

УДК 342

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.8>

## ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ПРОЦЕСІ КОНТРОЛЮ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯМ МОНОПОЛЬНИМ СТАНОВИЩЕМ

**Сус М.С.,**

*аспірант відділу конституційного права  
та місцевого самоврядування  
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького  
Національної академії наук України,  
<https://orcid.org/0009-0006-8533-9987>*

**Сус М.С. Окремі проблеми забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі контролю за зловживанням монопольним становищем.**

Стаття присвячена дослідженню проблематики реалізації в Україні конституційних засад державного захисту конкуренції, а саме проблем забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі здійснення органами Антимонопольного комітету України (далі – «АМКУ») контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції суб'єктами господарювання, які займають монопольне (домінуюче) становище на ринку. За результатами аналізу відповідного українського законодавства та практики його застосування встановлено, що в досліджуваній сфері на практиці існує низка проблем, пов'язаних із забезпеченням принципу верховенства права, зокрема, в частині передбачуваності застосування статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – «Закон»), яка встановлює підстави для кваліфікації порушення у формі зловживання монопольним (домінуючим) становищем. Це пояснюється використанням в цій статті широких формулювань та оціночних понять, які можуть мати різні інтерпретації. Водночас широта та певна абстрактність формулювань є виправданою, так як порушення може мати найрізноманітніші прояви, які об'єктивно неможливо чітко викласти у правовій нормі. У зв'язку з такою специфікою провідна роль в усуненні правової невизначеності має відводитися правозастосовній практиці органів АМКУ та судів.

Правозастосовна практика наразі поки не дає відповідей на низку принципових питань застосування статті 13 Закону, в силу чого межі дозволеного та забороненого для суб'єктів господарювання, які займають монопольне (домінуюче) становища, доволі розмиті. Чинне законодавство, як і правозастосовна практика, не передбачає чітких та однозначних правових орієнтирів, за яких певна поведінка суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище, вважається правомірною, а коли стає неправо-

мірною (зловживанням монопольним (домінуючим) становищем), що породжує правову невизначеність. З урахуванням специфіки законодавства про захист економічної конкуренції, одним із способів усунення такої невизначеності, могла би бути розробка та надання АМКУ рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій, сформованих виходячи із кращих світових практик, в першу чергу, досвіду Європейського Союзу, які б містили пояснення загальних підходів АМКУ до оцінки тих чи інших діянь саме як зловживання монопольним (домінуючим) становищем та окреслення правових й економічних методів встановлення цього порушення залежно від різних його видів, передбачених у статті 13 Закону.

**Ключові слова:** Конституція, верховенство права, конституційні принципи, права людини, свобода підприємницької діяльності, державний захист конкуренції, зловживання монопольним (домінуючим) становищем, Антимонопольний комітет України.

**Sus M.S. Certain problems of ensuring the constitutional principle of rule of law in the process of control over abuse of a monopoly position.**

The article is devoted to the study of the problems of implementation of constitutional foundations of state protection of competition in Ukraine, namely, the problems of ensuring the constitutional principle of rule of law within the process of conducting control by the bodies of the Antimonopoly Committee of Ukraine (the "AMCU") over compliance of undertakings occupying monopoly (dominant) position on relevant markets with legislation on protection of economic competition. Analysis of relevant Ukrainian legislation, as well as practice of its application, shows that there is a number of problems related to ensuring the rule of law principle in the researched area in practice, in particular, in terms of predictability of application of Article 13 of the Law of Ukraine "On Protection of Economic Competition" (the "Law") setting grounds for qualification of an infringement in the form of abuse

of a monopoly (dominant) position. This is explained by use of broad formulations and evaluative concepts in the above article, which may have different interpretations. At the same time, breadth and certain abstractness of the formulations seem to be justified, as infringement can have a wide number of manifestations that objectively cannot be clearly reflected in the legal norm. Due to such specificity, leading role in eliminating legal uncertainty should be assigned to the law enforcement practice of the AMCU's bodies and courts.

Currently, the law enforcement practice does not provide answers to a number of fundamental questions regarding application of Article 13 of the Law, which results in blurred boundaries between permissible and prohibited behavior for undertakings occupying monopoly (dominant) positions. Existing legislation, as well as law enforcement practice, does not provide clear and unambiguous legal guidelines when certain behavior of an undertaking occupying a monopoly (dominant) position is deemed legitimate, and when it becomes unlawful (abuse of monopoly (dominant) position), which consequently creates legal uncertainty. Considering specifics of legislation on protection of economic competition, one of possible ways to eliminate such uncertainty could be issuance of recommended explanations/methodological recommendations by the AMCU to be developed with due account to best world practices, primarily, of the European Union, and clarifying the AMCU's general approaches towards assessment of certain commercial practices specifically as abuse of monopoly (dominant) position, with outline of legal and economic methods for establishing the above infringement depending on its different types indicated in Article 13 of the Law.

**Key words:** Constitution, rule of law, constitutional principles, human rights, freedom of entrepreneurship, state protection of competition, abuse of monopoly (dominant) position, Antimonopoly Committee of Ukraine.

**Постановка проблеми.** Конституція України (далі також – «Конституція» або «Основний Закон») встановлює, що кожен має право на підприємницьку діяльність, не заборонену законом (ч. 1 ст. 42 Основного Закону). Відповідно ч. 3 ст. 42 Конституції держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності; зловживання монополією становить на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція не допускаються; види та межі монополії визначаються законом. Згідно з п. 8 ч. 1 ст. 92 Конституції правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання визначаються виключно законами [1].

Зазначені вище положення Конституції були деталізовані на рівні законів, основним з яких є

Закон [2], в тому числі, і в частині заборони зловживання монополією становить. Зокрема, ст. 12 Закону встановлює критерії для встановлення наявності у суб'єкта господарювання монополією (домінуючого) становища, а ст. 13, у свою чергу, містить визначення «зловживання монополією (домінуючим) становищем» (далі також – «ЗМС») (ч. 1 ст. 13) та невичерпний перелік діянь, які вважаються таким зловживанням (ч. 2 ст. 13).

У силу того, що ЗМС вважається одним із найбільш тяжких порушень законодавства про захист економічної конкуренції (далі також – «конкурентне законодавство») та може негативно впливає як на стан конкуренції загалом, так і на конкретних суб'єктів господарювання та споживачів, зокрема, стимули держави протидіяти цьому явищу є очевидними. Водночас, виходячи з Закону, у разі встановлення порушення у формі ЗМС, відповідний суб'єкт господарювання-порушник може стикнутися зі значними негативними наслідками (штраф у розмірі до десяти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф, або ж до потрійного розміру незаконно одержаного прибутку, якщо незаконно одержаний прибуток перевищує десять відсотків вказаного вище доходу (виручки) (ч. 2 ст. 52 Закону), можливість примусового поділу (ст. 53 Закону) тощо). У зв'язку з цим у частині контролю за дотриманням суб'єктом господарювання, який має ознаки монополією (домінуючого) становища, конкурентного законодавства, необхідним є забезпечення виваженості та адекватності правозастосування в частині визнання порушень у формі ЗМС, аби, серед іншого, до відповідальності не притягалися ті, хто його не вчиняв, а втручання держави в господарську діяльність суб'єкта господарювання, який займає монополією (домінуюче) становище, та природний плин ринкових відносин, було виправданим та пропорційним. Зазначене породжує необхідність знаходження розумного балансу між свободою підприємницької діяльності, гарантованою ч. 1 ст. 42 Конституції, та діями держави в особі уповноважених органів із переслідування практик, які являють собою ЗМС та визнаються недопустимими відповідно до ч. 3 ст. 42 Основного Закону, аби в кінцевому підсумку в силу невиваженого правозастосування держава не почала захищати свободу підприємницької діяльності та ефективну конкуренцію від самих себе. У зв'язку з цим дослідження проблем здійснення контролю за дотриманням конкурентного законодавства суб'єктами господарювання, які мають ознаки монополією (домінуючого) становища, є надзвичайно актуальним питанням, як з теоретичної, так і практичної точки зору. Особливо важливим в цьому розрізі є досліджен-

ня проблематики забезпечення гарантованого Конституцією принципу верховенства права при здійсненні такого контролю.

**Стан опрацювання.** Попри підвищений інтерес вітчизняних науковців до різних аспектів застосування законодавства про захист економічної конкуренції (праці С.В. Шкляра, О.О. Бакалінської, К.В. Смирнової та інших), комплексні дослідження проблематики забезпечення верховенства права при здійсненні контролю за дотриманням конкуренційного законодавства суб'єктами господарювання, які займають монополіне (домінуюче) становище на ринку, з фокусом на її конституційно-правові аспекти відсутні. Це, в свою чергу, зумовлює актуальність відповідного дослідження.

**Метою статті** є дослідження проблем забезпечення конституційного принципу верховенства права у процесі здійснення органами АМКУ контролю за дотриманням конкуренційного законодавства суб'єктами господарювання, які займають монополіне (домінуюче) становище на ринку, на основі аналізу чинного українського законодавства та практики його застосування, а також запропонувати можливі шляхи їх вирішення, виходячи із міжнародного досвіду.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ч. 1 ст. 12 Закону суб'єкт господарювання займає монополіне (домінуюче) становище на ринку товару, якщо: (а) на цьому ринку у нього немає жодного конкурента; (б) він не зазнає значної конкуренції внаслідок обмеженості можливостей доступу інших суб'єктів господарювання щодо закупівлі сировини, матеріалів та збуту товарів, наявності бар'єрів для доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, наявності пільг чи інших обставин. Закон встановлює подальші ознаки монополіного (домінуючого) становища, розрізняючи при цьому індивідуальне монополіне (домінуюче) становище та колективне. Індивідуальним монополіним (домінуючим) вважається становище суб'єкта господарювання, частка якого на ринку товару перевищує 35 %, якщо він не доведе, що зазнає значної конкуренції (ч. 2 ст. 12), хоча за певних умов суб'єкт господарювання, який має і меншу ринкову частку, може бути визнаний таким, що займає монополіне (домінуюче) становище (ч. 3 ст. 12). Критерії для встановлення наявності колективного монополіного (домінуючого) становища відповідно закріплені у чч. 4 та 5 вказаної вище статті Закону.

Варто передусім зазначити, що саме по собі зайняття монополіного (домінуючого) становища на тому чи іншому ринку українським законодавством, як і, зокрема, законодавством Європейського Союзу (далі – «ЄС»), не визнається порушенням. Більш того, зайняття монополіного (домінуючого) становища на певному ринку у тих випадках, коли воно здобувалося, а не присвою-

валося, наприклад, державою, зазвичай є результатом успішної підприємницької діяльності суб'єкта господарювання, в тому числі, ефективної конкурентної боротьби (запровадження інновацій у виробництві, застосування продуманих маркетингових стратегій тощо). До здобуття монополіного (домінуючого) становища на відповідному ринку може призводити винахідницька діяльність, кращі ніж в конкурентів товари, інші досягнення. У цілому здобуття монополіного (домінуючого) становища є одним із можливих наслідків ефективного провадження підприємницької діяльності. Для здобуття монополіного (домінуючого) становища у багатьох випадках необхідним є як ефективна бізнес-стратегія, так і відповідні інвестиції на її впровадження. Таким чином, сам по собі факт наявності монополіного (домінуючого) становища не є порушенням.

Конституційно-правове регулювання меж дозволеного та забороненого для суб'єктів господарювання, які займають монополіне (домінуюче) становище на тому чи іншому ринку, в частині їхньої підприємницької діяльності є доволі комплексним та водночас гнучким, зокрема: (а) в силу ч. 4 ст. 13 Конституції вони праві вимагати від держави рівності перед законом та захисту своїх прав, як і інші суб'єкти господарювання; (б) зайняття певними суб'єктами господарювання монополіного (домінуючого) становища узгоджується із положеннями ч. 1 ст. 15 Конституції, за якими суспільне життя в Україні ґрунтується, серед іншого, на засадах економічної багатоманітності; (в) вони мають право на свободу підприємницької діяльності, що включає в себе визначення способів та методів її ведення, що впливає із положень ч. 1 ст. 42 Закону; (г) в межах підприємницької діяльності вони мають право конкурувати, що прямо впливає із першого речення ч. 3 ст. 42 Основного Закону, та відповідно вимагати від держави захисту цього права. У той же час свобода підприємницької діяльності та відповідно способів та методів конкуренції суб'єкта господарювання, який займає монополіне (домінуюче) становище, допустима до тих пір, поки вона не заборонена законом (ч. 1 ст. 42 Конституції).

Свого часу Конституційний Суд України (далі – «КСУ») давав інтерпретацію положенням ч. 3 ст. 42 Конституції у своєму рішенні № 22-рп/2008 від 09.10.2008 [3]. КСУ, зокрема, зазначив, 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» (абз. 1 п. 3.2. мотивувальної частини рішення) [3]. КСУ також вказав, що «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» (абз. 3 п. 3.2. мотивувальної частини рішення) [3]. Застосовуючи вказану вище позицію КСУ до ситуації з суб'єктом господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, держава має забезпечувати захист змагальності (конкуренцію) суб'єктів господарювання, в тому числі, надавати можливість змагатися з іншими і суб'єкту господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище. Результатом змагальності цього суб'єкта може бути обмеження конкуренції на відповідному ринку, зокрема, в силу його конкурентного тиску, водночас це обмеження є недопустимим, якщо воно є неправомірним.

Конституція окремо встановлює, що недопустимим є *зловживання* монопольним становищем. Саме воно відповідно до Конституції є тим основним орієнтиром, який відділяє правомірну поведінку суб'єкта, який це становище займає, від неправомірної. Звідси слідує, що лише чітке відокремлення зловживання від незловживання (правомірної діяльності) дозволяє досягати адекватної та виваженої реалізації конституційних положень, які стосуються державного захисту конкуренції, щодо суб'єктів господарювання, які мають монопольне (домінуюче) становище. У протилежному випадку, якщо держава в особі уповноважених органів втручатиметься у діяльність відповідного суб'єкта та визнаватиме у його певній конкурентній поведінці зловживання, там де його немає, неодмінно порушуватимуться не тільки індивідуальні права цього суб'єкта господарювання, а й принцип державного захисту конкуренції. У випадку невтручання держави, коли зловживання монопольним (домінуючим) становищем є, порушуватимуться права інших осіб та, знову ж таки, конституційна засада державного захисту конкуренції не реалізовуватиметься належним чином. У зв'язку з такою комплексністю та складністю досліджуваного явища, на перший план виходить забезпечення належної реалізації принципу верховенства права, закріпленого в ст. 8 Основного Закону, при здійсненні державного контролю за дотриманням суб'єктом господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище, конкурентного законодавства, в аспекті визнання чи невизнання певної поведінки як зловживання вказаним становищем.

Загальне визначення зловживання монопольним (домінуючим) становищем наведено у ч. 1 ст. 12 Закону і буквально звучить так: «*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*»

[2]. Окремі види зловживання визначені у ч. 2 ст. 13 Закону, наприклад, встановлення таких цін чи інших умов придбання або реалізації товару, які неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку; обмеження виробництва, ринків або технічного розвитку, що завдало чи може завдати шкоди іншим суб'єктам господарювання, покупцям, продавцям; створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) чи усунення з ринку продавців, покупців, інших суб'єктів господарювання.

Контроль за дотриманням конкурентного законодавства суб'єктами господарювання, які займають монопольне (домінуюче) становище на ринку, покладений українським законодавством на АМКУ. До виключних повноважень останнього, здійснення яких іншими державними органами влади не допускається, віднесено проведення досліджень ринку, визначення меж товарного ринку (у сфері медіа - за методиками, погодженими з Національною радою України з питань телебачення і радіомовлення), а також становище, в тому числі монопольне (домінуюче), суб'єктів господарювання на відповідному ринку та прийняття відповідних рішень (розпоряджень). Також до виключних повноважень АМКУ віднесено розгляд заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та проведення розслідувань за цими заявами і справами; прийняття передбачених законодавством про захист економічної конкуренції розпоряджень та рішень за заявами і справами, перевірка та перегляд рішень у справах, надання висновків щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції (ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (далі – «**Закон про АМКУ**» [4]). До переліку рішень, які органи АМКУ можуть прийняти за результатами розгляду справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема, віднесено визнання вчинення порушення цього законодавства, припинення порушення, визнання суб'єкта господарювання таким, що займає монопольне (домінуюче) становище, примусовий поділ такого суб'єкта господарювання (ст. 48 Закону).

Таким чином, як встановлення монопольного (домінуючого) становища на тому чи іншому ринку, так і зловживання ним віднесено до виключних повноважень органів АМКУ, які на практиці користуються широкою дискрецією при реалізації цих повноважень, в тому числі, в частині вибору засобів та методів доведення порушень. Судовий контроль за законністю рішень органів АМКУ віднесено до повноважень господарських судів. При цьому, такий контроль здійснюється в межах, визначених у ст. 59 Закону, відповідно до якої підставами для зміни, скасування чи визнання недійсними рішень органів АМКУ, релевантних для досліджуваної тематики, є (а) неповне з'ясуван-

ня 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.

У ході розгляду господарськими судами справ, пов'язаних зі зловживанням монопольним (домінуючим) становищем, було вироблено низку позицій щодо кваліфікації цього порушення. Зокрема, суди виходять з того, що для кваліфікації дій суб'єктів господарювання як ЗМС на ринку не є обов'язковим з'ясування настання наслідків у формі, відповідно, недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема, через заподіяння їм шкоди (збитків) або інше реальне порушення їх прав чи інтересів, чи настання інших відповідних наслідків. Достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, визначених законом як зловживання монопольним (домінуючим) становищем (частина друга статті 13 Закону), або можливості настання зазначених наслідків у зв'язку з відповідними діями таких суб'єктів господарювання (частина перша 13 Закону). В останньому випадку господарським судам необхідно з'ясовувати та відображати в судових рішеннях, в чому конкретно полягають відповідні наслідки, що могли б настати в результаті дій суб'єктів господарювання, які мають ознаки ЗМС на ринку (наприклад, п. 14 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 15 від 26.12.2011 [5] (далі – «**ПП ВГСУ № 15**»), пп. 7.16-7.17 постанови Верховного Суду від 18.02.2021 у справі № 910/1106/20 [6]). Також господарські суди виходять із позиції, що конкурентне законодавство не ставить застосування передбаченої ним відповідальності за порушення цього законодавства у залежність від наявності у суб'єкта господарювання вини в будь-якій формі (наприклад, п. 3 ПП ВГСУ № 15 [5], постанова Верховного Суду від 19.02.2019 у справі № 916/499/18 [7]).

Таким чином, у разі, якщо певні дії формально підпадають під кваліфікацію, встановлену в ст. 13 Закону, АМКУ може визнавати зловживання монопольним (домінуючим) становищем та не зобов'язаний доводити фактичне настання наслідків, передбачених у цій статті. Стаття 13 Закону, як перша її частина, так і друга, у свою чергу, використовують доволі широкі формулювання, за якими значний перелік діянь суб'єктів господарювання формально підпадає під порушення. Це, в свою чергу породжує, для відповідних суб'єктів господарювання невизначеність в частині можливості кваліфікації їхньої поведінки як ЗМС та відповідно значно ускладнює прогнозованість (передбачуваність) своїх дій в розрізі їхньої можливої

інтерпретації з боку органів АМКУ і, таким чином, породжує проблематику реалізації конституційного принципу верховенства права, закріпленого в ст. 8 Конституції.

Зміст конституційного принципу верховенства права був предметом неодноразової інтерпретації зі сторони КСУ. До елементів цього принципу КСУ, зокрема, відносить правову визначеність, ясність і недвозначність правової норми, передбачуваність (прогнозованість) [8].

Проблематика забезпечення принципу верховенства права в частині контролю за діяльністю суб'єктів господарювання, які займають монопольне (домінуюче) становище, виникає на рівні ст. 13 Закону, яка використовує широкі формулювання та оціночні поняття в частині визначення підстав для кваліфікації ЗМС. Такий підхід є в цілому об'єктивно виправданим, так як форми зловживання 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. Широка та певна абстрактність формулювань підстав для кваліфікації ЗМС не є якимось унікальною особливістю українського законодавства. Навіть в найрозвиненіших системах захисту конкуренції, зокрема, тій, яка функціонує на рівні ЄС, застосовується подібний підхід, що вбачається із аналізу положень ст. 102 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – «**ДФЕС**») [9], яка містить загальну заборону зловживання домінуючим становищем.

У зв'язку з тим, що в частині визначення підстав для кваліфікації ЗМС досягнути чіткості та однозначності відповідних правових норм досягнути об'єктивно неможливо, постає питання застосування законодавства, яке з точки зору чіткості та однозначності є недосконалим, насамперед, в частині тлумачення змістовного наповнення закладених у ст. 13 Закону концептів. Основним способом усунення правової невизначеності щодо відповідного тлумачення є формування відповідної правозастосовної практики, основними утворювачами якої в Україні є органи АМКУ та господарські суди в межах їхніх визначених повноважень.

Попри тривалий час існування ст. 13 Закону та доволі активну практику органів АМКУ із визнання порушень у формі ЗМС, перевірку законності відповідних рішень органів АМКУ господарськими судами, огляд наявної практики, зокрема, судової [10; 11] показує, що чітких та однозначних навіть загальних підходів та орієнтирів, за яких певні дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище, з точки зору конкурентного законодавства вважаються правомірними, а коли переходять у ЗМС сформовано не було. Зокрема, це стосується змістовного наповнення такої кваліфікуючої озна-

ки згаданого вище порушення як «неможливість за умов існування значної конкуренції на ринку», зокрема, чого вона стосується: дій чи бездіяльності суб'єкта господарювання, 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 суб'єкта господарювання як порушення, необхідним є співставлення цих дій/бездіяльності, їх реальних чи потенційних наслідків в існуючому ринковому середовищі, в якому діє суб'єкт господарювання, який має монополіне (домінуюче) становище (тобто там, де в силу ст. 12 Закону немає значної конкуренції на ринку), та ринковим середовищем, в якому існує значна конкуренція. Таким чином, постає питання вибору бази для порівняння. Усталеної практики, що потрібно порівнювати з чим при тому чи іншому виді ЗМС, не сформовано, що відповідно поглиблює правову невизначеність щодо застосування відповідних правових норм та надає надзвичайно широке поле для найрізноманітніших інтерпретацій. Нижче продемонструємо це на більш-менш простому прикладі.

Наприклад, якщо виходити з того, що зловживанню монополіним (домінуючим) становищем має бути притаманна ознака неможливості його вчинення як такого, якби відповідні діяння вчинилися на ринку зі значною конкуренцією, будь-яка відмова суб'єкта господарювання, який займає монополіне (домінуюче) становище на ринку, від продажу свого товару іншому суб'єкту господарювання, мала би вважатися правомірною, так як така відмова є цілком можливою і на ринку зі значною конкуренцією. Таким чином, відмова від співпраці, яка очевидно може ущемлювати інтереси іншого суб'єкта господарювання, 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 ЗМС, посилається на термінологічний апарат першої – визначення ЗМС. Водночас, ч. 2 ст. 13 Закону прямо передбачає такий вид ЗМС як часткова або повна відмова від реалізації товару за відсутності альтернативних джерел реалізації чи 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.

Можливе, наприклад, і альтернативне тлумачення, що стаття 13 дозволяє суб'єкту господарю-

вання відмовляти у співпраці в частині продажу свого товару будь-кому допоки на ринку існують альтернативні джерела придбання (п. 5 ч. 1 ст. 13 Закону), так як в такому випадку це вважатиметься порушенням. 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 ЗМС відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 13, якщо єдиний постачальник на ринку відмовляє у продажу товару дистриб'ютору, який неефективно продає його товар, або ж коли відмовляє у продажу товару суб'єкту господарювання, який конкурує з ним на іншому ринку, якщо достеменно знає, що цей конкурент може використовувати куплений товар на шкоду постачальнику. Кваліфікація відмови від постачання в описаних вище випадках як ЗМС, а формально це можливо, обмежувала би здатність постачальника ефективно будувати свою систему постачання або ж захищати свої права від посягань третіх сторін.

Виходячи із наведеного вище, навіть більш-менш прості фактичні обставини вказують які поля для різної інтерпретації дають формулювання ст. 13 Закону. Це ж може призводити до того, що різні суб'єкти можуть використовувати неоднозначність правових норм ст. 13 Закону для власних цілей, в тому числі, не обов'язково правомірних.

У силу того, що органи АМКУ мають виключні повноваження щодо встановлення ЗМС та широку свободу розсуду щодо способів та методів їх доведення, суб'єкт господарювання 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 ЗМС 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 АМКУ, межі забороненого та дозволеного в частині цінової поведінки суб'єкта господарювання, який займає монополіне (домінуюче) становище, вкрай розмиті, в тому числі, у зв'язку з відсутністю сформування у практиці навіть загальних усталених орієнтирів, коли з точки зору українського конкурентного законодавства 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.

Ступінь правової визначеності впливає на межі свободи суб'єкта господарювання у його підприємницькій діяльності. Так як в силу формулювань статті 13 Закону значний перелік дій чи бездіяльності суб'єкта господарювання, який має ознаки монопольного (домінуючого) становища, формально підпадає 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. У зв'язку з цим виникає питання можливих шляхів усунення правової невизначеності та, відтак підвищення рівня передбачуваності (прогнозованості) застосування відповідного конкурентного законодавства для різних осіб, як суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище, так і осіб, які так чи інакше взаємодіють з цим суб'єктом господарювання, для розуміння меж реалізації своїх прав, в тому числі, гарантованих Конституцією, та можливих способів їх захисту у разі порушення.

Вочевидь, розвиток правозастосовної практики, яка є одним із способів усунення правової невизначеності, є питанням динамічним та еволюційним. Виходячи із поточного законодавства, такий розвиток залежить в першу чергу від пріоритетів органів АМКУ. Для суб'єктів господарювання, які мають ознаки монопольного (домінуючого) становища, очікування виникнення практики, релевантної до їх ситуації, для вирішення питання чи вчиняти ті чи інші діяння навряд чи є прийнятним способом вирішення проблеми правової невизначеності, особливо, якщо відповідні господарські рішення потрібно приймати та реалізовувати оперативно.

Для усунення правової невизначеності щодо застосування положень ст. 13 Закону суб'єкти господарювання наділяються можливістю використання такого інструменту як отримання від органів АМКУ висновків щодо кваліфікацій дій (ст. 14 Закону). Використанням цього інструменту суб'єкт господарювання може попередньо погодити свою заплановану поведінку на предмет відповідності положенням ст. 13 Закону з органами АМКУ перед її вчиненням. Водночас в силу різних практичних нюансів цього інструменту (надання органами АМКУ висновків виключно на підставі інформації, наданої відповідним суб'єктом господарювання, непередбачуваність результатів розгляду відповідної заяви про надання висновків в порядку ст. 14 Закону тощо), в деяких випадках доцільність його використання може викликати сумніви. Постає, таким чином, питання альтернативних можливих способів усунення правової невизначеності.

Відповідно до чинного законодавства АМКУ наділений повноваженнями видавати документи

рекомендаційного/роз'яснювального характеру, зокрема, рекомендаційні роз'яснення та методичні рекомендації. АМКУ видавав подібні документи для цілей пояснення його підходів до оцінки різних видів концентрацій, такого стрижневого концепту українського конкурентного законодавства як «контроль» тощо. Видавав АМКУ методичні рекомендації і щодо застосування тесту гіпотетичного монополіста, одного із методів визначення товарних та територіальних (географічних) меж ринку, який може використовуватися в процесі аналізу наявності чи відсутності монопольного (домінуючого) становища у відповідного суб'єкта господарювання [12]. Рекомендаційні роз'яснення/методичні рекомендації АМКУ хоча і не мають сили нормативно-правового акту, є водночас важливим джерелом інформації, адже проливають світло на погляди АМКУ щодо інтерпретації певних правових норм та його підходів до правового та економічного аналізу обставин у світлі цих норм. Рекомендаційні роз'яснення/методичні рекомендації, присвячені саме зловживанню монопольним (домінуючим) становищем, наразі відсутні. У разі їх видання та послідовного застосування самими органами АМКУ, подібні документи можуть виступити одним із ефективних способів усунення правової невизначеності. У силу необов'язкового характеру рекомендаційних роз'яснень чи методичних рекомендацій будь-які суперечки щодо адекватності змісту конкретних їх положень між АМКУ та суб'єктами господарювання, у разі виникнення, можуть бути предметом судового розгляду.

У частині змістовного наповнення рекомендаційних роз'яснень/методичних рекомендацій щодо зловживання монопольним (домінуючим) становищем, з огляду на встановлену проблематику реалізації принципу верховенства права при застосуванні положень ст. 13 Закону, у зазначених вище документах доцільно було б відобразити загальні підходи АМКУ до оцінки тих чи інших діянь саме як ЗМС, тобто пояснити як АМКУ тлумачить ч. 1 ст. 13 Закону, зокрема, таку кваліфікаційну ознаку порушення як «неможливість за умов існування значної конкуренції на ринку», та окреслити правові й економічні методи встановлення ЗМС залежно від різних його видів, принаймні тих, які прямо закріплені в ч. 2 ст. 13 Закону. Зрозуміло, що подібні документи не зможуть покрити усі можливі прояви ЗМС та фактичні обставини, їхньою ціллю має бути радше пояснення загальних підходів АМКУ до визначення, що є порушенням, а що – ні. Зважаючи, що для доведення багатьох видів ЗМС потребується всесторонній та ґрунтовний економічний аналіз, особливо в частині цінових зловживань, і цей аналіз має базуватися на відповідних виважених з точки зору економічної науки теоріях шкоди та підходах до оцінки, які, в свою чергу, є універсаль-

ними, при розробці вказаних вище документів варто було б врахувати кращі світові практики із розгляду справ щодо зловживання монополієм (домінуючим) становищем та встановлення цього порушення.

Враховуючи євроінтеграційний рух України, як основний орієнтир можуть бути використані напрацювання Європейської Комісії (далі – «ЄК») та практика судів ЄС, тим більше, вони є набагато більш розробленими ніж українська практика. У цьому розрізі варто зазначити, що для підвищення правової визначеності та передбачуваності застосування нею ст. 102 ДФЄС ЄК свого часу сама пішла шляхом видання документів інформаційного характеру. Зокрема, у 2009 році було оприлюднене повідомлення ЄК щодо пріоритетів у розслідуванні справ, які пов'язані із так званими «виключними» зловживаннями (exclusionary abuses) [13], 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. У вказаному вище повідомленні ЄК окреслює орієнтири щодо обставин, які можуть зумовити пріоритетне розслідування певної справи, пов'язаної зі зловживанням домінуючим становищем, та свої загальні підходи до оцінки різних практик: ексклюзивного постачання, умовних знижок, пов'язування товарів, «хижацького» ціноутворення, відмови від постачання, обмеження маржинальності (margin squeeze) тощо. У березні 2023 року вказане вище повідомлення було оновлене виходячи із розвитку правозастосовної практики на рівні ЄС [14]. Наразі ж ЄК здійснює збір поглядів заінтересованих сторін щодо ініціативи узагальнити напрацьовані підходи щодо розслідування справ, пов'язаних зі зловживанням домінуючим становищем, з урахуванням сформованих судами позицій, на рівні настанов (guidelines) [15], як, наприклад, було зроблено щодо узгоджених дій (ст. 101 ДФЄС).

Таким чином, з огляду на складність та комплексність встановлення таких порушень як ЗМС, широкі формулювання ст. 13 Закону, недостатню наразі розробленість української правозастосовної практики, в тому числі, і щодо принципів питань, використання АМКУ інструментів «м'якого» права може бути дієвим засобом для підвищення рівня правової визначеності та передбачуваності застосування відповідних правових норм для усіх суб'єктів відповідних відносин. Доцільність використання таких інструментів, в свою чергу, підтверджується і практикою ЄС.

**Висновки.** У частині реалізації конституційних засад державного захисту конкуренції та заборони зловживання монополієм становищем існує низка проблем, пов'язаних із забезпеченням принципу верховенства права, зокрема, в частині

передбачуваності та прогнозованості застосування ст. 13 Закону, що пояснюється використанням в цій статті широких формулювань та оціночних понять для позначення того, що вважається зловживанням монополієм (домінуючим) становищем. Сформована в Україні правозастосовна практика, яка має усувати правову невизначеність в частині застосування відповідних правових норм, наразі поки не дає відповідей на низку принципів питань застосування ст. 13 Закону, в силу чого для суб'єктів господарювання, які займають монополіє (домінуюче) становище, межі дозволеного та заборонено доволі розмиті. Відсутність передбачуваності та прогнозованості може породжувати певний конфлікт між реалізацією права на свободу підприємницької діяльності та державним захистом конкуренції в силу того, що чинне законодавство, як і правозастосовна практика, не передбачає чітких та однозначних правових орієнтирів, за яких певна поведінка суб'єкта господарювання, який займає монополіє (домінуюче) становище, вважається допустимою (правомірною), а коли стає неправомірною (зловживанням монополієм (домінуючим) становищем). З урахуванням специфіки застосування конкурентного законодавства в частині ЗМС, одним із дієвих заходів усунення правової невизначеності в частині застосування відповідних правових норм, могли би бути рекомендаційні роз'яснення/методичні рекомендації АМКУ. У подібних документах доцільно було б відобразити загальні підходи АМКУ до оцінки тих чи інших діянь саме як ЗМС та правові й економічні методи встановлення цього порушення залежно від різних його видів, з урахуванням кращих світових практик розслідування подібних справ, в першу чергу, сформованих на рівні ЄС.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України: Закон 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: 13.04.2023).
2. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 № 2210-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text> (дата звернення: 13.04.2023).
3. 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: 13.04.2023).
4. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-XII#Text>



- rada.gov.ua/laws/show/3659-12#Text (дата звернення: 13.04.2023).
5. Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 15 від 26.12.2011. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015600-11#Text> (дата звернення: 13.04.2023).
  6. Постанова Верховного Суду від 18.02.2021 у справі № 910/1106/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999508> (дата звернення: 13.04.2023).
  7. Постанова Верховного Суду від 19.02.2019 у справі № 916/499/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79990997> (дата звернення: 13.04.2023).
  8. Каталог юридичних позицій Конституційного Суду України (за рішеннями, висновками). 3.4. Верховенство права. *Конституційний Суд України. Офіційний вебсайт*. URL: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygu/34-verhovenstvo-prava> (дата звернення: 13.04.2023).
  9. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012. *EUR-Lex website*. URL: [https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu\\_2012/oj](https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj) (date of reference: 13.04.2023).
  10. Огляд судової практики Вищого господарського суду України та Верховного Суду України з питань застосування законодавства про захист економічної конкуренції: Інформаційний лист АМКУ від 31.12.2017. *Антимонопольний комітет України. Офіційний вебсайт*. 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: 13.04.2023).
  11. Огляд судової практики Верховного Суду з питань застосування законодавства про захист економічної конкуренції: Інформаційний лист АМКУ від 03.06.2022. *Антимонопольний комітет України. Офіційний вебсайт*. URL: <https://amcu.gov.ua/npas/oglyad-sudovoyi-praktiki-verhovnogo-sudu-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi?v=6299bc17c0235> (дата звернення: 13.04.2023).
  12. Методичні рекомендації щодо застосування тесту гіпотетичного монополіста під час визначення ринків, затверджені протокольним рішенням АМКУ від 10.07.2020. URL: [https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/\\_%D0%B3%D1%96%D0%BF%D0%BE%D1%82%D0%B5%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE\\_%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%BB%D1%96%D1%81%D1%82%D0%B0\\_%D1%80%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%97.pdf](https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/_%D0%B3%D1%96%D0%BF%D0%BE%D1%82%D0%B5%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE_%D0%BC%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%BB%D1%96%D1%81%D1%82%D0%B0_%D1%80%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%97.pdf) (дата звернення: 13.04.2023).
  13. 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 published on 24.02.2009. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> (date of reference: 13.04.2023).
  14. 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 published on 27.3.2023. URL: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327\\_amending\\_communication\\_art\\_102\\_0.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_amending_communication_art_102_0.pdf) (date of reference: 13.04.2023).
  15. Antitrust: Commission announces Guidelines on exclusionary abuses and amends Guidance on enforcement priorities. *European Commission. Official 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: 13.04.2023).