституційним положення польського законодавства, яке не давало суб'єктам господарювання можливість оспорювати дозвіл суду конкурентному відомству на проведення позапланових перевірок [113]. У березні 2023 року Конституційний Трибунал Португалії визнав неконституційним тлумачення



національним конкурентним відомством португальського законодавства, згідно з яким позапланові перевірки, які передбачають вилучення електронного листування в компаній, щодо яких проводиться розслідування, можуть ґрунтуватися на дозволі прокуратури, та скасував судові рішення, які підтримали цю інтерпретацію. Конституційний Трибунал вказав, що для таких позапланових перевірок необхідне рішення судді у кримінальних справах [114]. З огляду на такі тенденції роль КСУ в інституційному механізмі державного захисту конкуренції в перспективі може посилитися, зокрема, в частині забезпечення дотримання конституційно гарантованих прав з боку органів АМК.

Іншими важливими органами в системі захисту конкуренції є суди, на яких Конституцією покладено функцію здійснення правосуддя в Україні [7]. Основною функцією судів в частині державного захисту конкуренції є контроль за законністю рішень органів АМК, їхніх дій чи бездіяльності. Із проведеною судовою реформою важливого значення у сфері захисту конкуренції набув Верховний Суд (далі – «ВС»). Відповідно до ст. 13 Закону «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, що застосовують нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, у своїй діяльності. Ці ж висновки мають враховуватися іншими судами при застосуванні відповідних норм права [115]. Іншим важливим повноваженням судів є розгляд спорів щодо відшкодування шкоди, завданої порушеннями ЗпЗЕК. Конкретні повноваження судів щодо розгляду спорів про оскарження рішень органів АМК та щодо інших конкуренційно-правових питань, існуюча проблематика в цій частині будуть викладені далі.

Перейдемо до загальної характеристики: (1) контролю за дотриманням ЗпЗЕК; (2) контролю за УД суб'єктів господарювання; (3) контролю за концентраціями суб'єктів господарювання.

**(1) Контроль за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції.** Цей блок передбачає комплексну систему правового регулювання, яка в загальному складається з (а) визначення переліку порушень ЗпЗЕК, (б) встановлення

процедурних засад, відповідно до яких здійснюється встановлення вказаних порушень та застосування до порушників заходів впливу.

Перелік забороненої поведінки відповідно до ЗпЗЕК складають такі основні блоки (а) АУД суб'єктів господарювання; (б) ЗМ(Д)С суб'єктами господарювання; (в) антиконкурентні дії ОВ, ОМС та ОАГУК; (г) обмежувальна та дискримінаційна діяльність суб'єктів господарювання, об'єднань; (г) недобросовісна конкуренція суб'єктів господарювання. Ці порушення можна умовно назвати «сутнісними». Закон передбачає й різні «процесуальні» порушення ЗпЗЕК: надання органам АМК неповної інформації на вимогу, надання їм недостовірної інформації, створення перешкод у проведенні перевірок АМК тощо. Певна частина порушень ЗпЗЕК стосується недотримання порядку проходження дозвільних процедур, наприклад, здійснення концентрації або УД без дозволів, якщо ті були необхідними.

При характеристиці контролю за дотриманням ЗпЗЕК зупинимося виключно на п'ятих сутнісних типах порушень, описаних вище. Порушення, пов'язані з недотриманням порядку проходження дозвільних процедур щодо УД та концентрації будуть описані при характеристиці контролю за УД та концентрацією. Визначення Законом низки «процесуальних» порушень ЗпЗЕК є забезпечувальним заходом для надання органам АМК здатності належним чином виконувати свої завдання з захисту конкуренції. Детальна характеристика та опис процесуальних порушень ЗпЗЕК для цілей цього дослідження з огляду на його мету та завдання не становить інтересу, тому на них окремо зупинятися не будемо.

Основною правовою базою для визначення вказаних вище п'яти типів порушень конкурентного законодавства є Закон та Закон про недобросовісну конкуренцію. Регулювання цих законів частково дублюється і ГК. Так як положення Закону і Закону про недобросовісну конкуренцію є спеціальними порівняно з ГК зупинимося на аналізі положень саме перших двох законів.

Повноваження із визнання порушень ЗпЗЕК, в тому числі, й п'яти типів, вказаних вище, та застосування до порушників заходів впливу, зокрема, накладення штрафів, покладено на органи АМК. Останні приймають відповідні рішення в рамках розгляду справ про порушення ЗпЗЕК, діючи при цьому одночасно як слідчий,

прокурор та суддя. Загальні процедурні засади розгляду справ про порушення ЗпЗЕК врегульовано в Розділі VII Закону. Стаття 48 Закону, поміщена у цьому розділі, визначає перелік рішень, які органи АМК можуть прийняти за результатами розгляду справ (визнання вчинення порушення, припинення порушення, накладення штрафів, визнання СГ таким, що займає монопольне (домінуюче) становище, тощо). Відповідальність за порушення ЗпЗЕК встановлена в Розділі VIII Закону. Специфічні деталі розгляду справ про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, яке є складовою ЗпЗЕК (ст. 3 Закону, ст. 23 Закону про АМК), встановлені в Законі про недобросовісну конкуренцію. Різні нюанси розгляду органами АМК заяв і справ про порушення ЗпЗЕК встановлені в Правилах розгляду справ [116].

У рамках виявлення, припинення та притягнення до відповідальності за вчинення порушень ЗпЗЕК органи АМК реалізують своє завдання зі здійснення державного контролю за дотриманням ЗпЗЕК. Повноваження органів АМК для реалізації цього завдання закріплені в ст. 7 Закону про АМК, Законі, Законі про недобросовісну конкуренцію. Відповідно до ст. 7 Закону АМК наділений певними виключними повноваженнями, здійснення яких іншими органами державної влади не допускається, а саме: (1) розглядати заяви і справи про порушення ЗпЗЕК та проводити розслідування за ними; (2) приймати передбачені ЗпЗЕК розпорядження та рішення за заявами і справами, здійснювати перевірку та перегляд рішень у справах, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до ЗпЗЕК; (3) розглядати справи про адміністративні правопорушення, приймати постанови та перевіряти їх законність та обґрунтованість; (4) перевіряти СГ, об'єднання, ОВ, ОМС, ОАГУК щодо дотримання ними вимог ЗпЗЕК та під час проведення розслідувань за заявами і справами про порушення ЗпЗЕК; (5) здійснювати дослідження ринку, визначати межі товарного ринку (в сфері медіа – згідно з методиками, погодженими з Національною радою України з питань телебачення і радіомовлення), а також становище, зокрема монопольне (домінуюче), суб'єктів господарювання на ринку та приймати відповідні рішення (розпорядження) [12]. Закон № 3295-IX до вказаних вище виключних повноважень АМК змін не вносить.

Контроль за законністю рішень АМК, прийнятих за результатами розгляду справ про порушення ЗпЗЕК, покладено до господарські суди (ст. 60 Закону, ст. 20 ГПК). Контроль господарських судів за рішеннями органів АМК здійснюється в межах, визначених у ст. 59 Закону, відповідно до якої підставами для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів АМК, релевантними для досліджуваної тематики, є (а) неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи; (б) недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими; (в) невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи; (г) порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права<sup>4</sup> [23]. Суди здійснюють контроль легальності рішень органів АМК через оцінку доведеності/недоведеності вказаних вище підстав (див, наприклад, постанову ВС від 15.04.2021 у справі № 910/17929/19 [117]).

Дії чи бездіяльність органів АМК як суб'єкта владних повноважень в рамках розгляду справ про порушення ЗпЗЕК можуть бути і на практиці оскаржуються й до адміністративного суду, водночас основну роль в частині контролю за законністю рішень органів АМК відіграють саме господарські суди. На практиці інколи виникають певні проблемні моменти в частині визначення суду, який повноважний розглядати законність поведінки органів АМК під час розгляду справ про порушення ЗпЗЕК. Розгляд цих проблем не охоплюються цим дослідженням. Остання практика ВС вказує, що саме господарські суди повноважні розглядати будь-які спори щодо застосування ЗпЗЕК за участю органів АМК, зокрема, й оскарження їхніх дій чи бездіяльності при застосуванні цього законодавства, юрисдикція ж адміністративного суду поширюється тільки на спори, в яких оскаржуються виключно рішення АМК з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та рішення у сфері державної допомоги (наприклад, постанови ВС від 22.12.2022 у справі № 640/26359/21 [118], від 13.11.2019 у справі № 640/2475/19 [119]). Це дослідження стосується виключно повноважень господарських судів щодо контролю

---

<sup>4</sup> Крім чотирьох наведених, відповідно до ст. 59 Закону ще однією підставою для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів АМК є заборона концентрації відповідно до Закону України «Про санкції» [23]

за законністю рішень органів АМК та проблемних моментах їхньої реалізації і буде викладено в підрозділі 2.3.

**(а) Антиконтурентні узгоджені дії.** Визначення «узгоджених дій» наведено у ст. 5 Закону: укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання. Узгодженими діями також є створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, які створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання, крім випадків, передбачених Законом «Про медіа». Особи, які чинять або мають намір чинити узгоджені дії, є учасниками узгоджених дій [23]. Узгоджені дії не є порушенням, вони стають такими, коли переростають в АУД.

Антиконтурентними узгодженими діями, в свою чергу, є узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції (ч. 1 ст. 6 Закону). Частина друга вказаної статті містить невиключний перелік УД, які вважаються антиконтурентними, зокрема, УД, які стосуються встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів; обмеження виробництва, ринків товарів, техніко-технологічного розвитку, інвестицій або встановлення контролю над ними; спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів тощо. До окремого типу АУД Закон також відносить вчинення СГ схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності) (ч. 3 ст. 6 Закону) [23].

За вчинення АУД Закон передбачає відповідальність у вигляді штрафу в розмірі до 10 % річного доходу СГ від реалізації продукції за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф. При наявності незаконно одержаного прибутку, який перевищує 10 % зазначеного доходу, штраф накладається у розмірі, що не перевищує потрійного розміру незаконно одержаного прибутку [23]. Одним із

інших відчутних негативних наслідків для суб'єктів, які вчинили АУД, є відшкодування шкоди, завданої цим порушенням, у *подвійному* розмірі.

Загальна заборона АУД, встановлена в ст. 6 Закону, покриває широке коло узгодженої поведінки між СГ, які можуть діяти на різних рівнях ланцюга виробництва та збуту товарів. До загальної заборони АУД, наведеної у ст. 6 Закону, Законом встановлюється низка винятків: для УД малих або середніх підприємців (ст. 7), стосовно постачання та використання товарів (ст. 8), стосовно прав інтелектуальної власності (ст. 9). За виконання умов, наведених у статтях 7-9 Закону, положення ст. 6 Закону до УД, зазначених в статтях 7-9 Закону, не поширюються, тобто відповідні УД не вважаються АУД.

В Україні діє дозвільна система, за якої вчинення АУД потребує отримання дозволів органів АМК. Відповідно до ст. 10 Закону УД, передбачені ст. 6 Закону, можуть бути дозволені органами АМК, якщо їхні учасники доведуть, що ці дії сприяють: (1) вдосконаленню виробництва, придбанню, реалізації товару; (2) техніко-технологічному, економічному розвитку; (3) розвитку малих або середніх підприємців; (4) оптимізації експорту чи імпорту товарів; (5) розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов чи стандартів на товари; (6) раціоналізації виробництва, за умови, що конкуренція суттєво не обмежується на всьому ринку чи в значній його частині (чч. 1-2 ст. 10 Закону). Якщо дозвіл на УД не надано АМК, його може надати КМУ за виконання умов, передбачених в чч. 3-4 ст. 10 Закону. Вчинення АУД, передбачених ст. 10 Закону, забороняється до отримання дозволу органів АМК або КМУ [23]. Детальніше про дозвільну систему щодо УД йтиметься далі при характеристиці контролю за УД.

Статтею 11 Закону АМК надано повноваження визначати типові вимоги до УД, передбачених у статтях 7-10 Закону. УД, що відповідають типовим вимогам, дозволяються і не потребують дозволу органів АМК, якщо про це прямо вказано в рішенні АМК про встановлення типових вимог. АМК прийняв низку типових вимог до різних видів УД, зокрема, щодо: (1) загального звільнення (розпорядження АМК № 27-р від 12.02.2002 [120]); (2) створення господарської асоціації (розпорядження АМК № 511-р від 30.11.2006 [121]); (3) спеціалізації виробництва (розпорядження

АМК № 880-р від 11.12.2008 [122]); (4) спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт (розпорядження АМК № 557-р від 15.08.2012 [123]); (5) вертикальних узгоджених дій (розпорядження АМК № 10-рп 12.10.2017 [124]); (6) трансферу технологій (розпорядження АМК № 21-рп від 09.11.2018 [125]); (7) узгоджених дій малих та середніх підприємців щодо спільного придбання товарів [126]. Наведені вище типові вимоги формувалися під значним впливом законодавства ЄС. Зокрема, типові вимоги щодо вертикальних узгоджених дій та трансферу технологій є введенням в українське законодавство положень відповідно Регламентів Комісії (ЄС) № 330/2010 від 20.04.2010 [127] та № 316/2014 від 21.05.2014 [128] на виконання ст. 256 Угоди про асоціацію.

Типові вимоги АМК щодо УД загалом сформульовані так, що передбачають дві передумови, за яких УД вважаються допустимими для конкуренції і не потребують дозволів: (1) структурну – неперевищення суб'єктами господарювання певної частки на ринку, відсутність в них монопольного (домінуючого) становища, виключних чи переважних прав чи повноважень; (2) поведінкову – невзяття учасниками УД на себе інших зобов'язань крім вказаних в типових вимогах та/або відсутність в УД певних визначених в типових вимогах обмежень конкуренції. Недотримання другої передумови – поведінкової, виключає покриття УД типовими вимогами, навіть якщо перша – структурна – виконується. Структурні та поведінкові передумови відрізняються залежно від типових вимог.

Крім Закону, певне регулювання УД між СГ містить і ГК, який їх позначає як «неправомірні угоди між суб'єктами господарювання» (ст. 30). Регулювання ГК в цій частині дуже загальне. Варто також звернути увагу, що суб'єкт господарювання в розумінні ГК (ст. 55) та Закону (ст. 1) відрізняються між собою.

**(б) Зловживання монопольним (домінуючим) становищем.** Відповідно до ч. 1 ст. 12 Закону СГ займає монопольне (домінуюче) становище на ринку товару, якщо: (а) у нього немає жодного конкурента на цьому ринку; (б) він не зазнає значної конкуренції в силу обмеженості можливостей доступу інших СГ до закупівлі сировини, матеріалів та збуту товарів, наявності бар'єрів для доступу на ринок інших СГ, наявності пільг, інших обставин [23]. Закон встановлює подальші ознаки

монопольного (домінуючого) становища, розрізняючи індивідуальне монопольне (домінуюче) становище та колективне. Індивідуальним монопольним (домінуючим) вважається становище СГ, частка якого на ринку товару перевищує 35 %, якщо він не доведе, що зазнає значної конкуренції (ч. 2 ст. 12), хоча за певних умов СГ, який має і меншу ринкову частку, може бути визнаний таким, що займає монопольне (домінуюче) становище (ч. 3 ст. 12). Критерії для встановлення наявності колективного монопольного (домінуючого) становища відповідно закріплені у чч. 4 та 5 ст. 12 Закону [28, с. 51].

Порядок визначення монопольного (домінуючого) становища встановлений в Методиці [24], яка передбачає низку аналітичних дій з визначення меж ринку (товарних, географічних, часових), в рамках яких оцінюється наявність вказаного становища, встановлення кола учасників ринку, визначення ступеня їхньої ринкової влади, оцінки рівня конкуренції на ринку тощо. Шляхом аналізу різних економічних факторів і встановлюється наявність монопольного (домінуючого) становища.

Зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку, в свою чергу, є дії чи бездіяльність СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших СГ чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку. Невиключний перелік конкретних видів зловживання перелічений у ч. 2 ст. 13 Закону: встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку; застосування різних цін чи різних інших умов до рівнозначних угод з СГ, продавцями чи покупцями без об'єктивно виправданих причин тощо [23].

Можливі негативні наслідки визнання вчинення ЗМ(Д)С в частині максимального розміру штрафу та зобов'язання відшкодувати шкоду, завдану цим порушенням, ідентичні як для АУД. Специфічним заходом, який може бути застосований до СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище та зловживає ним, є його примусовий поділ. Умови застосування примусового поділу передбачені



в ст. 53 Закону. ГК також дуже загально регулює питання монопольного становища, зловживання ним та примусового поділу у статтях 27, 29 та 40 відповідно.

**(в) Антиконтурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування та органів адміністративно-господарського управління та контролю.** Так як ОБ, ОМС та ОАГУК можуть чинити не менш негативний вплив на конкуренцію, ніж суб'єкти господарювання, Закон накладає на них ряд заборон, аби вони своїми діями не спотворювали конкуренцію. Ці заборони передбачені Розділом III Закону. Стаття 15 Закону забороняє антиконтурентні дії ОБ, ОМС, ОАГУК. Антиконтурентними діями відповідно до Закону є прийняття будь-яких актів (рішень, наказів, розпоряджень, постанов тощо), надання письмових чи усних вказівок, укладення угод або будь-які інші дії чи бездіяльність ОБ, ОМС, ОАГУК, які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції (ч. 1 ст. 15). Частина друга цієї ж статті містить невиключний перелік антиконтурентних дій ОБ, ОМС, ОАГУК, наприклад, заборона або перешкоджання створенню нових підприємств чи здійснення підприємництва в інших організаційних формах у будь-якій сфері діяльності, встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності, на виробництво, придбання чи реалізацію певних видів товарів тощо [23]. Крім того, ОБ забороняється делегування окремих владних повноважень об'єднанням, підприємствам та іншим СГ, якщо це призводить чи може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції (ст. 16 Закону). Також забороняються дії чи бездіяльність ОБ, ОМС, ОАГУК, що полягають у схиленні СГ, ОБ, ОМС, ОАГУК до порушень ЗпЗЕК, створенні умов для вчинення таких порушень чи їх легітимації (ст. 17 Закону) [23]. Заборони антиконтурентних дій органів влади містяться і в ГК (ст.ст. 18, 25, 31).

Відповідно до Закону штрафи накладаються органами АМК на об'єднання, суб'єктів господарювання (ст. 52). У разі недотримання приписів ст. 15-17 Закону з боку ОБ, ОМС чи ОАГУК, що ст. 50 Закону віднесено до порушень ЗпЗЕК (пп. 3, 6, 7, 17 ст. 50), АМК може прийняти щодо них інші рішення, передбачені в ст. 48 Закону, зокрема, зобов'язання скасувати або змінити прийняте рішення чи розірвати угоди, визнані антиконтурентними діями ОБ, ОМС, ОАГУК.

**(з) Обмежувальна та дискримінаційна діяльність суб'єктів господарювання, об'єднань.** Значна частина діянь СГ, яка негативно впливає на конкуренцію, може не охоплюватися АУД та ЗМ(Д)С. У зв'язку з цим в Закон свого часу було введено Розділ IV, який визнає недопустимим (1) обмежувальну діяльність суб'єктів господарювання, об'єднань (ст. 18); (2) неправомірне використання суб'єктом господарювання ринкового становища (ст. 19); (3) дискримінацію конкурентів суб'єктами господарювання (ст. 20); (4) обмежувальну діяльність об'єднань (ст. 21) [23]. Перелік порушень ЗпЗЕК, пов'язаних із обмежувальною та дискримінаційною діяльністю суб'єктів господарювання, об'єднань встановлений в ст. 50 Закону (пп. 8, 9, 17, 20). За вчинення деяких з них ст. 52 Закону передбачена можливість накладення штрафу: до 5 % доходу суб'єкта господарювання від реалізації продукції за рік, який передує року накладення штрафу (за п. 8 ст. 50 Закону), або до 1 % вказаного доходу (за пп. 9, 17 ст. 50 Закону).

Попри те, що наявність Розділу IV в Законі дозволяє охопити ширше коло поведінки, сумнівної з точки зору чесної конкуренції, порівняно із ситуацією, якби українське законодавство містило тільки заборону АУД та ЗМ(Д)С, потенціал Розділу IV Закону на практиці не був розкритий. У ході дослідження автор не виявив жодного випадку, коли АМК на практиці кваліфікував порушення будь-якої з перелічених вище статей Розділу IV Закону.

**(г) Недобросовісна конкуренція.** Наразі конституційні положення щодо недопустимості недобросовісної конкуренції розвинуті в Законі про недобросовісну конкуренцію [33]. Питання недобросовісної конкуренції також врегульовані ГК. З міжнародно-правових договорів, які стосуються недобросовісної конкуренції, найважливішим є Паризька конвенція.

Недобросовісною конкуренцією відповідно до Закону про недобросовісну конкуренцію є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Вказаний закон містить невиключний перелік дій, які становлять недобросовісну конкуренцію, які поділено на такі блоки (глави): (1) неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання (ст. 4-7); (2) створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та

досягнення неправомірних переваг у конкуренції (статті 8-15<sup>1</sup>); (3) неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці (стаття 16-19) [33]. За вчинення порушень, визначених згаданим законом як недобросовісна конкуренція, можуть бути накладені штрафи в розмірі до 5 % доходу СГ за рік, який передує року накладення штрафу. Інші види відповідальності за недобросовісну конкуренцію передбачені Главою 5 Закону про недобросовісну конкуренцію.

ГК (статті 32-36) у багатьох випадках практично дослівно дублює положення вказаних вище статей Закону про недобросовісну конкуренцію, проте містить відмінне визначення «недобросовісної конкуренції» порівняно з вказаним законом. Перелік дій, які віднесені Законом про недобросовісну конкуренції та ГК до недобросовісної конкуренції, також дещо відрізняється між собою.

**(2) Контроль за узгодженими діями.** Як зазначалося вище, в Україні діє дозвільний режим на вчинення АУД, за якого органи АМК можуть надати АУД індивідуальне виключення із загальної заборони, якщо учасники УД доведуть, що їхні УД сприяють досягненню ефективностей, перелічених в ч. 1 ст. 10 Закону, і при цьому конкуренція суттєво не обмежується на всьому ринку чи в значній його частині. Для отримання дозволів на УД до органів АМК подаються заяви, які мають містити перелік встановленої законодавством інформації.

КМУ може дозволити УД, на які АМК не надав дозвіл, якщо учасники УД доведуть, що їхній позитивний ефект для суспільних інтересів переважає негативні наслідки обмеження конкуренції. При цьому дозвіл КМУ не може бути надано, якщо: (а) учасники УД застосовують обмеження, які не є необхідними для реалізації УД; (б) обмеження конкуренції становить загрозу системі ринкової економіки [23]. Порядок розгляду заяв і справ про надання дозволів на УД органами АМК та КМУ передбачений в Законі та деталізується в Положенні про узгоджені дії, затвердженому розпорядженням АМК № 26-р від 12.02.2002 [129], та Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженому постановою КМУ № 219 від 28.02.2002 [130].

Органи АМК можуть дозволити УД безумовно, якщо вони суттєво не обмежують конкуренцію на всьому ринку чи в значній його частині, або ж умовно,

якщо таке обмеження за оцінками АМК потенційно може мати місце. Умовне надання дозволу супроводжується або поведінковими зобов'язаннями, коли суб'єкти господарювання мають провадити господарську діяльність певним чином (необґрунтовано не відмовляти в укладенні договорів з покупцями тощо), або структурними (відчуження певних активів). Пропозиції щодо зобов'язань надаються учасниками УД. АМК їх відповідно розглядає та оцінює чи усувають вони потенційний суттєвий негативний вплив на конкуренцію. Для погодження зобов'язань між АМК та учасниками УД проводяться консультації. Якщо зобов'язання, надані учасниками УД, усувають занепокоєння АМК, він надає дозвіл на УД за умови виконання зобов'язань. Якщо ні - забороняє УД. Учасники УД можуть подолати заборону УД АМК через отримання дозволу КМУ.

УД найчастіше заявляються АМК в рамках здійснення концентрацій, коли їх учасники обумовлюють купівлю корпоративних прав, активів чи здійснення інших транзакцій певними зобов'язаннями, і найбільш частими прикладами цих зобов'язань є зобов'язання не конкурувати.

Вчинення АУД без отримання дозволів АМК чи КМУ, невиконання учасниками УД зобов'язань, якими було обумовлено рішення про надання дозволу на УД, є окремим видами порушень ЗпЗЕК (п. 5 та 19 ст. 50 Закону), за які передбачено відповідальність у вигляді штрафу в розмірі до 5 % річного доходу суб'єкта господарювання (ст. 52 Закону). Особи, яким було завдано шкоди вказаними вище порушеннями, можуть звернутися до суду з позовами про відшкодування завданої шкоди у подвійному розмірі.

**(3) Контроль за концентрацією.** Розділ V Закону закладає правові засади контролю за концентрацією суб'єктів господарювання. Відповідно до ст. 22 Закону для запобігання монополізації товарних ринків, зловживання монопольним (домінуючим) становищем, обмеження конкуренції органи АМК здійснюють державний контроль за концентрацією суб'єктів господарювання [23]. Дуже загальне регулювання контролю за концентрацією містить і ГК (ст. 40).

Система контролю за концентрацією в Україні сформована так: якщо (а) певні операції між СГ підпадають під визначення концентрації (перелік операцій, які

вважаються концентрацією (купівля активів, акцій (часток) суб'єктів господарювання тощо) і які нею не вважаються, вказано в ст. 22 Закону), і (б) фінансові показники учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищують встановлені пороги (зазначені в ст. 24 Закону), здійснення концентрації потрібно погоджувати з органами АМК шляхом подання відповідних заяв.

Органи АМК надають дозвіл на концентрацію, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині. Подібно до УД, дозвіл на концентрацію може бути безумовний, якщо вона не призводить до згаданих вище наслідків, або ж умовним (виконання поведінкових чи структурних зобов'язань), якщо призводить. Якщо АМК не надав дозвіл на концентрацію, дозвіл може надати КМУ, якщо позитивний ефект для суспільних інтересів концентрації переважає негативні наслідки обмеження конкуренції. Дозвіл КМУ не може бути наданий, якщо обмеження конкуренції, зумовлені концентрацією: (а) не є необхідними для досягнення мети концентрації; (б) становлять загрозу системі ринкової економіки [23]. Процедура надання дозволів на концентрацію врегульована в Законі та деталізована в Положенні про концентрацію, затвердженому розпорядженням АМК № 33-р від 19.02.2002 [131], та вже згадуваній постанові КМУ № 219 від 28.02.2002 [130]. В Україні в силу існування двох дозвільних режимів – на концентрацію та на УД, якщо концентрація опосередковується узгодженими діями, дві заяви розглядаються в двох окремих формальних процедурах.

Закон визначає низку порушень, пов'язаних із недотриманням вимог до проходження дозвільних процедур щодо концентрації: (1) недотримання умов, передбачених п. 2 ч.3 ст. 22 Закону (порушення порядку придбання та продажу часток СГ особою, основним видом діяльності якої є проведення фінансових операцій чи операцій з цінними паперами), (2) порушення положень погоджених з органами АМК установчих документів СГ, створеного в результаті концентрації, якщо це призводить до обмеження конкуренції, (3) концентрація без отримання відповідного дозволу органів АМК, якщо наявність такого дозволу необхідна; (4) невиконання учасниками концентрації вимог і зобов'язань, якими було обумовлене рішення про надання дозволу на концентрацію (пп. 10, 11, 12, 19 ст. 50 Закону відповідно). За вчинення цих

порушень передбачено відповідальність у вигляді накладення штрафу до 5 % річного доходу суб'єкта господарювання. У разі вчинення порушень, передбачених у пунктах 1, 3 та 4 вище (пп. 10, 12, 19 ст. 50 Закону), заподіяна ними шкода відшкодовується у подвійному розмірі.

Важливим засобом забезпечення належної реалізації охарактеризованих вище блоків конкурентного законодавства є не тільки застосування негативних заходів у разі порушення встановлених правил до СГ, ОБ, ОМС та ОАГУК, а й персональна відповідальність фізичних осіб, залучених до порушення. Відповідно до ст. 54 Закону за передбачені в ній правопорушення посадові особи ОБ, ОМС, ОАГУК, працівники СГ несуть адміністративну відповідальність згідно з законом [23]. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 (далі – «КУпАП») [132] передбачає адміністративну відповідальність фізичних осіб, зокрема, за недобросовісну конкуренцію (ст. 164<sup>3</sup>), зловживання монопольним становищем на ринку (ст. 166<sup>1</sup>), неправомірні угоди між підприємцями (ст. 166<sup>2</sup>), дискримінацію підприємців органів влади і управління (ст. 166<sup>3</sup>), порушення порядку подання інформації та виконання рішень АМК та його тервідділень (ст. 166<sup>4</sup>), примушування до АУД (ст. 166<sup>18</sup>). КУпАП покладає розгляд справ про наведені вище адміністративні правопорушення на суддів районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів (ст. 221 [132]). Згідно зі ст. 255 КУпАП повноваженнями зі складання протоколів про адміністративні правопорушення вище наділені органи АМК (статті 164<sup>3</sup>, 166<sup>1</sup>- 166<sup>4</sup> КУпАП) та органи Національної поліції (ст. 166<sup>18</sup> КУпАП).

Якщо ж при порушенні конкурентних правил був наявний склад злочину, наприклад, одержання неправомірної вигоди, винні особи можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, передбаченої Кримінальним кодексом України від 05.04.2001 (далі – «КК»). Незаконний вплив на Голову АМК віднесений КК [133] до злочинів (ст. 344).

## **2.2. Проблематика державного захисту конкуренції в Україні в частині відмежування правомірної поведінки від неправомірної та домірності регулювання**

Вітчизняні дослідники звертають увагу на існування низки проблем в системі захисту економічної конкуренції в Україні. Зокрема, зазначається про недосконалість ЗпЗЕК, яке характеризується фрагментарністю, суперечностями між різними нормативно-правовими актами, широким використанням оціночних понять, що створює правову невизначеність та передумови для зловживань з боку різних суб'єктів, в першу чергу, суб'єктів контролю за дотриманням ЗпЗЕК. Також вказується на відсутність чіткого розподілу повноважень між різними органами влади, які залучені до захисту конкуренції, та порядку взаємодії між ними тощо. У зв'язку з цим вітчизняними науковцями (наприклад, С.В.Шкляр [60; 134], Бакалінська О.П [135] та інші) напрацьована низка пропозицій щодо удосконалення українського конкуренційного законодавства: від точкових змін до наявних нормативно-правових актів та змін до підходів у правозастосовній практиці до кардинальних заходів у вигляді кодифікації всього конкуренційного законодавства.

Аналіз поглядів вітчизняних науковців, системи конкуренційного законодавства, правозастосовної практики вказує, що значна кількість проблем правового регулювання захисту конкуренції в Україні та правозастосовної практики зачіпають конституційно-правові аспекти, зокрема, забезпечення належної практичної реалізації принципу верховенства права. КСУ неодноразово тлумачив цей принцип у різних своїх рішеннях. До складових верховенства права КСУ відносить рівність та справедливість, визначеність, якість і недвозначність правових норм, передбачуваність (прогнозованість) правового регулювання та правозастосування, ефективність мети і засобів правового регулювання, розумність і логічність закону, регулювання суспільних відносин на засадах справедливості та розмірності (пропорційності), справедливість покарання, його індивідуалізація та домірність, існування механізму запобігання зловживання органом публічної влади дискреційними повноваженнями, судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу, ефективний судовий захист тощо [70]. Відповідно до рішення

КСУ № 6-р/2019 від 20.06.2019 верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність. Верховенство права слід розуміти, зокрема, як механізм забезпечення контролю над використанням влади державою та захисту людини від свавільних дій державної влади. Верховенство права як нормативний ідеал, до якого має прагнути кожна система права, і як універсальний та інтегральний принцип права необхідно розглядати, зокрема, в контексті таких основоположних його складових: принцип законності, принцип поділу державної влади, принцип народного суверенітету, принцип демократії, принцип юридичної визначеності, принцип справедливого суду [136].

Таким чином, принцип верховенства права є нормативним ідеалом, універсальним та інтегральним принципом, який має втілюватися як при правотворенні, так і правозастосуванні. Із описаного вище зрозуміло, що в цей принцип входить багато елементів, які спрямовані на те, щоб в кінцевому підсумку держава свавільно не втручалася в права та свободи людини. Для досягнення цього результату має бути забезпечена належна якість законодавства та розумність й адекватність його застосування, аби відповідні суб'єкти мали змогу передбачати наслідки своєї поведінки та могли формувати легітимні очікування. Має бути забезпечена адекватна система стримувань та противаг в системі поділу державної влади, зокрема, шляхом чіткого та однозначного врегулювання повноважень органів влади, задіяних до того чи іншого питання, аби вони не здійснювали свавільного втручання в права та свободи людини, з одного боку, а з іншого – щоб не було сліпих зон в застосуванні певного законодавства у зв'язку з неналежним врегулюванням повноважень щодо його застосування. Має бути забезпечено практичну можливість для ефективної реалізації особою права на судовий захист, а сам суд має належним чином контролювати законність інших гілок влади, в першу чергу, виконавчої.

В Україні проблематика забезпечення верховенства права при здійсненні державного захисту конкуренції проявляється на різних рівнях. У частині визначення допустимої та недопустимої з точки зору конкуренції поведінки Закон оперує значною кількістю оціночних понять, містить широкі та абстрактні формулювання, самі склади порушень в багатьох випадках є формальними та не потребують доведення реальних



негативних наслідків від певної поведінки, що не дозволяє суб'єкту, в діяльності якого може бути визнано порушення, чітко передбачати наслідки своєї поведінки щодо широкого спектру питань, а конкурентному органу надає широкі можливості кваліфікувати порушення виключно з формальних підстав. Значна кількість нормативно-правових актів містить внутрішні (між положеннями одного й того ж акту) та зовнішні (між положення різних актів) суперечності, зокрема, і в частині розподілу повноважень між різними органами влади, що не відповідає вимогам щодо якості закону, чіткості та однозначності правових норм та забезпечення чіткого розподілу повноважень органів влади. Органи АМК при розгляді справ про порушення ЗпЗЕК наділяються широкими повноваженнями, одночасно виступаючи в ролі слідчого, прокурора та судді, зі значною долею дискреційності при їх реалізації. Межі судового контролю за законністю рішень органів АМК є обмеженими. Господарські суди на практиці не контролюють пропорційність накладених органами АМК штрафних санкцій, якщо вони формально не перевищують рамки, встановлені ЗпЗЕК, адже вважають, що визначення розмірів штрафів – це дискреційне повноваження АМК. Інституційний дизайн державного захисту конкуренції, коли виключними повноваженнями встановлювати порушення ЗпЗЕК наділені органи АМК, а господарські суди лише контролюють законність рішень цих органів, ускладнює доступ особи до правосуддя, стримує розвиток правозастосовної практики та зменшення рівня правової невизначеності. Описане вище є невичерпним переліком проблем державного захисту конкуренції в Україні. Водночас вказані проблеми є одними з найбільш ключових та системних, тому автор сфокусується на викладенні їхніх окремих аспектів.

У цьому підрозділі зупинимося на окремих проблемах правового регулювання в частині визначення допустимої та недопустимої поведінки, тобто відрізнення порушення ЗпЗЕК від його відсутності, на прикладі АУД та ЗМ(Д)С, супутній проблематиці правової визначеності, домірності (пропорційності) та ефективності правового регулювання. У наступному підрозділі зупинимося на окремих проблемних моментах інституційного механізму державного захисту конкуренції.

### **Спільна проблематика АУД та ЗМ(Д)С**

*(а) Визначення «конкуренції» в Законі та проблеми, які воно породжує.*

Обидва порушення, АУД та ЗМ(Д)С, встановлюються шляхом оцінки їхнього впливу на конкуренцію. Як вже зазначалося, Закон встановлює визначення «конкуренції» як змагання між СГ з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими СГ, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий СГ не може визначати умови обороту товарів на ринку [23]. Це визначення породжує питання, на які з огляду на формулювання ст. 6 та ст. 13 Закону важко знайти відповіді, зокрема, чи є АУД або ЗМ(Д)С, якщо на певному ринку не виконуються умови, сформовані у визначенні «конкуренції». Наприклад, два суб'єкти господарювання – конкуренти, які спільно визначають умови обороту товару на ринку (ситуація дуополії), вирішують вступити в угоду, відповідно до якої розподілити покупців. Такі дії підпадають під визначення УД відповідно до ст. 5 Закону та очевидно обмежують змагання між суб'єктами, які укладають таку угоду. Водночас ця угода посягає на «конкуренцію», якої з огляду на визначення ст. 1 Закону, не існує. А, отже дії цих суб'єктів не можуть призводити до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції в розумінні ст. 6 Закону, тобто бути АУД. Вочевидь, цей ланцюжок міркувань суперечить здоровій логіці, так як неправомірність описаної вище угоди є доволі очевидною. Нелогічність ланцюжка міркувань породжує наявне визначення «конкуренції», наведене в ст. 1 Закону. Аби з цього ланцюжка вийти, потрібно або ігнорувати частину визначення «конкуренції» ст. 1 Закону, що сумнівно з точки зору законності, або «вкладати» в оцінку поведінки СГ штучний аналітичний конструкт «конкуренції», передбачений ст. 1 Закону, який не відповідає реальним умовам існування ринку та породжує широке поле для різних інтерпретацій, що навряд чи сумісно з принципом правової визначеності.

На прикладі ЗМ(Д)С визначення «конкуренції» породжує ще очевидніші питання. Відповідно до ст. 13 Закону ЗМ(Д)С є, в тому числі, діяння, які призводять чи можуть призвести до недопущення, усунення або обмеження конкуренції. Встановлення монопольного (домінуючого) становища передбачає наявність у відповідного суб'єкта чи суб'єктів господарювання здатності визначати умови обороту товарів на ринку, що прямо впливає із Методики. Таким чином, ст. 13 Закону

передбачає посягання СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище на певному ринку, на об'єкт – конкуренцію на цьому ринку, якої в силу визначення ст. 1 Закону не існує. Водночас, на практиці цілком може мати місце ситуація, коли СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, неправомірними методами витісняє невеликого конкурента з ринку. На ринках, де конкурентне змагання обмежене в силу наявності на ньому домінуючого суб'єкта господарювання, видається доволі очевидним, що залишки ефективного змагання мають бути об'єктом підвищеного рівня захисту, так як вони змушують вказаного суб'єкта конкурувати по суті шляхом збереження існуючого або й покращення рівня якості товарів, сервісу тощо, аби утримати наявних клієнтів під ризиком їхнього переходу до конкурентів, якщо цей СГ почне вдаватися до експлуатації своєї ринкової влади. Вирішення проблематики внутрішньої суперечності між ст. 13 та визначенням «конкуренції» в ст. 1 Закону може бути таким самим, як описано вище щодо АУД: або ігнорування частини визначення «конкуренції», або «приміряння» поведінки СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, під аналітичний конструкт «конкуренції» ст. 1 Закону, поряд із примірянням його на інший аналітичний конструкт «значної конкуренції», обох з яких в силу наявності монопольного (домінуючого) становища не існує на тому ринку, на якому згаданий СГ діє. Яке поле для свободи розсуду та можливості для прийняття непередбачуваних рішень з боку органів АМК в частині кваліфікації порушення у вигляді ЗМ(Д)С дає описане вище законодавче регулювання неважко уявити.

Визначення «конкуренції» ст. 1 Закону призводить до дискусійних моментів та можливості широкого кола інтерпретацій в частині встановлення не тільки АУД та ЗМ(Д)С, а й будь-якого іншого порушення, яке посягає на «конкуренцію», якщо ринок, який це порушення зачіпає, не відповідає умовам, наведеним у визначенні «конкуренції» за ст. 1 Закону.

**(б) Специфіка порушень у формі АУД та ЗМ(Д)С, використання Законом оціночних понять та широких формулювань та проблематика правової визначеності.** З огляду на положення ст. 7 Закону про АМК встановлення монопольного (домінуючого) становища на ринку, визнання вчинення ЗМ(Д)С та АУД віднесено до виключних повноважень органів АМК, які на практиці

користуються широкою дискрецією при реалізації цих повноважень, зокрема, в частині вибору способів та методів доведення порушень.

У ході розгляду господарськими судами справ, пов'язаних із АУД та ЗМ(Д)С, було вироблено низку позицій щодо кваліфікації цих порушень. Зокрема, для кваліфікації дій СГ як АУД чи ЗМ(Д)С на ринку не є обов'язковим з'ясування настання наслідків у формі відповідно недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших СГ (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема, через заподіяння їм шкоди, інше реальне порушення їхніх прав чи інтересів чи настання інших відповідних наслідків. Достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, визначених законом як ЗМ(Д)С (ч. 2 ст. 13 Закону) або АУД (ч. 2 ст. 6 Закону), або можливості настання зазначених наслідків у зв'язку з відповідними діями СГ (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 13 Закону). В останньому випадку господарським судам потрібно з'ясувати та відобразити в судових рішеннях, в чому саме полягають відповідні наслідки, які могли б настати в результаті дій СГ, що мають ознаки ЗМ(Д)С або АУД (наприклад, п. 14 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» № 15 від 26.12.2011 (далі – «ПП ВГСУ № 15») [137], постанови ВС від 18.02.2021 у справі № 910/1106/20 [138], від 15.04.2021 у справі № 910/17929/19 [139]). Також господарські суди виходять із позиції, що конкурентійне законодавство не ставить застосування передбаченої ним відповідальності за порушення цього законодавства у залежність від наявності у СГ вини в будь-якій формі (наприклад, п. 3 ПП ВГСУ № 15 [137], постанова ВС від 19.02.2019 у справі № 916/499/18 [140]).

Таким чином, якщо певні діяння формально підпадають під кваліфікацію, встановлену в ст. 6 чи 13 Закону, АМК може визнавати АУД чи ЗМ(Д)С та не зобов'язаний доводити фактичне настання наслідків, передбачених у цих статтях. Статті 6 та 13 Закону, які встановлюють передумови для кваліфікації АУД та ЗМ(Д)С, містить широкі формулювання з використанням оціночних понять, які дають органу, який встановлює наявність чи відсутність порушень, широку свободу розсуду в оцінці, що може призводити до непередбачуваного правозастосування. Зокрема, окремими типами АУД є УД, які стосуються *суттєвого обмеження*

конкурентоспроможності інших СГ на ринку без об'єктивно виправданих на те причин, застосування різних умов до *рівнозначних угод* з іншими СГ, що ставить останніх у *невигідне* становище в конкуренції. ЗМ(Д)С на ринку є дії чи бездіяльність СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших СГ чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку [23], тобто оцінка поведінки СГ має здійснюватися не в реальних ринкових умовах, в яких він діє, а шляхом формування припущень, якою вона могла або мала б бути за умов наявності значної конкуренції на ринку. Оціночні формулювання містить й ч. 2 ст. 13 Закону, яка визначає конкретні види ЗМ(Д)С, наприклад, встановлення таких цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку, суттєве обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин тощо.

У силу використання Законом широких формулювань, за якими значний перелік діянь суб'єктів господарювання формально підпадає під порушення, значно ускладнюється оцінка суб'єктами господарювання своїх дій в розрізі їхньої можливої інтерпретації з боку органів АМК. Зазначене стосується не тільки АУД та ЗМ(Д)С, а й інших порушень ЗпЗЕК, зокрема, передбачених в розділі IV Закону, який врегульовує обмежувальну та дискримінаційну діяльність СГ та об'єднань. Як зазначає С.В.Шкляр, із думкою якого автор погоджується, з диспозицій статей ЗпЗЕК незрозумілі межі дозволеної та забороненої поведінки суб'єктів господарювання, так як поняття «об'єктивно виправдані причини», «більший ринковий вплив», «різний підхід», «перешкоди в господарській діяльності» тощо можуть тлумачитися по-різному залежно від особливостей свідомості та волі суб'єкта, який здійснює тлумачення та застосування норм прав, у зв'язку з чим в одних випадках одні й ті ж дії можуть визнаватися порушенням ЗпЗЕК, а в інших – ні [60, с. 370]. Н.В.Корчак та Ю.О.Головко вдало охарактеризували подібні поняття як «каучукові» [141, с. 72].

Зрозуміло, що принцип верховенства права в ідеалі вимагає, щоб правові норми були сформульовані чітко, не допускали різної інтерпретації, можна було передбачити

межі дозволеного та забороненого. Водночас, в силу специфіки конкурентного законодавства, встановлення його порушень в переважній більшості випадків є далеко не прямолінійним завданням, так як вимагає оцінки економічної поведінки суб'єктів господарювання і при цій оцінці має враховуватися широкий контекст, як правовий, так і економічний, зокрема, ринкові умови, за яких певна поведінка здійснюється, вплив поведінки СГ на той ринок, на якому він діє та якого ця поведінка стосується, вплив на інші ринки, ступінь такого впливу тощо. Іншими словами, кожна справа про порушення, як правило, дуже індивідуальна і правозастосування здійснюється залежно від притаманних кожному випадку обставин. У силу такої специфіки підхід з використання широких формулювань в Законі є в цілому об'єктивно виправданим, точніше його неможливо уникнути, так як форми АУД та ЗМ(Д)С, інших порушень та наслідки, в яких вони можуть проявлятися, можуть мати найрізноманітніші прояви та супроводжуватися найрізноманітнішими обставинами, що об'єктивно неможливо чітко та однозначно відобразити у правовій нормі [142, с. 214]. Широта та певна абстрактність формулювань підстав для кваліфікації АУД чи ЗМ(Д)С не є якоюсь унікальною особливістю українського законодавства. Навіть в найрозвиненіших системах захисту конкуренції, зокрема, на рівні ЄС, застосовується подібний підхід, що вбачається, зокрема, із аналізу положень ст. 101 та 102 ДФЄС [28, с. 53].

У зв'язку з тим, що у визначенні підстав для кваліфікації АУД чи ЗМ(Д)С досягнути чіткості та однозначності правових норм об'єктивно неможливо, постає питання застосування законодавства, яке з точки зору чіткості та однозначності є недосконалим, насамперед, в частині тлумачення змістовного наповнення закладених у статтях 5, 6 та 13 Закону концептів. Основним способом усунення правової невизначеності щодо відповідного тлумачення є формування правозастосовної практики, основними утворювачами якої в Україні є органи АМК та господарські суди в межах їхніх визначених повноважень. Попри тривалий час існування вказаних вище статей Закону наразі відсутня усталена правозастосовна практика щодо багатьох базових питань їх інтерпретації, внаслідок чого їхнє можливе застосування містить дуже багато сірих зон. Такий стан справ породжується не в останню чергу інституційним дизайном системи державного захисту конкуренції в Україні, коли

повноваженнями визнавати порушення ЗпЗЕК наділений тільки АМК. Господарські суди тлумачать законодавство так, що вони не можуть напряду, наприклад, в рамках приватно-правових спорів, встановлювати ці порушення, вважаючи це повноваженням АМК. Суди, таким чином, формують практику та тлумачать конкуренційне законодавство виключно в рамках спорів, які зачіпають рішення органів АМК. Так як АМК на практиці має певну дискреційність у виборі яку поведінку досліджувати, а яку – ні, як і свої пріоритети, багато сфер конкуренційного законодавства, які цими пріоритетами не охоплюються, лишаються в правозастосовній практиці непокритими. АМК ж у своїй практиці фокусується на певних типах порушень, зокрема, АУД, які стосуються спотворення результатів торгів, чи ЗМ(Д)С, які стосуються дискримінації контрагентів чи встановлення завищених цін, що, зокрема, видно з його річних звітів [5-6<sup>5</sup>], внаслідок чого певні питання застосування конкуренційного законодавства є більш-менш розробленими, інші – не отримали жодної оцінки. Останніх надзвичайно багато, і при цьому вони є досить базовими, наприклад, співвідношення свободи договору та підприємницької діяльності СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, в частині вибору контрагентів і зловживання монопольним (домінуючим) становищем.

Закон пропонує певні способи усунення правової невизначеності в частині АУД та ЗМ(Д)С через звернення до АМК для попереднього погодження з ним запланованої поведінки. У частині АУД – це отримання дозволів на УД, попередніх висновків щодо УД в порядку ст. 29 Закону, висновків щодо кваліфікацій дій в порядку ст. 14 Закону. В частині ЗМ(Д)С єдиним прямим інструментом, передбаченим Законом для погодження з АМК поведінки на відповідність ст. 13 Закону, є отримання висновків щодо кваліфікації дій (ст. 14 Закону), опосередковано таке погодження можна отримати використовуючи інструменти, передбачені для УД. Кожен із цих інструментів має специфіку, яка в багатьох випадках ставить під сумнів доцільність їхнього практичного використання. Основною причиною, яка може робити

---

<sup>5</sup> Наприклад, відповідно до звіту АМК за 2022 рік протягом цього року 285 із 285 рішень, якими органи АМК визнали АУД, стосувалися спотворення результатів торгів. У 2021 році кількість рішень про встановлення АУД щодо спотворення результатів торгів склала 917 із загальної кількості 920 рішень про АУД, прийнятих у цьому році [6]

використання цих інструментів практично недоцільним, є можливість непередбачуваних висновків АМК, які можуть кардинально йти в розрив з поглядами СГ. З огляду на наявні повноваження господарських судів та практику правозастосування немає ефективних способів змінити ці висновки АМК в судовому порядку.

Усе вищевказане зумовлює потребу в знаходженні виважених способів усунення правової невизначеності, яку породжує специфіка порушень ЗпЗЕК, законодавче регулювання та наявна організація системи контролю за дотриманням ЗпЗЕК в Україні. Так як загальні риси, притаманні контролю за АУД та ЗМ(Д)С, завершилися, потрібно зупинитися на специфічних проблемних моментах, притаманній кожній з цих двох сфер. Також варто окреслити релевантний досвід ЄС, який може бути використаний для вирішення наявної проблематики.

**Антиконкурентні узгоджені дії.** Принциповим питанням в частині АУД є розмежування самостійної (індивідуальної) конкурентної поведінки суб'єкта господарювання від узгодженої з іншими СГ, адже у першому випадку можливість кваліфікації АУД виключається як така. Проблематика такого розмежування яскраво проявляється в частині застосування ч. 3 ст. 6 Закону. Кваліфікація порушення, передбаченого цією нормою, на практиці доволі широко використовується органами АМК при відсутності прямих доказів узгодженості поведінки між СГ. Судовою практикою був сформований певний стандарт для доведення порушення, передбаченого ч. 3 ст. 6 Закону, сформульований ще у постанові ПП ВГСУ № 15 та неодноразово відтворений, зокрема, і у постановах ВС. Так, відповідно до п. 8.3. ПП ВГСУ № 15, (а) ознаки схожості в діях (бездіяльності) СГ не є єдиним достатнім доказом попередньої змови між ними; (б) схожість має бути результатом саме узгодженості конкурентної поведінки, а не виявлятися у простому співпадінні дій СГ, обумовленим специфікою ринку; (в) висновок органу АМК про відсутність у суб'єкта господарювання об'єктивних причин для вчинення схожих дій (бездіяльності) має базуватися на результатах дослідження усієї сукупності факторів, що об'єктивно (незалежно від СГ) впливають на його поведінку, а не бути наслідком обмеженого кола факторів (наприклад, тільки ціни придбання товару); (г) орган АМК має довести



безпідставність посилення заінтересованої особи на чинники, що можуть позначатися на поведінці СГ, на орган АМК покладається обов'язок не лише доведення однотипної і одночасної (синхронної) поведінки СГ, а й встановлення шляхом економічного аналізу ринку відсутності інших чинників (пояснень) паралельної поведінки, окрім як попередньої змови [137; 143, с. 503].

Виходячи із наведеного вище стандарту, доведення порушення, передбаченого ч. 3 ст. 6 Закону, передбачає необхідність виключення *об'єктивних* причин для схожої поведінки суб'єктів господарювання та проведення належного економічного аналізу. Так як визначення певних підстав для схожої поведінки як об'єктивних та достатності проведеного економічного аналізу для встановлення порушення є питаннями, де органи АМК мають значну дискрецію, на практиці між ними та СГ виникають протиріччя щодо адекватності кваліфікації поведінки останніх, схожої з поведінкою конкурентів, як АУД. Це вбачається, зокрема, з аналізу рішення АМК № 315-р від 21.06.2018 [144], яким АМК визнав дії низки СГ, які полягали у схожому підвищенні цін на скраплений вуглеводневий газ (СВГ) при його реалізації у роздріб у серпні 2017 року, порушенням, передбаченим п. 1 ст. 50 та ч.3 ст. 6 Закону (далі – «Справа СВГ») [143, с. 503-504].

На проблематику застосування ч. 3 ст. 6 Закону звертає увагу Асоціація правників України (далі – «АПУ»). Зокрема, у своєму листі № 1427 від 06.11.2020 до Голови АМК Комітет з конкуренційного права АПУ, говорячи про проблему юридичної невизначеності щодо законності індивідуальної конкурентної поведінки при орієнтуванні на конкурентів, зазначав, що практичне застосування положень ч.3 ст. 6 Закону АМК та судами щодо визнання схожої поведінки картелями втратило зв'язок з цілями запровадження цих положень Закону та природою відносин, що ними мають охоплюватися - лише узгоджених [антиконкурентних] дій. Комітет АПУ зазначає, що така тенденція в умовах недостатньо якісного судового контролю та під впливом інших соціально-політичних та інституційних факторів усе більше поглиблюється і закріплюється у судових рішеннях, веде до істотного і не виправданого (непропорційного) обмеження економічної свободи особи, руйнує механізми саморегулювання ринку, породжує юридичну невизначеність щодо меж

правомірної поведінки та серйозні ризики при здійсненні господарської діяльності в Україні та її бізнес-клімату [145, с. 2; 143, с. 504].

Проблематика застосування ч. 3 ст. 6 Закону в аспекті забезпечення верховенства права свого часу навіть вилилася в конституційну скаргу. ТОВ «Монтажналадка», дії якого АМК згадуваним рішенням у Справі СВГ кваліфікував як порушення, передбачене ч. 3 ст. 6 Закону, та яке без успіху намагалося оскаржити це рішення в господарських судах, у своїй конституційній скарзі вказувало, що ч. 3 ст. 6 Закону суперечить принципу юридичної визначеності, так як СГ, зокрема, не можуть передбачити, які критерії для визначення дій узгодженими буде використовувати АМК та, відповідно, яка саме поведінка вважатиметься узгодженою та такою, що призводить до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Товариство також вказувало, що СГ в умовах правової невизначеності фактично позбавляються права самостійного формування програми діяльності як однієї з основних складових свободи підприємницької діяльності, а окремий СГ на підставі оспорюваних приписів Закону не може об'єктивно оцінювати правомірність своєї поведінки на ринку, так як незалежні від його поведінки схожі дії (бездіяльність) інших СГ можуть мати наслідком покладення на нього відповідальності за АУД [104]. Описана вище проблематика не отримала правової оцінки з боку КСУ, так як скаржнику було відмовлено у відкритті конституційного провадження з огляду на ненаведення, на погляд колегії суддів, належного обґрунтування неконституційності оспорюваних приписів Закону [143, с. 504].

З огляду на все вищевказане, наявність проблем із забезпеченням правової визначеності та передбачуваності щодо кваліфікації схожої поведінки суб'єктів господарювання як АУД очевидна. Частина 3 статті 6 Закону на практиці застосовується так, що будь-яка схожа поведінка СГ на олігопольних або й інших ринках перебуває під значним ризиком бути визнаною органом АМК змовою на підставі його власного бачення чи були об'єктивні чинники для схожої поведінки. Практика застосування цієї статті сильно критикується в експертних колах як така, що призводить до підміни раціональної адаптації СГ під поведінку конкурентів на «змову». Найбільш частими випадками, коли ч. 3 ст. 6 Закону вступає в дію, є

підвищення цін на товар на певному ринку його учасниками. Практика АМК показує, що він схильний різними економетричними методами з'ясовувати причини для підвищення цін, наприклад, оцінювати підвищення цін через порівняння чи було збільшення собівартості. Якщо збільшення собівартості не було, а підвищення цін наявне, найвірогідніший висновок, до якого прийде АМК – була змова. Водночас, СГ можуть не формувати своє ціноутворення виключно на основі собівартості. Також у багатьох випадках, коли конкуренти піднімають ціни, найбільш раціональною економічною поведінкою СГ є і собі їх підняти. Крім того, порівняння між собою бухгалтерських показників для виявлення «об'єктивних причин» для підвищення цін та встановлення змови не враховує, що деякі СГ можуть формувати своє ціноутворення без будь-якої чіткої методики. Наявне правозастосування також не враховує, що деякі СГ можуть взагалі поводитися нерационально, як і не керуватися у своєму ціноутворенні виключно сухими цифрами. Абстрагуючись від усієї зовнішньої складності справ щодо застосування ч. 3 ст. 6 Закону, її застосування в кінцевому підсумку може призводити до того, що АМК починає сам визначати, як СГ мав би поводитися, аби його поведінка була «об'єктивно виправданою», та підміняти собою суб'єкта господарювання. При такому стані речей, а також зважаючи, що порушення ч. 3 ст. 6 Закону часто встановлюється без будь-яких доказів змови СГ, практика застосування ч. 3 ст. 6 Закону призводить до значних ризиків хибнопозитивних висновків щодо порушення, які тягнуть за собою значні негативні наслідки для того, кого ці висновки стосуються.

Проблематика схожих дій не є єдиною проблемою в частині кваліфікації АУД. У цілому відмежування узгодженої поведінки від індивідуальної є проблематичним й за межами ч. 3 ст. 6 Закону, зокрема, у взаємовідносинах між СГ, які перебувають у вертикальних відносинах. Протягом декількох років, починаючи з 2016 року, АМК прийняв низку рішень про АУД між постачальниками лікарських засобів (далі також – «ЛЗ») (компаніями-нерезидентами, або українськими дочірніми компаніями міжнародних виробників ЛЗ), та їхніми українськими дистриб'юторами щодо

продажу ЛЗ. Це рішення АМК у справах *Алкон*<sup>6</sup> (№ 415-р від 08.09.2016 [146]), *Серв'є* (№ 448-р від 29.09.2016 [147]), *Санофі* (№ 628-р від 14.11.2017 [148]), *Рош* (№ 337-р від 02.08.2018 [149]), *ГСК* (№№ 829-р [150] та 830-р [151] від 19.12.2019) та *Ново Нордіск* (№ 680-р від 03.11.2020 [152]) (далі разом всі ці справи – «фармацевтичні справи»). Ключові доводи АМК щодо АУД базувалися на тому, що постачальники та дистриб'ютори підтримували у відносинах між собою непрозоре ціноутворення, яке призвело до завищення вартості ЛЗ при їх продажу дистриб'юторами через процедури державних (публічних) закупівель. Це завищення, за висновками АМК, відбулося внаслідок підтримання запровадженої постачальниками системи післяпродажних знижок, які мали різні правові форми, залежно від справи: знижки, кредит-ноти, безповоротна фінансова допомога тощо (далі всі ці правові форми для спрощення будуть названі «знижки»). Ціни на ЛЗ, які продавалися в канал державних (публічних) закупівель, підлягали державному регулюванню, яке передбачало встановлення максимальних розмірів надбавок, які розраховувалися від задекларованих оптово-відпускних цін. Замовники орієнтувалися на задекларовані ціни при формуванні своїх закупівель. За висновками АМК, системи «знижок» призвели до існування двох видів цін: (1) номінальних — цін, вказаних в договорах, які були базою для нарахування митних зборів, торгівельних надбавок, цін для споживачів та підлягали контролю з боку регулюючих органів; (2) реальних — цін з урахуванням «знижок». Застосування подібних систем, за думку АМК, призвело до завищення цін на ЛЗ при їхньому продажу в рамках державних закупівель. Спрощено доводи АМК полягали в тому, що «знижки», які надавалися постачальниками своїм дистриб'юторам, не враховувалися та не передавалися останніми при перепродажу ЛЗ далі по ланцюгу, а використовувалися для збільшення своєї доходності, в результаті чого замовники закупівель переплачували за ЛЗ. На думку АМК, якби постачальники та дистриб'ютори підтримували у своїх відносинах прозоре ціноутворення та розраховували надбавки не від номінальних цін, а від реальних, завищення цін би не відбулося [146-152].

---

<sup>6</sup> Справи для простоти названі виходячи із групи компаній, до якої входив постачальник лікарських засобів

Усі рішення АМК вище були оскаржені до господарських судів та неоднозначно сприйняті в експертних колах [153; 154]. Попри подібність справ, результати оскарження рішень АМК відрізняються. Рішення АМК у справах *Алкон*, *Санofi*, *Рош* були визнані недійсними. Рішення АМК у справах *Серв'є*, *ГСК* та *Ново Нордіск* навпаки були визнані законними. Практично всі позивачі застосовували схожі аргументи, ключовим серед яких є недоведення узгодженості поведінки відповідачів у справах АМК, яке можна підсумувати двома тезами: (1) системи «знижок» запроваджувалася постачальниками, дистриб'ютори не мали на них впливу; (2) постачальники не накладали будь-яких обмежень на свободу розпорядження «знижками», отриманими дистриб'юторами, зокрема, в частині зниження ціни продажу ЛЗ з розрахунку розміру «знижки», які дистриб'ютори могли потенційно отримати, як і не змушували дистриб'юторів виконувати умови, щоб ці знижки отримувати, та й загалом не втручалися в свободу ціноутворення дистриб'юторів.

Як видно із зазначеного вище, по суті доводи позивачів зводилися до того, що в їхніх діях не було *узгоджених* дій. Варто відзначити, що правозастосовною практикою, зокрема, і в рамках оскарження рішень АМК у фармацевтичних справах, не було сформовано доктринальних підходів щодо відмежування індивідуальної поведінки від узгодженої, зокрема, і у вертикальних відносинах. Такий стан речей дозволяє органам АМК практично будь-який договір між СГ незалежно від його предмету тлумачити як узгоджену дію. В силу розмитості відмежування індивідуальної поведінки від узгодженої та нерозв'язності доктринальних тлумачень щодо їхнього відмежування на практиці цілком можуть мати місце ситуації, коли встановлення постачальником різних умов співпраці для своїх покупців, які не мають на таке встановлення жодного впливу, може бути протлумачено органами АМК як *узгоджені* дії між постачальником та покупцями, а з тими покупцями, які отримали кращі умови співпраці як *антиконкурентні узгоджені дії*, оскільки надання одним кращих умов ставить у невігідне конкурентне становище тих, яким були надані гірші. Рішення АМК у фармацевтичних справах вказують, що АМК може бути схильний до такої інтерпретації, принаймні на подібні доводи він посилався, коли стверджував про

порушення (див., наприклад, рішення у *Справі Серв'є* [147]). Розширена інтерпретація ст. 5 Закону, якщо розвивати її далі, призводить до цікавих позицій, що навіть укладення з кимось договору може потенційно бути проблемою, так як ставить у не вигідне становище тих, з ким договорів укладено не було: *«оцінка наявності обмеження конкуренції може бути забезпечена шляхом порівняння становища суб'єктів господарювання, які мають договірні відносини та таких, що здійснюють діяльність без укладання відповідної угоди. Встановлення наявності переваг за рахунок договірних відносин, яких не мають суб'єкти господарювання, які не є стороною угоди може обмежувати останніх у можливості конкурувати на рівних умовах з тими, хто уклав правочин»* (постанова ВС від 16.12.2021 у справі № 910/5033/20 [155]).

Відсутність доктринальних підходів щодо тлумачення основних концептів, закладених в ст. 5 та 6 Закону, призводить до того, що індивідуальна поведінка суб'єктів господарювання може бути визнана узгодженою в тих випадках, коли ніякої узгодженості конкурентної поведінки немає, що породжує значну правову невизначеність навіть в частині таких рутинних комерційних аспектів співпраці між СГ як встановлення цін, знижок, умов оплати тощо в розрізі їхньої можливої інтерпретації з боку органів АМК на предмет УД та АУД.

Так як АМК фокусується на певних типах АУД, насамперед змовах на торгах (п. 4 ст. 2 ст. 6 Закону) та схожій поведінці (ч. 3 ст. 6 Закону), значна частина всіх інших кваліфікацій та інших важливих питань узгоджених дій лишається недостатньо розробленою та щодо них існує правова невизначеність навіть в частині загальних підходів. Зокрема, в АМК дуже обмежена практика застосування типових вимог до УД, судова практика з цих питань є ще обмеженішою. Внаслідок цього наразі питання співвідношення типових вимог та статей Закону, положення яких вони розвивають (статті 7-9), лишається відкритим.

Формування винятків із заборон АУД в Україні черпає натхнення із підходів ЄС, в якому аналогами типових вимог АМК є регламенти ЄК щодо блокових виключень. Попри те, що українська система контролю за АУД багато в чому сформована за зразком системи ЄС, між ними є принципові відмінності, як в частині нормативно-

правового регулювання, так і практик конкурентних відомств. Тому доцільно дослідити відповідний досвід ЄС.

**Досвід регулювання антиконкурентних узгоджених дій в ЄС.** Правові основи функціонування ЄС встановлені в Договорі про Європейський Союз (далі – «ДЄС») [156], ДФЄС [157] (далі – «Договори ЄС») та Хартії основоположних прав Європейського Союзу (далі – «Хартія») [158]. Відповідно до ст. 3(1) ДЄС метою ЄС є, серед іншого, сприяння добробуту його народів. У ст. 3(3) ДЄС, в якій декларуються основні економічні цілі ЄС, зазначається, що Союз засновує внутрішній ринок. Він має працювати задля сталого розвитку Європи на базі збалансованого економічного зростання та цінової стабільності, висококонкурентної соціальної ринкової економіки, спрямованої на повну зайнятість та соціальний прогрес, та високого рівня захисту та покращення стану довкілля. Союз сприяє науково-технічному прогресу та економічній, соціальній та територіальній єдності, солідарності між державами-членами [156]. Внутрішній ринок охоплює простір без внутрішніх кордонів, де забезпечено вільний рух товарів, осіб, послуг та капіталу згідно з положеннями Договорів ЄС (ст 26(2) ДФЄС [157]). Принцип відкритої ринкової економіки з вільною конкуренцією є основоположним принципом економічної політики ЄС (статті 119-120 ДФЄС). У протоколі № 27 до ДФЄС вказано, що внутрішній ринок включає систему, яка забезпечує, що конкуренція не спотворена [157]. У частині встановлення правил конкуренції, необхідних для функціонування внутрішнього ринку, ЄС має виключну компетенцію (ст. 3 ДФЄС) [157].

Як зазначає Е. Ланза з посиланням на Х.Круза, економічна політика ЄС втілює принцип відкритої ринкової економіки з вільною конкуренцією, що базується на чотирьох свободах пересування (товарів, осіб, послуг і капіталу), конкуренції, економічному та валютному союзі та спільній комерційній політиці, будучи основами економічного конституційного права ЄС, що представляють його економічний етос [111, с. 325]. Як Європейський парламент зазначає на своєму веб-сайті, основна мета правил конкуренції ЄС полягає в забезпеченні належного функціонування внутрішнього ринку ЄС як ключового драйверу добробуту громадян ЄС, бізнесів і суспільства в цілому. Ефективна конкуренція дозволяє бізнесам конкурувати на

рівних умовах у державах-членах, водночас спонукаючи їх постійно прагнути пропонувати найкращі продукти за найкращими цінами для споживачів. Це, у свою чергу, стимулює інновації та довгострокове економічне зростання. Таким чином, конкурентна політика є ключовим інструментом для досягнення вільного та динамічного внутрішнього ринку та сприяння загальному економічному добробуту [159]. На основі аналізу установчих договорів ЄС, правозастосовної практики, політичних заяв інституцій ЄС, А. Езрачі виділяє такі основні цілі конкурентного права ЄС (1) благополуччя та добробут споживачів; (2) ефективна конкурентна структура; (3) ефективності та інновації; (4) справедливість, що включає в себе, серед іншого, справедливий розподіл благ між споживачами та бізнесами, добросовісність конкуренції; (5) економічна свобода, плюралізм та демократія; (6) ринкова інтеграція (інтеграція національних ринків), вказуючи, що вони тісно переплетені між собою та є взаємодоповнюючими, разом формуючи етос конкурентного права ЄС [64, с. 4-18]. Проаналізувавши близько 4 тис. джерел (правозастосовну практику, політичні заяви органів ЄС тощо) за період 1962-2020 років К. Стиляноу та М. Йаковідес виділили такі сім основних цілей конкурентного права ЄС, які багато в чому співпадають з виділеними А. Езрачі: (1) ефективність, (2) добробут, (3) економічна свобода та захист конкурентів, (4) конкурентна структура; (5) справедливість; (6) інтеграція єдиного ринку; (7) конкурентний процес [160, с. 4]. Зазначені вище цілі конкурентної політики ЄС в цілому збігаються з тими, які закладені в Конституції, Законі та ГК.

Заборона антиконкурентних узгоджених дій є однією з важливих складових конкурентного законодавства та конкурентної політики ЄС. Базове регулювання в ЄС в цій частині встановлено в ст. 101 ДФЄС. Згідно з ст. 101(1) ДФЄС забороняються як несумісні з внутрішнім ринком всі угоди між суб'єктами господарювання (undertakings), рішення об'єднань суб'єктів господарювання та узгоджені практики, що можуть вплинути на торгівлю між державами-членами і метою чи наслідком яких є перешкоджання, обмеження або спотворення конкуренції на внутрішньому ринку, зокрема ті, що стосуються: (a) прямого або опосередкованого встановлення цін купівлі або продажу чи будь-яких інших торгівельних умов; (b) обмеження або



контролю виробництва, ринків, технічного розвитку або інвестицій; (с) поділу ринків або джерел постачання; (d) застосування неоднакових умов в еквівалентних правочинах з іншими торговими сторонами, ставлячи їх таким чином у не вигідне конкурентне становище; (е) обумовлення укладання договорів прийняттям іншими сторонами додаткових зобов'язань, які за своєю суттю або згідно з торгівельними звичаями не пов'язані з предметом цих договорів [157]. Будь які угоди або рішення, заборонені відповідно до ст. 101 ДФЄС, є автоматично недійсними (ст. 101(2) ДФЄС). Проте положення ст. 101(1) ДФЄС можуть бути визнані незастосовними до будь-яких угод між суб'єктами господарювання, рішень об'єднань суб'єктів господарювання, узгоджених практик або їх категорій, які сприяють удосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному або економічному прогресу, надаючи при цьому споживачам змогу отримати справедливу частку здобутої вигоди, та які при цьому: (а) не накладають на зацікавлені суб'єкти господарювання обмежень, що не є обов'язковими для досягнення цих цілей; (b) не дають таким суб'єктам господарювання можливості усунути конкуренцію щодо істотної частини відповідної продукції (ст. 101(3) ДФЄС)<sup>7</sup> [157].

На загальному рівні ЄС повноваженнями застосовувати ст. 101 ДФЄС наділена ЄК. Суд ЄС, який складається з Загального Суду та Суду Справедливості, контролює законність рішень ЄК відповідно як суд першої та апеляційної інстанції. Національні суди та національні конкурентні відомства (далі – «НКВ») уповноважені застосовувати ст. 101 ДФЄС напряду. Суд Справедливості також наділений повноваженнями приймати попередні рішення (preliminary rulings) щодо інтерпретації положень Договорів ЄС, дійсності та інтерпретації актів інституцій, органів, офісів та агенцій ЄС на запит національних судів в порядку ст. 267 ДФЄС.

За понад 60-річну історію існування положень, які наразі закріплені в ст. 101 ДФЄС, в судових баталіях між ЄК та суб'єктам господарювання та в рамках надання попередніх рішень національним судам було сформовано підходи щодо змістовного

---

<sup>7</sup> Угоди, рішення об'єднань та узгоджені практики в розумінні ст. 101 ДФЄС для цілей спрощення порівняння з українським регулюванням далі разом – «узгоджені дії» або «УД»; узгоджені дії, які підпадають під ст. 101(1) ДФЄС далі – «антиконкурентні узгоджені дії» або «АУД»

наповнення концептів, які вживаються в ст. 101 ДФЄС: «угоди», «рішення об'єднань», «узгоджені практики», «суб'єкт господарювання» тощо. Поясненню концептів, які вживаються в цій статті, зокрема, акумулюванню напрацьованої за тривалий період судової практики, присвячені деякі з актів «м'якого права» ЄК, зокрема, Керівні настанови щодо застосування статті 81(3) Договору (2004/С 101/08) [161], Керівні настанови щодо концепту впливу на торгівлю, які містяться в статтях 81 та 82 Договору (2004/С 101/07) [162], Повідомлення про незначні угоди, які суттєво не обмежують конкуренцію відповідно до статті 101(1) ДФЄС (2014/С 291/01) [163].

Так як ст. 101(3) ДФЄС вказує, що допустимими для конкуренції можуть бути не тільки конкретні індивідуальні узгоджені дії, а їх категорії, в ЄС застосовується система блокових виключень, аналогами яких є українські типові вимоги до УД. У відповідних блокових виключеннях сформульовані умови, за дотримання яких узгоджені дії вважаються допустимими з точки зору конкурентних правил ЄС. Для формулювання цих умов зазвичай використовуються два критерії: (а) структурний (визначення сукупних або індивідуальних ринкових часток учасників УД, залежно від блокового виключення), метою якого є визначення порогів ринкових часток, до досягнення яких вважається, що СГ не можуть чинити значного впливу на конкуренцію в силу своєї позиції на ринку, та (б) поведінковий, який полягає в переліченні положень, які вважаються такими, що обмежують конкуренцію, та за наявності яких блокове виключення не застосовується. Втрата блокового виключення автоматично не означає, що УД порушують ст. 101 ДФЄС. Такі УД мають піддаватися поглибленій оцінці, зокрема, на предмет можливості індивідуального виключення із загальної заборони АУД на підставі ст. 101(3) ДФЄС, виходячи із загального юридичного та економічного контексту, в якому реалізуються УД [164].

В ЄС прийнято низку регламентів щодо блокових виключень, як загальних, які застосовні до всіх галузей економіки, так і спеціальних для певних галузей. До першої групи відносяться блокові виключення щодо узгоджених дій, які стосуються (1) науково-дослідницьких робіт (R&D) (Регламент Комісії (ЄС) 2023/1066 від 01.06.2023 [165]), (2) спеціалізації (Регламент Комісії (ЄС) 2023/1067 від 01.06.2023 [166]), (3) вертикальних відносин (Регламент Комісії (ЄС) 2022/720 від 10.05.2022 [167]); (4)

трансферу технологій (Регламент Комісії (ЄС) 316/2014 від 21.03.2014 [128]). Спеціальні блокові виключення щодо вертикальних угод та узгоджених практик застосовуються до автомобільного сектору (Регламент Комісії (ЄС) № 461/2010 від 27.05.2010) [168]. Для певних секторів, наприклад, для виробництва та торгівлі сільськогосподарською продукцією встановлені спеціальні правила застосування ст. 101 ДФЄС (Регламент Ради (ЄС) № 1184/2006 від 24.07.2006 [169], Регламент (ЄС) № 1308/2013 Європейського Парламенту і Ради від 17.12.2013 [170]).

Усталеною та послідовною практикою ЄК є супроводження блокових виключень щодо УД керівними настановами, в яких роз'яснюються юридичні та економічні підходи щодо оцінки тієї чи іншої поведінки СГ в світлі відповідних блокових виключень та наявної практики Суду ЄС, висвітлюються складні питання права та економіки, зокрема, теорії шкоди, з яких ЄК виходить при оцінці певної поведінки, та, відтак, надається методологічна допомога СГ в проведенні самооцінки своєї діяльності на предмет відповідності конкурційним правилам ЄС та зменшується рівень правової невизначеності. Прикладами керівних настанов є (1) горизонтальні керівні настанови (2023/С 259/01 [171]), які роз'яснюють положення вищезгаданих регламентів щодо блокових виключень, які стосуються R&D та спеціалізації, надають методологічну базу для оцінки інформаційного обміну між конкурентами, інших форм кооперації між конкурентами; (2) керівні настанови щодо вертикальних обмежень (2022/С 248/01 [172]), (3) керівні настанови щодо трансферу технологій (2014/С 89/03 [173]), (4) керівні настанови щодо вертикальних обмежень в угодах в автомобільній галузі (2010/С 138/05 [174]), переглянуті ЄК в 2023 році шляхом викладення їх в новій редакції [175], які роз'яснюють положення вказаних вище відповідних регламентів щодо блокових виключень та надають методологічну підтримку в оцінці різних практик, які блоковими виключеннями не покриваються.

Прийняттю регламентів щодо блокових виключень та керівних настанов до них передуює серйозна аналітична робота, в тому числі, громадські консультації. Самі блокові виключення приймаються на певний період та переглядаються відповідно до розвитку економічних реалій. Наприклад, процес перегляду Регламенту Комісії (ЄС) № 330/2010 від 20.04.2010 щодо вертикальних УД, положення якого були введені в

українське законодавство через типові вимоги АМК, та керівних настанов до нього (2010/С 130/01) [176] тривав понад три роки, закінчившись прийняттям згаданого вище Регламенту Комісії (ЄС) № 2022/720 [167]) та керівних настанов до нього (2022/С 248/01 [172]) в травні 2022 року. Нові документи враховують розвиток економічних процесів, який стався з моменту прийняття попереднього регламенту, зокрема, в сфері електронної комерції.

Заборона антиконкурентних узгоджених дій (ст. 101 ДФЄС) та зловживання домінуючим становищем (ст. 102 ДФЄС), про яку йтиметься далі, складають основну правову базу системи антитрасту в ЄС, ключовим актом якої також є Регламент (ЄС) № 1/2003 від 16.12.2022 (далі – «Регламент № 1/2003») [177]. Цей регламент врегульовує різні аспекти взаємодії та розподілу повноважень між ЄК, Судом ЄС, НКВ та національними судами держав-членів щодо застосування статей 101 та 102 ДФЄС, співвідношення між застосуванням правил захисту конкуренції ЄС та національного конкурентного законодавства.

До прийняття Регламенту № 1/2003 ЄК була наділена виключним повноваженням надавати індивідуальне виключення УД із загальної заборони ст. 101(1) ДФЄС відповідно до ст. 101(3) ДФЄС. Для отримання такого виключення застосовувалася централізована система повідомлення та погодження запланованих УД суб'єктів господарювання ЄК. Регламент № 1/2003 замінив попередню централізовану дозвільну систему на *ex post* правозастосування. Ціллю реформи було надання ЄК можливості сконцентруватися на розслідуваннях серйозних порушень статей 101 та 102 ДФЄС, звільнивши її від тягаря розгляду численних заяв про надання дозволів на УД, які часто не становили будь-якої загрози для конкуренції та тільки відволікати ресурси самої ЄК та суб'єктів господарювання, та децентралізувати правозастосування, розширивши повноваження НКВ та національних судів держав-членів ЄС [178; 179]. У цілому проведена шляхом прийняття Регламенту № 1/2003 реформа показала свою ефективність, її результати позитивно оцінюються як самою ЄК, так і експертним середовищем [179-181].

Регламент № 1/2003 передбачає пряме застосування положень статті 101 ДФЄС: (1) УД, які охоплюються ст. 101(1) ДФЄС, забороняються; (2) УД, які

охоплюються ст. 101(1) та при цьому задовольняють умови ст. 101(3) ДФЄС, дозволяються, і для цього всього не потрібно попередніх рішень (дозволів) [177]. Таким чином, запроваджена система самооцінки своєї поведінки з боку суб'єктів господарювання і усувається необхідність отримання формальних погоджень на її здійснення. Для проведення такої самооцінки застосовуються регламенти щодо блокових виключень щодо УД, за умови відповідності яким поведінка СГ вважається такою, що не порушує ст. 101 ДФЄС (регламенти згідно зі ст. 288 ДФЄС є обов'язковими та прямо застосовними в усіх державах-членах), видаються акти «м'якого права» ЄК, ЄК та Суд ЄС публікують свої рішення. Суб'єкт господарювання шляхом аналізу цих документів та співставлення викладених в них позицій з фактичними обставинами, які притаманні його діяльності, відповідно вирішує яку діяльність здійснювати, а яку - ні. Регламент № 1/2003 у той же час зберіг за ЄК можливість надавати на запит СГ неформальні листи (guidance letters) щодо оцінки їхньої поведінки на предмет відповідності ст. 101 та 102 ДФЄС. Водночас, аби не було змістовного відкату до централізованої системи повідомлень, яку Регламент № 1/2003 мав на меті усунути, сфера застосування неформальних листів є значно обмеженою. ЄК сама вирішує чи надавати відповіді на запити суб'єктів господарювання виходячи зі своїх пріоритетів. Основна передумова надання неформальної відповіді з боку ЄК – питання щодо застосування статей 101 та 102 ДФЄС мають бути новими або раніше невіршеними, тобто має існувати дійсна невизначеність щодо застосування їхніх положень. Порядок звернення до ЄК за отриманням неформального керівництва окреслений у відповідному повідомленні ЄК 2022 року (2022/С 381/07) [182].

Пряма застосовність положень ст. 101 та 102 ДФЄС та можливість їх застосування ЄК, НКВ та національними судами передбачає функціонування в ЄС двох складових правозастосування: (1) публічного (public enforcement); та (2) приватного (private enforcement). Перше полягає в розслідуванні порушень положень вказаних статей з боку ЄК або НКВ, їх припиненні та застосуванні до порушників заходів впливу, зокрема, накладення штрафів. Друге – в різних приватно-правових спорах щодо стягнення шкоди, спричиненої порушенням ст. 101 та 102 ДФЄС, або застосування інших способів захисту прав у зв'язку з таким порушенням (визнання

недійсними угод тощо). Приватне правозастосування в ЄС здійснюється шляхом розгляду відповідних позовів національними судами. У рамках розгляду спорів національні суди можуть безпосередньо встановлювати порушення ст. 101 та 102 ДФЄС. Сторона, яка вважає, що її права були порушені внаслідок недотримання СГ чи об'єднаннями положень ст. 101 чи 102 ДФЄС, може обирати або звернутися зі скаргою до ЄК або НКВ і у разі встановлення ними порушення звертатися до національного суду з позовом про стягнення шкоди чи іншими вимогами (наступні позови (“follow-on claims”)), або ж оминати звернення до конкурентного відомства та відразу йти до суду (самостійні позови (“stand-alone claims”)). Публічне та приватне правозастосування тісно переплетені між собою та розглядаються в ЄС як два взаємодоповнюючі інструменти досягнення цілей конкурентної політики.

Таким чином, попри те, що регулювання АУД в Україні є подібним до ЄС та має певний рівень адаптації до нього, є й певні принципові відмінності.

*Перша відмінність:* в ЄС в частині УД застосовується система самооцінки поведінки суб'єктів господарювання. Вони можуть напряму покладатися на те, що їхні УД, які формально підпадають під ст. 101(1) ДФЄС, звільняються з загальної заборони ст. 101(1) ДФЄС у зв'язку з підпаданням під блокове виключення або ж у зв'язку із індивідуальним виключенням відповідно до ст. 101(3) ДФЄС. На конкурентні відомства (ЄК або НКВ) або інші особи, які стверджують про порушення, покладається тягар доказування, що УД підпадають під ст. 101(1) ДФЄС, на суб'єктів господарювання або їх об'єднання, в свою чергу, покладається тягар доказування, що положення ст. 101(3) ДФЄС щодо їхніх УД виконуються (ст. 3 Регламенту № 1/2003). В Україні ж існує формальний обов'язок СГ щодо отримання дозволів органів АМК на здійснення УД, які підпадають під ст. 6 Закону за умови, що вони не підпадають під виключення статей 7-9 Закону або відповідних типових вимог. Суб'єктам господарювання в Україні, на відміну від ЄС, не надано прямої можливості зважування позитиву в частині потенційних економічних ефективностей та негативу для конкуренції від узгоджених дій. Це зважування покладено на органи АМК та КМУ. Виключення УД із загальної заборони АУД, якщо відповідні УД дозволяють

досягнути економічних ефективностей, за умови, що АМК чи КМУ це формально не підтвердили, українським законодавством не передбачено.

*Друга відмінність:* в ЄС угоди суб'єктів господарювання чи рішення об'єднань, які заборонені ст. 101 ДФЄС, є автоматично недійсними. В Україні подібних прямих відповідників немає. Зацікавлені особи, втім, можуть намагатися визнати правочин, який опосередковувався АУД, недійсним в суді на підставі загальних норм ЦК чи ГК.

*Третя відмінність* полягає не в регулюванні, а й практиках конкурентних відомств. ЄК приділяє значну увагу роз'ясненню положень блокових виключень та інших питань застосування ст. 101 ДФЄС аби надати суб'єктам господарювання кращі можливості для самооцінки своєї поведінки через видання актів «м'якого права». Такі акти «м'якого права», хоч і не мають сили нормативно-правового акту, відіграють значну роль в усуненні правової невизначеності для суб'єктів господарювання, так як вибір методу, за допомогою якого ЄК буде доводити порушення та оцінювати ті чи інші обставини в силу широких формулювань положень як ДФЄС, так і навіть вторинного законодавства ЄС, лишається багато в чому дискрецією ЄК.

Специфіка конкурентного законодавства загалом полягає в тому, що правова норма контекстуалізується через застосування економічної теорії шкоди. Застосовна теорія шкоди залежить від цілей конкурентної політики. Без пояснення цілей конкурентної політики та теорій шкоди, які опосередковують ці цілі, розмиті правові норми можуть довільно адаптуватися під конкретні ситуації. З огляду на те, що правові норми конкурентного законодавства є універсальними для будь-яких ринків, їх застосування залежить від контексту та багатьох різних обставин. У зв'язку з цим вони мають мати певну гнучкість для вирішення конкретних конкурентних проблем функціонування того чи іншого ринку залежно від ситуації, водночас, ця гнучкість призводить до непередбачуваності, так як гнучкістю норми управляє конкурентне відомство. Зважаючи на таку специфіку, головним способом усунення правової невизначеності щодо застосування конкурентного законодавства є пояснення економічної теорії, яка використовується конкурентним відомством для контекстуалізації правових норм, та логіки й цілей правозастосування. Без цього правові норми залишатимуться потенційним інструментом непередбачуваного

правозастосування та зручним інструментом вирішення різного роду проблем, не обов'язково конкурентної природи.

У своїх актах «м'якого права» ЄК приділяє значну увагу поясненню логіки правового регулювання та економічних теорій, які стоять за її правозастосуванням. В АМК є свої аналоги актів «м'якого права» ЄК у формі рекомендаційних роз'яснень та методичних рекомендацій. Хоч АМК й використовує їх для інших сфер конкурентного законодавства, в найбільшій мірі для концентрацій, для цілей АУД він їх використовує в дуже обмеженому вигляді (рекомендаційні роз'яснення № 5-pp від 21.02.2019 [183], видані АМК для пояснення свого правозастосування на фармацевтичних ринках, є одним з небагатьох прикладів), внаслідок чого значна кількість питань, які релевантні для оцінки поведінки СГ на предмет відповідності українському законодавству, яке регулює АУД, лишається «сірою зоною» в силу непокриття їх практикою АМК та судовою практикою. Водночас варто відмітити, що АМК також проводить просвітницьку роботу щодо застосування ЗпЗЕК, зокрема, узагальнює практику ВС та публікує відповіді огляди [184-186], проте ця практика, знову ж таки, не покриває багатьох навіть базових питань ЗпЗЕК.

Відмінності між системою контролю за АУД в ЄС та Україні змушують задуматися чи є українська система ефективною. У зв'язку з цим потрібно окремо зупинитися на проблематиці, яку породжує українська система контролю за УД.

Наявна дозвільна система на УД в Україні викликає формальну необхідність у СГ погоджувати значне коло поведінки з АМК. При цьому самі типові вимоги вживають формулювання, з яких однозначно незрозуміло чи УД потрібно погоджувати з АМК у разі невиконання структурної передумови, чи тільки у разі невиконання поведінкової. Аналіз практики АМК показує, що він не схильний штрафувати СГ за те, що вони не погодили з ним якісь свої УД, якщо ринкові частки СГ, залучених до УД, перевищують встановлені типовими вимогами показники. Аналіз практики АМК дозволяє прийти й до іншого висновку, що АМК не штрафує за неотримання дозволів на УД, коли й поведінкова передумова типових вимог не виконується. Якщо АМК вважає, що було вчинено АУД, він штрафує за АУД, а не за вчинення АУД без дозволу АМК. В ході проведеного автором дослідження рішень,



розміщених на веб-сайті АМК, вдалося виявити лише один випадок, коли АМК в принципі оштрафував за неотримання дозволу на УД, який при цьому стосувався не неотримання дозволу як такого, а неотримання дозволу на продовження строку раніше виданого АМК дозволу (рішення АМК № 231-р від 01.06.2017 [187]).

Стаття 10 Закону передбачає, що з АМК треба погоджувати саме АУД, а не будь-які узгоджені дії. Стаття 50 Закону, в свою чергу, визначає два типи порушень у вигляді АУД (п. 1) і вчинення УД без отримання дозволів АМК чи КМУ (п. 5). Різниця у потенційних розмірах штрафів за ці два типи порушення відрізняється в два рази – до 10 % від доходу за п. 1 ст. 50 та до 5 % за п. 5 ст. 50 Закону. При цьому і в першому, і в другому випадку порушенням по суті є АУД. Відтак незрозуміло, чому за просто АУД розмір максимального штрафу передбачений в два рази вище ніж за ті ж АУД, але без дозволу АМК. Закон не надає жодних пояснень як потрібно розмежовувати між собою просто АУД та АУД без дозволу АМК.

Зазначене вище створює потенційні передумови для застосування різних підходів до різних суб'єктів господарювання за схожих обставин, оскільки міра відповідальності за по суті ідентичні дії може відрізнятись в два рази залежно від технічної кваліфікації порушення. Наявне законодавче регулювання також накладає невизначеність на СГ, оскільки АМК завжди може змінити свою практику та почати штрафувати за формальне порушення у вигляді неотримання дозволів на УД, наприклад, у разі недотримання структурної передумови, передбаченої типовими вимогами. Крім цього всього, в силу недосконалості формулювань Закону та типових вимог в частині встановлення правових засад дозвільної системи на УД, обов'язок отримувати дозволи АМК на УД можливо доволі легко обходити.

Усе зазначене вказує як на неефективність регулювання, так і ставить під сумнів його домірність (пропорційність). Дозвільна система на УД в Україні сформульована так, що поведінка, яка формально підпадає під ст. 6 Закону та не підпадає під виключення, встановлені статтями 7-9 Закону або типовими вимогами, і яка при цьому дозволяє досягнути економічних ефективностей потребує формального погодження АМК. Така система кардинально відрізняється від ЄС, де на УД, які підпадають під ст. 101(1) ДФЄС, у разі, якщо вони дозволяють досягнути

ефективностей, передбачених ст. 101(3) ДФЄС та виконуються всі інші встановлені в ній умови, жодних формальних дозволів не потрібно.

На погляд автора, українська дозвільна система на УД в тому вигляді, в якому вона існує, не несе якогось очевидного позитиву, який би виправдовував її залишення в тому вигляді, в якому вона є. Натомість, ця система (1) накладає додатковий адміністративний тягар на СГ та збільшує трансакційні витрати у зв'язку з необхідністю погоджувати УД з АМК; (2) породжує для СГ правову невизначеність, так як (а) неотримання дозволів на УД є окремим типом порушення ЗпЗЕК, а практики тлумачення та застосування типових вимог в Україні розвинуто не було, що породжує ризик непередбачуваного правозастосування; (б) хоч АМК наразі не схильний штрафувати за неотримання дозволів на УД, якщо певні УД не підпадають під встановлені виключення Закону або типових вимог, він завжди може змінити цей підхід. Таким чином, попри наявну практику, для СГ завжди лишається певний ризик, що неотримання дозволу АМК на УД, наприклад, у випадку перевищення ринкових часток учасниками УД, встановлених у типових вимогах, може бути визнане порушенням п. 5 ст. 50 Закону із штрафом до 5 % річного доходу СГ. Варто зазначити, що вже є принаймні один прецедент, коли АМК почав розслідування поведінки СГ саме на предмет необхідності отримання на вчинені ними УД дозволу АМК. Ця справа має специфічні обставини та стосується фінансування проекту «Північний потік-2» [188]. Ніщо не заважає АМК масштабувати практику оцінки певної поведінки на предмет відповідності п. 5 ст. 50 Закону й на інші випадки.

У зв'язку з усім вищевказаним, наявне регулювання узгоджених дій в Україні в частині дозвільної системи на їхнє вчинення навряд чи відповідає такій складовій верховенства права як домірність (пропорційність) регулювання. Свобода підприємницької діяльності з такою дозвільною системою закінчується там, де дії чи бездіяльність СГ формально підпадають під ст. 6 Закону. В ЄС застосовується більш поміркований та гнучкий підхід, коли свобода підприємницької діяльності закінчується там, де те, що формально підпадає під порушення, не приносить позитивного економічного ефекту. Якщо ж позитивний економічний ефект переважає негативний вплив на конкуренцію, відповідна поведінка вважається допустимою.

Фокус регулювання УД в ЄС зміщений не на формальну оцінку певної поведінки, а на весь економічний та юридичний контекст, в якому вона здійснюється та який вона може породжувати. В Україні наразі немає чітких та однозначних норм, які б дозволяли виключити порушення у формі АУД на тій підставі, що певна поведінка дозволяє досягнути економічних ефективностей, перелічених у ст. 10 Закону, які в дечому повторюють економічні ефективності, передбачені в ст. 101(3) ДФЄС, без формального підтвердження цих ефективностей з боку АМК чи КМУ.

Система контролю за дотриманням ЗпЗЕК в частині АУД та контролю за УД, на погляд автора, потребує системного переосмислення та перегляду. Відповідні пропозиції будуть наведені в підрозділі 2.4.

**Зловживання монопольним (домінуючим) становищем.** Порівняно з АУД, щодо яких існує доволі значний рівень правової невизначеності, в частині ЗМ(Д)С він набагато сильніший. З огляду на те, що в Україні монопольне (домінуюче) становище є допустимим, а недопустимим є зловживанням ним, лише чітке відокремлення зловживання від незловживання дозволяє досягати адекватної та виваженої реалізації конституційних положень, які стосуються державного захисту конкуренції, щодо СГ, які мають монопольне (домінуюче) становище. Якщо держава в особі уповноважених органів втручатиметься у діяльність відповідного СГ та визнаватиме у його певній конкурентній поведінці зловживання, там де його немає, неодмінно порушуватимуться не тільки індивідуальні права цього суб'єкта, а й обмежуватиметься здатність цього суб'єкта правомірно конкурувати. У випадку невтручання держави, коли ЗМ(Д)С є, порушуватимуться права інших осіб та, знову ж таки, конституційні засади державного захисту конкуренції не реалізовуватимуться належним чином. У зв'язку з цим на перший план виходить забезпечення належної реалізації конституційного принципу верховенства права при здійсненні державного контролю за дотриманням СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, конкуренційного законодавства, в аспекті визнання певної поведінки як зловживання вказаним становищем [28, с. 52].

Проблематика забезпечення належної реалізації цього принципу виникає на рівні ст. 13 Закону, яка використовує широкі формулювання та оціночні поняття в

частині визначення підстав для кваліфікації ЗМ(Д)С. Такий підхід сам по собі може не нести проблем, якщо відповідні законодавчі положення належним чином інтерпретовані в правозастосовній практиці. Попри тривалий час існування ст. 13 Закону та доволі активну практику органів АМК із визнання порушень у формі ЗМ(Д)С, перевірку законності відповідних рішень органів АМК господарськими судами, огляд наявної практики, зокрема, судової [184-186] показує, що чітких та однозначних навіть загальних підходів та орієнтирів, за яких певні дії чи бездіяльність СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, з точки зору ЗпЗЕК вважаються правомірними, а коли переходять у ЗМ(Д)С, сформовано не було. Зокрема, це стосується змістовного наповнення такої кваліфікуючої ознаки згаданого вище порушення як «неможливість за умов існування значної конкуренції на ринку» [142, с. 214], зокрема, чого вона стосується: дій чи бездіяльності СГ, чи наслідків, реальних чи потенційних, таких дій чи бездіяльності. Змістовне наповнення вказаної вище кваліфікаційної ознаки має фундаментальне значення для правильного застосування положень ст. 13 Закону, адже відповідно до її частини першої для кваліфікації певних дій чи бездіяльності відповідного СГ як порушення, необхідним є співставлення цих дій/бездіяльності, їх реальних чи потенційних наслідків в існуючому ринковому середовищі, в якому діє СГ, який має монопольне (домінуюче) становище (тобто там, де в силу ст. 12 Закону немає значної конкуренції на ринку), та ринковим середовищем, в якому існує значна конкуренція. Усталеної практики, що потрібно порівнювати з чим при тому чи іншому виді ЗМ(Д)С, не сформовано, що відповідно поглиблює правову невизначеність щодо застосування відповідних правових норм та надає широке поле для найрізноманітніших інтерпретацій [28, с. 53-54]. Продемонструємо це на більш-менш простому прикладі.

Якщо виходити з того, що ЗМ(Д)С має бути притаманна ознака неможливості його вчинення як такого, якби відповідні діяння вчинялися на ринку зі значною конкуренцією, будь-яка відмова СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, від продажу свого товару іншому СГ, мала би вважатися правомірною, оскільки така відмова є цілком можливою і на ринку зі значною конкуренцією. Таким чином, відмова від співпраці, яка очевидно може ущемлювати інтереси іншого СГ,

якому відмовляють у співпраці (недоотримання доходів внаслідок неможливості перепродажу товарів тощо), не може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 13 Закону. Якщо вона не може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 13 Закону, вона не може кваліфікуватися і за ч. 2 ст. 13 Закону, яка перелічуючи перелік діянь, які є ЗМ(Д)С, посилається на термінологічний апарат першої – визначення ЗМ(Д)С. Водночас, ч. 2 ст. 13 Закону прямо передбачає такий вид ЗМ(Д)С як часткова або повна відмова від реалізації товару за відсутності альтернативних джерел придбання (п. 5 ч.2 ст. 13 Закону). Так як вище було витлумачено, що в силу ч. 1 ст. 13 Закону, суб'єкт господарювання повністю вільний у виборі контрагентів, яким він може продавати свій товар, застосування п. 5 ч. 2 ст. 13 Закону неможливе як таке [28, с. 54].

Можливе, наприклад, і альтернативне тлумачення, що ст. 13 Закону дозволяє суб'єкту господарювання відмовляти у співпраці в частині продажу свого товару будь-кому, допоки на ринку існують альтернативні джерела придбання, так як при відсутності таких джерел відмова від продажу товару вважається ЗМ(Д)С (п. 5 ч. 2 ст. 13 Закону). Водночас при такій інтерпретації виникає питання співвідношення ч. 1 та ч. 2 ст. 13 Закону та відповідна суперечність. Низка подальших питань виникає з ускладненням фактичних обставин, зокрема, чи буде ЗМ(Д)С відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 13 Закону, якщо єдиний постачальник на ринку відмовляє у продажу товару дистриб'ютору, який неефективно продає його товар, або ж коли відмовляє у продажу товару СГ, який конкурує з ним на іншому ринку, якщо достеменно знає, що конкурент може використовувати куплений товар на шкоду постачальнику. Кваліфікація відмови від постачання в описаних вище випадках як ЗМ(Д)С, а формально це можливо, обмежувала би здатність постачальника ефективно будувати свою систему постачання або ж захищати свої права від посягань третіх сторін [28, с. 54].

Виходячи із наведеного вище, навіть більш-менш прості фактичні обставини вказують, який простір для різної інтерпретації дають формулювання ст. 13 Закону. Це може призводити до того, що різні суб'єкти можуть використовувати неоднозначність правових норм ст. 13 Закону для власних цілей, зокрема, не обов'язково правомірних [28, с. 54].

У силу того, що органи АМК мають виключні повноваження щодо встановлення ЗМ(Д)С, широку свободу розсуду щодо способів та методів його доведення, як й інтерпретації обставин, СГ фактично дуже обмежений у можливості спрогнозувати як ті чи інші його дії можуть бути оцінені з боку конкурентного відомства. Це особливо актуально для цінових зловживань, коли ЗМ(Д)С вважається як встановлення завищених (вище ринкових) цін, так і за певних умов може вважатися зниження цін, зокрема, коли вони встановлені на рівні, що здатний обмежувати конкуренцію. Так як доведення цінових зловживань передбачає необхідність проведення відповідного економічного аналізу, а вибір його способів та методів, як і інтерпретація результатів, на практиці перебуває у дискреції АМК, межі забороненого та дозволеного в частині цінової поведінки СГ, який займає монопольне (домінуюче) становище, вкрай розмиті, зокрема, у зв'язку з відсутністю сформування у практиці навіть загальних усталених орієнтирів, коли з точки зору ЗпЗЕК ціноутворення є правомірним, а коли неправомірним (зловживанням). Подібне справедливо і щодо інших практик, прямо перелічених у ч. 2 ст. 13 Закону, не говорячи вже про ступінь правової невизначеності, яку породжують формулювання ч. 1 ст. 13 Закону [28, с. 54].

Ступінь правової визначеності впливає на межі свободи СГ у його підприємницькій діяльності. Так як в силу формулювань ст. 13 Закону значний перелік діянь СГ, який має ознаки монопольного (домінуючого) становища, формально підпадають під ознаки порушення, відсутність розуміння за яких обставин такі діяння будуть або принаймні з високою ймовірністю можуть бути кваліфіковані як порушення може негативно впливати, в тому числі, і на здатність такого суб'єкта господарювання ефективно конкурувати [28, с. 55; 142, с. 214-215].

У Аналітичному звіті ЄК рекомендує Україні наблизити своє законодавство в частині визначень «домінуючого становища» та «зловживання домінуючим становищем» до *acquis* ЄС [2], що породжує доцільність дослідити як ці питання регулюються та на практиці застосовуються в ЄС.

**Досвід регулювання та правозастосовної практики ЄС щодо зловживання домінуючим становищем.** В ЄС заборона зловживання домінуючим становищем закріплена в ст. 102 ДФЄС, яка встановлює, що будь-яке зловживання одним або

кількома СГ своїм домінуючим становищем на внутрішньому ринку або на його істотній частині забороняється як несумісне з внутрішнім ринком у тій мірі, в якій воно може вплинути на торгівлю між державами-членами. Стаття 102 ДФЄС наводить перелік поведінки, яка становить зловживання домінуючим становищем: (а) пряме або опосередковане встановлення несправедливих цін купівлі або продажу або інших несправедливих умов торгівлі; (b) обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку на шкоду споживачам; (c) застосування різних умов у еквівалентних правочинах з іншими торговими сторонами, що ставить останніх у не вигідне конкурентне становище; (d) обумовлення укладання договорів прийняттям іншими сторонами додаткових зобов'язань, які за своєю природою або згідно з торгівельними звичаями не пов'язані з предметом цих договорів [157].

ДФЄС не містить ні визначення домінуючого становища, ні зловживання ним. Ці концепти розроблялися судовою практикою в рамках спорів про оскарження рішень ЄК. Базове розуміння «домінування» було сформоване судами в 70-х роках ХХ століття. У судових справах *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* та *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission*, рішення в яких були прийняті в 1978 та 1979 роках відповідно, було сформовано розуміння домінування як становища економічної сили, якою володіє СГ, яка дозволяє йому перешкоджати підтримці ефективної конкуренції на відповідному ринку, надаючи можливість поводитися значною мірою незалежно від своїх конкурентів, клієнтів і, зрештою, споживачів [189; 190]. Наведене визначення застосовується ЄК та Судом ЄС й наразі.

ЄК у повідомленні про свої пріоритети щодо розслідувань поведінки домінуючих суб'єктів господарювання, спрямованих на виключення (2009/С 45/02) [191], з посиланням на відповідну судову практику, вказує, що поняття незалежності пов'язане зі ступенем конкурентного тиску, який чиниться на відповідного СГ. Домінування передбачає, що ці конкурентні обмеження є недостатньо ефективними і, отже, відповідний СГ має значну ринкову владу протягом певного періоду часу. Це означає, що рішення СГ в основному нечутливі до дій і реакції конкурентів, клієнтів і, зрештою, споживачів. Загалом, домінуюче становище виникає внаслідок комбінації кількох факторів, які, взяті окремо, не обов'язково є визначальними. Наприклад, ЄК

зазначає, що ринкова частка може бути першим важливим індикатором наявності домінуючого становища, проте для встановлення домінування має досліджуватися ширший контекст, зокрема, такі чинники як обмеження, які на поведінку СГ накладають наявні конкуренти, ризики експансії наявних конкурентів або входу на ринок нових конкурентів, врівноважуюча влада покупця тощо. У цілому ЄК вказує, що відповідно до її підходів СГ, який здатний прибутково підвищувати ціни вище конкурентного рівня протягом значного періоду часу, не стикається з достатньо ефективними конкурентними обмеженнями і, таким чином, загалом може вважатися домінуючим. Під «прибутковим підвищенням цін» розуміється широке коло параметрів конкуренції, на які СГ, домінування якого під питанням, може впливати на користь собі та на шкоду споживачам – ціни, випуск продукції, інновації, різноманітність чи якість товарів та послуг [191].

Згадані вище документи та позиції стосувалися випадків індивідуального домінування. Стаття 102 ДФЄС, в свою чергу, передбачає можливість домінування і декількох СГ (колективного домінування). Концепт колективного домінування в цілому є одним із найбільш складних в конкуренційному праві. Доктрина колективного домінування в тому вигляді, в якому вона була розроблена в ЄС, передбачає такий тип поведінки декількох економічно незалежних СГ, коли вони не вдаються до УД в розумінні ст. 101 ДФЄС, проте провадять спільну лінію поведінки на ринку, тобто по суті діють як колективний суб'єкт. Можливість колективного домінування зазвичай пов'язують з олігопольними ринками – ринками, на яких наявна невелика кількість гравців зі значними ринковими частками. Олігопольним ринкам зазвичай притаманна схожість організацій бізнесу наявних на ньому суб'єктів, зокрема, схожа структура витрат, взаємозалежність учасників, в силу якої з огляду на теорію ігор та дилему в'язня їм може бути з економічної точки раціональніше провадити спільну лінію поведінки. Наприклад, на олігопольних ринках може мати місце ситуація, коли у відповідь на підвищення цін з боку одного учасника ринку, зниження своїх цін іншим у відповідь для здобуття більшої ринкової частки, може вилитися у цінову війну. При ціновій війні здобута економічна вигода для обох СГ



може бути менша порівняно із ситуацією, коли у відповідь на підвищення ціни першим СГ інший не здійснював би зниження своєї ціни.

Як зазначає Л. Гормсен, визначення колективного домінування за ст. 102 ДФЄС було вперше прийнято Загальним Судом (раніше – Суд першої інстанції) в справі *Italian Flat Glass* в 1992 році [192]. У цій справі Загальний Суд вказав, що концепт суб'єкта господарювання, передбачений в ст. [101 та 102 ДФЄС], позначає економічну одиницю. Два або більше СГ можуть займати домінуюче становище в розумінні ст. 102 ДФЄС, якщо дві або більше незалежні економічні одиниці на певному ринку об'єднані економічними зв'язками і, в силу цього факту, разом займають домінуюче становище по відношенню до інших операторів на цьому ринку. Це може мати місце, наприклад, коли два чи більше незалежних СГ спільно мають, через угоди чи ліцензії, технологічну перевагу, що надає їм владу поводитися значною мірою незалежно від своїх конкурентів, клієнтів і, зрештою, споживачів [193]. Роз'яснення концепту колективного домінування було в подальшому надано Судом Справедливості у справі *Compagnie Maritime Belge*, рішення у якій було прийнято у 2000 році. У цій справі суд вказав, що домінуюче становище можуть займати дві або більше економічні одиниці, юридично незалежні один від одного, за умови, що з економічної точки зору вони представляють себе або діють разом на певному ринку як колективна одиниця [194]. Концепт колективного домінування в подальшому розвивався в інших судових справах, в основному пов'язаних із концентраціями. У справі *Airtours* був сформульований трискладовий текст для встановлення колективного домінування, який потім був підтверджений Судом Справедливості у справі *Impala II* [192]. Обидві справи вище стосувалися концентрацій. Трискладовий текст для визначення колективного домінування полягає в такому: (1) кожен з СГ – учасників домінуючої олігополії, повинен мати можливість знати як поведуть себе інші учасники аби відстежувати чи провадять вони спільну політику, тобто має бути достатній рівень прозорості ринку для всіх учасників домінуючої олігополії, аби могли отримувати інформацію, достатньо точно та швидко, як розвивається ринкова поведінка інших учасників; (2) ситуація мовчазної координації має бути стійкою у часі, тобто мають бути адекватні запобіжники аби забезпечити наявність довгострокових стимулів не

ухилитися від спільної політики на ринку; (3) передбачувана реакція фактичних або потенційних конкурентів і споживачів не повинна ставити під загрозу результати спільної політики [195; 196]. Як зазначає Л. Гормсен, рішення Загального Суду у справі *Laurent Piau v Commission* [197] дало зрозуміти, що оцінка колективного домінування для цілей концентрації та для цілей ст. 102 ДФЄС має здійснюватися на тих же принципах [192]. Різні деталі застосування трискладового тесту з боку ЄК, з посиланням на іншу релевантну судову практику, пояснюються ЄК, зокрема, в її Керівних настановах щодо встановлення значної ринкової влади на ринках електрокомунікаційних мереж та послуг (2018/C 159/01) [198].

Відповідно до підходів, застосованих в ЄС, зайняття домінуючого становища не є порушенням. Порушенням є зловживання ним. Концепт зловживання домінуючим становищем також розвивався в судових спорах між ЄК та суб'єктами господарювання. Класичне формулювання зловживання можна знайти у вже згадуваній вище справі *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission*: зловживання – це об'єктивне поняття, що пов'язано з поведінкою СГ, який займає домінуюче становище, яка спрямована на вплив на структуру ринку, на якому, в силу самої наявності відповідного СГ, рівень конкуренції ослаблений, і яка, через звернення до методів, відмінних від тих, що обмовлюють звичайну конкуренцію щодо продукції або послуг на основі транзакцій комерційних операторів, має ефект перешкоджання підтриманню рівня конкуренції, досі існуючої на ринку, або зростанню цієї конкуренції [190]. Схоже визначення було застосоване в пізніших справах, наприклад, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities* (1983) [199], *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities* (1991) [200], *Tomra Systems ASA and Others v European Commission* (2012) [201].

У цілому застосовний в ЄС підхід такий, що СГ, який займає домінуюче становище, може вільно конкурувати з іншими, водночас на нього, в силу його становища, покладається спеціальна відповідальність не дозволяти своїй поведінці ослаблювати справжню, неспотворену конкуренцію на внутрішньому ринку (наприклад, п. 135 рішення Суду Справедливості у справі *Intel Corp. v European Commission* [202] та наведена в ньому інша судова практика). Експерти відомої міжнародної фірми

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, з посиланням на відповідну практику Суду ЄС, вказують, що в ЄС не кожна поведінка, яка негативно впливає на конкурентів, є антиконкурентною, так як конкуренція по суті (on the merits) може призводити до залишення ринку або маргіналізації менш ефективних конкурентів. Правила конкуренції ЄС, в свою чергу, не направлені на те, щоб конкуренти, які є менш ефективними, ніж домінуючий СГ, залишалися на ринку. Найскладнішим питанням в частині кваліфікації поведінки домінуючого СГ як зловживання є, таким чином, розрізнення зловживання від сильної конкуренції. Правозастосовною практикою в ЄС було вироблено підходи щодо того яка поведінка вважається зловживанням за своєю природою (наприклад, ексклюзивні угоди), щодо якої відповідно діє презумпція неправомірності. Водночас, навіть в таких випадках, якщо СГ подає докази, що його поведінка нездатна обмежувати конкуренцію, ЄК має оцінювати всі обставини аби вирішити чи поведінка є зловживанням. Також правозастосовна практика сформувала стандарт, що навіть, якщо певна поведінка продукує ефекти виключення з ринку, Комісія (чи Суд ЄС) мають визначити чи ці ефекти можуть бути контр-збалансовані чи переважені перевагами в частині ефективності, які приносять користь також споживачу. За рамками поведінки, щодо якої практикою розроблена презумпція неправомірності (зловживання), ЄК має проводити повноцінний аналіз ефектів цієї поведінки, аналізуючи всі обставини та контекст [203].

У цілому розрізняють два типи зловживань домінуючим становищем (1) виключні (exclusionary), спрямовані на витіснення конкурентів з ринку, та (2) експлуатуючі (exploitative), спрямовані на отримання ренти зі свого становища, наприклад, встановлення монопольно високих цін. Аналіз практики ЄК вказує, що вона більше фокусується на першому типі, так як він більш небезпечний для конкуренції, оскільки посягає на її структуру. Справи щодо другого типу зловживання набагато рідше зустрічаються в правозастосовній практиці на рівні ЄС. Рішення щодо встановлення зловживання індивідуальним домінуючим становищем, в свою чергу, набагато частіше зустрічаються ніж про зловживання колективним.

Як і у випадку з АУД, в частині зловживання домінуючим становищем ЄК також застосовує практику видання актів «м'якого права», хоча і менш активно. Зокрема, у

2009 році було оприлюднене вже згадуване повідомлення ЄК щодо пріоритетів у розслідуванні справ, які пов'язані із виключними зловживаннями [191], в якому ЄК пояснила свої пріоритети щодо розслідувань справ щодо зловживання домінуючим становищем та загальні правові й економічні підходи, які нею застосовуватимуться при оцінці певної поведінки на предмет наявності порушення в частині різних практик: ексклюзивного постачання, пов'язування товарів, відмови від постачання, умовних знижок, «хижацького» ціноутворення, обмеження маржинальності (margin squeeze) тощо. У березні 2023 року вказане вище повідомлення було оновлене виходячи із розвитку правозастосовної практики на рівні ЄС [204]. У березні 2023 ЄК також оголосила ініціативу викласти підходи щодо розслідування справ, пов'язаних зі зловживанням домінуючим становищем, на рівні керівних настанов [205] за прикладом узгоджених дій.

Таким чином, як в ЄС, так і в Україні встановлення монопольного (домінуючого) становища передбачає встановлення такого рівня потужності СГ, яке надає йому можливість поводитися на ринку незалежно від зовнішніх чинників (конкурентів, контрагентів, споживачів). Україна пішла шляхом детального врегулювання критеріїв монопольного (домінуючого) становища на рівні законодавства, тим часом як в ЄС ці критерії формувалися практикою.

Принциповою є відмінність між визначенням зловживання монопольного (домінуючого) становища в Законі та визначенням зловживання домінуючим становищем, яке було сформоване Судом ЄС. Останнє більше тяжіє до реального стану речей, коли визнається, що конкуренція на тому ринку, на якому діє домінуючий суб'єкт, вже обмежена, і оцінка зловживання домінуючим становищем здійснюється через аналіз чи вдавався СГ до методів, які не притаманні звичайній конкуренції на основі транзакцій комерційних операторів. Таким чином, зловживання може бути визнаним тоді, коли СГ вдавався до методів, які відрізняються від тих, які можна було б очікувати при конкуренції по суті на основі власних досягнень. При цьому, основне спеціальне зобов'язання, яке покладається на домінуючого СГ – не перешкоджати підтриманню рівня конкуренції, досі існуючої на ринку, або її зростанню. Домінуючий СГ може на рівних конкурувати з іншими гравцями на ринку і якщо він

їх витісняє в силу своєї більшої ефективності, такі дії не становлять зловживання. При цьому Суд ЄС поклав на ЄК зобов'язання враховувати весь контекст, в якому оперує домінуючий суб'єкт. Таким чином, в ЄС застосовується доволі приземлений і, на думку автора, правильний, підхід, коли визнається, що домінуючий СГ може конкурувати по суті з іншими, в його свободу договору, підприємницької діяльності та конкуренції ЄК має втручатися тоді, коли СГ вдається до методів, які важко пояснити конкуренцією по суті.

В Україні ж встановлення ЗМ(Д)С передбачає застосування аналітичних конструктів шляхом оцінки чи була б певна поведінка СГ можливою, якби він зазнавав значної конкуренції. Аналіз відсутності чи наявності порушення будується не на оцінці реального стану речей на тому чи іншому ринку, а шляхом введення в цей аналіз припущень як би мав чи міг поводитися СГ, якби ринок, на якому він оперує, був би не таким як він є, а зі значною конкуренцією. При цьому правозастосовною практикою за весь час існування Закону не було сформовано навіть загальних критеріїв, за яких можна відрізнити правомірну поведінку СГ від неправомірної (зловживання), що надає органам АМК широку дискрецію при їхній оцінці, і породжує значну правову невизначеність. «Неможливість за умов значної конкуренції», в свою чергу, є «каучуковим» поняттям, щодо якого правозастосовною практикою також не було розроблено усталених підходів щодо інтерпретації.

Спільним в українському регулюванні ЗМ(Д)С та правозастосовній практиці з підходами в ЄС є те, що об'єктивна виправданість певної поведінки СГ виключає встановлення зловживання монопольним (домінуючим) становищем. «Об'єктивна виправданість» частково проглядається в ст. 13 Закону тільки в частині певних кваліфікацій, хоча аналіз практики вказує, що при розгляді справ органами АМК та відповідних судових спорів «об'єктивна виправданість» має ширше застосування.

Іншою відмінністю правозастосування в Україні та ЄС, є те, що українське конкурентне відомство переважно фокусується на «експлуатаційних» зловживаннях, тим часом як ЄК фокусується на «виключних». Українська практика в частині «виключних» зловживань значно недорозвинена, що лишає багато сірих зон в частині того, як відповідна поведінка СГ могла би бути оцінена АМК і як вона буде оцінена.

Як ЄК, так і АМК фокусуються скоріше на зловживанні індивідуальним, ніж колективним монопольним (домінуючим) становищем. Якщо Суд ЄС сформував загальні підходи як встановити наявність колективного домінуючого становища, в Україні подібні підходи не сформовані.

Зловживання монопольним (домінуючим) становищем є в цілому найтяжчим для доведення порушенням конкурентного законодавства, так як воно, по-перше, вимагає встановлення наявності монопольного (домінуючого) становища, а, по-друге, зловживання ним. Обидва елементи потребують серйозного економічного та юридичного аналізу. Так як відповідно до Закону в процес доведення порушення на певному етапі втручаються оціночні поняття та припущення, встановлення цього типу порушення передбачає значні ризики невинуватого та непропорційного втручання конкурентного відомства в господарську діяльність СГ. Відповідно постає питання забезпечення правової визначеності в тій мірі, в якій це можна зробити, так як кожна справа про ЗМ(Д)С глибоко індивідуальна.

**(в) суперечності між українським законодавством, яке регулює перелік недопустимої з точки зору конкуренції поведінки.** Аналіз положень Закону, Закону про недобросовісну конкуренцію та ГК вказує на те, що вони регулюють одні й ті ж речі, при цьому регулюють їх по-різному. При цьому дублювання регулювання притаманне і загальним питанням щодо розподілу обов'язків у сфері захисту конкуренції між різними органами влади та ОМС, так і визначенню переліку недопустимої поведінки.

До прикладу, і Закон, і ГК регулюють питання визначення монопольного (домінуючого) становища (ст. 12 Закону, ст. 27 ГК) і зловживання ним (ст. 13 Закону, ст. 29 ГК). Відповідно до обох законів монопольним (ГК) і монопольним (домінуючим) (Закон) є становище суб'єкта господарювання. При цьому саме визначення суб'єкта господарювання в Законі (ст. 1) і в ГК (ст. 55) відрізняється між собою. Відрізняються і підстави для визначення монопольного (ГК) та монопольного (домінуючого) становища (Закон). Відповідно до ч. 2 ст. 27 ГК монопольним є становище СГ, ринкова частка якого перевищує розмір, встановлений законом [11]. Згідно ж з ст. 12 Закону ринкова частка сама по собі не є визначальною ознакою

наявності монопольного (домінуючого) становища, вона породжує лише спростовну презумпцію його наявності. Визначальним для встановлення такого становища відповідно до Закону є відсутність «значної» конкуренції на ринку. Відрізняється між собою і перелік поведінки, яка вважається зловживанням монопольним (ст. 29 ГК) і монопольним (домінуючим) становищем (ст. 13 Закону). При цьому, якщо Закон пояснює, що таке зловживання монопольним (домінуючим) становищем, ГК не містить жодних пояснень.

Стаття 30 ГК встановлює, що неправомірними угодами між СГ визнаються угоди або погоджені дії, які мають наведену в цій статті спрямованість. Перелік форматів взаємодії між СГ, які вважаються узгодженими діями в розумінні Закону (ст. 5) та які, як наслідок, можуть бути визнані АУД (ст. 6 Закону), ширший порівняно з ГК та включає, зокрема, прийняття рішень об'єднаннями та створення СГ, метою або ж наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки, окреслена у ст. 5 Закону. Відмінність у визначенні суб'єктів господарювання для цілей Закону та ГК також релевантна.

Визначення недобросовісної конкуренції в однойменному Законі та в ГК також відрізняються. В першому недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у *господарській* діяльності [33], тобто як у підприємницькій, так і некомерційній, в ГК – будь-які дії у конкуренції, що суперечать *правилам*, торговим та іншим чесним звичаям у *підприємницькій* діяльності [11]. Перелік конкретних прикладів недобросовісної конкуренції у ГК (статті 33-36) практично дослівно дублюється з відповідними положеннями Закону про недобросовісну конкуренцію (Глави 2-4).

Закон, ГК та Закон про захист від недобросовісної конкуренції кожен містить своє окреме регулювання, частиною якого законодавства вони є. Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону законодавство про захист економічної конкуренції ґрунтується на нормах, встановлених Конституцією, і складається із Закону, Закону про АМК, Закону про недобросовісну конкуренцію, інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів [23]. Згідно зі ст. 3 Закону про недобросовісну конкуренцію відносини, пов'язані з захистом від недобросовісної конкуренції, регулюються цим

законом, Законом, Законом про АМК, Паризькою конвенцією, міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надано ВРУ, іншими актами законодавства, виданими на підставі законів чи постанов ВРУ [33]. Відповідно до ч. 4 ст. 18 ГК правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються ГК та іншими законами [11]. Для позначення вказаних правил та норм ГК використовує такий термінологічний апарат як «антимонопольно-конкурентне законодавство». Відповідно до ч. 1 ст. 40 ГК державний контроль за дотриманням антимонопольно-конкурентного законодавства, захист інтересів підприємців і споживачів від його порушень здійснюються АМК відповідно до його повноважень, визначених законом. Згідно з ч. 6 цієї ж статті АМК та його тервідділення у встановленому законом порядку розглядають справи про недобросовісну конкуренцію та інші справи щодо порушення антимонопольно-конкурентного законодавства, передбачені законом. Стаття 41 ГК, яка має назву «Антимонопольно-конкурентне законодавство» вказує, що законодавство, що регулює відносини, які виникають у зв'язку з недобросовісною конкуренцією, обмеженням та попередженням монополізму у господарській діяльності, складається з ГК, Закону про АМК, інших законодавчих актів (ч. 1 ст. 41) [11].

Аналіз рішень АМК вказує, що в частині виконання його функцій щодо контролю за дотримання ЗпЗЕК він тяжіє кваліфікувати певну неправомірну поведінку виключно на підставі норм Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію і не застосовувати кваліфікацію порушень, передбачених в ГК, в принципі. У публічних джерелах наявні коментарі АМК щодо проєкту Закону № 4164 [206], які проливають світло на те, як АМК ставиться до можливості прямого застосування положень ГК зі свого боку. У своїх коментарях АМК посилається на положення ч. 1 ст. 5 Закону про АМК, відповідно до якої АМК здійснює свою діяльність відповідно до Конституції, Закону, Закону про недобросовісну конкуренцію, Закону «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», Закону про АМК, інших законів та нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів, та ч. 4 ст. 5 Закону про АМК, згідно з якою у Законі про АМК термін «законодавство про захист економічної конкуренції» розуміється у значенні,



визначеному ст. 3 Закону [12]. АМК вказує, що ГК, Закон «Про природні монополії» не віднесені до ЗпЗЕК згідно зі ст. 3 Закону, у зв'язку з чим АМК не може здійснювати державного контролю за їх дотриманням [206]. Тобто, хоча ГК і прямо передбачає, що державний контроль за дотриманням антимонопольно-конкурентного законодавства здійснюються АМК, використання ГК та Законом різного термінологічного апарату в частині визначень законодавства, до якого кожен з них відноситься, та зазначені вище положення Закону про АМК, відповідно до яких АМК уповноважений застосовувати ЗпЗЕК в розумінні, визначеному Законом, породжує ситуацію, що норми ГК, зокрема, і в частині визнання порушень правил конкуренції, виокремлених ГК, практично не реалізуються на практиці. Значна частина коментарів АМК у згаданому вище документі стосується пропозицій щодо приведення положень ГК у відповідність із положеннями Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію в частині регулювання ідентичних питань [206].

ГК в цілому не має належного рівня деталізації його положень, аби вони могли застосовувалися напряду органами АМК. ГК встановлює певні загальні рамки, водночас в частині порядку їх реалізації відсилає до законів, а ці закони встановлюють, що ГК не відноситься до законодавства, частиною якого ці закони є. Таким чином, в чотирикутнику Закон про АМК – Закон – Закон про недобросовісну конкуренцію – ГК є суттєві суперечності, які навряд можна назвати задовільними з точки зору такого елементу верховенства права як якість закону.

### **2.3. Проблематика інституційного механізму державного захисту конкуренції в Україні**

На основі проведеного дослідження автор виділяє дві системні проблеми, які притаманні інституційному механізму державного захисту конкуренції в Україні в аспекті належної реалізації принципу верховенства права та інших конституційних положень: (а) відсутність чіткого врегулювання повноважень різних органів, які залучаються до процесу захисту конкуренції, та порядку їхньої взаємодії, та (2) співвідношення повноважень між органами АМК та господарськими судами в частині

застосування ЗпЗЕК, зокрема, й в частині меж контролю останніми за правомірністю рішень перших. Зупинимось на окремих їх аспектах.

**(1) Відсутність чіткого врегулювання повноважень різних органів, які залучаються до процесу захисту конкуренції, та порядку їхньої взаємодії.** Чітке врегулювання повноважень різних органів, які залучаються до процесу захисту конкуренції, є необхідним елементом принципу верховенства права, так як дозволяє досягнути прогнозованості правозастосування. Чітке врегулювання повноважень з огляду на ст. 19 Конституції також важливе для забезпечення уникнення проявів сваволі та ефективного функціонування системи захисту конкуренції, так як зворотнім боком відсутності такого врегулювання є те, що певними питаннями, повноваження щодо яких чітко не визначено, не буде займатися ніхто.

В українському законодавстві існує низка суперечностей та неузгодженостей в цій частині. Наприклад, Закон про АМК наділяє його повноваженнями розглядати справи про адміністративні правопорушення, приймати постанови, перевіряти їхню законність та обґрунтованість (ст. 7 Закону про АМК [12]). Ці повноваження АМК вступають в суперечність з положеннями КУпАП, згідно з яким повноваження розглядати справи про адміністративні правопорушення конкуренційної спрямованості (статті 164<sup>3</sup>, 166<sup>1</sup>, 166<sup>2</sup>, 166<sup>3</sup>, 166<sup>4</sup>, 166<sup>18</sup> КУпАП) покладено на суддів районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів (ст. 221 КУпАП [132]). Відповідно до КУпАП АМК може тільки складати протоколи про ці адміністративні правопорушення. На погляд автора, не зовсім логічним видається надання органам Національної поліції повноваження складати протоколи по такому адміністративному правопорушенню як примушування до АУД (ст. 166<sup>18</sup> КУпАП), коли повноваження по складенню адміністративних протоколів по всім іншим порушенням конкуренційної спрямованості надано органам АМК, а АУД, як й примушування до АУД є сферою контролю АМК відповідно до Закону.

Іншим проблемним питанням українського законодавства є врегулювання порядку формування та призначення керівного складу АМК. АМК є органом, який наділений серйозними повноваженнями, від запитування практично будь-якої інформації у суб'єктів господарювання під ризиком штрафів до 1 % доходу суб'єкта

господарювання за рік, проведення позапланових перевірок, за перешкоджання в проведенні яких передбачена ідентична відповідальність, до накладення штрафів до 10 % річного доходу СГ за АУД, ЗМ(Д)С та певні інші порушення, разом із можливістю впливати на підприємницьку діяльність СГ шляхом прийняття рішень про зобов'язання вчиняти певні дії аж до кардинальних заходів у вигляді примусового поділу. При цьому АМК сам розслідує порушення, сам підтримує обвинувачення та сам приймає рішення у справі. У зв'язку з цим до АМК мають ставитися підвищені вимоги щодо об'єктивності та неупередженості його розслідувань та рішень, пропорційності здійснюваних заходів, як і незалежність від будь-якого, в тому числі, політичного, впливу. АМК має керуватися у своїй діяльності виключно міркуваннями захисту та розвитку економічної конкуренції. Чітке регулювання порядку формування керівного складу АМК та його зміни є важливим питанням в частині забезпечення розумного балансу влад, аби функціонал АМК не використовувався для вирішення політичних чи інших задач, які важко пояснити зазначеними міркуваннями захисту та розвитку економічної конкуренції.

Відповідно до ст. 19 Закону про АМК при здійсненні своїх повноважень у сфері контролю за дотриманням ЗпЗЕК, контролю за УД, концентрацією органи та посадові особи АМК та його тервідділень керуються лише ЗпЗЕК і є незалежними від ОДВ, ОМС, їх посадових осіб та суб'єктів господарювання, політичних партій, інших об'єднань громадян чи їх органів. У той же час, відповідно до ст. 2 Закону про АМК, АМК підконтрольний Президенту [12]. Українське законодавство в цілому не встановлює в чому саме полягає така «підконтрольність».

Відповідно до Конституції повноваження щодо призначення Голови АМК за поданням Прем'єр-міністра та звільнення відповідної особи з посади надано ВРУ [7]. Згідно зі ч. 1 ст. 9 Закону про АМК Голова АМК призначається на посаду та звільняється з посади Президентом за згодою ВРУ [12].

Відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону про АМК перший заступник і заступник Голови АМК з числа ДУ призначаються на посади за поданням Прем'єр-міністра та звільняються з посад Президентом. Прем'єр-міністр України вносить на розгляд Президента подання про призначення на посади першого заступника і заступника

Голови АМК відповідно до пропозицій Голови АМК [12]. Відповідно ж до Закону «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 (далі – «Закон про ЦОВВ»), яким АМК віднесений до центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом, заступники Голови АМК призначаються на посади та звільняються з посад КМУ за поданням Прем'єр-міністра [207].

Зазначене вище навряд чи можна назвати однозначним регулювання порядку призначення та звільнення керівного складу АМК, коли Закон про АМК в частині призначення Голови АМК суперечить Конституції, а в частині призначення та звільнення заступників Голови АМК – Закону про ЦОВВ. При цьому останній ще й вказує, що його положення поширюються на АМК, крім випадків, коли Конституцією та законами України визначені інші особливості організації та порядку його діяльності, у зв'язку з чим виникають закономірні питання для чого регулювати питання АМК в Законі про ЦОВВ і регулювати їх по-іншому порівняно із Законом про АМК, так і як ці два закони взагалі між собою співвідносяться в частині регулювання одних і тих же питань.

***(2) Проблематика розподілу повноважень між органами АМК та господарськими судами в частині державного захисту конкуренції та меж судового контролю за рішеннями органів АМК***

***(а) Повноваження господарських судів безпосередньо встановлювати порушення законодавства про захист економічної конкуренції.*** У попередньому підрозділі неодноразово зазначалося про відсутність формування правозастосовною практикою усталених підходів навіть щодо базових питань застосування ЗпЗЕК за більше ніж 20 років існування Закону. На переконання автора, основною причиною цього є інституційний дизайн державного захисту конкуренції, коли ст. 7 Закону про АМК органи АМК наділяються певними виключними повноваженнями, які можна охарактеризувати як «монополія на антимонополію», а суди, як показує їхня практика, здійснюють виключно контроль за легальністю рішень цих органів та безпосередньо не встановлюють порушення ЗпЗЕК в рамках приватно-правових спорів про стягнення шкоди, визнання правочинів недійсними тощо. Це значно стримує розвиток правозастосовної практики, адже виключає інше альтернативне

джерело її формування окрім як практики органів АМК. Цей інституційний дизайн породжує і ширшу проблему доступу до правосуддя та ефективного захисту прав та законних інтересів судом. Тому доцільно на цій проблематиці зупинитися.

*По-перше*, наявна система державного захисту конкуренції містить суттєві перешкоди в частині ефективного та своєчасного справляння правосуддя, якщо питання, яке виноситься на розгляд суду, стосується встановлення порушення ЗпЗЕК.

Способи захисту законних прав та інтересів судом встановлені в ст. 16 ЦК та ст. 20 ГК. Одним з найбільш дієвих способів захисту є відшкодування шкоди. Одним із елементів, який суд має встановити у спорах про відшкодування завданої шкоди, є вчинення протиправної поведінки. І Закон (ст. 55), і Закон про недобросовісну конкуренцію (ст. 24) містять окремі норми про відшкодування завданої порушенням цих законів шкоди, для отримання чого особа, якій було завдано шкоди, має звернутися до господарського суду із позовом про її відшкодування. У силу положень ст. 7 Закону щодо виключних повноважень АМК усталена судова практика є такою: щоб відшкодувати шкоду, завдану порушенням ЗпЗЕК, особи, яким її було завдано, мають спочатку отримати рішення органу АМК про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК (наприклад, постанова ВС від 03.07.2018 у справі № 910/4425/16 [208]).

Таким чином, щоб добитися відшкодування шкоди, завданої порушенням ЗпЗЕК, в судовому порядку, потрібно, щоб орган АМК відкрив справу про порушення, здійснив її розслідування, зібрав докази порушення та прийняв рішення про визнання вчинення порушення. Вже на цьому етапі, з огляду на процесуальні особливості розгляду справ органами АМК може виникати низка перешкод для особи, яка хоче стягнути шкоду. По-перше, АМК, який має широку дискрецію в тому які справи розслідувати, а які – ні, може просто не пропустити заяву про порушення через процесуальні фільтри, встановлені Законом та Правилами розгляду справ, внаслідок чого заява особи про порушення її прав не перетвориться у справу АМК про порушення ЗпЗЕК. Аби добитися все-таки відкриття справи про порушення з боку АМК у випадку його необґрунтованої відмови у її відкритті, заявник має оскаржувати відмову АМК у відкритті справи (залишення заяви без розгляду) до господарського суду. Зважаючи на розподіл повноважень між АМК та судами, господарський суд не

може зобов'язати АМК розпочати розгляд справи про порушення ЗпЗЕК, а може тільки його зобов'язати розглянути подану заяву про порушення відповідно до положень законодавства (див., наприклад, рішення Господарського суду міста Києва (далі – «ГСМК») від 21.12.2021 у справі № 910/13222/21 [209], підтримане ВС (постанова від 19.01.2023 [210]). Тому, якщо АМК знову відмовить у відкритті справи, цю відмову потрібно знову оскаржувати до господарського суду. Якщо АМК або ж відразу, або ж після оскарження його рішення про залишення заяви без розгляду, відкрив справу про порушення і почав її розгляд, така справа може розглядатися невизначений строк, адже строки розгляду справи законодавчо (з моменту прийняття Закону і досі) жодним чином не обмежені<sup>8</sup>. В АМК є прецеденти, коли він розглядав справи про порушення ЗпЗЕК більше п'яти років (див., наприклад, рішення АМК у справах *ГСК* та *Ново Нордіск*). При цьому, результати розгляду також непередбачувані. У найкращому для заявника випадку АМК оперативно прийме рішення про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК і на це рішення можна буде покладатися для формування позову про стягнення шкоди, завданої цим порушенням. При несприятливому для заявника розвитку подій, коли АМК закрий справу без прийняття рішення про визнання вчинення порушення, аби відкрити собі дорогу для відшкодування шкоди у судовому порядку, заявник має оскаржувати рішення АМК про закриття справи до господарського суду. Навіть, якщо заявник у справі АМК зможе таке рішення АМК успішно оскаржити, господарський суд, виходячи із наявної практики, може тільки визнати рішення АМК недійсним та не може встановити наявності порушення замість АМК. Тому наслідком рішення суду про визнання рішення АМК недійсним буде фактично повернення до початкового стану. АМК, який первинно прийшов до висновків, що порушення немає, може і при «новому» розгляді справи прийти до ідентичних висновків. У такому випадку рішення АМК потрібно знову оскаржувати до господарського суду.

---

<sup>8</sup> З 01.01.2024 (дата набрання Законом № 3295-IX чинності) ця ситуація зміниться і орган АМК повинен буде прийняти рішення у справі про порушення протягом розумного строку, але не більше трьох років з дати початку розгляду справи, цей строк може за обґрунтованих підстав бути продовжено органом АМК сукупно до п'яти років. Водночас справи про порушення ЗпЗЕК, розгляд яких розпочато до 01.01.2024, можуть продовжуватимуть розглядатися органами АМК протягом невизначеного строку

Якщо ж АМК приймає рішення при визнанні вчинення порушення ЗпЗЕК, тобто для заявника складається найсприятливіша картина в частині перспектив стягнення шкоди в судовому порядку, СГ, в діях чи бездіяльності якого було визнано порушення, може оскаржити відповідне рішення АМК до господарського суду. Заявник у справі АМК, якому порушенням ЗпЗЕК було завдано шкоди, має дочекатися вирішення господарськими судами спору про визнання рішення АМК про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК недійсним за відповідним позовом СГ, в поведінці якого АМК встановив порушення. Тільки після цього господарський суд почне розглядати вимоги про відшкодування шкоди по суті, оскільки вони перебувають в прямій залежності від юридичної сили рішення АМК про визнання вчинення порушення.

З наведеного вище досить яскраво вбачається який непростий шлях потрібно пройти особі, яка зазнала шкоди внаслідок порушення ЗпЗЕК, аби захистити своє порушене право. Якщо додати до цього, що в процесі розгляду відповідних справ як органом АМК, так і судами, в учасників відповідних справ є різноманітні процесуальні інструменти, аби затягувати як адміністративну процедуру органу АМК, так і судові процеси, не забуваючи про трьохінстанційну побудову української системи правосуддя та потенційну можливість направлення судової справи на новий розгляд, можна зрозуміти, що стягнення шкоди, спричиненої порушенням ЗпЗЕК є задачею, м'яко кажучи, не з легких. Однією з найбільш гучних успішних справ про стягнення шкоди, заподіяної порушенням ЗпЗЕК, є спір між ТОВ «СП «Нібулон» та ПАТ «Українська залізниця», за результатами якого першому вдалося стягнути з останньої шкоду, спричинену зловживанням монопольним (домінуючим) становищем з боку Державної адміністрації залізничного транспорту України, в розмірі 120 млн грн. Весь процес відшкодування шкоди, з урахуванням строків розгляду справи АМК, перегляду АМК свого рішення, супутніх судових процесів щодо оскарження рішення АМК, прийнятого за результатами перегляду, та, власне, відшкодування шкоди тривав понад шість років з моменту звернення ТОВ «СП «Нібулон» до АМК із заявою про порушення в травні 2012 року [211] і до моменту, коли ВС прийняв фінальне рішення щодо позову ТОВ «СП «Нібулон» про стягнення шкоди в липні 2018 року.

З огляду на складність процесу стягнення шкоди, спричиненої порушенням ЗпЗЕК, на практиці ці позови не дуже поширені. При цьому закордонний досвід показує, що ймовірність позовів про стягнення шкоди, спричинених порушенням конкурентного законодавства, може бути навіть більшим запобіжником від його вчинення ніж штраф конкурентного відомства. В ЄС, наприклад, протягом останніх років проводиться робота, аби створити сприятливі умови для ефективного приватного правозастосування конкурентного законодавства через звернення до національних судів, які, нагадаємо, можуть встановлювати порушення ст. 101 та 102 ДФЄС безпосередньо в рамках приватно-правових спорів. У рамках цієї роботи в 2014 році було прийнято Директиву 2014/104/ЄС від 26.11.2014 [212], яка врегульовує різні питання стягнення шкоди, спричиненої порушеннями конкурентного законодавства в національних судах держав-членів ЄС. У її продовження ЄК видала низку актів «м'якого права», в тому числі, практичне керівництво щодо обрахунку шкоди [213].

Інституційний дизайн державного захисту конкуренції в Україні з монополією АМК на антимонополію не надає особам, чиї права були порушені порушенням ЗпЗЕК, можливості оперативного та ефективного судового захисту цих прав, оскільки не дозволяє безпосередньо звернутися до суду, а вимагає проходження етапу з адміністративною процедурою органу АМК.

*По-друге*, цей інституційний дизайн стримує й розвиток правозастосовної практики, оскільки обмежує її формування тільки тими справами, які органи АМК зацікавлені розслідувати. Якби суди безпосередньо встановлювали порушення ЗпЗЕК в рамках приватно-правових спорів на підставі наданих доказів, з високою ймовірністю рівень покриття правозастосовною практикою різного роду питань застосування ЗпЗЕК був би значно вищим.

*По-третє*, інституційний дизайн державного захисту конкуренції в Україні, крім того, що ускладнює захист порушених прав судом, може й породжувати ситуації, коли захист цих прав не буде забезпечений в принципі, якщо орган АМК не бачитиме підстав розглядати відповідну заяву про порушення ЗпЗЕК або не хотітиме цього робити, так як матиме інші пріоритети.



Нещодавно прийнятий Закон № 3295-ІХ, крім того, що не вирішує описану вище проблему, може її тільки загострити. Цей закон уточнює наявні положення ст. 36 Закону таким чином, що органи АМК мають право не розпочинати розгляд справи, якщо дії чи бездіяльність, що містять ознаки порушення ЗпЗЕК, не справляють (не можуть справляти) відчутного впливу на умови конкуренції на ринку [3]. Тобто АМК надана можливість обирати справи та займатися тільки тими, які мають відчутний вплив на конкуренцію, що в цілому й логічно, оскільки призначенням АМК є публічне правозастосування, тобто фокусування на питаннях, які становлять публічний інтерес. Конфлікти між двома приватними суб'єктами на тій підставі, що права та інтереси одного були порушені іншим в силу порушення останнім ЗпЗЕК в багатьох випадках відчутного впливу на конкуренцію можуть не мати і, таким чином, АМК може у відкритті справ відмовляти. Хоча Закон № 3295-ІХ й покладає на орган АМК зобов'язання формувати вмотиване розпорядження про відмову у розгляді справи, яке може бути оскаржене до господарського суду, останній не може зобов'язати АМК здійснювати її розгляд і тим більше не може змусити здійснювати її належний розгляд.

Отже, українська система державного захисту конкуренції, яка передбачає монополію АМК на антимонополію і в якій суд в рамках приватно-правового спору не встановлює порушення ЗпЗЕК безпосередньо призводить до двох явищ. Якщо орган АМК відмовиться розслідувати незначну з точки зору впливу на конкуренцію справу або не буде її розслідувати належним чином, особа, права якої були порушені порушенням ЗпЗЕК, не зможе захистити та відновити свої порушені права в судовому порядку через посилення на порушення ЗпЗЕК. З іншого боку, відволікання органів АМК, ресурси яких обмежені, на розслідування незначних справ, в основі яких лежить конфлікт між двома приватними суб'єктами, і які не мають значного впливу на функціонування українських ринків, не даватиме цим органам належним чином фокусуватися на серйозних розслідуваннях та вирішенні вагомих проблем конкуренції. При такому стані речей українська система державного захисту конкуренції в цілому не може і не зможе працювати ефективно, оскільки містить у собі внутрішнє протиріччя з надання органам АМК можливості обирати розслідування і ненадання особам, в розслідуваннях заяв яких органи АМК не

зацікавлені, альтернативних способів ефективного захисту своїх прав на підставі положень ЗпЗЕК через суд.

Аналіз практики господарських судів вказує, що перед ними все частіше постають спори про те, що органи АМК необґрунтовано відмовляють у розслідуванні заяв чи подань про порушення ЗпЗЕК. Є низка прецедентів, коли листи АМК, які формалізували відмову в відкритті справи, були визнані в судовому порядку недійсними. З АМК за відмову в розслідуванні справи про порушення ЗпЗЕК судяться фізичні особи (постанова Великої Палати Верховного Суду від 02.07.2019 у справі № 910/23000/17 [214]), суб'єкти господарювання (вже згадувана постанова ВС від 19.01.2023 у справі № 910/13222/21 [210], позивач – ТОВ «Мережа Ланет»), органи влади (постанова ВС від 23.08.2022 у справі № 910/13900/21 [215], позивач – НАБУ). Варто відмітити, що в кожній цих справ АМК було зобов'язано не відкрити справу про порушення, а тільки розглянути заяву чи подання відповідно до Правил розгляду справ. У вказаних справах, визнаючи відповідні листи АМК, які формалізували відмову у відкритті справи про порушення ЗпЗЕК, недійсними, в силу того, що розгляд заяв і справ про порушення ЗпЗЕК та проведення розслідувань за цими заявами і справами віднесено Законом про АМК до виключних повноважень АМК, суди визнали, що вони можуть тільки зобов'язати орган АМК повторно розглянути заяву чи подання про порушення, але не можуть зобов'язати його відкрити справу про порушення. Якщо суд визнає документ, який формалізував відмову органу АМК у розгляді справи про порушення ЗпЗЕК, недійсним, у ході повторного розгляду заяви чи подання про порушення з боку органу АМК результат для особи, яка стверджує про порушення, в частині відкриття органом АМК справи про порушення може в кінцевому підсумку завершитися тим, з чого все почалось.

ВС послідовно тлумачить повноваження господарських судів щодо встановлення порушень ЗпЗЕК таким чином: (1) з огляду на завдання та засади господарського судочинства, закріплені в ст. 2 ГПК, господарський суд не здійснює кваліфікацію (перекваліфікацію) дій щодо порушення ЗпЗЕК безпосередньо самотійно, не встановлює безпосередній склад та обставини порушення, оскільки такі дії суду перебувають поза межами його компетенції, визначеної ст. 59 Закону; (2)

аналіз норм ст. 19, 124 Конституції, ст. 59 Закону, норм процесуального права ГПК щодо компетенції суду дає підстави для висновку, що останній не може підмінити інший державний орган та перебирати на себе повноваження щодо вирішення питань, які законодавством віднесені до компетенції цього органу, зокрема, встановлення обставин і дій, що складають порушення, безпосереднє встановлення складу порушення, його об'єктивної сторони (наприклад, постанова ВС від 29.09.2022 у справі № 910/12460/21 [216]). Така позиція окреслена й в посібнику для суддів щодо застосування ЗпЗЕК 2021 року (розділ 2, автор – Суддя ВС Т.М. Малашенкова [217, с. 27-28]).

Отже, виходячи із наявної судової практики, якщо орган АМК не хоче розслідувати справу або не бачить ознак порушення, з юрисдикції господарського суду забирається можливість захисту прав та інтересів особи, порушених внаслідок вчинення іншою особою порушення ЗпЗЕК. Автор не виключає, що в певних випадках посилення на порушення прав однієї особи внаслідок порушення ЗпЗЕК іншою особою може бути єдиним варіантом обґрунтування позовних вимог щодо захисту порушеного права судом. Надання органам АМК виключних повноважень встановлювати порушення ЗпЗЕК і повноваження обирати, які справи розслідувати через призму відчутності/невідчутності впливу на конкуренцію, непокриття судом тих спорів, якими органи АМК не хочуть займатися, робить положення ч. 3 ст. 124 Конституції про те, що юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення, декларативним.

Варто зауважити, що в українському законодавстві з різною долею чіткості прослідковується інтенція законодавця не виключати повноваження судів встановлювати порушення ЗпЗЕК безпосередньо в рамках приватно-правових спорів (наприклад, ст. 20 ГПК, ст. 61 Закону), водночас наявна превалююча судова практика показує, що суди тлумачать законодавство так, що АМК має монополію на антимонополію, що породжує описані вище проблеми. Ця практика з огляду на положення ч. 2 ст. 19 Конституції і ст. 7 Закону про АМК в частині виключних повноважень АМК в цілому зрозуміла.

(б) *Проблематика контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про накладення штрафів.* Виключні повноваження АМК, передбачені ст. 7 Закону про АМК, з огляду на положення ст. 19 Конституції, на практиці призводять до результату, що судовий контроль за рішеннями органів АМК обмежений. Господарські суди контролюють легальність рішень органів АМК через призму підстав для визнання цих рішень недійсними, передбачених ст. 59 Закону. Згадана вище Постанова Великої Палати ВС від 02.07.2019 у справі № 910/23000/17 дає зрозуміти, що суди мають контролювати й правомірність реалізації дискреційних повноважень органів АМК. Попри те, що судовий перегляд рішень органів АМК відповідно до сформульованих ВС стандартів має покривати й контроль правомірності реалізації дискреційних повноважень, на практиці суди продовжують себе самообмежувати в багатьох аспектах меж контролю за рішеннями органів АМК. Зазначене піднімає питання відповідності судового перегляду рішень органів АМК господарськими судами гарантіям, передбаченим ст. 6 Конвенції [218].

У практиці ЄСПЛ, яка в Україні є джерелом права, в тому числі, і для господарських судів при розгляді господарських спорів (ст. 11 ГПК), є прецеденти, коли він визнавав штрафи конкурентних відомств «кримінальним обвинуваченням» для цілей Конвенції. Справа ЄСПЛ *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy* (далі – «Справа Menarini»), в якій ЄСПЛ визнав штраф конкурентного відомства Італії, накладений на компанію-скаржника, за участь в картелі «кримінальним обвинуваченням», показала, що є в цілому сумісним зі ст. 6(1) Конвенції накладення «кримінальних» санкцій адміністративним або несудовим органом за умови, що є можливість оспорити це рішення перед судом, який має повну юрисдикцію, включаючи повноваження скасувати оспорюване рішення адміністративного органу, як на основі питань факту, так і права [219]. Цю позицію ЄСПЛ повторив у своєму рішенні у справі *Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o. v. Slovenia* [112], у якому він, до речі, визнав, що рішення конкурентного відомства Словенії про накладення штрафу за перешкоджання компанією-скаржником відомству у проведенні ним перевірки підпадало під «кримінальне обвинувачення» в розумінні ст. 6 Конвенції.

Повна юрисдикція суду при перегляді рішення конкурентного відомства в інтерпретації ЄСПЛ передбачає, що суд має мати можливість скасувати в усіх відношеннях, по питанням факту та права, рішення адміністративного органу<sup>9</sup>. Попри те, що ЄСПЛ загалом визнав той перегляд, який здійснили італійські суди над рішенням конкурентного відомства, сумісним зі ст. 6 Конвенції, у своїй окремій думці Суддя Альбукерке жорстко критикував італійські суди за те, що їхнє самообмеження перегляду рішення конкурентного відомства Італії контролем легальності, який передбачав неможливість суду підмінити своєю оцінкою оцінку конкурентного відомства щодо технічної оцінки фактів, призвело до вилучення суті справи з юрисдикції італійських судів. Суддя красномовно описав, до яких наслідків подібний підхід може призводити: узурпації адміністративними органами юрисдикційної прерогативи щодо повноваження карати та капітуляції індивідуальних свобод перед всесильною публічною адміністрацією [221].

Що ж дозволило більшості Суддів ЄСПЛ прийти до висновку, що перегляд італійськими судами рішення конкурентного відомства відповідав стандартам ст. 6 Конвенції? Цими обставинами були дві основні: (1) суди вийшли за рамки «формального» перегляду легальності і хоча й виходили з того, що коли адміністративний орган має дискреційні повноваження, суди не можуть підмінити своєю оцінкою оцінку незалежного адміністративного органу, вони перевірили чи цей орган належним чином використав свої повноваження, зокрема, чи було його рішення обґрунтованим та пропорційним та навіть перевірили його технічні висновки; (2) суди також перевірили чи штраф відповідає порушенню і могли за потреби його змінити, Consiglio di Stato, зокрема, вийшла за межі «формального» перегляду логічної узгодженості міркувань конкурентного відомства і здійснила детальний аналіз адекватності покарання, беручи до уваги відповідні параметри, включаючи його пропорційність [219, 222]. Ці дві обставини дозволили ЄСПЛ прийти до висновку, що справа була розглянута судом з повною юрисдикцією.

---

<sup>9</sup> “Power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below” мовою оригіналу [220]

Повертаючись до української Феміди, чи вона виконує перший критерій, сформований ЄСПЛ у Справі Menarini, тобто достатньої глибини контролю за рішеннями органів АМК про визнання вчинення порушення вочевидь залежить від конкретної справи. Є рішення, де суди доволі глибоко вдаються до оцінки рішень органів АМК і навіть критикують проведений ними економічний аналіз (наприклад, постанова ВС від 05.07.2022 у справі № 910/15541/19 [223], постанови Північного апеляційного господарського суду (далі – «ПАГС») від 20.11.2019 [224] та ВС від 03.03.2020 [225] у справі № 910/13306/18), є рішення, де вони цього не роблять, посилаючись на дискрецію органів АМК, неможливість суду втручатись у їхні виключні повноваження тощо, при тому що, на погляд автора, рішення АМК, які були предметом судового розгляду, є доволі спірними, не в останню чергу в силу того, що подібні рішення раніше визнавалися судами недійсними (наприклад, постанови ПАГС від 28.02.2023 у справі № 910/4801/20 [226] (фінальне рішення у справі), ПАГС від 02.12.2021 [227] і ВС від 09.08.2022 [228] у справі № 910/508/21 на контрасті з рішенням ГСМК від 19.07.2021 [229] у цій же справі). Таким чином, аналіз судової практики в частині глибини контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про визнання вчинення порушення видає змішані результати.

Водночас в частині другого критерію – перевірки судами штрафу, накладеного органом АМК, ситуація більш очевидна, а практика більш послідовна. Проведений автором аналіз судової практики показує, що суди не здійснюють належного контролю за адекватністю та пропорційністю накладених органів АМК штрафів. При цьому варто зазначити, що як Закон, так і Закон про недобросовісну конкуренцію закріплюють тільки верхню межу штрафу та не встановлюють будь-яких обставин, які мають враховуватися при визначенні його конкретного розміру (тяжкість, тривалість, перелік пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин тощо). Закон № 3295-IX цього підходу не змінив – питання загальних принципів накладення штрафів органами АМК як було, так і лишилося неврегульованим на рівні законів.

Аналіз будь-якого рішення АМК, посилення на які було наведено вище, вказує, що АМК не мотивує належним чином у своїх рішеннях розмір накладеного штрафу. Стандартне рішення АМК в частині мотивування штрафу зводиться до зазначення

розміру доходу СГ за рік, який передував року накладення штрафу (бази для обрахунку штрафу), та фінальний штраф, без детальних пояснень чому саме такий, а не інший, розмір штрафу був ним накладений. На виконання Угоди про асоціацію АМК прийняв методику визначення штрафів через рекомендаційні роз'яснення № 39-pp від 09.08.2016 [230] (далі – «Методика визначення штрафів»), яка не є нормативно-правовим актом. Методика визначення штрафів, як у ній самій зазначено, спрямована на забезпечення правової визначеності та передбачуваності застосування органами АМК положень ст. 52 Закону та ст. 21 Закону про недобросовісну конкуренцію, які врегульовують накладення штрафів за порушення цих законів. Відповідно до згаданої методики при визначенні розмірів штрафів АМК керується принципами пропорційності, недискримінаційності та розумності. Методика визначення штрафів передбачає двоетапний підхід з визначення розміру штрафу: (1) визначення його базового розміру; (2) визначення фінального шляхом коригування базового відповідно до обтяжуючих та пом'якшуючих обставин [230]. Аналіз рішень органів АМК вказує, що вони в своїх рішеннях у переважній більшості випадків на Методику визначення штрафів не посилаються, як і не пояснюють як розміри штрафів визначалися: як рахувався базовий розмір штрафу, які пом'якшуючі та обтяжуючі обставини враховувалися тощо. За такої практики мотиви та підходи, з яких орган АМК виходив при визначенні розміру штрафу, відомі тільки цьому органу.

Для господарських судів відсутність належного мотивування органами АМК своїх рішень про накладення штрафів не є підставою для визнання відповідних рішень недійсними. Усталеною практикою протягом багатьох років є те, що намагання СГ оспорити в суді пропорційність, справедливість, обґрунтованість розміру накладеного штрафу, в тому числі, вказуючи на відсутність будь-якого пояснення обрахунку розміру штрафу в рішеннях АМК, як правило, закінчуються посиленням судів на те, що визначення розміру штрафу є дискреційним повноваженням АМК, в яке суди не можуть втручатися, а Методика визначення штрафів в силу її закріплення в рекомендаційних роз'ясненнях АМК, які не мають характеру нормативно-правового акту, є необов'язковою та не є джерелом права для судів. Зокрема, ВС виходить з того, що (а) накладення штрафів та визначення їх

розмірів – виключне повноваження органів АМК; (б) орган АМК не зобов'язаний наводити в рішенні розрахунок штрафу, формули та алгоритм розрахунку штрафів, Методика визначення штрафів має виключно рекомендаційний характер, питання, пов'язані з її застосуванням, не можуть бути підставами для висновку про правильність застосування норм Закону як органом АМК, так і господарськими судами (постанова ВС від 13.08.2019 у справі № 916/2670/18 [231]); (в) судові органи не можуть підміняти собою АМК та його функції шляхом визначення у судовому рішенні іншого розміру штрафу, ніж той, що визначений у рішенні АМК (постанова ВС від 21.01.2021 у справі № 910/10017/19 [232]).

Якщо розмір накладеного органом АМК штрафу не перевищує встановлені законодавством межі, логіка судів зводиться до того, що вони не можуть контролювати правомірність штрафу, так як у них немає проти чого порівнювати цю правомірність. Ця позиція судів в цілому зрозуміла з огляду на недостатність нормативно-правового регулювання питання визначення розмірів штрафів органами АМК в тих межах, які встановлені Законом та Законом про недобросовісну конкуренцію. Водночас, при недостатності нормативно-правового регулювання у господарських судів залишається варіант оцінювати розмір штрафів на підставі загальних принципів притягнення до юридичної відповідальності, в тому числі, закріплених Конституцією, тим більше, що в КСУ є практика їх інтерпретації.

На оцінку правомірності розміру штрафу органу АМК на підставі загальних принципів притягнення до відповідальності, зокрема, закріплених в Конституції, суди йдуть неохоче. Існує дуже незначна кількість прецедентів, коли господарські суди визнали рішення АМК про накладення штрафу недійсним на підставі загальних принципів. Мотивування в них практично ідентичне й з посиланням на рішення КСУ № 15-рп/2004 від 02.11.2004 та практику ЄСПЛ зводиться до того, що в рішенні АМК не визначено співвідношення між розміром штрафу, накладеним на позивача та будь-якими обставинами справи, не визначена співрозмірність (пропорційність) суми штрафу діям позивача та їх наслідкам (наприклад, постанова ПАГС від 25.11.2020 у справі № 910/21488/17 [233], залишена постановою ВС від 08.06.2021 [234] без змін,



постанова Київського апеляційного господарського суду від 21.02.2013 у справі № 5011-72/11785-2012 [235]).

Виходячи із наявної практики, єдиним дієвим методом скасувати штраф органу АМК у судовому порядку є визнання недійсним рішення про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК, що потягне за собою визнання недійсним й рішення про накладення штрафу. Якщо рішення про визнання вчинення порушення визнати недійсним не вдалося, а накладений органом АМК штраф не перевищує межі, встановлені Законом чи Законом про недобросовісну конкуренцію, або ж при його накладенні не було порушено норми Закону, які встановлюють порядок визначення штрафу, що, наприклад, було встановлено судами у згаданій справі № 910/10017/19, господарські суди, як правило, презюмують, що рішення органів АМК про накладення штрафів є правомірними та не надають оцінку мотивованості та пропорційності таких штрафів (наприклад, постанова ПАГС від 09.11.2021 у справі № 910/20506/20 [236], підтримана постановою ВС від 27.01.2022 [237], постанови ВС від 07.02.2023 у справі № 910/17568/21 [238], від 14.06.2022 у справі № 910/20990/20 [239]).

Наявна практика призводить до того, що оштрафований за порушення ЗпЗЕК СГ фактично позбавляється можливості оскарження правомірності рішення органу АМК про накладення штрафу без оскарження рішення про визнання вчинення порушення. Так як можливі ситуації, коли порушення належним чином доведене та встановлене органами АМК, водночас розмір штрафу за нього викликає сумніви щодо пропорційності, виходячи із наявної судової практики, СГ фактично позбавлений можливості оскаржити в суді такий розмір штрафу. Такий стан речей ставить під сумнів належну реалізацію на практиці принципу верховенства права та низки інших конституційних засад, зокрема, права на захист прав судом (ст. 55 Конституції), принципу індивідуального характеру юридичної відповідальності (ст. 61 Конституції) в рамках перегляду господарськими судами рішень органів АМК про накладення штрафів [240, с. 99].

Ядром спору, який виноситься на розгляд господарського суду в частині оскаржень рішень органів АМК, є вирішення двох питань (а) чи було належним чином

доведено порушення ЗпЗЕК та (б) чи накладена санкція за це порушення є пропорційною. Наявна превалююча судова практика така, що в рамках спорів про оскарження рішень органів АМК вирішується тільки перше питання. При такому підході перше і фінальне рішення про визначення покарання при його формальній законності лишається за адміністративним органом. Пропорційність цього покарання тяжкості порушення, його впливу на конкуренцію, іншим обставинам не підлягає судовому контролю. При такій практиці дуже спірно, що справа про оскарження рішень АМК про накладення штрафів, які відповідно до практики ЄСПЛ підпадають під визначення «кримінальних», розглядається судом з «повною юрисдикцією» в розумінні ст. 6 Конвенції, як по питанням права, так і факту. При цьому з аналізу рішень ЄСПЛ слідує доволі однозначний висновок, що основний фактор, який зумовив визнання ним низки проваджень конкурентних відомств «кримінальними», були саме значні штрафні санкції. У переважній більшості випадків штрафи, які накладає АМК та його адмінколегії за порушення ЗпЗЕК<sup>10</sup>, навіть за інформаційні порушення, складають мільйонні суми. Ці штрафи в переважній більшості випадків накладаються зі значним розривом проміжку часу між початком розгляду справи та прийняттям рішення про визнання порушення та накладення штрафів, в багатьох випадках стосуються порушень, які вже відбулися, тобто мають очевидну каральну функцію. Контроль за адекватністю та пропорційністю штрафів органів АМК з боку суду має бути навіть більш глибоким ніж за рішеннями про визнання порушення. Тільки в такому випадку можна говорити, що суд належним чином контролює правомірність реалізації дискреційних повноважень органами АМК. Наявна же практика може призводити до тих наслідків, про які вказував Суддя Альбукерке у своїй окремій думці у Справі Menarini.

Для забезпечення належної реалізації конституційного принципу верховенства права, зокрема, уникнення нічим не контрольованих проявів сваволі з боку органів

---

<sup>10</sup> Штрафи у розмірі понад 4 тис. неоподаткованих мінімумів доходів громадян (68 тис. грн) уповноважені накладати тільки АМК та його адмінколегії (ч. 6 ст. 52 Закону). Це не виключає того, що розслідування у справі про порушення може вестися органом АМКУ, наприклад, тервідділенням, у повноваження якого не входить накладення штрафів понад 68 тис. грн, а рішення прийматися АМК чи його адмінколегією, які у визначенні розмірів штрафів обмежені тільки верхніми межами, встановленими Законом та Законом про недобросовісну конкуренцію

АМК описана вище практика господарських судів не здійснювати оцінки правомірності накладених органами АМК санкцій за порушення ЗпЗЕК, якщо він формально не перевищує межі, встановлені законом, має бути змінена. Крім того, Угода про асоціацію покладає на Україну зобов'язання забезпечити, щоб суд або інша незалежна судова установа могла встановлювати або, на вимогу особи, переглядати будь-які санкції чи зобов'язання, накладені конкурентним відомством [91].

Закон № 3295-ІХ зобов'язує АМК прийняти методику обрахунку штрафів за порушення ЗпЗЕК у формі відомчого нормативно-правового акту, що підвищує ймовірність того, що суди почнуть переглядати законність штрафів АМК через оцінку чи дотримувався АМК положень свого відомчого акту при їх накладенні. Водночас з огляду на сформовану та описану вище практику автор вважає, що більшість проблемних питань перегляду судами рішень органів АМК про накладення штрафів залишиться, так як цей закон їх не усуває.

Не усуває він їх в першу чергу тому, що не має достатнього рівня інтенсивності регулювання в частині обставин, які органи АМК мають враховувати при визначенні розміру штрафів. Закон № 3295-ІХ не змінює того, що Закон і Закон про недобросовісну конкуренцію не містять навіть загальних принципів, на основі яких АМК має визначати розмір покарання в межах, визначених цими законами. На переконання автора, визначення принципів накладення штрафів за конкуренційні порушення та обставин, які мають враховуватися при визначенні розмірів штрафів, має бути предметом регулювання саме законів, а не підзаконного акту АМК. У поточній ситуації виходить так, що орган виконавчої влади (АМК), обмежений органом законодавчої влади лише верхніми межами можливих штрафів, сам буде визначати зміст принципів, за якими він буде розраховувати штраф, як і зміст своєї методики. Не заперечуючи того, що різні технічні деталі розрахунку штрафів можуть та скоріше й мають бути предметом регулювання підзаконного акту АМК, принципи, на яких ці деталі базуються, з огляду на первинне призначення розподілу влад як обмеження свавільного втручання в права та свободи людини, мають бути предметом регулювання саме закону.

У частині перегляду розмірів штрафів, накладених конкурентним відомством, з боку суду, з огляду на євроінтеграційний рух України, цікавим є досвід ЄС. У західних наукових колах є поширеною дискусія чи відповідають процедури застосування конкурентного права ЄС вимогам Конвенції. У Регламенті № 1/2003 вказано, штрафи, які накладаються ЄК, не мають кримінально-правової природи (ст. 23), але, як відомо, для цілей віднесення проваджень до «кримінальних» в розумінні Конвенції, ця обставина не є визначальною, так як є лише одним із трьох критеріїв Енгеля, які ЄСПЛ використовує при вирішенні питання наявності «кримінального обвинувачення» для цілей Конвенції. Західні науковці та правники сходяться на думці, що штрафи, які накладає ЄК за порушення правил конкуренції ЄС, підпадають під «кримінальне обвинувачення» в розумінні Конвенції [241-245].

У частині рішення ЄК по суті (встановлення порушення), Суд ЄС може тільки його скасувати, водночас не може прийняти нове рішення (наприклад, змінити кваліфікацію порушення). Водночас, в частині рішення про застосування штрафів або пені, Суд ЄС за потреби може змінювати рішення ЄК [241, с. 5-6]. В цій частині відповідно до ст. 31 Регламенту №1/2003 Суд ЄС має необмежену юрисдикцію щодо перегляду рішень, якими ЄК встановила штраф або періодичну виплату пені, та може скасувати, зменшити або збільшити накладений штраф або пеню [177].

З огляду на рішення ЄСПЛ у Справі Menarini і зважаючи, що система антитрасту в Італії відзеркалює систему на рівні ЄС, дискусія в західних наукових та практичних колах точиться навколо того, чи відповідають стандарти судового перегляду рішень ЄК з боку Суду ЄС Конвенції. Сам ЄС не є стороною Конвенції, для цілей захисту прав громадян ЄС використовується Хартія. Відповідно до ст. 52(3) Хартії, у тій мірі, в якій вона містить права, які відповідають правам, гарантованим Конвенцією, значення та обсяг цих прав є такими ж як ті, що викладені у Конвенції, що не перешкоджає Союзу забезпечити більш екстенсивний захист [158]. Як витікає із пояснень до Хартії, положення ст. 47 Хартії з певними відмінностями в частині сфери застосування віддзеркалюють положення ст. 13 та 6(1) Конвенції та надають не менший рівень захисту, ніж положення Конвенції [246]. Як зазначає Л.Г. Фалалєєва, матеріально-правові гарантії Конвенції, підкріплені судовою практикою ЄСПЛ,

експліцитно вплинули на тлумачення прав людини не тільки на національному рівні, а й на рівні ЄС (утвердилися як загальні принципи права ЄС, як складова права ЄС), становлячи мінімальний європейський стандарт, нижче якого ні держави-члени, ні ЄС у правотворчій та правозастосовній практиці не можуть гарантувати ці права [247, с. 62]. Одні зарубіжні дослідники та правники вважають, що стандарти судового перегляду рішень ЄК про порушення конкуренційного законодавства ЄС та накладення за них санкцій з боку Суду ЄС відповідають або скоріше за все відповідають вимогам ст. 6(1) Конвенції, наприклад, М.Бернатт [241] та В. Вілс [243], інші вважають, що – ні, зокрема, К.Телекі [242] та Д. МакЛеннан, Б.Вереекен та А.Сенонер [244]. Дискусія в кінцевому підсумку зводиться до того, чи має Суд ЄС «повну юрисдикцію» при контролі над рішеннями ЄК та розподілу повноважень між ЄК та Судом ЄС, з приводу чого висловлюються різні погляди.

Цікавим є те, що питання відповідності системи перегляду рішень ЄК з боку Суду ЄС положенням ст. 47 Хартії поставало перед Судом Справедливості. Зокрема, у справі *KME Germany AG and Others v Commission* Суд Справедливості вказав, що перегляд, передбачений Договорами ЄС, прийнятих ЄК рішень у конкуренційних справах, передбачає перегляд Суди ЄС як питань права, так і факту, і означає, що вони мають повноваження оцінювати докази, скасувати оспорюване рішення та змінити розмір штрафу. Таким чином, перевірка легальності, передбачена статтею 263 ДФЄС, доповнена необмеженою юрисдикцією щодо розміру штрафу, передбаченою ст. 31 Регламенту № 1/2003, не суперечить вимогам принципу ефективного судового захисту, передбаченого у ст. 47 Хартії [248]. Схожа позиція Судом Справедливості була висловлена і у справі *Chalkor AE Epexergasias Metallon v Commission* [249] та справі *Schindler Holding and Others v Commission* [250], в якій Суд Справедливості прямо оцінював доводи скажників щодо невідповідності системи антитрасту в ЄС стандартам ЄСПЛ у Справі Menarini.

Таким чином, однією з передумов, чому Суд ЄС вважає, що система антитрасту в ЄС задовільняє вимоги ст. 47 Хартії, а отже, і дзеркальні положення Конвенції, є необмежена юрисдикція Суду ЄС щодо перегляду накладених ЄК штрафів та пені.

Суд ЄС вирішує питання розподілу своїх повноважень та повноважень ЄК в частині визначення штрафів таким чином: в частині перегляду штрафів додатково до оцінки законності накладених ЄК штрафів, Суд ЄС може замінити своєю оцінкою оцінку ЄК та, як наслідок, скасувати, зменшити або збільшити розмір накладеного штрафу чи пені. У той же час, реалізація необмеженої юрисдикції щодо штрафів не є еквівалентною перегляду за власною ініціативою, провадження у спорах щодо рішень ЄК є *inter partes*. Таким чином, піднімання доводів проти оспорюваного рішення та надання доказів на їхню підтримку лежить на позивачу. За винятком доводів, які стосуються питань публічної політики, завданням Суду ЄС є не перегляд з власної ініціативи, незалежно від конкретних доводів, на які посилаються позивачі, та прийняття незалежного, дискреційного рішення щодо розміру штрафу, встановленого ЄК, а скоріше ухвалення рішень щодо доводів, висунутих позивачами (наприклад, рішення Суду Справедливості у справі *Duravit and Others v Commission* [251]).

Варто також звернути увагу на практику ЄК та Суду ЄС щодо мотивування своїх рішень про накладення штрафів. Детальне мотивування подібних рішень – усталений стандарт в ЄС. Як і Закон, Регламент № 1/2003 закріплює тільки верхню межу санкцій, надаючи ЄК таким чином дискрецію у визначенні конкретного розміру штрафу залежно від обставин, при цьому встановлюючи загальний принцип визначення розміру штрафів – мають одночасно враховуватися тяжкість та тривалість порушення (ст. 23(3) Регламенту № 1/2003). Для підвищення рівня прогнозованості накладення штрафів за порушення, передбачені статтями 101 та 102 ДФЄС, ЄК видала керівні настанови (2006/С 210/02) (далі – «Керівні настанови щодо штрафів») [252], в яких описані її загальні підходи щодо визначення штрафів, які багато в чому є подібними до Методики визначення штрафів АМК. Керівні настанови ЄК щодо штрафів не є нормативно-правовим актом, тому в принципі ЄК юридично ними не зв'язана. На практиці ж ЄК своїх настанов дотримується та обґрунтовує свої рішення в частині накладення того чи іншого розміру штрафу із посиланням на ці настанови (наприклад, рішення ЄК у справі *CASE AT.40099 Google Android* [253] про зловживання компаніями Google LLC та Alphabet Inc. домінуючим становищем та

накладення за це штрафу в 4,3 млрд євро). Цікавим аспектом є те, що Суд ЄС по суті зобов'язав ЄК слідувати Керівним настановам щодо штрафів, вказавши, що вони формують правила практики, від яких адміністрація не може відходити в індивідуальних випадках, не надаючи пояснень, сумісних з принципом рівного ставлення (наприклад, рішення Суду Справедливості у справах *KME Germany AG and Others v Commission* [248], *Chalkor AE Epexergasias Metallon v Commission* [249], *Schindler Holding and Others v Commission* [250]).

Цікавою є і практика перегляду Судом ЄС штрафних санкцій, накладених ЄК. Аналіз практики Суду ЄС вказує, що рішення ЄК про накладення штрафів дуже жваво перед ним оспорується під різними приводами на підставі аргументів про неврахування чи ухилення ЄК від Керівних настанов щодо штрафів, необґрунтованість рішень ЄК про накладення штрафів, неправильність визначення бази для обрахунку розміру штрафу, порушення принципів пропорційності, рівного ставлення тощо. Суд ЄС відповідно надає цим доводам оцінку, часто перевіряючи чи дотримувалася ЄК сама своєї методики. У цілому аналіз судової практики на рівні ЄС показує, що суб'єкти господарювання ставляться до дотримання своїх прав, зокрема, процесуальних, дуже серйозно, до накладених санкцій ще серйозніше.

Наприклад, згадане вище рішення ЄК у справі *CASE AT.40099 Google Android* було оскаржене до суду. У вересні 2022 року Загальний Суд прийняв рішення, яким зменшив розмір накладеного ЄК штрафу на 200 млн євро. Значна частина рішення Загального Суду присвячена обґрунтуванню зміни розміру штрафу та показує, з посиланням на попередню судову практику, загальний підхід, який застосовується Судом ЄС при перегляді рішень ЄК про накладення штрафів. При такому перегляді застосовується такі базові принципи: (1) при застосуванні своєї необмеженої юрисдикції щодо перегляду штрафів, накладених ЄК, Суд може повністю замінити своєю оцінкою оцінку ЄК, враховуючи всі фактичні обставини справи; (2) Суд не зобов'язаний застосовувати Керівні настанови ЄК щодо накладення штрафів, навіть тоді, коли ці індикативні правила можуть потенційно надати керівництво; (3) Суд має детально описати всі фактори, які ним бралися до уваги при визначенні розміру штрафу, тобто має детально викласти свої мотиви. Змінюючи рішення ЄК про

накладення штрафу, Загальний Суд виходив з таких обставин (1) вчинення порушення умисно чи з необережності, (2) тяжкості та тривалості порушення; (3) пом'якшуючих та обтяжуючих обставин; (4) адекватності штрафу, що включає його оцінку на предмет справедливості, пропорційності та дотримання принципу індивідуалізації; (5) чи має штраф достатній стримуючий ефект, детально обґрунтовуючи свої мотиви по кожній з цих обставин [254]. Підхід, застосований Загальним Судом, показує, що питання розміру штрафу вирішується Судом ЄС на базі загальних принципів притягнення до відповідальності та підходів до їхньої інтерпретації, сформованих судовою практикою, без їхнього окремого закріплення та деталізації в нормативно-правових актах.

#### **2.4. Напрями вдосконалення конституційного та законодавчого регулювання державного захисту конкуренції та правозастосовної практики**

Описана у попередніх підрозділах проблематика породжується законодавчим регулюванням та правозастосовною практикою, тому в першу чергу переглянути потрібно саме їх. У частині конституційного регулювання є також поле для вдосконалення, водночас, це регулювання не є причиною проблем. У зв'язку з цим спочатку будуть викладені пропозиції щодо напрямів удосконалення законодавства та правозастосовної практики, а далі – конституційно-правового регулювання.

##### **Пропозиції щодо удосконалення законодавчого регулювання та практики правозастосування:**

#### **(1) Регулювання допустимої та недопустимої з точки зору конкуренції поведінки та супутня правозастосовна практика**

*(а) Видалення визначення «конкуренції» із Закону, надавши його інтерпретацію судам, або його зміна.* До зміни визначення автор схиляється більше. Одним із варіантів зміни, який усуне внутрішні суперечності Закону, може бути такий порівняно з наявною редакцією: *«економічна конкуренція (конкуренція) - змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним правомірним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, ~~внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибрати між кількома~~*



~~продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку».~~

Введення у визначення слова «правомірний» дозволить диференціювати, що захищається тільки та конкуренція, яка базується на правомірних методах, без вдавання до порушень встановлених конкурентних правил.

Подібні зміни доцільно було б внести й до визначення «конкуренції», наведеного в ГК, так як воно багато в чому дублює визначення Закону.

**(б) Видалення ч. 3 ст. 6 із Закону, переосмислення кваліфікації схожої поведінки суб'єктів господарювання як АУД з урахуванням міжнародного досвіду, в першу чергу, ЄС, викладення цього переосмисленого підходу в рекомендаційних роз'ясненнях чи методичних рекомендаціях АМК, аби підвищити рівень правової визначеності для суб'єктів господарювання.** Автор погоджується із пропозиціями АПУ [145] та О. Нагорного [90] щодо доцільності видалення ч. 3 ст. 6 із Закону з огляду на проблематику, яку вона породжує. Доведення порушення у формі АУД на підставі непрямих доказів, зокрема, економічного аналізу, можливо і на підставі чч. 1 та 2 ст. 6 Закону, тому вилучення ч. 3 ст. 6 із Закону не ослабить спроможність органів АМК виявляти та визнавати АУД. Тому ч. 3 ст. 6 Закону, з огляду на проблематику, яку вона породжує, пропонується виключити з Закону [143, с. 505].

При цьому з високою ймовірністю навіть при виключенні ч. 3 ст. 6 із Закону, проблематика забезпечення правової визначеності та передбачуваності при доведенні порушень у формі АУД, які передбачають елемент схожості дій СГ, в частині відмежування самостійної конкурентної поведінки від погодженої, все одно залишиться на практиці. Одним із способів зменшення рівня правової невизначеності та забезпечення передбачуваності правозастосування могла би стати розробка АМК методичних підходів щодо розмежування індивідуальної поведінки суб'єкта господарювання від погодженої, викладення їх у методичних рекомендаціях чи рекомендаційних роз'ясненнях та фактичне дотримання положень такого документу самими органами АМК на практиці. При розробці вказаних вище документів доцільно було б врахувати кращі світові практики, з огляду на євроінтеграційний рух України, в першу чергу підходи ЄС [143, с. 505], в якому відмежування індивідуальної

поведінки від узгодженої, в тому числі, а й випадку схожості поведінки конкурентів, доволі серйозно пропрацьовані (див. акти «м'якого права» ЄК, наведені у підрозділі 2.2.). Кваліфікацію АУД на основі паралельної поведінки СГ варто було б переосмислити з урахуванням підходів, які застосовуються в інших юрисдикціях, в першу чергу, в ЄС, так як наявні українські підходи можуть на практиці призводити до підміни раціональної адаптації СГ до поведінки конкурентів на «змови».

*(в) Ліквідація дозвільної системи на узгоджені дії, переформатування її у систему самооцінки суб'єктів господарювання за зразком системи, яка застосовується в ЄС, надання суб'єктам господарювання, які хочуть отримати від АМК комфорт, що їхня поведінка в розумінні АМК не суперечить українському законодавству, адекватний правовий інструмент такий комфорт отримати із його належним унормуванням, методичне забезпечення внесених законодавчих змін шляхом видання АМК актів «м'якого права».* Для реалізації цього заходу пропонуються такі загальні концептуальні зміни до законодавства та правозастосовної практики, різні деталі яких потребують комплексного опрацювання:

(1) ввести в Закон аналог ст. 101(3) ДФЄС, тобто, що заборона АУД не застосовується до будь-яких УД або їх категорій, які сприяють удосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному або економічному прогресу, надаючи при цьому споживачам змогу отримати справедливу частку здобутої вигоди, та які при цьому: (а) не накладають на суб'єктів господарювання, яких стосуються УД, обмежень, що не є обов'язковими для досягнення цих цілей; (б) не дають таким суб'єктам господарювання можливості усунути конкуренцію стосовно істотної частини відповідної продукції.

Перелік ефективностей зі ст. 101(1) ДФЄС, наведений вище, орієнтовний та мінімальний, його можна в цілому розширити тими ефективностями, які наразі визначені в ст. 10 Закону.

За запропованого підходу УД, які підпадатимуть під блокове або ж індивідуальне виключення із заборони АУД та задовольнятимуть умови положень Закону – аналогів ст. 101(3) ДФЄС, дозволятимуться та не становитимуть АУД.

(2) ліквідувати дозвільну систему на УД – обов’язок учасників УД погоджувати їх з органами АМК та супутні цій системі порушення, які наразі передбачені Законом, зробити положення – аналоги ст. 101(3) ДФЕС прямо застосовними, без необхідності отримання будь-яких додаткових формальних погоджень від органів АМК, тобто запровадити систему самооцінки суб’єктів господарювання та *ex post* правозастосування.

(3) встановити категорії УД, які виключаються із заборони ст. 6 Закону (блокові виключення), в ст. 7-9 Закону та типових вимогах до УД, для чого типові вимоги переформатувати таким чином, щоб їхнім призначенням стало не встановлення передумов для звільнення від необхідності отримувати дозволи АМК, як є наразі, а встановлення винятків із заборон АУД (блокового виключення).

Для цього наявні типові вимоги потрібно удосконалити та оновити відповідно до документів, які застосовуються в ЄС. Зокрема, той блоковий регламент 2010 року щодо вертикальних узгоджених дій, положення якого АМК ввів в українське правове поле через прийняття своїх типових вимог, в 2022 році в ЄС був замінений на новий, який містить деякі відмінні правила від старого, зокрема, в частині систем дуальної та селективної дистрибуції [255]. Також в 2023 році ЄК оновила і регламенти щодо спеціалізації та R&D, як і видала нові керівні настанови щодо співпраці між конкурентами, в яких консолідувала напрацювання правозастосовної практики ЄС за останні роки. Типові вимоги АМК щодо спеціалізації виробництва, науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт положення цих блокових виключень ЄК не враховують та й загалом є застарілими та недостатньо деталізованими, що породжує низку питань щодо тлумачення їх положень. Вдосконаленню типових вимог АМК та їхньому наближенню до блокових виключень ЄК, таким чином, потрібно приділити належну та першочергову увагу.

(4) закріпити в Законі, хто який несе тягар доказування щодо доведення АУД, а саме, що особа, яка стверджує про порушення, наприклад, АМК, несе тягар доказування, що УД підпадають під ст. 6 Закону, а СГ, які стверджують, що їхні УД дозволяють досягнути ефективностей, несуть тягар доказування, що умови, зазначені

у положеннях Закону, які є аналогом ст. 101(1) ДФЄС, виконуються, аналогічно до того, як це зроблено у Регламенті № 1/2003.

Ця зміна змістить фокус українського правозастосування з того, чи певні УД формально підпадають під порушення, на те, чи дозволяють такі УД досягти економічних ефективностей, про які стверджують СГ. У багатьох випадках певні обмеження конкуренції необхідні, аби досягти економічних результатів, які би були неможливими без відповідних обмежень, та вирішити низку економічних проблем, наприклад, проблему «безбілетника», коли один СГ може «їздити» на інвестиціях, здійснених іншим. На АМК та господарські суди, у разі спору між АМК та суб'єктами господарювання, при запропонованому підході буде покладено оцінку пропорційності накладених СГ обмежень декларованим ними цілям та результатам.

(5) надати суб'єктам господарювання, які хочуть отримати від АМК комфорт, що їхні узгоджені дії не є АУД, правовий інструмент такий комфорт отримати, наприклад, шляхом удосконалення існуючого інструменту висновків щодо кваліфікацій дій, передбачених ст. 14 Закону, або іншого альтернативного.

(6) питання погодження УД в рамках розгляду концентрацій вирішити аналогічним чином як в ЄС, тобто, щоб надання дозволу на концентрацію означало й погодження обмежень, які прямо і безпосередньо пов'язані із концентрацією, для чого внести відповідні зміни до Закону.

При погодженні концентрації у разі створенні спільного підприємства, яке має своїм предметом чи наслідком координацію конкурентної поведінки між СГ, які лишаються незалежними, ЄК оцінює таку координацію відповідно до критеріїв статей 101(1) та 101(3) ДФЄС. Якщо ЄК приходить до висновку, що така координація не відповідає вимогам ст. 101(3) ДФЄС, вона має визнати концентрацію несумісною з внутрішнім ринком (див. Регламент Ради (ЄС) № 139/2004 [256], повідомлення ЄК (2005/С 56/03) [257]). Подібний підхід можна було б застосувати і в Україні, щоб при наявності координації конкурентної поведінки при створенні спільного підприємства АМК оцінював таку координацію на предмет відповідності положеннями Закону – аналогом ст. 101(3) ДФЄС, та забороняв концентрацію, якщо умови, наведені у відповідних положеннях, не виконуються.

(7) здійснити широкомасштабне методичне забезпечення АМК законодавчих змін шляхом видання рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій, тобто рецепціювати досвід ЄК із видання актів «м'якого права» для цілей узгоджених дій, аби надати правову визначеність СГ для самооцінки ними своєї поведінки.

Подібні акти «м'якого права» доцільно було б присвятити тлумаченню основних концептів, які закладені в ст. 5 Закону, тобто надати розуміння, коли поведінка є узгодженою, а коли індивідуальною. Також доцільно було б висвітлити юридичні та економічні підходи, які застосовуватиме АМК при оцінці наявності чи відсутності порушення ч. 1 ст. 6 Закону та тих типів АУД, які прямо зазначені в ч. 2 ст. 6 Закону, аби СГ могли наперед розуміти з яких теорій шкоди виходить АМК та на які економічні теорії він при цьому покладається.

Окрему увагу варто було б присвятити оцінці АМК практики слідування СГ за поведінкою конкурентів з точки зору АУД. Питання відрізнення індивідуальної адаптації під поведінку конкурентів від змови є в цілому складним питанням, яке АМК специфічно вирішує через застосування ч. 3 ст. 6 Закону. В ЄС до подібних питань ставляться більш виважено та обережно. В ЄС сама по собі раціональна адаптація СГ до ринкових умов, зокрема, і до наявної чи передбачуваної поведінки конкурентів, не вважається недопустимою (див. п. 374 горизонтальних керівних настанов ЄК [171]). Так як видалення ч. 3 ст. 6 із Закону, як було запропоновано вище, не усуне проблему відмежування змови від адаптації під ринкові умови, і ця проблема часто виникатиме при оцінці поведінки СГ, які діють на олігопольних ринках, цьому питанню варто було б приділити особливу увагу в відповідних актах «м'якого права» АМК. При цьому схожа поведінка СГ може бути ознакою наявності колективного домінування. В ЄС є напрацювання з цього приводу. Тому в рекомендаційних роз'ясненнях чи методичних рекомендаціях АМК в частині поведінки, яка передбачає слідування одних конкурентів за іншими, доцільно було б навести загальні підходи як АМК відрізнятиме, коли таке слідування є УД, а коли колективним домінуванням.

Крім того, в актах «м'якого права» АМК доцільно також було б пояснити положення типових вимог та концептуального застосування положень-аналогів ст. 101(3) ДФЄС.

В ЄС була напрацьована серйозна емпірична база по всім ключовим питанням АУД, є готові акти «м'якого права» ЄК, які можна просто адаптувати в українське правове поле.

Запронований захід значно підвищив би рівень правової визначеності в частині застосування українського конкуренційного законодавства, а отже, і верховенства права. Усі дискусійні моменти актів «м'якого права» АМК або спори щодо питань, які в них не покриті, в свою чергу, будуть вирішувати господарські суди в рамках відповідних спорів між АМК та суб'єктами господарювання в ході їхнього виникнення, надаючи інтерпретацію відповідним положенням законодавства.

(8) послідовно враховувати та використовувати АМК та господарськими судами у правозастосовній практиці підходи та позиції, які застосовуються в ЄС, в першу чергу, Суду ЄС, для тлумачення реципійованих із ЄС підходів та схожих концептів українського законодавства.

Переваг у цього підходу одразу дві. *По-перше*, Союзна практика в частині АУД набагато ширше та глибше розробленіша, ніж українська, і відображає в собі ті ідеї економічної та юридичної думки, які рухають Союзне правозастосування, на які Україні потрібно зважати. Таким чином, широке і послідовне використання АМК та господарськими судами практики ЄС дозволить підвищити якість вітчизняного правозастосування. *По-друге*, в силу ст. 3 Регламенту № 1/2003 національні суди та НКВ при паралельному застосуванні і національного законодавства про АУД, і ст. 101 ДФЄС мають будувати свою правозастосовну практику так, щоб застосування національного законодавства не суперечило практиці застосування ст. 101 ДФЄС на Союзному рівні, в першу чергу, позиціям Суду ЄС. Звідси слідує, що чим раніше АМК та українські суди почнуть активно використовувати та враховувати правозастосовну практику ЄС при застосуванні українського законодавства щодо АУД, тим простіше Україні буде інтегруватися до ЄС в частині правил захисту конкуренції, і тим менше виникатиме питань до органів АМК та судів щодо застосування відмінних підходів чи стандартів порівняно з підходами, які застосовуються в ЄС до розгляду подібних питань.

*(г) Введення в українське законодавство прямих положень про недійсність правочинів, які опосередковувалися АУД, за зразком ст. 101(2) ДФЄС після детального опрацювання механіки.* Наразі законодавство подібних норм не передбачає. СГ та інші особи можуть оспорювати дійсність правочинів, які опосередковувалися АУД, на підставі загальних норм ЦК чи ГК, іншого законодавства. Така практика в цілому не є поширеною в Україні, водночас, є певні намагання її розвинути (див., наприклад, справу № 910/4442/22, яка наразі на розгляді господарських судів [258]).

Так як найбільш поширеним типом АУД, які виявляє АМК, є ті, які стосуються спотворень результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів, основними бенефіціарами подібного нововведення будуть замовники в розумінні Закону «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 та організатори приватизаційних процедур. Подібне нововведення стимулюватиме й суб'єктів господарювання дотримуватися ЗпЗЕК під ризиком того, що угода, в яку вони інвестували час та ресурси, при сумнівності певних її положень з точки зору ЗпЗЕК, може бути визнана недійсною.

Питання законодавчих змін щодо визнання недійсними правочинів, які опосередковувалися АУД, є комплексним та потребує опрацювання різних деталей, зокрема, чи зробити подібні правочини оспорюваними чи нікчемними. Імплементация запропонованого підходу потребує комплексного аналізу зарубіжного досвіду та може бути предметом окремого дослідження вченими у сфері господарського або цивільного права. Зважаючи на те, що ризик визнання договорів та інших правочинів, які опосередковувалися АУД, недійсними є тією обставиною, яка може значно підвищити увагу СГ до дотримання вимог законодавства в частині АУД, а прямі положення законодавства, які вказують на таку можливість, цю увагу тільки підсилять, на погляд автора, аналоги положень ст. 101(2) ДФЄС в українське законодавство варто було б запровадити.

*(д) Наближення українського законодавства в частині регулювання ЗМ(Д)С до підходів ЄС, оновлення Методики, методичне забезпечення змін актами «м'якого права» АМК.* Виходячи із наведеної у підрозділі 2.2. проблематики встановлення ЗМ(Д)С в Україні, досвіду з подібних питань в ЄС, а також враховуючи

рекомендації ЄК наблизити українське законодавство до *acquis* ЄС в частині визначень «домінуючого становища» та «зловживання домінуючим становищем», рівень забезпечення принципу верховенства права при здійсненні контролю за ЗМ(Д)С в Україні, зокрема, передбачуваності правозастосування, можна було б підвищити так:

(1) наблизити законодавчі визначення «монопольного (домінуючого) становища» та «зловживання монопольним (домінуючим) становищем» Закону до підходів, які застосовуються в ЄС, які в загальному описані в підрозділі 2.2. вище, шляхом внесення змін до статей 12 та 13 Закону;

(2) привести Методику у відповідність до запропонованих законодавчих змін, саму Методику оновити, так як її положення, прийняті в 2002 році, є багато в чому застарілими та не враховують розвитку економічних процесів, який відбувся з 2002 року, зокрема, в частині електронної комерції;

(3) видати рекомендаційні роз'яснення чи методичні рекомендації АМК з описом загальних юридичних та економічних підходів, відповідно до яких він буде встановлювати різні найбільш поширені типи ЗМ(Д)С.

У частині змістовного наповнення рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій щодо ЗМ(Д)С, з огляду на встановлену проблематику, у цих документах доцільно було б відобразити загальні підходи АМК до оцінки тих чи інших діянь саме як ЗМ(Д)С, тобто пояснити як АМК тлумачить ч. 1 ст. 13 Закону та відрізняє конкуренцію по суті від ЗМ(Д)С, та окреслити правові й економічні методи встановлення ЗМ(Д)С залежно від різних його видів, принаймні тих, які наразі прямо закріплені в ч. 2 ст. 13 Закону [28, с.55], оскільки вони навряд чи зазнають суттєвих змін навіть при зміні поточного визначення ЗМ(Д)С в ч. 1 ст. 13 Закону шляхом його наближення до визначення, яке застосовується в ЄС. Одним із варіантів вирішення проблематики схожої поведінки на олігопольних ринках, яку породжує практика застосування органами АМК ч. 3 ст. 6 Закону, є її оцінка через призму не тільки УД, а й зловживання колективним домінуючим становищем, з приводу чого в ЄС є напрацювання, які в загальному описані вище в підрозділі 2.2. Питання встановлення



зловживання колективним домінуючим становищем у разі паралельної поведінки доцільно було б відобразити в актах «м'якого права» АМК.

Зрозуміло, що акти «м'якого права» АМК не зможуть покрити усі можливі прояви ЗМ(Д)С та фактичні обставини, їхньою ціллю має бути радше пояснення загальних підходів АМК до визначення, що є порушенням, а що – ні. Зважаючи, що для доведення багатьох видів ЗМ(Д)С потребується всесторонній та ґрунтовний економічний аналіз, особливо в частині цінових зловживань, і цей аналіз має ґрунтуватися на відповідних виважених з точки зору економічної науки теоріях шкоди та підходах до оцінки, які, в свою чергу, є універсальними, при розробці вказаних вище документів варто було б врахувати кращі світові практики із розгляду справ щодо ЗМ(Д)С та встановлення цього порушення. Враховуючи євроінтеграційний рух України, як основний орієнтир варто було б використати напрацювання ЄС, зокрема, повідомлення ЄК про «виключні зловживання», про яке згадувалося вище, та практику Суду ЄС, які є набагато більш розробленими ніж українська практика [28, с. 55-56]. Усі дискусійні моменти тлумачення законодавчих положень відповідно вирішуватимуть господарські суди, яким при такому тлумаченні доцільно було б враховувати правозастосовну практику ЄС, в першу чергу, Суду ЄС.

***(e) Комплексне опрацювання наявної нормативно-правової бази, яка регулює перелік недопустимої з точки зору конкуренції поведінки, усунення дублювання та суперечностей між різними нормативно-правовими актами***

Для вирішення описаної у підрозділі 2.2. проблематики суперечливого регулювання недопустимої з точки зору конкуренції поведінки потрібно провести комплексний аналіз норм законів та інших нормативно-правових актів, в першу чергу, в чотирикутнику ГК – Закон – Закон про недобросовісну конкуренцію – Закон про АМК та усунути наявні між ними суперечності. При цьому для цілей забезпечення конституційного принципу рівності всіх перед законом потрібно досягнути уніфікації положень ГК, Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію таким чином, аби за одні й ті ж дії чи бездіяльність не застосовувалися різні юридичні наслідки залежно від того, за яким законом ці дії чи бездіяльність будуть технічно кваліфіковані як порушення. У зв'язку з цим потрібно або досягнути того, щоб норми Закону, Закону

про недобросовісну конкуренцію та ГК були ідентичними в частині одних і тих же питань, або прибрати подвійне регулювання. Автор не бачить доцільності в дублюванні одних і тих же положень в різних законах.

Так як положення Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію є спеціальними порівняно з ГК, а останній будучи прийнятим пізніше, лише створює дискусійні моменти в частині застосування двох перших законів, на погляд автора, з точки зору юридичної техніки більш прийнятним було б (а) видалення з ГК положень, які дублюються із регулюванням Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію, в першу чергу, в частині визначення порушень; (б) унормування термінологічного апарату в частині визначення законодавства, до якого всі три зазначені закони відносяться, таким чином, щоб всі вони відносилися до одного, аби не виникало питань в частині можливості застосування положень ГК з боку АМК; (в) залишення в ГК лише засадничих моментів щодо конкурентної політики держави із подальшою деталізацією способів, форм та умов її реалізації на рівні відповідного профільного законодавства залежно від сфери застосування того чи іншого закону.

У вітчизняній доктрині тривалий час лунають думки щодо необхідності кодифікації усього українського конкурентного законодавства, аби усунути його суперечності та прогалини [13; 60; 259]. Автор в цілому погоджується, що кодифікація при вдалій реалізації могла б значно підвищити якість відповідного законодавства. Водночас процес кодифікації може бути дуже тривалим у часі у зв'язку з комплексністю законодавства, тому має скоріше розглядатися як певний перспективний захід. Для цілей більш оперативного усунення системних проблем наявних в українському законодавстві можна для початку сфокусуватися на усуненні суперечностей регулювання між Законом, Законом про недобросовісну конкуренцію, Законом про АМК та ГК, наприклад, як було запропоновано вище. Цей захід в будь-якому випадку буде корисним і для цілей кодифікації.

## **(2) Інституційний механізм державного захисту конкуренції:**

Для вирішення проблематики інституційного механізму державного захисту конкуренції, описаної у підрозділі 2.3., пропонується здійснити такі заходи:

**(а) Комплексне опрацювання законодавства, яке регулює повноваження органів, залучених до державного захисту конкуренції, виявлення та усунення суперечностей, чітке врегулювання порядку взаємодії між органами, залученими до державного захисту конкуренції.** Із виявлених суперечностей, необхідно привести у відповідність один з одним положення Закону про АМК та КУПАП в частині повноважень АМК та судів щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення. Іншою зоною, яка потребує уваги, є приведення у відповідність до Конституції положень Закону про АМК в частині призначення та звільнення Голови АМК, а також усунення суперечностей між положеннями Закону про АМК та Закону про ЦОВВ в частині повноважень Президента та КМУ щодо формування керівного складу АМК.

На відсутності чітких правил взаємодії між різними суб'єктами, на яких покладено певні обов'язки щодо захисту та сприяння конкуренції та відсутності належної деталізації завдань та повноважень цих суб'єктів, зокрема, у трикутнику Президент – КМУ – АМК, наголошується у вітчизняній науковій літературі (наприклад, праці С.В. Даніша [260, с. 57], С.В.Шкляра [60, с. 382-384]) як на одній з основних проблем недостатньої ефективності інституційного механізму забезпечення захисту конкуренції в Україні. Цю проблематику потрібно комплексно вирішити, зокрема, усунути наявні суперечності між повноваженнями ВРУ, Президента та КМУ в частині формування керівного складу АМК, та належним чином врегулювати порядок взаємодії АМК з різними органами, які залучені до державного захисту конкуренції, аби було зрозуміло хто за що відповідає, в кого які повноваження та як здійснюється взаємодія.

**(б) Впровадження здійснення господарськими судами безпосереднього встановлення порушень конкуренційного законодавства в рамках приватно-правових спорів.** З огляду на описане у підрозділі 2.3 доцільно було б, щоб суди напряму встановлювали порушення конкуренційного законодавства в рамках приватно-правового спору на основі наданих їм доказів, що посилить як ефективність, так і своєчасність судового захисту порушених прав та інтересів. Цього можна досягнути двома способами: (а) зміною підходу господарських судів щодо

неможливості встановлення ними порушення ЗпЗЕК безпосередньо під час приватно-правового спору в межах чинного законодавства; (б) внесенням змін до законодавства, які б усунули будь-які підстави для його тлумачення так, що господарські суди не можуть безпосередньо застосовувати ЗпЗЕК в рамках приватно-правових спорів.

Щодо першого варіанту, чинне законодавство, зокрема, положення ст. 124 Конституції, ст.ст. 2 та 20 ГПК [261] дають підстави для висновку, що суди наділені повноваженнями в рамках приватно-правових спорів вирішувати питання, на основі наданих їм доказів, чи мало місце порушення ЗпЗЕК безпосередньо. Із ст. 20 ГПК слідує, що справи про оскарження рішень органів АМК є лише одними з переліку спорів, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції, які можуть розглядати господарські суди та Вищий суд з питань інтелектуальної власності, коли він буде сформований, відповідно до наведеного в ГПК розподілу повноважень між ними. У зв'язку з цим виключні повноваження АМК, встановлені в ст. 7 Закону про АМК, на погляд автора, не можуть тлумачитися так, що не дозволяють господарському суду розглядати спір, що виникає з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції та в його межах встановлювати порушення ЗпЗЕК безпосередньо та приймати рішення для досягнення цілей, передбачених у ст. 2 ГПК.

Варто відзначити, що у ВС є прецедент, коли він дуже побіжно заперечив виключні повноваження АМК на встановлення порушень ЗпЗЕК, з яких суди попередніх інстанцій виходили, вказуючи, що позивач, який, серед іншого, просив визнати зловживання монополієм становичем в поведінці відповідача, обрав неналежний спосіб правового захисту (постанова ВС від 23.06.2021 у справі № 911/3204/19 [262]). Дуже побіжно, оскільки заперечивши виключну компетенцію АМК встановлювати порушення ЗпЗЕК, ВС у цій справі не надавав оцінок позовним вимогам щодо визнання зловживання монополієм становичем, а змістив фокус на те, чи суди належним чином з'ясували, чи не вчинив відповідач порушення

регуляторного законодавства. Зазначена вище справа дозволяє прийти до висновку, що сама можливість господарського суду встановлювати в рамках приватно-правових спорів порушення ЗпЗЕК, виходячи з наданих йому доказів, самим ВС не виключається як така, хоч і переважаюча його практика, наведена у підрозділі 2.3., доволі недвозначно наводить на інший висновок.

Чинне законодавство, на погляд автора, дозволяє господарським судам розглядати питання вчинення особою порушення ЗпЗЕК в рамках приватно-правового спору, коли позивач напругу, без попереднього проходження адміністративної процедури органу АМК, звертається за захистом порушеного права чи інтересу до суду та наводить докази такого порушення. Тому при зміні підходу до інтерпретації своїх повноважень, з якого господарські суди у переважній більшості випадків виходять при розгляді спорів про оскарження рішень АМК та приватно-правових спорів, які базуються на рішеннях органів АМК про визнання вчинення порушення, можна забезпечити приватне застосування ЗпЗЕК через господарські суди (так звані “stand-alone claims”) навіть без законодавчих змін. Водночас, зважаючи, що така інтерпретація наштовхуватиметься на передбачені ч. 1 ст. 7 Закону про АМК виключні повноваження АМК, більш оптимальним варіантом з точки зору якості закону було б чітко врегулювати, що господарські суди можуть в рамках приватно-правових спорів, які стосуються порушення ЗпЗЕК, встановлювати порушення ЗпЗЕК безпосередньо відповідно до процесуальних правил, встановлених ГПК.

У частині прямого застосування судами «конкурентної» частини ГК позиція, що таке застосування можливе, на виключні повноваження АМК не наштовхується, з огляду на те, що «антимонопольно-конкурентне законодавство» відповідно до ГК є відмінним від «законодавства про захист економічної конкуренції» відповідно до Закону і на визначення якого Закон про АМК посилається, встановлюючи повноваження АМК. Тому видається, що не існує юридичних перешкод для господарських судів в рамках приватно-правових спорів встановлювати протиправність поведінки сторони на основі положень ГК і захищати порушене право чи інтерес, виходячи із заявлених позовних вимог. Положення ч. 2 ст. 40 ГК щодо повноважень АМК в частині державного контролю за дотриманням

«антимонопольно-конкурентного законодавства» перешкод у цьому плані не створюють, оскільки ці повноваження не сформульовані як виключні.

При цьому, як зазначалося вище, наразі ГК містить інше регулювання одних і тих же питань порівняно з Законом та Законом про недобросовісну конкуренцію, наприклад, в частині підстав для визнання монопольного становища. Вирішення господарськими судами спорів на підставі положень ГК, які суперечать Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію, може призвести до формування суперечливої практики застосування та інтерпретації конкурентного законодавства. Аби цього уникнути, вище пропонувалося вилучити з ГК «конкурентну» частину, яка встановлює перелік порушень, та врегулювати цей перелік виключно на рівні Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію разом з приведенням у відповідність один до одного термінологічного апарату щодо законодавства, до якого відноситься ГК, Закон та Закон про недобросовісну конкуренцію, аби всі три закони відносилися до одного законодавства. В рамках таких змін доцільно було б однозначно врегулювати й наявність у судів повноважень напряду застосовувати це законодавство в рамках приватно-правових спорів, та запровадити відповідні супутні норми, які б унормовували різні деталі, необхідні для належної реалізації цього повноваження на практиці, зокрема, процесуального характеру, з урахуванням досвіду тих юрисдикцій, де суди напряду застосовують конкурентне законодавство.

До запровадження таких законодавчих змін ніщо в принципі не заважає господарським судам встановлювати порушення «конкурентної» частини ГК, але варто було б уважно ставитися до застосування тих положень ГК, які суперечать Закону та Закону про недобросовісну конкуренцію, аби не формувати суперечливу практику.

Комплекс запропонованих вище змін дозволив би господарським судам своєчасно та ефективно захищати порушені права та законні інтереси, як того й вимагає ст. 2 ГПК, в межах заявлених позовних вимог відповідно до передбачених ЦК, ГК та інших законах способів їхнього судового захисту.

Публічне правозастосування, яке, зокрема, полягає в накладенні штрафів та застосуванні до порушників інших передбачених Законом та Законом про

недобросовісну конкуренцію заходів впливу, доцільно було б залишити за АМК, адже покладення на господарський суд повноважень щодо здійснення каральних функцій безпосередньо, роблячи його по суті первинним органом призначення покарання, навряд чи відповідає завданню господарського судочинства, наразі передбаченому в ст. 2 ГПК. На перспективу можна опрацювати ідею передання квазі-судових функцій, які наразі здійснює АМК, зокрема, й щодо визначення покарання за порушення ЗпЗЕК від АМК до судового органу. Функціонал АМК при таких змінах буде схожий на функціонал органу досудового розслідування в кримінальних провадженнях. Відповідно до проведеного Комітетом АПУ з конкуренційного права дослідження станом на 2016 рік деякі країни, наприклад, США (в частині виконання функцій Департаментом юстиції), Австрія, Ірландія, Швеція, Данія, Ірландія, Естонія, Фінляндія застосовували саме такий підхід, коли конкурентне відомство здійснює розслідування, в той час як рішення приймається судом в змагальному процесі між конкурентним відомством та обвинуваченою стороною [263, с. 3]. Опрацювання вказаної вище ідеї не входить до обсягу цього дослідження, автор виходить із того інституційного дизайну, який зараз є, тобто, що АМК в рамках публічного правозастосування приймає рішення про визнання порушення та покарання в адміністративній процедурі, а суд контролює правомірність таких рішень. Подібна система в цілому показала себе ефективною в багатьох країнах світу і вона застосовується як на рівні ЄС, так як в більшості його держав-членів (відповідно до того ж дослідження Комітету АПУ з конкуренційного права [263, с. 3-6]), з різними нюансами організації адміністративної процедури. Тому адміністративна модель побудови публічного застосування конкуренційного законодавства, де рішення про встановлення порушення та призначення за нього покарання приймаються адміністративним органом, а суд контролює правомірність рішень цього органу, може бути як ефективною, так і забезпечувати належний захист прав та інтересів осіб, щодо яких адміністративним органом приймаються відповідні рішення, якщо, в першу чергу, суд належним чином контролює рішення адміністративного органу.

Поєднання публічного та приватного правозастосування конкуренційного законодавства, де в межах першого господарські суди контролюють правомірність

рішень органів АМК, а другого – безпосередньо встановлюють порушення цього законодавства, вирішуючи питання про застосування способів захисту порушеного права чи законного інтересу, дозволить як підвищити рівень правової визначеності застосування конкурційного законодавства шляхом розвитку правозастосовної практики, так і спростити особам, права чи законні інтереси яких порушені, доступ до правосуддя, оскільки адміністративну процедуру органу АМК можна буде оминати та звертатися безпосередньо до суду. При запропонованому підході суди очікувано встановлюватимуть більш «формальні» порушення, для доведення яких позивач може самостійно зібрати достатню доказову базу (недобросовісна конкуренція, окремі види «договірних» АУД, інші більш «юридичні» склади порушень), тим часом як на більш складних справах, які потребують збирання значної кількості доказів, проведення складних економічних оцінок фокусуватимуться органи АМК, так як в них є належні ресурси та повноваження проводити відповідні розслідування. Таким чином, особа, чії права або законні інтереси було порушено недотриманням конкурційного законодавства іншою особою, зможе обрати спосіб їхнього захисту залежно від специфіки своєї ситуації: шляхом безпосереднього звернення до суду, якщо вона може самостійно зібрати доказову базу для доведення протиправної поведінки іншої сторони, або ж шляхом звернення до органів АМК, якщо не може.

**(в) Посилення господарськими судами контролю за рішеннями органів АМК про накладення штрафів та зміна розмірів штрафів органів АМК господарськими судами.** Наявна превалююча практика господарських судів з ухилення від оцінок аргументів СГ щодо непропорційності, необґрунтованості штрафів, накладених на них органами АМК за порушення ЗпЗЕК, на підставі різних доводів (розподілу повноважень між органами АМК та господарськими судами, дискреційних повноважень АМК тощо) не забезпечує належний рівень судового контролю за правомірністю рішень органів АМК та потребує перегляду.

У господарських судів є всі можливості для визнання рішення органу АМК про накладення штрафів недійсним навіть без визнання недійсним рішення про визнання вчинення порушення. Поодинокі прецеденти, в яких суди піддали сумніву



адекватність накладеного штрафу на підставі загальних принципів притягнення до юридичної відповідальності, зокрема, і конституційних, це демонструють. Апеляційні суди (див. постанови, наведені у підрозділі 2.3.) навіть розробили доволі виважену загальну правову позицію для контролю за правомірністю рішень органів АМК про накладення штрафів, яку можна розвинути та масштабувати. У зв'язку з цим автор не бачить жодних юридичних перешкод для господарських судів на постійній основі належно оцінювати доводи позивачів про непропорційність, необґрунтованість, дискримінаційність накладених на них штрафів, надавати їм вичерпну оцінку та при наявності підстав визнавати рішення органів АМК про накладення штрафів недійсними. Тільки при послідовному застосуванні такого підходу можна говорити, що спори про неправомірність накладеного органом АМК штрафу розглядаються судом з «повною юрисдикцією» в розумінні Конвенції. При цьому в господарських судів є низка правових підстав для визнання вказаних рішень органів АМК недійсними: від порушення норм матеріального права (наприклад, порушення конституційних принципів притягнення до відповідальності у їхній інтерпретації КСУ) до неповного з'ясування обставин, які мають значення для справи.

Хоч стаття 59 Закону прямо встановлює, що за передбачених у ній підстав рішення органів АМК, крім визнання їх недійсними, можуть бути скасовані чи змінені, автор не виявив рішень, в яких господарський суд змінив рішення органу АМК по суті або в частині накладеного штрафу. Хоч ВС наводить у своїх постановках позиції, з яких можна зрозуміти, що в повноваження господарських судів входить і зміна рішень органів АМК (наприклад, [117]), інша, превалююча, практика ВС, наведена у підрозділі 2.3., вказує на позицію, що самостійна кваліфікація (перекваліфікація) дій з точки зору ЗпЗЕК (див. також постанову ВС від 22.12.2022 у справі № 914/130/22 [264]), зміна розміру накладеного органом АМК штрафу перебувають за межами повноважень господарського суду.

Причин такого підходу може бути декілька: або позивачі допоки не ставили перед господарськими судами чітких позовних вимог змінити рішення органів АМК, або ВС займає таку позицію з огляду на інтерпретацію ст. 2 ГПК щодо ефективних способів судового захисту та виключних повноважень АМК, передбачених у ст. 7

Закону про АМК, які у системному зв'язку зі ст. 48 Закону, вказують, що ці виключні повноваження АМК включають прийняття рішення про визнання вчинення порушення та накладення штрафу за нього.

Автору в цілому зрозуміло чому ВС займає позицію, що він не може змінити кваліфікацію порушення, застосовану АМК, оскільки навряд чи особа, яка звертається до суду, очікує, що замість скасування неправомірного, на її думку, рішення органу АМК вона отримає від суду нове, за яким її діяння будуть перекваліфіковані на інше порушення. У випадку особи, яка звертається до суду за захистом порушеного права, такий результат навряд чи б відповідав завданням господарського судочинства, передбаченим ст. 2 ГПК. У певних випадках зміна судом здійсненої органом АМК кваліфікації поведінки позивача може розглядатися позивачем як ефективний спосіб захисту, наприклад, зміна помилкової кваліфікації органами АМК дій позивача як порушення, передбаченого п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону, на інший тип АУД, оскільки з огляду на Закон «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 притягнення до відповідальності за перший тип порушення унеможливорює участь позивача, при невизнанні рішення органу АМК недійсним господарським судом, у значній кількості процедур публічних закупівель протягом трьох років з дня прийняття органом АМК відповідного рішення, а інші типи АУД такого наслідку не передбачають. У цілому питання реалізації судом повноважень щодо здійснення самостійної кваліфікації (перекваліфікації) порушень всупереч рішенням органів АМК є доволі комплексним та потребує виваженого підходу. З одного боку, за певних умов реалізація цих повноважень може призводити до того, що насамперед ефективно виявлення порушень, які стосуються змов на торгах, та застосування до порушників належних заходів впливу може підірватися. Необгрунтовані ж рішення органів АМК в частині обраної кваліфікації можуть бути визнані судом недійсними, що усуне й питання неправильної кваліфікації. Тому в цілому автор сходиться з ВС, що більш виваженою загальною позицією в рамках наявного законодавчого поля є те, що господарські суди не мають змінювати кваліфікацію порушень, здійснену органом АМК, а виходити з тієї, яку він застосував, оцінюючи її відповідність закону. Водночас, з іншого боку, при такому підході неодмінно поставатиме питання, що

заявник, який незадоволений рішенням органу АМК про закриття справи без прийняття рішення про вчинення порушення, коли він переконаний, що порушення було, та вирішить оскаржити таке рішення органу АМК в суді при найкращому для себе розвитку подій отримає судове рішення про визнання рішення органу АМК недійсним та вимушений буде знову проходити адміністративну процедуру органу АМК, який може прийняти ідентичне рішення про відсутність порушення, яке знову потрібно буде оскаржувати. Є очевидні переваги з точки зору ефективності в тому, щоб суди могли змінювати рішення органів АМК та самостійно встановлювати порушення або його відсутність на основі матеріалів, наявних в матеріалах справи органу АМК та додатково доданих доказів, що значно б зекономило час та ресурси осіб на захист своїх порушених прав. Тому питання самостійної кваліфікації (перекваліфікації) господарськими судами порушень ЗпЗЕК всупереч рішенням органів АМК для забезпечення ефективного судового захисту прав та законних інтересів потребує комплексного опрацювання та врахування різних деталей та ситуацій, які можуть виникнути на практиці, та може бути предметом перспективних досліджень вчених у сфері господарського права та процесу виходячи із досвіду зарубіжних країн.

Водночас виникає питання, чи можуть і мають господарські суди змінювати розмір штрафу, накладеного органом АМК. При прийнятті рішення у Справі Menarini ЄСПЛ виходив з того, що розгляд позову компанії-скаржника з боку італійських судів був здійснений судом з «повною юрисдикцією» в розумінні Конвенції, оскільки ті, за потреби, могли змінити розмір накладеного конкурентним відомством штрафу. Незміна господарськими судами розмірів штрафів, накладених органами АМК, з яких би то не було підстав (неподання відповідних позовних вимог, інтерпретація ВС повноважень господарських судів тощо) призводить до ситуації, що в кращому для позивача випадку визнання господарським судом рішення органу АМК про накладення штрафу недійсним призведе до того, що АМК може накласти новий штраф за те ж порушення, оскільки чинне законодавство не містить жодних обмежень з цього приводу (див. також, наприклад, п. 6 ПП ВГСУ № 15). Господарські суди, зокрема, визнали у справі № 910/10017/19 недійсним рішенням АМК № 286-р від

25.04.2019 в частині штрафу, накладеного на компанію за неотримання дозволу на концентрацію. АМК відкрив справу про перегляд свого рішення аби накласти штраф за встановлене порушення [265]. У разі незгоди зі штрафом, який буде накладено, його знову потрібно буде оскаржувати в суді. Оскарження рішень АМК про накладення штрафів в суді може «кільцюватися» невизначену кількість разів і невизначений строк.

У зв'язку з цим для уникнення «кільцювання» судових процесів було б більш ефективним, щоб при оскарженні рішення органу АМК про накладення штрафу рішення про його фінальний розмір могло відразу прийматися господарським судом. З огляду на положення Конституції, за якими здійснення правосуддя – це повноваження суду, на погляд автора, саме на суд має бути покладено функцію визначення справедливого покарання за порушення конкурентного законодавства. Наявність судового органу або іншої незалежної судової установи, яка встановлює або, на вимогу особи, переглядає будь-які санкції чи зобов'язання, накладені конкурентним відомством, є також зобов'язанням України відповідно до ст. 255 Угоди про асоціацію [91]. У призмі Союзного досвіду, саме акумулювання повноважень з контролю легальності за рішеннями ЄК по суті та необмежена юрисдикція у призначенні покарання є тими двома обставинами, якими Суд Справедливості в сукупності обґрунтовує наявність у Суду ЄС «повної юрисдикції» в розумінні Конвенції в частині контролю за рішеннями ЄК.

У зв'язку з усім вищевказаним, доцільно, щоб суди могли самостійно принаймні зменшувати розмір штрафу, накладеного органом АМК, та повністю підміняти при визначенні фінального розміру штрафу власною оцінкою оцінку органу АМК щодо пропорційності штрафу встановленим обставинам. Цього можна досягти двома способами: (а) в рамках чинного законодавства шляхом зміни ВС свого підходу в сторону визнання наявності у господарських судів повноважень змінювати розміри штрафів, накладених органами АМК, або ж (б) шляхом внесення змін до законодавства, які будуть однозначно встановлювати, що в судів є такі повноваження.

Щодо першого варіанту, автор вважає, що в цілому є простір для обґрунтування, що у господарських судів є повноваження щодо зміни розмірів штрафів органів АМК

навіть у чинному законодавчому полі, так як можливість зміни рішень органів АМК з боку господарських судів прямо закріплена в ст. 59 Закону, а зміну непропорційного розміру штрафу та пропорційний саме судом в рамках господарського процесу в цілому можна вважати ефективним способом захисту порушених прав. В позовній вимозі про зменшення розміру штрафу є юридичний спір (про неправомірність розміру накладеного штрафу) і в силу ст. 124 Конституції має бути юрисдикція суду щодо такого спору. Не можна сказати, що інтерпретація вище є абсолютно недискусійною з огляду на положення ст. 7 Закону про АМК щодо виключних повноважень АМК. Водночас є поле для аргументації, що господарський суд у ці виключні повноваження не втручається, оскільки АМК була надана можливість їх реалізувати в адміністративній процедурі, а суд здійснює контроль за правомірністю реалізації цих повноважень, зокрема, з точки зору дотримання норм матеріального права, зокрема, конституційних принципів рівності перед законом, індивідуалізації юридичної відповідальності тощо, та шляхом зміни розміру штрафу, накладеного органом АМК, здійснює правосуддя, забезпечуючи таким чином ефективний захист порушених прав особи, на яку було накладено штраф. Так як питання принципів та обставин, які мають враховуватися при визначенні конкретних розмірів штрафів в межах, встановлених Законом та Законом про недобросовісну конкуренцію, наразі на законодавчому рівні не врегульоване, виникає питання заповнення правового вакууму в частині того, з чого господарські суди мають виходити при визначенні розмірів штрафів. Це питання можна вирішити за прикладом підходів, які застосовуються в ЄС, тобто шляхом зміни господарськими судами розміри штрафів, накладених органами АМК, виходячи з загальних принципів притягнення до юридичної відповідальності. Ці принципи можна виокремити з рішень КСУ та ЄСПЛ та сформулювати їх у правовому висновку ВС, зробивши таким чином дороговказом по визначенню розмірів штрафів для судів нижчих інстанцій.

Хоч описаний вище варіант і можливий, він по суті зводиться до заповнення судами прогалин чинного конкуренційного законодавства України. Так як ці прогалини суттєві, більш виваженим та оптимальним підходом до забезпечення зміни господарськими судами розмірів штрафів, накладених органами АМК, було б

внесення до чинного законодавства змін, з яких було б однозначно зрозуміло, що в господарських судів є повноваження змінювати розміри штрафів за порушення конкуренційного законодавства, накладених органами АМК, та які б врегульовували б й інші різні важливі деталі реалізації судами своїх повноважень щодо перегляду розмірів штрафів. У частині таких законодавчих змін, питання підходів до визначення розмірів штрафів доцільно було б належним чином та з достатнім рівнем деталізації врегулювати на рівні законів, аби в судів був перелік, що вони оцінюють та з яких підходів мають виходити при оцінці. Це потрібно для забезпечення того, щоб зміна штрафів здійснювалася судами послідовно, а дискреційні повноваження реалізовувалися в чітко окреслених межах. Це б також надало судам додатковий комфорт при зміні розмірів штрафів, так як у них був би закон, на який можна було б покладатися для обґрунтування своїх рішень.

До запровадження відповідних законодавчих змін, на погляд автора, господарські суди можуть і мають послідовно оцінювати пропорційність та адекватність накладених органами АМК штрафних санкцій, враховуючи всі обставини. Якщо позивач може продемонструвати, що рішення органу АМК про накладення штрафу суперечить загальним принципам притягнення до юридичної відповідальності (пропорційність, розумність, недискримінація тощо) навіть, якщо розмір штрафу не перевищує встановлені законодавством межі, господарські суди мають визнавати такі рішення недійсними. У господарського суду вже наразі є всі повноваження контролювати рішення АМК за цими критеріями.

Закон № 3295-ІХ поклав на АМК зобов'язання прийняти методіку визначення штрафу через свій відомчий нормативно-правовий акт. На час написання цієї роботи вказаний акт АМК ще не прийнято. Згаданий акт імовірно спростить судам задачу контролювати рішення органів АМК про накладення штрафів. Водночас, перестановка юридичної сили акту, яким органи АМК керуються при визначенні штрафів, може нічого кардинально не змінити, якщо органи АМК й надалі не будуть належним чином мотивувати у своїх рішеннях конкретні розміри штрафів і господарські суди будуть вважати такий підхід допустимим. Під «належним мотивуванням» автор має на увазі, на прикладі наявної Методики визначення

штрафів, детальний опис як орган АМК рахував базовий розмір штрафу, як він його коригував, які конкретні обставини були взяті до уваги при визначенні розміру штрафу, їхня вага тощо. Позиція господарських судів, що органи АМК можуть цього у своїх рішеннях не робити, так як прямо не зобов'язані з формальної точки зору, на погляд автора, потребує кардинального перегляду.

Принцип належного врядування, який ВС широко визнає, зокрема, й у справах про оскарження рішень органів АМК, конституційний принцип верховенства права вимагають, щоб дії органу державної влади були зрозумілими, прозорими та вмотивованими. Якщо орган АМК детально не пояснює як він визначав розмір штрафу, вказані вище вимоги не виконуються, чим порушуються норми матеріального права та й навіть процесуальні норми ЗпЗЕК, яке ставить до рішень органів АМК загальні вимоги бути вмотивованими. Відсутність детального мотивування органами АМК своїх рішень про накладення штрафів, які наразі в переважній більшості випадків зводяться до того, що орган АМК наводить розмір доходу СГ за попередній рік, інколи дуже коротко наводить обставини, які бралися до уваги при визначенні розміру штрафу, та фінальний розмір штрафу разом з тим, що суди не вважають такий підхід недопустимим, призводить до закономірного результату, що для СГ значно ускладнюється можливість оспорити правомірність накладеного на них розміру штрафу на підставі такого доводу як його дискримінаційність, оскільки вони не розуміють та не будуть розуміти, чи орган АМК застосовував при накладенні на них штрафу такий же підхід, як до інших подібних випадків. Розуміння цих обставин є особливо актуальним для справ про АУД, оскільки розмір штрафів, накладених на декількох відповідачів в рамках однієї справи органу АМК, може кардинально відрізнитися між собою. Із рішень органів АМК незрозуміло чому були накладені різні розміри штрафів на різних відповідачів в рамках однієї справи. Крім того, розуміння суб'єктами господарювання як органи АМК визначають розміри штрафів надає їм певну правову визначеність щодо приблизних рамок потенційних фінансових санкцій, які можуть бути на них накладені у разі встановлення органами АМК того чи іншого порушення ЗпЗЕК. На практиці саме по собі відкриття органом АМК справи про порушення для значної кількості компаній може вимагати створення резервного

фонду на той випадок, якщо орган АМК потенційно визнає вчинення порушення, що означає вилучення певного розміру коштів з обігу. Розуміння, які хоча б приблизні штрафи можуть бути накладені органом АМК за результатами розслідування надає СГ можливість більш ефективно розпоряджатися своїми ресурсами порівняно із ситуацією, коли резервування коштів потрібно робити абсолютно навмання. Це розуміння можна було б отримати, якби органи АМК детально описували у своїх рішеннях як вони обраховували розмір штрафу та які обставини й чинники враховували. Для органів АМК це мало б тільки переваги, так як підвищило б прозорість та зрозумілість їхніх дій та дозволяло б посилати сигнали щодо того, яка процесуальна поведінка під час розгляду справи вважається недопустимою та може впливати на розмір штрафу, яка конкурентна поведінка сприймається більш негативно, яка – менш.

У зв'язку з усім вищевказаним, для укріплення практичного забезпечення принципу верховенства права під час застосування конкуренційного законодавства правозастосовну практику варто було б переформатувати таким чином, що органи АМК мають детально обґрунтовувати розмір своїх штрафів та формувати публічні версії своїх рішень в спосіб, який би дозволив зрозуміти підходи органу АМК при визначенні конкретного розміру штрафу. Господарським судам відповідно варто було б переглянути свою позицію, що органи АМК не мають пояснювати свої рішення про накладення штрафів, та поставити до органів АМК послідовні вимоги детально мотивувати у своїх рішеннях чому в кожному конкретному випадку визначено саме такий розмір штрафу, зокрема, описувати його покрокове визначення. Забезпечення дотримання органами АМК подібних вимог господарські суди можуть доволі просто досягти, визнавши одне чи декілька рішень про накладення штрафів, які цим вимогам не відповідають, недійсними. Хоча запропоновані зміни і потребуватимуть від органів АМК додаткового часу та зусиль, що може вплинути на оперативність прийняття рішень, міркування ефективності не виправдовують непостановку до них вимоги належним чином пояснювати свої рішення, тим більш в такій сфері як призначення покарання і тим більше зважаючи на значний розмір штрафів, які на практиці накладаються органами АМК. Крім того, підхід з детального мотивування розмірів



штрафів як з боку ЄК, так і з боку Суду ЄС є усталеною практикою в Союзі, на яку в світлі євроінтеграційного руху варто зважати. Це практика, в доцільності запозичення якої не виникає сумнівів.

Комплекс зазначених вище змін до законодавчого регулювання державного захисту конкуренції та правозастосовної практики дозволив би усунути значну кількість наявних їх проблем та укріпити належне забезпечення на практиці принципу верховенства права та правової держави. Також він дозволив би наблизити українське законодавство та практику до стандартів та підходів, які застосовуються в ЄС.

### **Напрями удосконалення конституційного регулювання державного захисту конкуренції**

Проаналізувавши досвід конституційно-правового регулювання державного захисту конкуренції в державах-членах ЄС, можна прийти до висновку, що Конституція України акумулює в собі ті ідеї, які закладені у відповідному зарубіжному регулюванні, а в дечому й навіть більш просунуте. До подібних висновків приходять й А.Р. Крусян [266, с. 56] та Н.М. Пархоменко [267, с. 158], здійснивши порівняльне дослідження конституційного регулювання права на підприємницьку діяльність, зокрема, в частині захисту конкуренції, в Естонії, Латвії, Литві та Польщі, Румунії, Словаччині, Угорщині відповідно. Автор не бачить особливої доцільності у внесенні кардинальних змін до Основного Закону в частині рецепції досвіду конституційного регулювання захисту конкуренції держав-членів ЄС, так як наявне українське регулювання є в цілому достатнім, аби система державного захисту конкуренції належним чином працювала.

При цьому конституційно-правове регулювання може належним чином виконувати свій функціонал тільки при максимально широкому тлумаченні виразу «неправомірне обмеження конкуренції» в другому реченні ч. 3 ст. 42 Закону, яке б дозволило охопити весь перелік порушень конкуренційного законодавства, встановлених на рівні законів, які не покриваються зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією.

При визначенні порушень ЗпЗЕК Закон посилається на чотири ефекти для конкуренції залежно від порушення: недопущення, усунення, обмеження чи

спотворення конкуренції. Через такий ефект як спотворення чи загрозу спотворення економічної конкуренції» визначається й «державна допомога» в Законі «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 [268]. «Обмеження конкуренції» відповідно до ЗпЗЕК є лише одним із чотирьох фактичних чи потенційних ефектів, в яких може матеріалізуватися порушення цього законодавства. Жоден з цих чотирьох ефектів в Законі та іншому конкурентному законодавстві не визначається, що робить їх інтерпретацію оціночною. У силу того, що з переліку недопустимої поведінки, переліченої у другому реченні ч. 3 ст. 42 Конституції, «неправомірне обмеження конкуренції» є ключовим, оскільки поширюється як на суб'єктів господарювання (наприклад, АУД), так і на інших суб'єктів, зокрема, органи публічної влади, «неправомірне обмеження конкуренції» доцільно було б тлумачити максимально широко таким чином, що воно покриває усі потенційні або фактичні негативні ефекти для конкуренції, які може нести будь-яке порушення конкурентного законодавства, яке не підпадає під зловживання монопольним становищем та недобросовісну конкуренцію. У цілому вираз «обмеження конкуренції» дозволяє інтерпретувати себе так, що включає як, власне, обмеження, так і недопущення, усунення та спотворення конкуренції, оскільки кожен з останніх трьох ефектів передбачає певне обмеження наявної чи майбутньої конкуренції, яка могла би мати місце, якби неправомірних діянь не було. Вузьке тлумачення «обмеження» конкуренції лише як одного з чотирьох негативних ефектів для конкуренції, які можливі від порушення ЗпЗЕК або від державної допомоги, значно обмежить рівень конституційно-правового захисту конкуренції. Так як КСУ послідовно застосовував розширене тлумачення «неправомірного обмеження конкуренції» у своїй попередній практиці, таке тлумачення, на погляд автора, доцільно було б підтримувати й надалі та інтерпретувати «неправомірне обмеження конкуренції» в розумінні Конституції таким чином, що воно покриває усю можливу поведінку усіх можливих суб'єктів, яка неправомірно посягає на ефективний конкурентний процес на території України, та не охоплюється зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією, та таким чином урівняти рівень конституційно-правового захисту конкуренції з тим рівнем, який

передбачений на рівні законів. Аби не виникало різночитань в цій частині можна було б на перспективу внести технічні зміни до Конституції, наприклад, «неправомірне обмеження конкуренції» замінити на «неправомірне посягання на конкуренцію» або ж уточнити наявні формулювання Конституції в інший спосіб, аби логічно та системно зв'язати той рівень захисту конкуренції, який є на конституційному рівні, з тим, який є на рівні законів, аби перший не був вужчим за другий. У цілому при розширеному тлумаченні «неправомірного обмеження конкуренції», як було запропоновано автором, подібних технічних змін можна було б й уникнути.

Інший аспект, що і вираз «зловживання монопольним становищем» аби рівень конституційно-правового захисту був ідентичним тому, який є на рівні Закону, доцільно було б тлумачити не буквально як зловживання своїм становищем єдиним продавцем на ринку, а розширено, так щоб воно покривало інші випадки зловживання домінуючим становищем. Системне тлумачення Конституції через Закон про обмеження монополізму, наявний на час прийняття Конституції, та ГК в цілому дають таку можливість, оскільки перший, підхід якого ГК повторив, визначав монопольне становище через домінуюче, хоча в цьому визначенні відповідно до поширених підходів до тлумачення монополії як ситуації, коли на ринку є єдиний продавець, а домінуючого як ситуації, коли суб'єкт господарювання має такий ступінь ринкової влади, який надає йому можливість поводитися на ринку незалежно від інших суб'єктів<sup>11</sup>, і містилося визначення вужчого поняття через ширше. У цілому Закон, який урівняв монопольне становище з домінуючим, дозволяє розтлумачити конституційне положення про недопустимість зловживання монопольним становищем як недопустимість зловживання і домінуючим становищем. На

---

<sup>11</sup> Значна кількість країн Європи, насамперед держав-членів ЄС, використовує у своєму законодавстві для позначення суб'єкта господарювання, який має значну ринкову владу, вираз «домінуюче становище» за прикладом виразу, який вживається в ст. 102 ДФЄС, надаючи йому інтерпретацію, ідентичну або близьку до інтерпретації домінуючого становища за ст. 102 ДФЄС Судом ЄС, тобто наявності у суб'єкта господарювання такого ступеня економічної потужності (ринкової влади), яка дозволяє йому перешкоджати підтриманню ефективної конкуренції, надаючи можливість поводитися на ринку значною мірою незалежно від інших суб'єктів (конкурентів, покупців, постачальників, споживачів) [269]. Заборона ст. 102 ДФЄС та відповідно законодавств держав, які підхід ст. 102 ДФЄС із використання терміну «домінуюче становище» наслідують, покриває як випадки зловживання своїм становищем суб'єктом, який займає монопольне становище у вузькому розумінні (єдиний продавець на ринку) [270], так й іншими потужними в економічному плані суб'єктами господарювання, які конкурентів на ринку мають. Аналіз англійської літератури у сфері конкуренційного права європейських країн вказує, що вираз «домінуюче становище» для позначення ситуацій наявності значної ринкової влади набагато ширше та частіше використовується ніж «монопольне становище» та відтак є більш усталеним

перспективу, зважаючи, що вираз «домінуюче становище» є більш широким та усталеним між «монопольне становище», яке є лише одним з його видів, з огляду на підходи в ЄС, і в профільному українському законодавстві, і в Конституції більш коректно було б вживати вираз «домінуюче становище», який покриває як ситуації монополії, так й інші випадки домінуючого становища, які не обмежуються наявністю єдиного продавця товару (в найбільш широкому тлумаченні товару як будь-якого предмету господарського обороту (ст. 1 Закону)) на ринку. Деякі з конституцій держав-членів ЄС, зокрема, Угорщини та Португалії, вживають вираз «домінуюче становище».

У цілому визнання Конституцією недопустимим зловживання домінуючим становищем, якщо «монопольне становище» тлумачити буквально, можна «вкласти» в «неправомірне обмеження конкуренції», якщо останнє тлумачити широко, але тільки частково до тієї міри, поки воно стосується впливу саме на конкуренцію. Відповідно до Закону ЗМ(Д)С можуть бути й діяння, які ущемлюють інтереси інших СГ та споживачів, не обов'язково при цьому впливаючи на конкуренцію. Загалом, на погляд автора, положення Конституції щодо «зловживання монопольним становищем» було б краще уточнити шляхом заміни вказаного терміну на «зловживання домінуючим становищем», аби не виникало різночитань щодо рівня конституційно-правового захисту і щоб цей захист був не вужчим, ніж на рівні Закону, або принаймні вжити вираз, ідентичний до того, який зараз є на рівні Закону – «зловживання монопольним (домінуючим) становищем», якщо після наближення Закону до *acquis* ЄС цей вираз не зазнає змін. При наближенні конкуренційного законодавства до законодавства ЄС залежно від обраного для цілей цього законодавства виразу для позначення зловживання значною ринковою владою доцільно було б відобразити відповідні зміни на рівні Основного Закону.

Питанням, яке на погляд автора, не можна або принаймні важко вирішити інтерпретацією, є те, що Конституція забезпечує вужчий рівень захисту конкуренції ніж Закон. Закон передбачає, що АМК здійснює контроль за дотриманням ЗпЗЕК не тільки в рамках підприємницької діяльності, а й некомерційної також. Прийти до такого висновку дозволяють формулювання ст. 1 Закону в частині визначення суб'єкта

господарювання, яким, серед іншого, є юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність [23]. Практика АМК показує, що він інтерпретує господарську діяльність через ГК. Судова практика підтверджує цей підхід (постанова ВС від 28.07.2022 у справі № 910/11304/21 [271]). Господарська діяльність відповідно до ГК включає як підприємницьку діяльність (з метою одержання прибутку), так і некомерційну господарську діяльність (без мети одержання прибутку) (статті 3, 42, 52). Є випадки, коли АМК застосовував заходи впливу до суб'єктів, які займалися некомерційною господарською діяльністю (наприклад, рішення АМК № 582-р від 10.10.2020 [272], яким він оштрафував за недобросовісну конкуренцію асоціацію, яка при цьому була неприбутковою організацією). Таким чином, межі захисту економічної конкуренції відповідно до Закону є ширшими порівняно з тими, які передбачені Конституцією в тій інтерпретації підприємницької діяльності, яку КСУ вивів у своєму рішенні у Справі № 1-41/2008, вочевидь використовуючи визначення з ГК [14]. Закон про недобросовісну конкуренцію також поширює свою дію не тільки на підприємницьку діяльність, а й на іншу господарську діяльність (некомерційну), що прямо вказано у визначенні «недобросовісної конкуренції», наведеному у цьому законі.

Варто відзначити, що в Аналітичному звіті ЄК серед її зауважень до Закону є те, що він не проводить чітких меж між економічною та неекономічною діяльністю. В ЄС таке відмежування має принципове значення. Центральним поняттям конкуренційного законодавства ЄС є «суб'єкт господарювання», доктринальне тлумачення якого протягом багатьох років розроблялося в Союзній юриспруденції. Під «суб'єктом господарювання» у сфері конкуренційного права ЄС розуміється будь-який суб'єкт (єдинця (entity)), який займається економічною діяльністю, незалежно від його правового статусу та способу, в який він фінансується (рішення Суду Справедливості у справі *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH* [273]). Економічна діяльність визначається відповідно до функціонального підходу і базовим тестом для віднесення певної діяльності до економічної є те чи може ця діяльність, принаймні в принципі, бути здійснена приватним суб'єктом господарювання з метою

отримання прибутку (думка Генерального адвоката Якобса у справі *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [274]). Будь-яка діяльність, яка полягає в пропонуванні товарів та послуг на певному ринку вважається економічною (рішення Суду Справедливості у справі *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* [275]). Неприбутковий характер діяльності не виключає того, що вона може бути визнана економічною для цілей конкурентних правил ЄС (рішення Суду Справедливості у справі *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustri* [276]). На суб'єкта, який не займається економічною діяльністю (тобто не є суб'єктом господарювання), конкурентні правила ЄС не поширюються.

Введення в українське законодавство відмежування економічної від неекономічної діяльності в тому значенні, в якому воно розуміється в ЄС, потребуватиме внесення змін до існуючого законодавства – принаймні в Закон, а можливо й у ГК, у зв'язку з чим ймовірна зміна термінологічного апарату, який використовується в наявному законодавстві. Тому наразі формувати зміни до Конституції на основі наявного законодавства, яке може бути змінено, не має практичного сенсу. Водночас залежно від внесених змін щодо сфери охоплення державного захисту конкуренції на рівні законів доцільно було б відобразити ці зміни й у Конституції, аби логічно зв'язати Основний Закон та нормативно-правові акти нижчої юридичної сили та поширити конституційний контроль КСУ на нову сферу охоплення державного захисту конкуренції як вона буде визначена на рівні законів. У цілому, на погляд автора, у частині захисту конкуренції конституційний захист не має бути слабшим, ніж встановлений на рівні закону. Залежно від внесених змін до ч. 3 ст. 42 Конституції можливо будуть потрібні й зміни до ч. 1 ст. 42 Основного Закону, аби їх логічно зв'язати між собою.

До внесення таких змін в цілому поширення конституційно-правового захисту конкуренції не тільки на підприємницьку, а й на іншу господарську діяльність можна вивести через інтерпретацію другого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону таким чином, що недопустимість зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції «відірвані» від першого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону та, виходячи із того, як відповідні

положення Конституції були реалізовані на рівні Закону, поширюються і на іншу господарську діяльність, крім підприємницької. Хоча така інтерпретація за потреби і можлива, з точки зору логічності та системного взаємозв'язку положень першого та другого речення ч. 3 ст. 42 Конституції, на погляд автора, більш коректним було б внесення до першого речення змін, щоб захист конкуренції поширювався на всю «економічну діяльність», а не тільки на підприємницьку.

## **Висновки до Розділу 2**

1. Конституційні положення щодо державного захисту конкуренції були розвинуті у низці законів та підзаконних нормативно-правових актів, певні питання, які стосуються захисту конкуренції, є також предметом регулювання міжнародних договорів, стороною яких є Україна. Наразі правове регулювання захисту конкуренції в досліджуваному обсязі (контроль за дотриманням ЗпЗЕК, контроль за УД та концентрацією) становить комплексну систему, є доволі розробленим, проте продовжує перебувати у стані становлення.

2. До складу інституційного механізму реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції входить низка органів, які можна класифікувати на спеціалізовані (АМК) та органи загальної компетенції, до яких можна віднести ВРУ, Президента, КМУ, інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, судові органи (КСУ та суди). Межі та спосіб залучення як АМК, так і органів загальної компетенції до заходів щодо реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції визначаються встановленими Конституцією та законами України повноваженнями цих органів.

3. Наявну практику КСУ стосовно розгляду питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції, не можна назвати дуже розвиненою. Ця практика формувалася за результатами розгляду конституційних подань, переважно щодо питань розподілу повноважень ВРУ, Президента та КМУ. Найбільш плідним періодом розвитку цієї практики було десятиліття 2000-2010 років. У наступний період значущих рішень КСУ в частині державного захисту конкуренції поки не приймалося.

Суб'єкти господарювання доволі активно звертаються до КСУ з конституційними скаргами, в яких піднімають питання конституційності окремих положень ЗпЗЕК. Однак, по всіх ідентифікованих конституційних скаргах у відкритті конституційного провадження КСУ було відмовлено через те, що скарги не пройшли процесуальні фільтри.

4. У частині контролю за дотриманням ЗпЗЕК наявна низка проблем забезпечення належної практичної реалізації конституційного принципу верховенства права та інших положень Конституції. Проблематика проявляється на двох рівнях: (1) відмежування правомірної з точки зору ЗпЗЕК поведінки від неправомірної, що породжено застосуванням в законодавстві оціночних понять та широких формулювань, що підкріплено відсутністю усталеної практики інтерпретації багатьох його навіть базових понять та питань попри тривалий час існування відповідного законодавства, внутрішніми та зовнішніми суперечностями між різними законами в сфері захисту конкуренції, що піднімає ширшу проблему якості законодавства; (2) інституційного дизайну системи захисту конкуренції, якому притаманні відсутність чіткого врегулювання повноважень різних органів, які залучені до такого захисту, а виключні повноваження АМК, передбачені ст. 7 Закону про АМК, породжують проблеми доступу до правосуддя в частині безпосереднього встановлення порушень ЗпЗЕК в рамках приватно-правових спорів з боку господарських судів та меж і рівня контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК та накладення штрафів.

5. Порівняльний аналіз регулювання та правозастосовної практики України та ЄС в частині АУД та ЗМ(Д)С, зокрема, практик конкурентних відомств, рівня та меж контролю судами за рішеннями конкурентних відомств, показав суттєві відмінності у підходах в Україні та в ЄС та більшу виваженість та прийнятність з точки зору забезпечення різних складових верховенства права підходів, що застосовується в ЄС. У зв'язку з цим українське законодавче регулювання і практика правозастосування потребують подальшого наближення до підходів ЄС в частині антиконкурентних узгоджених дій та зловживання домінуючим становищем, підходи АМК до обґрунтування своїх рішень про визначення розмірів штрафів – до підходів



ЄК, а рівень контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про накладення штрафів – до стандартів перегляду судом з «повною юрисдикцією», які ставляться ЄСПЛ, та підходів, які застосовуються Судом ЄС.

6. Аналіз судової практики показує, що в Україні приватне правозастосування, де порушення конкуренційного законодавства встановлюють безпосередньо господарські суди на підставі поданих доказів, не працює як явище, формування практики з боку господарських судів обмежується контролем легальності рішень органів АМК, а захист прав осіб, порушених недотриманням конкуренційного законодавства іншими особами, обумовлений проходженням адміністративної процедури АМК. Це є суттєвим недоліком української системи захисту конкуренції, неусунення якого не дасть конкуренційному законодавству працювати настільки ефективно, наскільки воно б могло. Тільки органічне поєднання приватного та публічного правозастосування дозволить ефективно та своєчасно захищати права та законні інтереси осіб, порушені недотриманням іншими особами конкуренційного законодавства, та поступово усувати існуючий рівень правової невизначеності у застосуванні вказаного законодавства.

7. Наявне українське конституційно-правове регулювання державного захисту конкуренції є в цілому достатнім, аби система державного захисту конкуренції належним чином працювала, в першу чергу, за умови максимального широкого тлумачення недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції» відповідно до другого речення ч. 3 ст. 42 Конституції таким чином, що воно покриває усю можливу поведінку усіх можливих суб'єктів, які неправомірно посягають на ефективний конкурентний процес на території України, яка не охоплюється зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією. Проаналізована проблематика державного захисту конкуренції в Україні вказує, що її причинами є законодавче регулювання та правозастосовна практика. Водночас в частині конституційно-правового регулювання є також простір для вдосконалення.

8. Рівень конституційно-правового захисту конкуренції вужчий, ніж встановлений на рівні Закону, оскільки перший поширюється на конкуренцію у підприємницькій діяльності, а другий – на конкуренцію у господарській діяльності,

тобто як на підприємницьку діяльність, так і на некомерційну. З урахуванням рекомендацій ЄК ввести в українське законодавство чітке розмежування економічної та неекономічної діяльності для цілей застосування конкурентних правил, що може потягнути зміну термінологічного апарату, який вживається в Законі або й навіть у ГК, після здійснення такого законодавчого розмежування доцільно було б внести відповідні зміни до Конституції, аби рівень конституційно-правового захисту конкуренції не був вужчим, ніж на рівні законів.

9. З огляду на євроінтеграційний рух України, більш коректним було б вживати як в профільному конкурентному законодавстві, так і в Конституції замість виразу «зловживання монопольним становищем» вираз «зловживання домінуючим становищем», так як друге є ширшим поняттям за перше та охоплює його, а перше при буквальному тлумаченні, яке при цьому широко вживане, є зловживанням своїм становищем єдиним продавцем на ринку, або ж принаймні вжити в Конституції вираз «зловживання монопольним (домінуючим) становищем», який використовується в Законі, якщо цей вираз не зазнає змін після наближення українського законодавства до законодавства ЄС.

## ВИСНОВКИ

1. Конституція України передбачає комплексне регулювання захисту конкуренції у підприємницькій діяльності. Об'єктом конституційно-правового захисту є процес змагання на території України між суб'єктами господарювання в отриманні та розподіленні ними прибутку з метою досягнення економічних та соціальних результатів через досягнення більшої ефективності господарювання завдяки власним правомірним досягненням. Державний захист конкуренції на території України має екстериторіальний характер.

2. Забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності є обов'язком держави, якому кореспондує право особи вимагати належного забезпечення такого захисту.

3. Державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності здійснюється в загальних рамках українського конституційного правопорядку та при цьому має окремий спеціальний конституційний порядок забезпечення у вигляді (а) прямого встановлення Конституцією недопустимості зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції (ч. 3 ст. 42 Конституції); (б) особливої процедури обмеження конкуренції та встановлення правил її здійснення, що є додатковою гарантією від свавільного втручання в конституційні права та свободи особи з боку суб'єктів публічної влади: визначення видів та меж монополій, правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання законом (ч. 3 ст. 42, п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції); (в) конституційного статусу АМК, що є додатковою гарантією сталості його функціонування та запобіжником від необґрунтованої ліквідації, та особливо конституційного порядку призначення його Голови: віднесення призначення за поданням Прем'єр-міністра та звільнення Голови АМК до повноважень ВРУ (п. 12 ч. 1 ст. 85 Конституції).

4. Право особи на правомірне змагання у підприємницькій діяльності є складовим елементом конституційного права особи на підприємницьку діяльність. Захист державою конкуренції у підприємницькій діяльності є засобом сприяння належній реалізації права на підприємницьку діяльність. Водночас цей же захист є прямим засобом встановлення меж реалізації цього права. Пряма заборона на рівні

Конституції – не здійснювати підприємницьку діяльність шляхом вдавання до зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.

5. Будучи однією з конституційних основ правового порядку господарювання в Україні, державний захист конкуренції у підприємницькій діяльності виступає важливою складовою господарського механізму економічної системи та економічної політики держави. Державний захист конкуренції сприяє досягненню економічної багатоманітності суспільного життя та забезпеченню економічної безпеки держави, зростанню ефективної соціальної орієнтованої економіки, сталому та органічному суспільному розвитку, покращенню суспільного добробуту.

6. Як складова та напрям економічної політики держави, державний захист конкуренції тісно переплітається з іншими напрямами та складовими цієї політики, маючи найбільш тісне переплетіння з державним захистом прав споживачів, який також був конституціоналізований. Конституційні положення щодо захисту конкуренції та захисту прав споживачів, хоч і переслідують спільну мету забезпечити добробут споживачів і мають багато точок дотику, мають розглядатися як положення, які мають різну спрямованість: метою першого є забезпечення умов для ефективної конкуренції на ринку і відтак непрямий захист споживачів, метою другого є прямий захист прав споживачів в рамках індивідуальних транзакцій, в які вони вступають.

7. Державний захист конкуренції, з однієї сторони, стимулює примноження приватної власності, інтелектуальну та творчу діяльність, а з іншої, є одним із засобів встановлення меж, в яких володіння, користування і розпорядження власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності є допустимими. Пряма заборона Конституції в аспекті використання власності, результатів інтелектуальної, творчої діяльності – не використовувати їх для зловживання монопольним становищем, неправомірного обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.

8. Існуюче конституційно-правове регулювання питань захисту конкуренції у підприємницькій діяльності в Україні враховує кращі практики регулювання цих же питань в конституціях держав-членів ЄС. У дечому українське конституційне

регулювання є навіть більш прогресивним, зокрема, в аспекті виведення на конституційний рівень АМК. З точки зору формування загальних програмних засад діяльності держави та можливості використання положень Конституції України як інструменту боротьби проти практик, які посягають на існування вільної та неспотвореної конкуренції на українських ринках, наявні положення Конституції є в цілому достатніми. Кардинальних змін до них, з огляду на практику досліджуваних зарубіжних країн, не потребується.

9. Конституційні положення щодо державного захисту конкуренції були розвинуті у низці законів та підзаконних нормативно-правових актів, певні питання, які стосуються захисту конкуренції, є також предметом регулювання міжнародних договорів, стороною яких є Україна. Наразі правове регулювання захисту конкуренції в досліджуваному обсязі (контроль за дотриманням ЗпЗЕК, контроль за УД та концентрацією) становить комплексну систему, є доволі розробленим, проте продовжує перебувати у стані становлення.

10. До складу інституційного механізму реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції входить низка органів, які можна класифікувати на спеціалізовані (АМК) та органи загальної компетенції (ВРУ, Президент, КМУ, інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, судові органи (КСУ та суди)). Межі та спосіб залучення вказаних органів до заходів з реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції визначається повноваженнями цих органів, встановленими Конституцією та законами України.

11. Важливим елементом в інституційному механізмі реалізації конституційних положень щодо державного захисту конкуренції є КСУ. У зв'язку з тенденціями конституційної юриспруденції в Європі, де перед Конституційними Судидами все частіше постають питання щодо захисту конкуренції, та запровадженням в українське законодавство інструменту конституційної скарги роль КСУ в інституційному механізмі захисту конкуренції в перспективі може посилитися.

12. Практику КСУ стосовно розгляду питань, пов'язаних із державним захистом конкуренції, не можна назвати дуже розвиненою. Вона формувалася за

результатами розгляду конституційних подань, переважно щодо питань розподілу повноважень ВРУ, Президента та КМУ. Найбільш плідним періодом розвитку практики КСУ було десятиліття 2000-2010 років. У наступний період значущих рішень КСУ в частині державного захисту конкуренції поки не приймалося. Попри активне звернення суб'єктами господарювання до КСУ з конституційними скаргами, в яких піднімаються питання конституційності окремих положень ЗпЗЕК, по всіх ідентифікованих конституційних скаргах у відкритті конституційного провадження КСУ було відмовлено через непроходження скаргами процесуальних фільтрів.

13. У частині контролю за дотриманням ЗпЗЕК в Україні наявна низка проблем забезпечення належної реалізації на практиці конституційного принципу верховенства права, як і інших положень Конституції. Проблематика проявляється на двох рівнях: (1) відмежування правомірної з точки зору ЗпЗЕК поведінки від неправомірної, що породжено застосуванням в конкуренційному законодавстві оціночних понять та широких формулювань, внутрішніми та зовнішніми суперечностями між різними законами, що, в свою чергу, піднімає ширшу проблематику якості законодавства, та підкріплюється відсутністю усталеної практики інтерпретації багатьох навіть базових понять та питань конкуренційного законодавства попри тривалий час його існування, що піднімає проблематику правової визначеності, ефективності та домірності регулювання; та (2) інституційного дизайну системи захисту конкуренції, якому притаманні відсутність чіткого врегулювання повноважень різних органів, які залучені до такого захисту, а виключні повноваження АМК, передбачені ст. 7 Закону, породжують проблематику доступу до правосуддя в частині безпосереднього встановлення порушень ЗпЗЕК господарськими судами в рамках приватно-правових спорів та меж і рівня контролю господарськими судами за рішеннями органів АМК про визнання вчинення порушення ЗпЗЕК та накладення штрафів.

14. У межах першого з названих рівнів наявна низка проблем практичного забезпечення реалізації такого елемента верховенства права як передбачуваність та прогнозованість правозастосування, зокрема:

(а) визначення «конкуренції», наведене у ст. 1 Закону, порушує його логічну структуру та надає поле для різних інтерпретацій поведінки суб'єктів господарювання, що потребує або вилучення із Закону цього визначення загалом або внесення до нього змін, наприклад, в спосіб як запропоновано у підрозділі 2.4.;

(б) при визначенні переліку діянь, які складають АУД та ЗМ(Д)С, Закон використовує широкі формулювання та оціночні поняття, що робить їх «каучуковими» та породжує правову невизначеність, що поглиблюється відсутністю в правозастосовній практиці усталених підходів щодо тлумачення навіть найбільш базових питань та концептів, які вживаються в Законі: відмежування узгоджених дій від індивідуальної поведінки відповідно до ст. 5 Закону, положень типових вимог щодо узгоджених дій та їхнього співвідношення зі статтями 7-9 Закону, доктринального тлумачення «зловживання монопольним (домінуючим) становищем» відповідно до ст. 13 Закону в частині такої кваліфікуючої ознаки «як неможливість за умов значної конкуренції на ринку»;

(в) стан справ, описаний у пункті (б) вище, поряд з тим, що значна кількість порушень у формі АУД та ЗМ(Д)С є формальними та не передбачають необхідності встановлення реальних негативних наслідків, разом із виключними повноваженнями органів АМК щодо визнання вчинення порушень, при реалізації яких вони наділені широкою свободою розсуду щодо контекстуалізації правової норми, вибору методів та способів доведення порушень, призводить до того, що правозастосування з боку органів АМК може бути непередбачуваним та непрогнозованим. У суб'єктів господарювання при поточному стані речей значно обмежена можливість передбачати наслідки своєї поведінки в аспекті її можливої оцінки з боку органів АМК, що негативним чином впливає на свободу підприємницької діяльності.

15. Чи не найбільше проблем на практиці з точки зору правової визначеності викликає кваліфікація порушення, передбаченого ч. 3 ст. 6 Закону. Конституційність цієї норми, була, зокрема, предметом конституційної скарги. Ця норма застосовується на практиці в такий спосіб, що будь-яка схожа поведінка суб'єктів господарювання на олігопольних або й інших ринках перебуває під значним ризиком бути визнаною органом АМК змовою на підставі його власного бачення, чи були об'єктивні чинники

для схожої поведінки суб'єктів господарювання на ринку. Практика застосування цієї норми сильно критикується в експертних колах. У зв'язку з ризиками, які ця норма та практика її застосування несе в частині хибнопозитивних висновків щодо змов, ч. 3 ст. 6 доцільно вилучити із Закону, кваліфікацію паралельної поведінки як АУД переосмислити з урахуванням світового досвіду, в першу чергу, ЄС, переосмислений підхід викласти в акті «м'якого права» АМК, в якому він би дав суб'єктам господарювання наперед зрозуміти, як паралельна поведінка буде ним оцінюватися на предмет наявності порушення, які економічні підходи будуть при цьому застосовуватися.

16. У частині регулювання АУД в ЄС застосовується система самооцінки суб'єктів господарювання: якщо їхні УД формально підпадають під порушення, але дозволяють досягнути економічних ефективностей та задовольняють інші, встановлені ст. 101(3) ДФЄС умови, такі УД не становлять порушення, вважаються допустимими та не потребують жодних формальних дозволів ЄК на їхнє вчинення. В Україні ж діє дозвільна система на УД, яка сумнівна з точки зору таких складових верховенства права як ефективність та домірність регулювання, передбачуваність правозастосування. Для усунення проблематики, яку породжує ця система, її доцільно ліквідувати, а натомість запровадити в Україні систему самооцінки суб'єктів господарювання за зразком ЄС. Також доцільно б було реципіювати досвід ЄС та ввести в українське законодавство прямі норми щодо недійсності правочинів, які опосередковуються АУД, за зразком ст. 101(2) ДФЄС після детального опрацювання досвіду застосування подібних норм в зарубіжних країнах.

17. Є суттєві відмінності між підходами щодо визначення зловживання домінуючим становищем в ЄС та зловживання монопольним (домінуючим) становищем в Україні. Якщо в Україні зловживання визначається через аналітичний конструкт «неможливості за умов значної конкуренції на ринку» з усіма супутніми ризиками правової невизначеності, оскільки в дію вступають припущення якою б поведінка суб'єкта господарювання могла і мала бути в умовах, яких немає, в ЄС застосовується підхід, який більше тяжіє до реального стану речей, коли визнається, що конкуренція на тому ринку, на якому діє домінуючий суб'єкт господарювання,



вже обмежена, і оцінка зловживання домінуючим становищем здійснюється через аналіз, чи вдавався такий суб'єкт господарювання до методів, які не притаманні звичайній конкуренції щодо продукції або послуг на основі транзакцій комерційних операторів. З точки зору правової визначеності підхід до визначення зловживання домінуючим становищем, який було розроблено Судом ЄС, видається більш вдалим за регулювання ст. 13 Закону.

Для усунення проблематики законодавчого регулювання та правозастосовної практики в частині ЗМ(Д)С в Україні доцільно було б наблизити українське регулювання до підходів ЄС в частині визначення «домінуючого становища» та «зловживання домінуючим становищем» шляхом внесення відповідних змін до Закону та зменшити рівень правової невизначеності щодо кваліфікації ЗМ(Д)С з боку АМК шляхом видання ним рекомендаційних роз'яснень чи методичних рекомендацій, в яких пояснити правові та економічні підходи, які він використовує для відмежування зловживання від його відсутності.

18. Специфіка справ про порушення конкуренційного законодавства та їхня складність вимагає пошуку альтернативних способів зменшення рівня правової невизначеності, яку породжує застосування конкуренційного законодавства з його абстрактністю та дискреційні повноваження конкурентного відомства щодо вибору методів та підходів до встановлення порушення. Ця специфіка полягає в тому, що правові норми контекстуалізуються через теорію шкоди, яку застосовує конкурентне відомство, остання ж залежить від цілей конкурентної політики. Без оголошення цілей конкурентної політики та економічних теорій, які за ними стоять, правові норми не будуть мати визначеності та можуть «підганятися» конкурентним відомством під певну задачу, не обов'язково пов'язану із захистом конкуренції, що робить правозастосування непередбачуваним. У ЄС правова невизначеність в частині застосування ст. 101 та 102 ДФЄС зменшується шляхом послідовного застосування ЄК актів «м'якого права», в яких вона пояснює, які мотиви переслідуються правозастосуванням та які економічні підходи застосовуються для оцінки. АМК для цілей підвищення рівня правової визначеності в частині застосування статей 5-10 та 13 Закону, типових вимог щодо УД до практики, подібної до ЄК – широкого та

послідовного видання актів «м'якого права» – не вдається. Без цього рівень правової визначеності застосування конкурентного законодавства як був, так і буде залишатися низьким, оскільки не буде зрозуміло, з якої економічної теорії АМК виходить при правозастосуванні. Вибір різних теорій шкоди може призводити до різних наслідків застосування однієї і тієї ж правової норми в двох однакових випадках з точки зору фактичних обставин. У зв'язку з цим доцільно реципіювати досвід із широкого та послідовного видання ЄК актів «м'якого права» та застосовувати його в практиці АМК шляхом видання рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій щодо ключових питань АУД та ЗМ(Д)С, в яких в силу євроінтеграційного руху України потрібно врахувати підходи, які застосовуються в ЄС.

19. Закон, Закон про недобросовісну конкуренцію та ГК регулюють одні і ті ж речі, але регулюють їх по-різному, при чому відмінності є принциповими. Використання Законом, Законом про недобросовісну конкуренцію та ГК різного термінологічного апарату для позначення, до якого законодавства вони відносяться, на практиці призводить до того, що норми ГК конкурентної спрямованості в частині їхнього застосування органами АМК лишаються «мертвими». Наявність такого роду суперечностей сумнівна з точки зору такого елементу верховенства права як якість законів. Наявні суперечності мають бути усунуті, для чого потрібно або зробити положення Закону, Закону про недобросовісну конкуренцію та ГК в частині регулювання недопустимої з точки зору конкуренції поведінки абсолютно ідентичними, або ж забрати з ГК положення, які дублюють регулювання двох перших законів, лишити в ньому лише засадничі речі в частині конкурентної політики та в цілому внести такі законодавчі зміни, щоб всі три закони відносилися до одного і того ж законодавства. Другий підхід видається більш прийнятним.

20. На рівні інституційного механізму державного захисту конкуренції в Україні існує низка суперечностей в частині розподілу повноважень між різними органами влади, які залучені до такого захисту (між АМК та судами – в частині розгляду справ про адміністративні правопорушення, між Президентом, КМУ та ВРУ – в частині формування керівного складу АМК), що не відповідає вимогам

верховенства права в частині чіткого врегулювання повноважень органів влади. У зв'язку з цим конкуренційне законодавство має бути піддане комплексному перегляду, аби усунути наявні суперечності в частині регулювання повноважень та зон відповідальності залучених до державного захисту конкуренції органів та чітко врегулювати порядок їхньої взаємодії, аби було зрозуміло хто, де, коли та за що відповідає, щоб застосування законодавства було ефективним та передбачуваним.

21. Аналіз практики господарських судів показав, що в силу виключних повноважень органів АМК, передбачених ст. 7 Закону про АМК, господарські суди тлумачать свої повноваження так, що не можуть безпосередньо встановлювати порушення ЗпЗЕК, не можуть змінити рішення органу АМК в частині кваліфікації порушення, в кращому випадку, з урахуванням наявної практики, можуть визнати його недійсним, як і не можуть зобов'язати орган АМК навіть відкрити справу про порушення. Це відповідно обумовлює захист господарським судом права чи законного інтересу особи, порушеного недотриманням ЗпЗЕК іншою особою, необхідністю встановлення протиправності поведінки цієї особи органом АМК. Такий стан речей замикає правозастосування на органах АМК, ускладнює доступ особи до правосуддя та за певних умов, коли органи АМК не зацікавлені розслідувати справу, може призводити до того, що захист порушених прав чи законних інтересів особи недотриманням ЗпЗЕК іншою особою не буде забезпечений ніким. Закон № 3295-ІХ може тільки підсилити наявні проблеми, так як надає органам АМК ширші можливості у відмові в розгляді справ про порушення.

Для вирішення цієї проблематики необхідно організувати систему захисту конкуренції так, щоб господарські суди в рамках приватно-правових спорів безпосередньо встановлювали порушення конкуренційного законодавства та залежно від такого встановлення застосовували передбачені ЦК, ГК, іншими законами способи судового захисту без накладення штрафів за порушення цього законодавства (приватне правозастосування). Приватне правозастосування доцільно органічно поєднати з публічним, в рамках якого господарські суди продовжуватимуть контролювати законність рішень органів АМК про встановлення порушення та накладення на порушників штрафів та застосування інших заходів впливу. Є два

шляхи забезпечення приватного правозастосування з боку господарських судів (а) в рамках чинного законодавства шляхом зміни господарськими судами інтерпретації своїх повноважень та повноважень органів АМК щодо застосування конкурентного законодавства; (б) шляхом внесення змін до законодавства, які б усунули будь-які підстави для тлумачення, що господарські суди не можуть встановлювати порушення вказаного законодавства безпосередньо в рамках приватно-правового спору та додаткового врегулювання, яке б могло забезпечити ефективність приватного правозастосування. Другий підхід має очевидні переваги, але до його запровадження приватне правозастосування може бути в цілому здійснено господарськими судами в межах чинного законодавства на підставі першого підходу.

22. Є суттєві відмінності між правозастосовною практикою в ЄС та Україні в частині накладення штрафів конкурентними відомствами та меж судового контролю за накладенням таких штрафів. У частині накладення штрафів ЄК детально мотивує розмір накладеного штрафу, АМК цього не робить і господарські суди не бачать в цьому підстави для визнання рішень АМК про накладення штрафів недійсними.

У частині перегляду штрафів, накладених конкурентними відомствами, Суд ЄС має необмежену юрисдикцію і може за потреби змінити розмір штрафу, накладеного ЄК, як в сторону збільшення, так і зменшення. Аналіз практики господарських судів показує, що вони в кращому випадку можуть визнати рішення органу АМК про накладення штрафів недійсним. Аналіз цієї же практики показує, що розмір накладеного органом АМК штрафу, якщо він не виходить за встановлені законодавством межі, у превалюючій більшості випадків не підлягає контролю з боку господарських судів на предмет пропорційності та дотримання інших принципів притягнення до юридичної відповідальності, зокрема, і закріплених Конституцією. Аналіз практики господарських судів вказує, що рішення органу АМК про накладення штрафу, якщо цей штраф не перевищує встановлені граничні межі, практично нереально оспорити без визнання недійсним рішення про визнання вчинення порушення. Питання правомірності накладеного штрафу прив'язане до питання вчинення порушення, хоча не виключені ситуації, коли порушення було належним чином встановлене, а накладене за нього покарання неадекватне.

Такий стан речей породжується з одного боку тим, що законодавство встановлює тільки верхні межі штрафів та не має достатнього рівня інтенсивності регулювання, аби суди мали правову базу, проти чого порівнювати законність накладення органом АМК штрафів, а з іншого, неохочістю господарських судів вирішувати питання правомірності накладеного штрафу на підставі загальних принципів притягнення до юридичної відповідальності, зокрема, передбачених Конституцією. Це призводить до того, що перше і фінальне рішення про накладення штрафу приймається органом АМК.

Наявна практика сумнівна з точки зору дотримання стандарту, який ЄСПЛ поставив для перегляду рішень конкурентних відомств про накладення штрафів, які відповідно до практики ЄСПЛ підпадають під «кримінальне обвинувачення» для цілей Конвенції – перегляд судом з «повною юрисдикцією», який може скасувати оспорюване рішення у всіх відношеннях, як по питанням права, так і факту.

23. Закон № 3295-IX потенційно може змінити ситуацію з контролем господарськими судами за рішеннями органів АМК про накладення штрафів, так як зобов'язує АМК затвердити методика про визначення штрафів за порушення конкурентного законодавства своїм відомчим нормативно-правовим актом (наразі методика закріплена рекомендаційними роз'ясненнями АМК). Вказаний нормативно-правовий акт АМК наразі не прийнятий, але ймовірно проблематика контролю господарськими судами за рішеннями органів залишиться.

Виходячи із практики ЄС, з огляду на ст. 255 Угоди про асоціацію, а також зважаючи на те, що визнання рішення органу АМК про накладення штрафу недійсним може призвести до того, що орган АМК знову накладе штраф за те ж порушення, яке у разі незгоди потрібно знову буде оспорювати до суду, доцільно було б, щоб фінальне рішення про накладення штрафу приймав господарський суд і міг змінювати розмір штрафу, накладений органом АМК, принаймні його зменшувати.

24. ВС тлумачить законодавство так, що господарські суди не мають повноважень змінювати розмір штрафів, накладених органами АМК. Хоча наявне законодавство дає простір для аргументації для зміни цієї позиції, у силу наявного недосконалого законодавства в частині визначення порядку накладення штрафів,

покладення на господарські суди завдання приймати рішення про фінальні розміри штрафів в рамках спорів про оскарження рішень органів АМК потребує попереднього комплексного додаткового урегулювання. Доцільно, щоб таке урегулювання передбачало закріплення на рівні Закону принципів накладення штрафів та обставин, які мають при цьому враховуватися, аби окреслити межі дискреції судів.

25. До внесення таких законодавчих змін, з огляду на досвід ЄС, доцільно було б переформатувати правозастосовну практику так, щоб (і) органи АМК детально мотивували розміри накладених штрафів (як рахувався базовий розмір штрафу, як він коригувався, які обставини враховувалися, як вони впливали на фінальний розмір штрафу тощо) та формували публічні версії своїх рішень в спосіб, який би дозволив зрозуміти підходи органу АМК при визначенні конкретного розміру штрафу; (ii) господарські суди визнавали рішення органів АМК, які не містить подібного мотивування, недійсними, аби зробити належне мотивування усталеною практикою; та (iii) господарські суди надавали вичерпну оцінку всіх доводів осіб, на яких було накладено штраф, щодо його неправомірності, як виходячи із методики, яку прийме АМК, так і загальних принципів притягнення до відповідальності, зокрема, конституційних, і визнавали рішення органів АМК недійсними, якщо доводи позивачів знаходять своє підтвердження, належним чином мотивували прийняття чи відхилення цих доводів.

26. Наявне українське конституційно-правове регулювання державного захисту конкуренції є в цілому достатнім аби система державного захисту конкуренції належним чином працювала, в першу чергу, за умови максимального широкого тлумачення конституційної недопустимості «неправомірного обмеження конкуренції» як такого, що покриває усю можливу поведінку усіх можливих суб'єктів, яка неправомірно посягає на ефективний конкурентний процес на території України та не охоплюється зловживанням монопольним становищем та недобросовісною конкуренцією, тобто покриває всі порушення конкурентного законодавства, передбачені на рівні законів, які не охоплені вказаними двома порушеннями. Проаналізована проблематика державного захисту конкуренції в Україні вказує на те, що її причинами є законодавче регулювання та правозастосовна

практика, тому в першу чергу змінювати потрібно саме їх. Водночас в частині конституційного регулювання також є поле для вдосконалення.

27. Рівень конституційно-правового захисту конкуренції вужчий, ніж встановлений на рівні Закону, оскільки перший поширюється на конкуренцію у підприємницькій діяльності, а другий – на конкуренцію у господарській діяльності, тобто як на підприємницьку діяльність, так і на некомерційну. З урахуванням рекомендацій ЄК щодо введення в українське законодавство чіткого розмежування економічної та неекономічної діяльності для цілей застосування конкурентних правил, що може потягнути за собою зміну термінологічного апарату, який вживається в Законі або й навіть у ГК, після здійснення такого законодавчого розмежування доцільно було б внести супутні зміни до Конституції, аби рівень конституційно-правового захисту конкуренції не був вужчим, ніж рівень цього захисту на рівні законів.

28. Більш коректним було б вжити як в профільному конкурентному законодавстві, так і в Конституції замість виразу «зловживання монопольним становищем» вираз «зловживання домінуючим становищем», так як друге є ширшим поняттям за перше та охоплює його, а перше при буквальному тлумаченні, яке при цьому широко вживане, є зловживанням своїм становищем єдиним продавцем на ринку, або ж принаймні вжити в Конституції вираз «зловживання монопольним (домінуючим) становищем», який використовується в Законі, якщо цей вираз не зазнає змін після наближення українського законодавства до законодавства ЄС.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Комітет з питань економічного розвитку провів публічне обговорення конкуренційно-антимонопольної реформи (відео). *Верховна Рада України*: офіційний вебпортал парламенту України. URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/184990.html> (дата звернення: 13.10.2023)
2. Commission Analytical report on Ukraine's alignment with the EU acquis of 2 February 2023. *European Commission*: website. URL: [https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/commission-analytical-report-ukraines-alignment-eu-acquis\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/commission-analytical-report-ukraines-alignment-eu-acquis_en) (date of reference: 13.10.2023)
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції та діяльності Антимонопольного комітету України: Закон України від 09.08.2023 № 3295-IX / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3295-20> (дата звернення: 13.10.2023)
4. Верховна Рада ухвалила законопроект № 5431, що дає початок реформі конкурентного законодавства України. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/news/verhovna-rada-uhvalila-zakonoprojekt-5431-shcho-daye-pochatok-reformi-konkurentnogo-zakonodavstva-ukrayini> (дата звернення: 13.10.2023)
5. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2021 рік. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/627/ccb/c10/627ccbc10ef3d640199715.pdf> (дата звернення: 13.10.2023)
6. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2022 рік. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/641/87f/e95/64187fe957f1c745683055.pdf> (дата звернення: 13.10.2023)
7. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 13.10.2023)



8. Кириченко Ю.В. Конституційно-правове регулювання прав людини в Україні в контексті гармонізації з законодавством європейських держав : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2018. 512 с.
9. Шатіло В.А. Функціональна роль механізму державної влади у забезпеченні свободи підприємницької діяльності в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 4. С. 125-127. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-4/28>
10. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
11. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
12. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
13. Шатіло В.А. Конституційно-правове забезпечення захисту конкуренції у підприємницькій діяльності в Україні: проблеми теорії та практики. *Наукові праці Національного авіаційного університету. Серія: Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»*. 2023. № 3(68). С. 126-132. DOI: 10.18372/2307-9061.68.17983
14. Рішення Конституційного Суду України № 22-рп/2008 від 09.10.2008 у справі № 1-41/2008. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v022p710-08#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
15. K.V. Smyrnova, N.V. Fokina. European Model of Legal Regulation Of Competition: Impact Of Ordoliberalism. *Actual Problems of International relations*. 2023. Issue 154. P. 74-81. DOI: <https://doi.org/10.17721/apmv.2023.1.154.74-81>
16. Харчук Т. В. Етимологічні та правові засади тлумачення сутності конкуренції. *Галицький економічний вісник*. 2016. № 2 (51). С. 61–69.
17. Конкуренція. *Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970-1980)*: вебсайт. URL:

<http://sum.in.ua/s/konkurencija#:~:text=%D0%A2%D0%BB%D1%83%D0%BC%D0%B0%D1%87%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%2C%20%D0%B7%D0%BD%D0%B0%D1%87%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%20%C2%AB%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%BA%D1%83%D1%80%D0%B5%D0%BD%D1%86%D1%96%D1%8F%C2%BB,%D0%B7%D0%B0%20%D0%B4%D0%BE%D1%81%D1%8F%D0%B3%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%89%D0%B8%D1%85%20%D0%BD%D0%B0%D1%81%D0%BB%D1%96%D0%B4%D0%BA%D1%96%D0%B2%3B%20%D0%B7%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F>

(дата звернення: 13.10.2023)

18. Підприємець. *Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970-1980)*: вебсайт. URL: <http://sum.in.ua/s/pidpryjemecj> (дата звернення: 13.10.2023)

19. Підприємництво. *Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970-1980)*: вебсайт. URL: <http://sum.in.ua/s/pidpryjemnytvo> (дата звернення: 13.10.2023)

20. Бакалінська О.П. Розвиток конкурентного законодавства і права України в умовах європейської інтеграції. *Координата*: веб-сайт. URL: <https://coordynata.com.ua/rozvitok-konkurentnogo-zakonodavstva-i-prava-ukraini-v-umovah-evropejskoj-integracii> (дата звернення: 13.10.2023)

21. Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності: Закон України від 18.02.1992 № 2132-ХІІ (редакція від 13.08.1995) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2132-12#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

22. Про підприємництво: Закон України від 07.02.1991 № 698-ХІІ (редакція від 30.05.1996) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12/ed19960530#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

23. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-ІІІ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

24. Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 05.03.2002 № 49-р. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
25. Бородін О. Д. Еволюція теоретичних основ державного регулювання економіки. *International scientific journal*. 2015. № 8. С. 96-100. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/mnj\\_2015\\_8\\_23](http://nbuv.gov.ua/UJRN/mnj_2015_8_23)
26. Третьяк Г. С., Бліщук К. М. Державне регулювання економіки та економічна політика : навч. посіб / за ред. Н.З. Онисько. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2011. 128 с.
27. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. *OECD: website*. URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2376087.pdf> (date of reference: 13.10.2023)
28. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі контролю за зловживанням монопольним становищем. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 2. С. 49-57. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.8>
29. Рішення Конституційного Суду України № 8-рп/2004 від 31.03.2004 у справі № 1-16/2004. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-04#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
30. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_123#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123#Text) (дата звернення: 13.10.2023)
31. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 № 236/96-ВР (редакція від 07.06.1996) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
32. Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»: Закон України від 18.12.2008 № 689-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/689-17#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

33. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 07.06.1996 № 236/96-ВР (поточна редакція) / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80/ed20201016#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

34. Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/2001 від 27.02.2001 у справі № 1-20/2001. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-01#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

35. Sus M. Practice of the Constitutional Court of Ukraine with respect to State Protection of Competition in Entrepreneurial Activities. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2023. No. 1. P. 172-181. URL: [https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad\\_01\\_2023\\_FINAL.pdf](https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad_01_2023_FINAL.pdf)

36. Рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2004 від 15.04.2004 у справі № 1-7/2004. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-04#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

37. Висновок Великої Палати Конституційного Суду України № 7-в/2019 від 16.12.2019 у справі 2-249/2019(5581/19). База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007v710-19#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

38. Van Den Hauwe L. Constitutional economics II. *The Elgar Companion to Law and Economics Second Edition* / Jürgen G. Backhaus (ed.). Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing Limited, 2005. P. 223-238. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1922210](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1922210)

39. Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government / McKenzie R.B (ed.). Lexington, Mass. : Lexington Books-D.C. Heath and Company, 1984. 254 P.

40. Vanberg V. J. Constitutional political economy. *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, No. 15/06, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik und Ordnungsökonomik, Freiburg i. Br. 2015. 35 p. URL: <http://hdl.handle.net/10419/118597>

41. Приходько О. В. Публічно-приватне партнерство в аспекті конституційної економіки : дис. ... доктора філософії : 081 – Право. Харків, 2021. 224 с.
42. Buchanan J.M. The domain of constitutional economics. *Constitutional Political Economy*. 1990. No. 1. P. 1–18. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF02393031>
43. Батанов О.В. Економічний конституціоналізм в Україні у контексті європейського досвіду: пошук оптимальної моделі. *Конституційно-правове будівництво на зламі епох: пошуки оптимальних моделей*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 30 червня 2023 р. Ужгород: Ужгородський національний університет, 2023. 200 с.
44. Конституційні засади економічної системи України : монографія / В.А. Устименко та ін.; за заг. наук. ред. В.К. Мамутова. Донецьк : ТОВ «Юго-Восток», 2011. 258 с
45. Кеменяш Р.Ю. Конституційна економіка як механізм організації правової та демократичної держави: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2015. 201 с.
46. Кеменяш Р.Ю. Історія становлення й розвитку конституційної економіки. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Випуск 33. Том 1. С. 67-69
47. Кеменяш Р.Ю. Конституційне фіксування економічної сфери, економічна конституція чи конституційна економіка як сфера ефективного функціонування. *Право і суспільство*. 2015. № 5.2(2). С. 3-6
48. Кеменяш Р.Ю. Процес розвитку конституційної економіки: теоретичні поняття. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Випуск 31. Том 1. С. 86-88
49. Кеменяш Р.Ю. Співвідношення конституційної економіки з іншими суміжними галузями. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2015. № 3. Т. 1. С. 57-60
50. Приходько О. В. Громадський порядок у вимірі конституційної економіки. *Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол.: Б. М. Головкін та ін.* Харків : Право, 2021. Вип. 41. С. 182-189.

51. Приходько О. В. Поняття та форми взаємодії суб'єктів права в аспекті конституційної економіки. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2021. Вип. 65. С. 73-79.
52. Савчин М.В. Конституційний лад України та економічний конституціоналізм. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 4. С. 96-100
53. Правове регулювання та економічні свободи і права : монографія / за ред. М.В. Савчина. Ужгород : Видавництво «РІК-У», 2020. 224 с
54. Савчин М. В. Економічний конституціоналізм і Конституційний Суд України. *Юридична наука*. 2012. № 4. С. 32-43.
55. Савчин М.В. Конституційна економіка та основні моделі втручання держави в економічні свободи. *Право України*. 2018. №5. С. 13-29
56. Скупінський О. В. Конституційна економіка: поняття та перспективи для України. *Форум права*. 2011. № 1. С. 909-914.
57. Скупінський О.В. Конституційно-правові засади економічної системи України : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2011. 21 с.
58. Економічна теорія: Політекономія: Підручник / за ред. В.Д. Базилевича. 6-те вид., перероб. і доп. Київ : Знання-Прес, 2007. 719 с.
59. Романчук Я.Ч. Новий Захід. Українська мрія. Харків : Вид.-во «Літера Нова», 2023. 672 с.
60. Шкляр С.В. Контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції в Україні: адміністративно-правові засади організації та функціонування : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2018. 515 с.
61. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2011 від 10.11.2011 у справі № 1-26/2011. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
62. Huffman M. Bridging the Divide? Theories for Integrating Competition Law and Consumer Protection. *European Competition Journal*. 2010. No. 1. Vol. 6. P. 7-25. URL: <https://ssrn.com/abstract=1546106>

63. Why is competition policy important for consumers? *European Commission*: website. URL: [https://competition-policy.ec.europa.eu/about/why-competition-policy-important-consumers\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/about/why-competition-policy-important-consumers_en) (date of reference: 13.10.2023)
64. Ezrachi A. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Discussion Paper “The Goals of EU Competition Law And the Digital Economy”. BEUC. 2018. 24 p. URL: [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-071\\_goals\\_of\\_eu\\_competition\\_law\\_and\\_digital\\_economy.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf)
65. Albaek S. Consumer Welfare in EU Competition Policy. *Aims and Values in Competition Law* / edited by C. Heide-Jorgensen, C. Bergqvist, U. Boegh Neergaard, S. Troels Poulsen. Copenhagen : DJØF Publishing, 2013. P. 67-88. URL: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-09/consumer\\_welfare\\_2013\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-09/consumer_welfare_2013_en.pdf)
66. Pomar F.G.. EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics perspective. *InDret*. 2003. No. 1. 18 P. URL: [https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/113\\_en.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/113_en.pdf)
67. Nathani S, Akman P. The Interplay between Consumer Protection and Competition Law in India. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2017. Issue 2. Volume 5. P. 197-215. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnx006>
68. Nigussie T. Competition Law and Consumer Protection: Conflict and Complementarity. 2021. URL. <https://ssrn.com/abstract=4114668>
69. Про захист прав споживачів: Закон України № 1023-ХІІ від 12.05.1991 / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення: 13.10.2023)
70. Каталог юридичних позицій Конституційного Суду України (за рішеннями, висновками). 3.4. Верховенство права. *Конституційний Суд України: офіційний вебсайт*. URL: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/34-verhovenstvo-prava> (дата звернення: 13.10.2023).
71. Сус М.С. Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні та державах-членах Європейського Союзу: порівняльний аналіз. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 3. С. 93-99. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.03.17>

72. Federal Constitutional Act of Austria of 1 October 1920. *Rechtsinformationssystem des Bundes (Federal Legal Information System)*: website. URL: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV\\_1930\\_1/ERV\\_1930\\_1.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html) (date of reference: 13.10.2023)

73. Constitution of Bulgaria of 12 July 1991. *Constituteproject.org*: website. URL: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria\\_2015.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015.pdf?lang=en) (date of reference: 13.10.2023)

74. Constitutional Act of Denmark of 28 May 1953. *Folketinget*: website. URL: [https://www.ft.dk/-/media/sites/ft/pdf/publikationer/engelske-publikationer-pdf/grundloven\\_samlet\\_2018\\_uk\\_web.ashx](https://www.ft.dk/-/media/sites/ft/pdf/publikationer/engelske-publikationer-pdf/grundloven_samlet_2018_uk_web.ashx) (date of reference: 13.10.2023)

75. The Constitution of Greece of 11 June 1975. *Hellenic Parliament*: website. URL: <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf> (date of reference: 13.10.2023)

76. Constitution of Ireland of 1 July 1937. *electronic Irish Statute Book*: website. URL: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html> (date of reference: 13.10.2023)

77. The Spanish Constitution of 6 December 1978. *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*: website. URL: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf> (date of reference: 13.10.2023)

78. Constitution of the Italian Republic of 22 December 1947. *Senato della Repubblica*: website. URL: [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf) (date of reference: 13.10.2023)

79. Constitution of Cyprus of 16 August 1960. *Constituteproject.org*: website. URL: [https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013.pdf?lang=en) (date of reference: 13.10.2023)

80. The Constitution of the Republic of Lithuania of 25 October 1992. *The Constitutional Court of the Republic of Lithuania*: website. URL: <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192> (date of reference: 13.10.2023)



81. Basic Law for the Federal Republic of Germany of 8 May 1949. *Bunderministerium der Justiz. Bundesamt für Justiz*: website. URL: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.pdf) (date of reference: 13.10.2023)
82. The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997. *Sejm Rzeczypospolitej Polskiej*: website. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (date of reference: 13.10.2023)
83. Constitution of the Portuguese Republic of 2 April 1976. *Assemblea da Republica*: website. URL: <https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf> (date of reference: 13.10.2023)
84. The Constitution of Romania of 21 November 1991. *President of Romania*: website. URL: <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania> (date of reference: 13.10.2023)
85. Constitution of the Slovak Republic of 1 September 1992. *President of the Slovak Republic*: website. URL: <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf> (date of reference: 13.10.2023)
86. Constitution of the Republic of Slovenia of 23 December 1991. *Constitutional Court of the Republic of Slovenia*: website. URL: <https://www.us-rs.si/media/constitution.pdf> (date of reference: 13.10.2023)
87. Fundamental Law of Hungary of 25 April 2011. *Venice Commission*: website. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)046-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)046-e) (date of reference: 13.10.2023)
88. The Constitution of the Republic of Croatia of 22 December 1990. *Constitutional Court of the Republic of Croatia*: website. URL: [https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The\\_consolidated\\_text\\_of\\_the\\_Constitution\\_of\\_the\\_Republic\\_of\\_Croatia\\_as\\_of\\_15\\_January\\_2014.pdf](https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf) (date of reference: 13.10.2023)
89. Нечитайло О. Захист економічної конкуренції в Україні: історія, сучасність та перспективи. *Антимонопольний комітет України*: веб-сайт. URL:

<https://amcu.gov.ua/news/zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-v-ukrayini-istoriya-suchasnist-ta-perspektivi?v=64955b5fa0385> (дата звернення: 13.10.2023)

90. Нагорний О. Оновити рАМКУ. *Pravo.ua. Видавництво ЮРИДИЧНА ПРАКТИКА*: веб-сайт. URL: <https://pravo.ua/articles/onovyty-ramku/> (дата звернення: 13.10.2023)

91. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікована Україною 16.09.2014. База даних «Законодавство України». URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/984\\_011](https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/984_011) (дата звернення: 13.10.2023)

92. Про природні монополії: Закон України від 20.04.2000 № 1682-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-14#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

93. Про Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції: розпорядження Антимонопольного комітету України від 25.12.2001 № 182-р. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0139-02#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

94. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27.02.2014 № 794-VII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

95. Рішення Антимонопольного комітету України № 661-р від 15.12.2021. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-278> (дата звернення: 13.10.2023)

96. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 № 2136-VIII. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

97. Данко В.Й., Белов Д.М. Правові позиції Конституційного Суду України: аналіз правової доктрини. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «ПРАВО»*. 2022. Випуск 73: частина 2. С. 174-181. DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.73.56>

98. Городовенко В. Юридичні (правові) позиції Конституційного Суду України у забезпеченні верховенства Конституції України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2021. № 5. С. 35-40. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gorodoienko\\_visnyk\\_ksu\\_5\\_2021.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gorodoienko_visnyk_ksu_5_2021.pdf)

99. Спінчевська О.М. Юридичні позиції Конституційного Суду України як джерело правового регулювання конституційного юрисдикційного процесу. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 3(116). С. 57-67. DOI: <https://doi.org/10.33270/01201163.57>

100. Рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2003 від 28.05.2003 у справі № 1-16/2003. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-03#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

101. Конституційні подання на розгляді Конституційного Суду України. *Конституційний Суд України: офіційний вебсайт*. URL: <https://ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyuni-podannya> (дата звернення: 13.10.2023)

102. Про реалізацію експериментального проекту «Національний оператор на ринку тютюнових виробів»: Постанова Кабінету Міністрів України від 09.09.2020 № 840. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

103. Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про реалізацію експериментального проекту «Національний оператор на ринку тютюнових виробів» від 9 вересня 2020 р. № 840. *Конституційний Суд України: офіційний вебсайт*. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/\\_499-2020\\_k.p.\\_15.10.20\\_red\\_.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/_499-2020_k.p._15.10.20_red_.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

104. Ухвала Третьої колегії суддів Другого Сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження № 123-3(II)/2022 від 05.10.2022, справа № 3-205/2021(422/21). *Конституційний Суд України*: офіційний вебсайт. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/123-zii2022.pdf> (дата звернення: 13.10.2023)

105. Ухвала Першої колегії суддів Першого Сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження № 18-1(I)/2021 від 27.01.2021, справа № 3-3/2021(3/21). *Конституційний Суд України*: офіційний вебсайт. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/18\\_11\\_2021.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/18_11_2021.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

106. Ухвала Третьої колегії суддів Першого Сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження № 114-3(I)/2020 від 04.06.2020, справа № 3-89/2020(176/20). *Конституційний Суд України*: офіційний вебсайт. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/114\\_31\\_2020.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/114_31_2020.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

107. Ухвала Першої колегії суддів Першого Сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження № 64-1(I)/2019 від 12.03.2019, справа № 3-52/2019(1067/19). *Конституційний Суд України*: офіційний вебсайт. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/64\\_11\\_2019.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/64_11_2019.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

108. Ухвала Першої колегії суддів Першого Сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження № 281-1(I)/2018 від 13.09.2018, справа № 3-319/2018(4311/18). *Конституційний Суд України*: офіційний вебсайт. URL: [https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/281-11\\_2018.pdf](https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/281-11_2018.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

109. Рішення Конституційного Суду України № 14-рп/2008 від 08.07.2008 у справі № 1-39/2008. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-08#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

110. Рішення Конституційного Суду України № 5-р/2019 від 13.06.2019 у справі № 1-17/2018(5133/16). База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-19#n40> (дата звернення: 13.10.2023)

111. Lanza E. M. The Italian Constitutional Court Case Law on Competition Law and Free Trade within the Framework of the European Union Legal System. *ICL Journal*. 2016. No. 3. Vol. 10. P. 312-329. DOI: <https://doi.org/10.1515/icl-2016-0304>

112. *Produkcija Plus Storitveno Podjetje d.o.o. v. Slovenia: Judgement of European Court of Human Rights (Fourth Section) of 23 October 2018, application No. 47072/15. European Court of Human Rights: website.* URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2247072/15%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-187199%22%5D%7D> (date of reference: 13.10.2023)

113. Urbańska M., Sikora K. Stricter court control of dawn raids conducted by the Competition Authority. *CMS Law-Now: website.* URL: <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2019/02/stricter-court-control-of-dawn-raids-conducted-by-the-competition-authority> (date of reference: 13.10.2023)

114. Dawn Raids Analysis Quaterly. Q2 2023. *White & Case: website.* URL: <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/dawn-raid-analysis-quarterly> (date of reference: 13.10.2023)

115. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

116. Про затвердження Тимчасових правил розгляду справ про порушення антимонопольного законодавства України: розпорядження Антимонопольного комітету України від 19.04.1994 № 5. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0090-94#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

117. Постанова Верховного Суду від 15.04.2021 у справі № 910/17929/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96461245> (дата звернення: 13.10.2023)

118. Постанова Верховного Суду від 22.12.2022 у справі № 640/26359/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108025706> (дата звернення: 13.10.2023)

119. Постанова Верховного Суду від 13.11.2019 у справі № 640/2475/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85743702> (дата звернення: 13.10.2023)

120. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 № 27-р. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-02#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

121. Про затвердження Типових вимог до створення господарської асоціації для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на її створення: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 30.11.2006 № 511-р. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0061-07#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

122. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання про спеціалізацію виробництва, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 11.12.2008 № 880-р. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0074-09#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

123. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно спільних науково-дослідних та/або дослідно-конструкторських робіт, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 15.08.2012 № 557-р. *База даних*

«Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1537-12#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

124. Про затвердження Типових вимог 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: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.10.2017 № 10-рп. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1364-17#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

125. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання у сфері трансферу технологій, дотримання яких дозволяє здійснювати ці узгоджені дії без дозволу органів Антимонопольного комітету України: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 09.11.2018 № 21-рп. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1413-18#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

126. Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій малих та середніх підприємців щодо спільного придбання товарів: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 13.06.2019 № 10-рп. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0773-19#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

127. Commission Regulation (EU) No 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. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0330> (date of reference: 13.10.2023)

128. 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. *EUR-Lex*: website. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.093.01.0017.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.093.01.0017.01.ENG) (date of reference: 13.10.2023)

129. Про затвердження Положення про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання: розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 № 26-р. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0238-02#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

130. Про затвердження Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на узгоджені дії, концентрацію суб'єктів господарювання: Постанова Кабінету Міністрів від 28.02.2002 № 219. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/219-2002-%D0%BF#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

131. Про затвердження Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію): розпорядження Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 № 33-р / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

132. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 № 8073-X / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (статті 1 - 212-24); <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text> (статті 213 - 330) (дата звернення: 13.10.2023)

133. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

134. Шкляр С.В. Захист прав та інтересів суб'єктів господарювання у правовідносинах з органами Антимонопольного комітету України. Київ : ТОВ ВО «Юстиніан», 2015. 200 с.

135. Бакалінська О.П. Актуальні проблеми кваліфікації горизонтальних узгоджених дій у вигляді (антиконкурентних) інформаційних обмінів між суб'єктами господарювання на основі аналізу законодавства та практики розгляду



справ у країнах-членах Європейського Союзу. *Координата*: веб-сайт. URL: <https://coordynata.com.ua/aktualni-problemi-kvalifikacii-gorizontalnih-uzgodzennih-dij-u-vigladi-antikonkurentnih-informacijnih-obminiv-miz-subektami-gospodaruvanna-na-osnovi-analizu-zakonodavstva-ta-praktiki-rozgladu-sprav-u-krainah-clenah-evropejskogo-souzu> (дата звернення: 13.10.2023)

136. Рішення Конституційного Суду України № 6-р/2019 від 20.06.2019 у справі № 1-152/2019(3426/19). *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-19#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

137. Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 15. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015600-11#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

138. Постанова Верховного Суду від 18.02.2021 у справі № 910/1106/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999508> (дата звернення: 13.10.2023)

139. Постанова Верховного Суду від 15.04.2021 у справі № 910/17929/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96461245> (дата звернення: 13.10.2023)

140. Постанова Верховного Суду від 19.02.2019 у справі № 916/499/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79990997> (дата звернення: 13.10.2023)

141. Корчак Н. М., Головка Ю.О. Особливості та шляхи вдосконалення структури конкурентного законодавства в Україні. *Юридичний вісник*. 2009. № 1. С. 66-73.

142. Сус М.С. Практичні проблеми забезпечення верховенства права у процесі контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції. *Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу*: збірник тез доповідей IV Всеукраїнської наукової конференції, м. Хмельницький, 17 квітня 2023 р. Хмельницький : ХНУ, 2023. С. 212-217.

143. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права при здійсненні контролю за антиконкурентними узгодженими діями. *АЛЬМАНАХ ПРАВА. Трансформація законодавства України в сучасних умовах*. 2023. Випуск 14. С. 502-507. DOI: 10.33663/2524-017X-2023-14-502-507

144. Рішення Антимонопольного комітету України № 315-р від 21.06.2018. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rishennya-315-r-vid-21062018> (дата звернення: 13.10.2023)

145. Лист Комітету з конкуренційного права Асоціації правників України Голові Антимонопольного комітету України № 1427 від 06.11.2020. 6 с.

146. Рішення Антимонопольного комітету України № 415-р від 08.09.2016. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rishennya-415-r-vid-08092016> (дата звернення: 13.10.2023)

147. Рішення Антимонопольного комітету України № 448-р від 29.09.2016. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rishennya-448-r-vid-29092016> (дата звернення: 13.10.2023)

148. Рішення Антимонопольного комітету України № 628-р від 14.11.2017. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rishennya-628-r-vid-14112017> (дата звернення: 13.10.2023)

149. Рішення Антимонопольного комітету України № 337-р від 02.08.2018. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/rishennya-377-r-vid-02082018> (дата звернення: 13.10.2023)

150. Рішення Антимонопольного комітету України № 829-р від 19.12.2019. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-30> (дата звернення: 13.10.2023)

151. Рішення Антимонопольного комітету України № 830-р від 19.12.2019. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npras/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-31> (дата звернення: 13.10.2023)

152. Рішення Антимонопольного комітету України № 680-р від 03.11.2020. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/nras/pro-porushennya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-ta-nakladennya-shtrafu-153> (дата звернення: 13.10.2023)
153. Синичкина Л. Дефекты антимонопольных расследований на фармацевтическом рынке. *ЛІГА.net*: вебсайт. URL: <https://blog.liga.net/user/lsinichkina/article/38940> (дата звернення: 13.10.2023)
154. Желтухін Є. АМКУ та фармринок: тиск чи захист. *Юридична газета online*. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/amku-ta-farmrinok-tisk-chi-zahist.html> (дата звернення: 13.10.2023)
155. Постанова Верховного Суду від 16.12.2021 у справі № 910/5033/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102058511> (дата звернення: 13.10.2023)
156. Consolidated version of the Treaty on European Union. C 202/1, 07.06.2016. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT> (date of reference: 13.10.2023)
157. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. C 326, 26.10.2012. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (date of reference: 13.10.2023)
158. Charter of Fundamental Rights of the European Union. C 326, 26.10.2012. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (date of reference: 13.10.2023)
159. Competition Policy. *European Parliament*: website. URL: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/82/competition-policy#:~:text=The%20main%20objective%20of%20the,and%20society%20as%20a%20whole> (date of reference: 13.10.2023)
160. Stylianou, K., Iacovides, M. The goals of EU competition law: A comprehensive empirical investigation. *Legal Studies*. 2022. No. 42(4). P 1-29. DOI:10.1017/lst.2022.8

161. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty: Communication from the Commission (2004/C 101/08) dated 27.04.2004. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29> (date of reference: 13.10.2023)

162. Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty: Commission Notice (2004/C 101/07) dated 27.04.2004. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0427%2806%29> (date of reference: 13.10.2023)

163. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice): Communication from the Commission (2014/C 291/01) dated 30.08.2014. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52014XC0830%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

164. Tardiff N., Levy M., Augusto A. Hardcore restrictions. *Concurrences*: website. URL: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/hard-core-restrictions> (date of reference: 13.10.2023)

165. Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 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. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1066/oj> (date of reference: 13.10.2023)

166. Commission Regulation (EU) 2023/1067 of 1 June 2023 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32023R1067> (date of reference: 13.10.2023)

167. Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 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. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0720&qid=1652368074897](#) (date of reference: 13.10.2023)

168. Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 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 in the motor vehicle sector. *EUR-Lex*: website. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.093.01.0017.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.093.01.0017.01.ENG) (date of reference: 13.10.2023)

169. Council Regulation (EC) No 1184/2006 of 24 July 2006 applying certain rules of competition to the production of, and trade in, agricultural products (Codified version). *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006R1184> (date of reference: 13.10.2023)

170. Regulation (EU) No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products and repealing Council Regulations (EEC) No 922/72, (EEC) No 234/79, (EC) No 1037/2001 and (EC) No 1234/2007. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013R1308> (date of reference: 13.10.2023)

171. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements: Communication from the Commission (2023/C 259/01) dated 21.07.2023. *EUR-Lex*: website. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01))

172. Guidelines on vertical restraints: Communication from the Commission. Commission Notice (2022/C 248/01) dated 30.06.2022. *EUR-Lex*: website. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2022.248.01.0001.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2022.248.01.0001.01.ENG) (date of reference: 13.10.2023)

173. Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements: Communication from the Commission (2014/C 89/03) dated 28.03.2014. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2014.089.01.0003.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.089.01.0003.01.ENG) (date of reference: 13.10.2023)

174. Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles: Commission notice (2010/C 138/05) dated 28.05.2010. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0528%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

175. Amendments to the Commission Notice – Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles: Communication from the Commission (2023/C 133 I/01) dated 17.04.2023. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CI.2023.133.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2023%3A133I%3ATOC> (date of reference: 13.10.2023)

176. Guidelines on Vertical Restraints: Communication from the Commission (2010/C 130/01) dated 19.05.2010. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519%2804%29> (date of reference: 13.10.2023)

177. 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. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001> (date of reference: 13.10.2023)

178. Müller F. The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition. *German Law Journal*. 2004. No. 6. Vol. 5. P. 721-740. DOI: 10.1017/S2071832200012815

179. Wils W. P. J. Regulation 1/2003: An Assessment After Twenty Years (November 4, 2022). *World Competition*. 2023. No. 1. Vol. 46. P. 3-36. URL: <https://ssrn.com/abstract=4268365>

180. Whish R. Reflections On Regulation 1/2003, Declarations of Inapplicability and Informal Guidance. *Concurrences*: website. URL: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2022/editorial/reflections-on-regulation-1-2003-declarations-of-inapplicability-and-informal-106118> (date of reference: 13.10.2023)

181. Jungermann S. 20 years on: should EU competition law be amended? *Lexology*: website. URL: <https://www.lexology.com/commentary/competition-antitrust/european-union/arnecke-sibeth-dabelstein/20-years-on-should-eu-competition-law-be-amended> (date of reference: 13.10.2023)

182. Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union that arise in individual cases (guidance letters) (2022/C 381/07) dated 04.10.2022. *EUR-Lex*: website. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2022%3A381%3ATOC&uri=uriserv%3A0J.C\\_.2022.381.01.0009.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2022%3A381%3ATOC&uri=uriserv%3A0J.C_.2022.381.01.0009.01.ENG) (date of reference: 13.10.2023)

183. Щодо застосування законодавства про захист економічної конкуренції учасниками ринків лікарських засобів у вертикальних відносинах щодо постачання та просування лікарських засобів: рекомендаційні роз'яснення Антимонопольного комітету України від 21.02.2019 № 5-пр. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/shchodo-postachannya-ta-prosuvannya-tovaru-v-yakih-zokrema-visvitleno-mozhlivi-riziki-dlya-konkurenciyi-vid-zastosuvannya-znizhok-ta-marketingovih-program-u-vertikalnih-ugodah-uchasnikiv-farm> (дата звернення: 13.10.2023)

184. Огляд судової практики Вищого господарського суду України та Верховного Суду України з питань застосування законодавства про захист економічної конкуренції: інформаційний лист Антимонопольного комітету України від 31.12.2017. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/oglyad-sudovoyi-praktiki-vishchogo-gospodarskogo-sudu-ukrayini-ta-verhovnogo-sudu-ukrayini-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi> (дата звернення: 13.10.2023)

185. Огляд судової практики Верховного Суду з питань застосування законодавства про захист економічної конкуренції: інформаційний лист Антимонопольного комітету України від 03.06.2022. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/oglyad-sudovoyi-praktiki-verhovnogo-sudu-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi?v=6299bc17c0235> (дата звернення: 13.10.2023)

186. Огляд судової практики Верховного Суду з питань застосування законодавства про захист економічної конкуренції за 2022 рік: Інформаційний лист Антимонопольного комітету України від 09.06.2023. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/oglyad-sudovoyi-praktiki-verhovnogo-sudu-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi-za-2022-rik?v=6483122419095> (дата звернення: 13.10.2023)

187. Рішення Антимонопольного комітету України № 231-р від 01.06.2017. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/rishennya-231-r-vid-01062017> (дата звернення: 13.10.2023)

188. «Північний потік-2»: АМКУ оштрафував компанії пов'язані з проектом на більш ніж 47 млн грн. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/news/pivnichnij-potik-2-amku-oshtrafuvav-kompaniyi-povyazani-z-proektom-na-bilsh-nizh-47-mln-grn> (дата звернення: 13.10.2023)

189. United Brands Company and United Brands Contineental v Commission: Judgment of the Court of 14 February 1978, Case 27/76. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027> (date of reference: 13.10.2023)

190. Hoffmann-La Roche & Co. v Commission: Judgment of the Court of 13 February 1979, Case 85/76. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085> (date of reference: 13.10.2023)

191. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings: Communication from the Commission (2009/C 45/02) dated 24.02.2009. *EUR-Lex*: website. URL:



<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

192. Gormsen L.L. Collective Dominance. *Concurrences*: website. URL: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/collective-dominance> (date of reference: 13.10.2023)

193. Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission of the European Communities: Judgment of the Court of First Instance (First Chamber) of 10 March 1992, Joined cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61989TJ0068> (date of reference: 13.10.2023)

194. Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities: Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 March 2000, Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0395> (date of reference: 13.10.2023)

195. Airtours plc v Commission of the European Communities: Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber, extended composition) of 6 June 2002, Case T-342/99. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999TJ0342> (date of reference: 13.10.2023)

196. Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association: JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber), Case C-413/06 P. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67584&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=278579> (date of reference: 13.10.2023)

197. Laurent Piau v Commission of the European Communities: Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber) of 26 January 2005, Case T-193/02. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62002TJ0193> (date of reference: 13.10.2023)

198. Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services: Communication from the Commission (2018/C 159/01) dated 07.05.2018. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018XC0507%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

199. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities: Judgment of the Court of 9 November 1983, Case 322/81. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0322> (date of reference: 13.10.2023)

200. AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities: Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 3 July 1991, Case C-62/86. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A61986CJ0062> (date of reference: 13.10.2023)

201. Tomra Systems ASA and Others v European Commission: JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber) of 19 April 2012, Case C-549/10 P. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121747&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=283642> (date of reference: 13.10.2023)

202. Intel Corp. v European Commission: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0413> (date of reference: 13.10.2023)

203. Kuivalainen E., Mostyn H., Bock P. In brief: abuse of dominance in European Union. *Lexology*: website. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a940ed59-46d6-4932-a2cc-2fb52618f387> (date of reference: 13.10.2023)

204. Amendments to the 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: Communication from the Commission (2023/C 116/01) dated 31.03.2023. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOC\\_2023\\_116\\_R\\_0001](https://lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOC_2023_116_R_0001) (date of reference: 13.10.2023)

205. Antitrust: Commission announces Guidelines on exclusionary abuses and amends Guidance on enforcement priorities. *European Commission*: website. URL: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_1911](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1911) (date of reference: 13.10.2023)

206. Про внесення змін до Господарського кодексу України (щодо узгодження з положеннями Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів): Пропозиції та зауваження Антимонопольного комітету України від 29 вересня 2020 р. № 4164. *Антимонопольний комітет України*: офіційний вебпортал. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/pro-vnesennya-zmin-do-gospodarskogo-kodeksu-ukrayini-shchodo-uzgodzhennya-z-polozhenniyami-civilnogo-kodeksu-ukrayini-ta-deyakh-inshih-zakonodavchih-aktiv> (дата звернення: 13.10.2023)

207. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17.03.2011 № 3166-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3166-17> (дата звернення: 13.10.2023)

208. Постанова Верховного Суду від 03.07.2018 у справі № 910/4425/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75081972> (дата звернення: 13.10.2023)

209. Рішення Господарського суду міста Києва від 21.12.2021 у справі № 910/13222/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102760839> (дата звернення: 13.10.2023)

210. Постанова Верховного Суду від 19.01.2023 у справі № 910/13222/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108553423> (дата звернення: 13.10.2023)

211. Рішення Господарського суду міста Києва від 18.09.2014 у справі № 910/14542/14. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/40644361> (дата звернення: 13.10.2023)

212. Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for

infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104> (date of reference: 13.10.2023)

213. Antitrust damages actions in Europe. *European Commission*: website. URL: [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/actions-damages\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/actions-damages_en) (date of reference: 13.10.2023)

214. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 02.07.2019 у справі № 910/23000/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82858596> (дата звернення: 13.10.2023)

215. Постанова Верховного Суду від 23.08.2022 у справі № 910/13900/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105909506> (дата звернення: 13.10.2023)

216. Постанова Верховного Суду від 29.09.2022 у справі № 910/12460/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106540096> (дата звернення: 13.10.2023)

217. Малашенкова Т. Межі дискреційних повноважень суду при перегляді рішень АМКУ щодо захисту економічної конкуренції. *Посібник для суддів Захист економічної конкуренції / упоряд. В. Брадеуцану, Н. Шукліна, О. Коптєва*. 2021. С. 23-33. URL: [http://nsj.gov.ua/files/1643191642Handbook%20on%20Competition\\_Final.pdf](http://nsj.gov.ua/files/1643191642Handbook%20on%20Competition_Final.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

218. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) від 04.11.1950, ратифікована Законом України від 17.07.97 № 475/97-ВР. *База даних «Законодавство України»*. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text) (дата звернення: 13.10.2023)

219. AFFAIRE A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIE: Judgement of 27/09/2011, app. No 43509/08. *European Court of Human Rights*: website. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2243509/08%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-106438%22%5D%7D> (date of reference: 13.10.2023)

220. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb). *European Court of Human Rights*: website. URL:

[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng) (date of reference: 13.10.2023)

221. Dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque (translation), case AFFAIRE A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIE, app. No 43509/08. *European Court of Human Rights*: website. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2243509/08%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-106438%22%5D%7D> (date of reference: 13.10.2023)

222. A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy. Judgement of 27/09/2011, app. No 43509/08 (summary). *European Court of Human Rights*: website. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2243509/08%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CLIN%22%5D,%22itemid%22:%5B%22002-385%22%5D%7D> (date of reference: 13.10.2023)

223. Постанова Верховного Суду від 05.07.2022 у справі № 910/15541/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104813435> (дата звернення: 13.10.2023)

224. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 20.11.2019 у справі № 910/13306/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85935539> (дата звернення: 13.10.2023)

225. Рішення Верховного Суду від 03.03.2020 у справі № 910/13306/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87995474> (дата звернення: 13.10.2023)

226. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 28.02.2023 у справі № 910/4801/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109804493> (дата звернення: 13.10.2023)

227. Постанова Північного апеляційного суду міста Києва від 02.12.2021 у справі № 910/508/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102548931> (дата звернення: 13.10.2023)

228. Постанова Верховного Суду від 09.08.2022 у справі № 910/508/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105693177> (дата звернення: 13.10.2023)

229. Рішення Господарського суду міста Києва від 19.07.2021 у справі № 910/508/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98558978> (дата звернення: 13.10.2023)

230. Щодо застосування положень частин другої, п'ятої та шостої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції», частин першої та другої статті 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»: рекомендаційні роз'яснення Антимонопольного комітету України від 09.08.2016 № 39-пр. *Антимонопольний комітет України: офіційний вебпортал*. URL: [https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported\\_content/5d69103546d46.pdf](https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d69103546d46.pdf) (дата звернення: 13.10.2023)

231. Постанова Верховного Суду від 13.08.2019 у справі № 916/2670/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83669381> (дата звернення: 13.10.2023)

232. Постанова Верховного Суду від 21.01.2021 у справі № 910/10017/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94320639> (дата звернення: 13.10.2023)

233. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 25.11.2020 року у справі № 910/21488/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93261409> (дата звернення: 13.10.2023)

234. Постанова Верховного Суду від 08.06.2021 у справі № 910/21488/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97559476> (дата звернення: 13.10.2023)

235. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 21.02.2013 у справі № 5011-72/11785-2012. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/29490809> (дата звернення: 13.10.2023)

236. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 09.11.2021 у справі № 910/20506/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101025844> (дата звернення: 13.10.2023)

237. Постанова Верховного Суду від 27.01.2022 у справі № 910/20506/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102854599> (дата звернення: 13.10.2023)

238. Постанова Верховного Суду від 07.02.2023 у справі № 910/17568/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108848492> (дата звернення: 13.10.2023)

239. Постанова Верховного Суду від 14.06.2022 у справі № 910/20990/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104813390> (дата звернення: 13.10.2023)

240. Сус М.С. Конституційно-правові проблеми перегляду господарськими судами рішень органів Антимонопольного комітету України про накладення штрафів. *Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції: ел. збірник, м. Київ, 5 травня 2023 року. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2023. С. 98-100.

241. Bernatt M. The Compatibility of Deferential Standard of Judicial Review in the EU Competition Proceedings with Article 6 of the European Convention on Human Rights. Institute for Consumer Antitrust Studies Working Papers, Loyola University Chicago. 2014. 30 P. URL: <https://ssrn.com/abstract=2447884>.

242. Teleki C. Due Process and Fair Trial in EU Competition Law: The Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights. Leiden; Boston : Brill, Nijhoff, 2021. 380 P.

243. Wils, W. P. J. EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay Between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights. *World Competition: Law and Economics Review*. 2011. No. 2. Vol. 34. No. 2, June 2011, Concurrences, May 2011, 'New Frontiers of Antitrust': 2<sup>nd</sup> Annual International Concurrences Conference, Paris, February 11, 2011. 32 P. URL: <https://ssrn.com/abstract=1759209>.

244. MacLennan J., Vereecken B., Senoner A. EU Competition Law and EU Charter of Fundamental Rights: An Evolving Partnership. *Concurrences*: website. URL:

[https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/eu\\_competition\\_law\\_and\\_eu\\_charter\\_of\\_fundamental\\_rights\\_an\\_evolutionary\\_partnership.pdf.pdf?67674/509367fc0fde4b40b0ff6865dd40476c89376ae9c6209cd05e1bdb5cebf145c](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/eu_competition_law_and_eu_charter_of_fundamental_rights_an_evolutionary_partnership.pdf.pdf?67674/509367fc0fde4b40b0ff6865dd40476c89376ae9c6209cd05e1bdb5cebf145c) (date of reference: 13.10.2023)

245. Beumer E. The Interaction between EU Competition Law Procedures and Fundamental Rights Protection: The Case of the Right to Be Heard. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*. 2014. No. 10. Vol. 7. P. 9-34. URL: <https://ssrn.com/abstract=2738470>

246. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02) dated 14.12.2007. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007X1214%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

247. Фалалеева Л. Г. Захист основоположних прав у інтеграційному правопорядку Європейського Союзу: монографія. Київ: ФОП Кандиба Т. П., 2020. 455 с.

248. KME Germany AG and Others v Commission: Judgment of the Court (Second Chamber) of 8 December 2011, Case C-272/09 P. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=116121&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1012002> (date of reference: 13.10.2023)

249. Chalkor AE Epexergasias Metallon v Commission: Judgment of the Court (Second Chamber) of 8 December 2011, Case C-386/10 P. *EUR-Lex*: website. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0386> (date of reference: 13.10.2023)

250. Schindler Holding and Others v Commission: judgement of the Court (Fifth Chamber) of 18 July 2013, Case C-501/11 P. *Info-Curia Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139754&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1185691> (date of reference: 13.10.2023)

251. Duravit and Others v Commission: Judgment of the Court (First Chamber) of 26 January 2017, C-609/13 P. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0609> (date of reference: 13.10.2023)



252. Guidelines of the Commission on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02) dated 01.09.2006. *EUR-Lex*: website. URL:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52006XC0901%2801%29> (date of reference: 13.10.2023)

253. Case AT.40099 Google Android: Commission Decision of 18.07.2018. *European Commission*: website. URL:

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40099/40099\\_9993\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf) (date of reference: 13.10.2023)

254. Google and Alphabet v Commission: Judgment of the General Court (Sixth Chamber, Extended Composition) of 14 September 2022, Case T-604/18. *InfoCuria Caselaw*. URL:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=265421&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1213463> (date of reference: 13.10.2023)

255. Antitrust: Commission adopts new Vertical Block Exemption Regulation and Vertical Guidelines. *European Commission*: website. URL:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_2844](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2844) (date of reference: 13.10.2023)

256. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). *EUR-Lex*: website. URL:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0139> (date of reference: 13.10.2023)

257. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03) dated 05.03.2005. *EUR-Lex*: website. URL:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52005XC0305%2802%29> (date of reference: 13.10.2023)

258. Ухвала Господарського суду міста Києва від 14.06.2022 у справі № 910/4442/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL:

<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104746874> (дата звернення: 13.10.2023)

259. Швидка Т. І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації : монографія / Т. І. Швидка – Харків : Право, 2020. 376 с.

260. Даніш С. П. Шляхи вдосконалення адміністративно-правового забезпечення контролю у сфері захисту економічної конкуренції в Україні. *Європейські перспективи*. 2014. № 1. С. 56-59.

261. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 № 1798-ХІІ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 13.10.2023)

262. Постанова Верховного Суду від 23.06.2021 у справі № 911/3204/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97854754> (дата звернення: 13.10.2023)

263. Концепція удосконалення інституційної основи системи захисту економічної конкуренції в Україні: проект. Комітет з конкуренційного права Асоціації правників України. 2016. 7 с.

264. Постанова Верховного Суду від 22.12.2022 у справі № 914/130/22. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108058900> (дата звернення: 13.10.2023)

265. Комітет розпочав перегляд рішень щодо компаній «SENALIOR INVESTMENTS LIMITED» та «Üttema Kereskedelmi Korlátolt Felelősségű Társaság». *Антимонопольний комітет України: офіційний вебпортал*. URL: <https://amcu.gov.ua/news/komitet-rozpochav-pereglyad-rishen-shchodo-kompanij-senaliior-investments-limited-ta-uttema-kereskedelmi-korlatolt-felelossegu-tarsasag> (дата звернення: 13.10.2023)

266. Крусян А. Р. Конституційне регулювання права на підприємницьку діяльність: порівняльний аналіз законодавства Естонії, Латвії, Литви та України. *Часопис Київського університету права*. № 2. 2023. С. 53-57. DOI: 10.36695/2219-5521.2.2023.11

267. Пархоменко Н.М. Окремі аспекти конституційного регулювання права на підприємницьку діяльність в Польщі, Румунії, Словаччині, Угорщині та Україні.

*Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «ПРАВО»*. 2023. Випуск 79. Частина 1. С. 155-159. DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2023.79.1.26>

268. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 01.07.2014 № 1555-VII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#n81> (дата звернення: 13.10.2023)

269. The Dominance and Monopolies Review. Eight Edition: Dolmans M. (ed), Mostyn H. (ed.). The LawReviews. London, Law Business Research Ltd, 2020. 558 p.

270. Individual dominant position – EU. *Vogel & Vogel: website*. URL: <https://www.vogel-vogel.com/faq-items/individual-dominant-position-eu/?lang=en> (date of reference: 13.10.2023)

271. Постанова Верховного Суду від 28.07.2022 у справі № 910/11304/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105504513> (дата звернення: 13.10.2023)

272. Рішення Антимонопольного комітету України № 582-р від 10.10.2020. *Антимонопольний комітет України: вебсайт*. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/5f6/9ba/fc3/5f69bafc359c1968469650.pdf> (дата звернення: 13.10.2023)

273. Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH: Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 April 1991, Case C-41/90. *EUR-Lex: website*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0041> (date of reference: 13.10.2023)

274. Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie: Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 28 January 1999, Case C-67/96. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44381&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1374665> (date of reference: 13.10.2023)

275. Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz: Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 25 October 2001, Case C-475/99. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46789&pageIndex=0&>

[doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2026019](#) (date of reference: 13.10.2023)

276. Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustri: Judgment of the Court of 21 September 1999, Case C-67/96. *InfoCuria Case-law*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44710&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2026909> (date of reference: 13.10.2023)

## ДОДАТОК

## СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

*Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі контролю за зловживанням монопольним становищем. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 2. С. 49-57. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.8>

2. Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права при здійсненні контролю за антиконкурентними узгодженими діями. *АЛЬМАНАХ ПРАВА. Трансформація законодавства України в сучасних умовах*. 2023. Випуск 14. С. 502-507. DOI: 10.33663/2524-017X-2023-14-502-507

3. Сус М.С. Конституційне регулювання державного захисту конкуренції в Україні та державах-членах Європейського Союзу: порівняльний аналіз. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 3. С. 93-99. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.03.17>

4. Sus M. Practice of the Constitutional Court of Ukraine with respect to State Protection of Competition in Entrepreneurial Activities. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2023. No. 1. P. 172-181. URL: [https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad\\_01\\_2023\\_FINAL.pdf](https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2023/06/Vishegrad_01_2023_FINAL.pdf)

*Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

5. Сус М.С. Конституційно-правові проблеми перегляду господарськими судами рішень органів Антимонопольного комітету України про накладення штрафів. *Актуальні питання розвитку юридичної науки і практики в умовах воєнного стану та мирної розбудови*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції: ел. збірник, м. Київ, 5 травня 2023 року. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2023. С. 98-100.

6. Сус М.С. Практичні проблеми забезпечення верховенства права у процесі контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції. *Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу*: збірник тез

доповідей IV Всеукраїнської наукової конференції, м. Хмельницький, 17 квітня 2023 р.. Хмельницький : ХНУ, 2023. С. 212-217.