

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.05.43>

ТЕНДЕНЦІЇ І ПЕРСПЕКТИВИ РОЗСЛІДУВАННЯ СПРАВ ПРО АНТИКОНКУРЕНТНІ УЗГОДЖЕНІ ДІЇ У ФОРМІ СХОЖИХ ДІЙ В СВІТЛІ АНТИМОНОПОЛЬНОЇ РЕФОРМИ

Дякулич О.О.,

аспірант кафедри адміністративного,
фінансового та інформаційного права

ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ORCID: 0009-0000-7952-3610

Дякулич О.О. Тенденції і перспективи розслідування справ про антиконкурентні узгоджені дії у формі схожих дій в світлі антимонопольної реформи.

У статті проаналізовано особливості кваліфікації та застосування Антимонопольним комітетом України (АМКУ) та судами інституту «схожих дій» (паралельної поведінки) як окремої форми антиконкурентних узгоджених дій, притягнення до відповідальності за які не вимагали прямих доказів вчинення порушення, та стандартом застосування яких слугував економічний аналіз цінової ситуації на ринку (кореляційний аналіз).

Встановлено, що інститут «схожих дій» традиційно застосовувався АМКУ на схильних до сезонних цінових коливань ринках, для яких характерною ознакою є олігопольна структура ринку чи явне цінове лідерство кількох ключових учасників (ядра) ринку, під цінові стратегії яких підлаштовувались всі інші учасники ринку. Проаналізовано, що попри усталені підходи АМКУ та судів в застосуванні інституту «схожих дій», на практиці такий стандарт доведення «картельних змов» часто критикувався практикуючими юристами і економістами, та загалом не відповідав стандартам доведення картельних змов в ЄС. Попри це, як вбачається з аналізу автора, застосування АМКУ інституту «схожих дій» загалом досягало поставлених цілей антимонопольної політики держави, яка полягала в присіканні різких цінових збурень на окремих соціально-чутливих ринках, зокрема й на ринках електричної енергії та нафтопродуктів, шляхом ініціації відповідних розслідувань справ про порушення економічної конкуренції з подальшим притягнення до відповідальності учасників «цінових картельних змов».

Автором проаналізовано подальші умови та перспективи розслідування антиконкурентних узгоджених дій у формі паралельної поведінки за наслідками подальшої гармонізації українського конкурентного законодавства з правилами конкуренції ЄС в ході другого етапу антимонопольної реформи, що покликане підвищити

стандарты застосування інституту антиконкурентних узгоджених дій (та розслідування справ відповідної категорії) з одночасним вилученням з національного законодавства інституту «схожих дій».

Ключові слова: антимонопольна реформа, економічна конкуренція, антиконкурентні узгоджені дії, схожі дії на ринку, паралельна поведінка.

Dyakulych O.O. Trends and prospects of investigating cases of anticompetitive concerted actions in the form of similar actions in the light of antitrust reform.

The article analyzes the peculiarities of the qualification and application by the Antimonopoly Committee of Ukraine (AMCU) and the courts of the institute of «similar actions» (parallel behavior) as a separate form of anticompetitive concerted actions, prosecution for which did not require direct evidence of a violation and the standard of application of which was the economic analysis of the price situation in the market (correlation analysis).

It has been established that the institution of «similar actions» has traditionally been used by the AMCU in seasonally volatile markets which are characterized by the oligopolistic structure of the market or the obvious price leadership of several key market participants (core of the market) the pricing strategies of which were adjusted by all other market participants. It is analyzed that despite the established approaches of the AMCU and courts in the application of the institution of «similar actions» in practice such a standard of proof of «cartel conspiracies» was often criticized by practicing lawyers and economists and generally did not meet the standards of proof of cartel conspiracies in the EU. Despite this as can be seen from the author's analysis the use of the AMCU of the institute of «similar actions» generally achieved the goals of the state's antimonopoly policy which was to suppress sharp price disturbances in certain socially sensitive

markets including in the markets of electricity and oil products by initiating appropriate investigations of cases of violation of economic competition with subsequent prosecution of participants in «price cartels».

The author analyzes the further conditions and prospects for the investigation of anticompetitive concerted actions in the form of parallel behavior based on the results of further harmonization of Ukrainian competition legislation with the EU competition rules during the second stage of antitrust reform which is designed to raise the standards of application of the institution of anticompetitive concerted actions (and investigation of cases of the corresponding category) with the simultaneous exclusion of the institution of «similar actions» from national legislation.

Key words: antitrust reform, economic competition, anticompetitive concerted actions, similar actions in the market, parallel behavior.

Постановка проблеми. Фундаментом ефективного функціонування національної економіки є конкуренція, наявність якої забезпечує та гарантує дію ринкових механізмів та самоорганізацію ринків без надмірного регуляторного втручання з боку держави. Проте, історичні передумови створення ринкової економіки України обумовили ситуацію, коли безліч ключових для економіки сфер, індустрій та кластерів сформувались та продовжують функціонувати в умовах монополій чи олігополій. Прикладом є ринки електроенергетики, природного газу, нафтопродуктів, тощо.

Актуальним та головним завданням діяльності системи антимонопольних органів на чолі з АМКУ є недопущення та прискання дій акторів ринку, що спотворюють економічну конкуренцію шляхом монополізації чи картелізації цілих галузей національної економіки. Однак, у вітчизняній антимонопольній практиці ефективно виявлення та припинення картельних змов як одних з найбільш тяжких антимонопольних порушень залишається суттєвим викликом навіть попри наявність багатьох прецедентів успішного розслідування горизонтальних антиконкурентних узгоджених дій (картелів) з боку органів АМКУ. Обумовлено це тим, що в силу розвитку новітніх технологій комунікації, та підвищення обізнаності учасникам ринку з особливостями застосування антимонопольного законодавства, виявлення та фіксація прямих доказів картельних змов стало більш складним завданням.

Відповіддю на такий виклик антимонопольної політики стало доповнення законодавцем в 2005 році законодавства про захист конкуренції інститутом «схожих дій» чи «паралельної поведінки», який фактично, з урахуванням

подальшої судової практики його застосування, знизив стандарти доказування окремих горизонтальних антиконкурентних узгоджених дій, передовсім тих, що стосувалися різких цінових сплесків, не вимагаючи прямих доказів вчиненого порушення; натомість, достатнім доказом картельної змови вважалася наявність відповідного «економічного аналізу» ситуації на ринку, який би при спростовував будь-які розумні причини аномальної ринкової ситуації, крім власне змови між конкурентами.

Однак, євроінтеграційні прагнення та зобов'язання України зумовили необхідність провести гармонізацію національного конкурентного законодавства із правилами захисту конкуренції в ЄС. Наразі, в рамках проведення другого етапу антимонопольної реформи пропонується вилучити з національного законодавства про захист конкуренції інститут «схожих дій», не притаманний європейському конкурентному законодавству.

Актуальність досліджуваної проблематики зумовлена необхідністю проаналізувати, яким чином відмова від інституту «схожих дій» в ході гармонізації українського конкурентного законодавства із конкурентними правилами ЄС може вплинути на подальшу практику та стандарти розслідувань справ про антиконкурентні узгоджені дії у формі паралельної поведінки, зокрема на окремих енергетичних ринках, де понад 20 років традиційно застосовувався інститут «схожих дій» для досягнення цілей вітчизняної антимонопольної політики.

Стан опрацювання. Враховуючи мультидисциплінарний характер антимонопольного регулювання та конкурентного законодавства, окремі аспекти особливостей та стандартів розслідування справ про антиконкурентні узгоджені дії, а також порівняльний аналіз функціонування інституту антиконкурентних узгоджених дій в Україні та в ЄС, в своїх працях висвітлювали ряд вчених правників та економістів, зокрема: С.С. Валітов, Л.Г. Кузьменко, К.Ю. Тотьєв, О.М. Вінник, З.М. Борисенко, Р.І. Кузьмін, І.І. Дахно, І.Ф. Коломієць, С.Л. Оленюк, Г.В. Костюк, С.Б. Мельник, О.О. Бакалінська, Н.О. Саніахметова, С.В. Шкляр, Л.Н. Семенова, Г.М. Шовкопляс, Т.І. Швидка та ін. Водночас, проблеми подальшого правового регулювання та стандартів розслідування окремих видів антиконкурентних узгоджених дій в світлі триваючої антимонопольної реформи потребує подальшого наукового дослідження.

Метою статті є дослідження проблем подальшого правого регулювання та стандартів розслідування окремих антиконкурентних узгоджених дій як одних з найбільш тяжких порушень законодавства про захист економічної конкуренції в умовах європейської інтеграції та

гармонізації національного конкурентного законодавства з відповідними правилами про захист конкуренції ЄС.

Виклад основного матеріалу. Згідно з даними Звіту АМКУ за 2023 рік [1], станом на 31.12.2023 на розгляді органів Комітету перебувало 697 справ, розпочатих за ознаками порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій («АУД»). Якщо з цього масиву справ виключити справи щодо змов під час проведення публічних закупівель, що склали 97% від усіх справ про АУД, та фактично не є «картельними змовами» (адже в таких справах фігуранти (учасники змови) є пов'язаними між собою (контролюються одними й тими ж особами), та здебільшого діють за корупційного сприяння з боку замовника закупівель), то наступною найбільш поширеною категорією справ, які склали 1,3% від усього масиву справ про АУД, були справи за ч. 3 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» («Закон») [2], тобто вчинення схожих дій.

Вказані статистичні дані підтверджують важливість для АМКУ інструментарію, що забезпечується інститутом «схожих дій», для розслідування справ про АУД за відсутності прямих доказів змови чи координації конкурентної поведінки між учасниками ринку, тобто справ про свідомий ціновий паралелізм, за умови коли такий свідомий паралелізм викривляє та підмінє собою конкурентну боротьбу на ринку.

Найбільше ця проблема стосується олігополістичних ринків з огляду на те, що при олігополістичній ринковій структурі завдяки незначній кількості учасників зростає ризик можливості досягнення змов. Ця проблема стосується також ринків, що відрізняються підвищеною прозорістю завдяки технологічним рішенням, та які формують ціну на основі цінових алгоритмів, що стають дедалі більш поширеними в усіх секторах торгівлі [3].

Чільне місце в практиці АМКУ та судів займає застосування інституту схожих дій на енергетичних ринках, зокрема, на ринку генерації електричної енергії [4] та реалізації світлих нафтопродуктів на АЗС [5, 6], що якраз засвідчує той факт, що структура та особливості функціонування цих ринків найбільш вразливі до цінового паралелізму, який АМКУ найчастіше розцінює саме як ознаку змови на ринку.

Варто зазначити, що загалом мета застосування інституту схожих дій в Україні корелює з практикою антимонопольної оцінки цінового паралелізму в ЄС. Так, у приведеній вище постанові Верховного Суду [6] викладена правова позиція, якої господарські суди послідовно дотримувалися (хоча й не завжди однаково застосовували у різних подібних справах) впро-

довж майже двох десятиріч застосування ч. 3 ст. 6 Закону, та яка зводиться до наступного: «Ознаки схожості в діях (бездіяльності) суб'єктів господарювання не є єдиним достатнім доказом наявності попередньої змови (антиконкурентних узгоджених дій). Антиконкурентна узгоджена поведінка підлягає встановленню та доведенню із зазначенням відповідних доказів у рішенні органу АМК України. При цьому схожість має бути саме результатом узгодженості конкурентної поведінки, а не виявлятися у простому співпадінні дій суб'єктів господарювання, зумовленим специфікою відповідного товарного ринку».

Аналогічної позиції дотримуються у ЄС. У справі CISAC [7] Суд ЄС дійшов висновку, що Європейська Комісія не довела існування картелю (змови), адже паралельна поведінка на ринку не може слугувати єдиним доказом існування змови. Натомість, мають бути проаналізовані інші фактори на ринку, такі як: природа ринку (економічний аналіз ринку), ступінь причетності до антиконкурентних наслідків на ринку, їхні частки, дискримінаційні фактори встановлення умов селективності тощо.

Однак на практиці, задля доведення схожості цін як ознаки змови, весь економічний аналіз ринку з боку АМКУ зводиться до розрахунку коефіцієнта кореляція між цінами учасників «змови». Зокрема, як вбачається з постанови Верховного Суду від 18.04.2023 у справі № 910/947/17 [8]: «На виконання вказівок Верховного Суду щодо надання належної правової оцінки здійсненому відповідачем економічному аналізу ринку через застосування коефіцієнта кореляції місцевим господарським судом встановлено, що у рішенні АМКУ Комітет, застосувавши метод кореляційного аналізу роздрібних цін відповідачів, зробив висновок, що роздрібні ціни на бензин марки А-95 та дизельне паливо, що встановлювалися позивачем та іншими відповідачами на інформаційних табло АЗС протягом досліджуваного періоду, були дуже подібними». Тобто для встановлення факту схожості цінової поведінки (схожих, подібних цін) як ознаки антиконкурентного узгодженості, АМКУ традиційно використовував кореляційний аналіз динаміки цін, що методологічно неспроможний підтвердити чи спростувати таку схожість.

Зокрема, наявність (високої) кореляційної залежності між цінами суб'єктів одного товарного ринку не дає однозначного уявлення про силу і масштаб конкурентної боротьби на цьому ринку. Цей факт добре відомий серед практиків антимонопольного регулювання в розвинутих країнах [9]. Основна причина, по якій висока кореляція між цінами не може бути однозначним аргументом на користь координації дій учасників ринку полягає в тому, що така

кореляція однаково сумісна як з гіпотезою про координацію, так і з гіпотезою про високий рівень конкуренції.

В українських реаліях функціонування окремих ринків, зокрема, ринку реалізації світлих нафтопродуктів, висока цінова кореляція є характерною близько 20% конкурентних взаємодій між різними учасниками ринків роздрібної реалізації пального, в тому числі і тими, поведінка яких АМКУ в рамках розслідування відповідних справ не була кваліфікована як схожі дії, а відповідні учасники ринку до відповідальності взагалі не притягувались. З наведеного вбачається, що проблема розмежування на практиці власних стратегій учасників ринку (зокрема, орієнтація ними на цінових лідерів та слідування) від таємної узгодженої поведінки залишається не вирішеною, а відповідні спроби підходи АМКУ щодо економічного аналізу ринку, який зводився до розрахунку коефіцієнтів кореляції, часто критикувався правниками та науковцями.

Зазначене зумовило те, що в проєкті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Антимонопольного комітету України» [10], який розроблений відповідно до положень статті 256 Угоди про Асоціацію з ЄС, спрямований на гармонізацію українського конкурентного законодавства із законодавством ЄС, та ознаменовує собою так званий «другий етап антимонопольної реформи», інститут схожий дій пропонується виключити з Закону. Зокрема, зазначеним проєктом Закону пропонується, що певні узгоджені дії між конкурентами вважатимуться антиконкурентними узгодженими діями, які не потребують доведення негативних наслідків їх вчинення для конкуренції.

Хоча ціновий паралелізм, що може бути ознакою змови на ринку, у разі прийняття запропонованого проєкту та виключення з національного конкурентного законодавства інституту схожих дій, і розслідуватиметься АМКУ за положеннями ч. 1 і ч. 2 ст. 6 Закону, на практиці АМКУ навряд чи вдасться стверджувати про наявність змови, базуючись на застарілих усталених підходах шляхом розрахунку коефіцієнту кореляції, без необхідності проведення всебічного аналізу функціонування конкуренції на ринку та доведення настання негативних наслідків для конкуренції в результаті такого цінового паралелізму.

Згідно з законодавством і практикою ЄС не усі угоди, що стосуються ціни, а тим більше інших умов продажу чи придбання товарів, мають достатні підстави автоматично вважатися антиконкурентними за предметом. Відтак, на думку автора, АМКУ прийдеться враховувати усталені підходи ЄС щодо розслідування справ про ціно-

вий паралелізм (справа CISAC), а можливість застосування АМКУ презумпції «антиконкурентного характеру за предметом» якраз щодо дій, які набувають форми цінового паралелізму (та здебільшого пояснюються якраз специфікою структури та функціонування відповідного ринку, а не змовою), якраз не є очевидною у разі прийняття положень запропонованого проєкту.

Вказане зумовить необхідність для АМКУ проводити повноцінний економічний аналіз ситуації на ринку, не підміняючи його розрахунками коефіцієнта кореляції, та застосовувати більш складні економічні й економетричні моделі аналізу причин та наслідків цінового паралелізму на ринках, схильних до такого явища за своїми характеристиками чи специфікою усталених конкурентних стратегій на таких ринках.

Висновки. В умовах триваючої війни гармонізація національного конкурентного законодавства з правилами конкуренції ЄС має сформулювати в Україні умови для розвитку добросовісного конкурентного змагання та закласти чіткі та прогнозовані, єдині для всіх правила, та стати основою для повоєнного економічного росту та залучення іноземних інвестицій.

Важливою складовою імплементації норм ЄС є формування комплексного підходу до правового регулювання розслідування найбільш тяжких форм антиконкурентних узгоджених дій – картелів. Однак, такий комплексний підхід має базуватись на вже напрацьованих в ЄС підходах і прецедентах, зокрема щодо правової кваліфікації та розслідування цінового паралелізму як можливої форми антиконкурентної поведінки на ринку.

При цьому, всеосяжне застосування практики та підходів ЄС зумовить необхідність відходити від застарілих та методично хибних підходів при розслідуванні цінового паралелізму, та не підміняти всебічний економічний аналіз конкурентної ситуації на ринках окремими інструментами аналізу, такими як коефіцієнти кореляції.

Вбачається, що в подальшому розслідування справ про антиконкурентні узгоджені дії у формі паралельної поведінки вимагатиме впровадження та тестування в ході антимонопольних розслідувань економічних і економетричних моделей, які пояснюватимуть дійсні причини цінового паралелізму на ринку та його наслідки для конкуренції, що з одного боку ускладнить розслідування відповідної категорії справ та можливість досягнення цілей антимонопольної політики щодо невідкладного втручання у цінові збурення на окремих соціально-чутливих ринках, але з іншого боку забезпечить прозорість та передбачуваність застосування конкурентного законодавства для відповідних акторів ринку та потенційних інвесторів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Звіт Антимонопольного комітету України за 2023 рік, стор. 82. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/65f/986/107/65f98610791ef043066379.pdf> (дата звернення: 15.09.2024).
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: 15.09.2024).
3. Нагорний О.М. Кваліфікація окремих порушень конкуренційного законодавства в сфері ціноутворення. Том 1 № 78 (2023): *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право* / Розділ 4. Господарське право, господарсько-процесуальне право. URL: <http://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/286421/280307>.
4. Постанова Верховного Суду від 23.03.2023 у справі № 910/12446/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109854402> (дата звернення 15.09.2024).
5. Постанова Верховного Суду від 22.06.2023 у справі № 910/12645/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111770559> (дата звернення 15.09.2024).
6. Постанова Верховного Суду від 28.03.2023 у справі № 910/9738/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109868844> (дата звернення 15.09.2024).
7. Справа T-442/08 International Confederation of Societies of Authors & Composers (CISAC) v Commission. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136261&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=5083737>.
8. Постанова Верховного Суду від 18.04.2023 у справі № 910/947/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110339148> (дата звернення 15.09.2024).
9. Bishop S., Walker M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. London, Sweet & Maxwell, 2010.
10. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності Антимонопольного комітету України». URL: <https://amcu.gov.ua/gromadskosti/konsultaciyi-z-gromadskistyuu/elektronni-konsultaciyi-z-gromadskistyuu/elektronni-konsultatsii-z-hromadskistiu-za-2024-rik/pro-vnesennia-zmin-do-deiakyx-zakonodavchyx-aktiv-ukrainy-shchodo-diiialnosti-antymonopolnoho-komitetu-ukrainy>.