
РОЗДІЛ IV. ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО; ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.5

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2025.05.1.59>

ГОРИЗОНТАЛЬНА КОНЦЕНТРАЦІЯ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Гарагонич О.В.,

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри економічного права
та економічного судочинства,
Навчально-наукового інституту права,
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
ORCID: 0000-0002-8984-2399
e-mail: o.harahonych@gmail.com

Матвійчук А.Р.,

студент 2 курсу ОС «Магістр»,
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
ORCID: 0009-0008-0996-4160
e-mail: amatviytchuk@gmail.com

Гарагонич О.В., Матвійчук А.Р. Горизонтальна концентрація суб'єктів господарювання в Україні та Європейському Союзі: теоретико-правовий аспект.

У статті здійснено комплексний науково-теоретичний аналіз підходів до оцінки горизонтальних концентрацій суб'єктів господарювання в праві Європейського Союзу та України. Досліджено правову природу такого виду концентрацій. Визначено поняття горизонтальних концентрацій з урахуванням положень Керівних принципів Європейської Комісії, рекомендаційних роз'яснень Антимонопольного комітету України, а також міжнародних глосаріїв з питань конкуренції. Розкрито позитивні та негативні наслідки горизонтальних концентрацій для економічного середовища. До позитивних наслідків віднесено залучення інвестицій в інновації, зниження цін для споживачів, підвищення міжнародної конкурентоспроможності компаній. Водночас негативні наслідки можуть полягати у зниженні рівня конкуренції, посиленні домінуючого становища, монополізації ринку та зниженні темпів інноваційного розвитку.

Особливу увагу приділено явищу «вбивчих поглинань» (killer acquisitions) – формі горизонтальних концентрацій, у результаті яких великі ринкові гравці купують потенційних конкурентів (переважно інноваційні стартапи) з метою усунення майбутньої конкуренції. На основі аналізу практики Європейської Комісії, зокрема у справах Facebook/WhatsApp, Illumina/GRAIL та інших, доведено складність виявлення горизонтальних концентрацій на етапі погодження угоди, прогнозування наслідків для відповідного ринку (та, звісно ж, споживачів) і обґрунтовано потребу в удосконаленні методології оцінювання.

Окрему увагу приділено аналізу процедур оцінювання концентрацій: визначення ринкових часток, обчислення індексу Герфіндаля-Гіршмана (HHI), аналізу некоординованих і координованих ефектів, вивченню бар'єрів входу на ринок, можливостей влади покупця та ефективності концентрацій. У контексті сучасних викликів, таких як цифровізація, екологічні стандарти (ESG), глобалізація, у статті підкреслено необхідність оновлення підходів до правозастосування в обох юрисдикціях. Висловлено позицію щодо доцільності очікування завершення перегляду Керівних принципів Європейської Комісії з подальшим урахуванням нових стандартів Антимонопольним комітетом України при оновленні власних рекомендаційних роз'яснень.

Ключові слова: конкуренція, концентрація суб'єктів господарювання, горизонтальні концентрації, Європейський Союз, Антимонопольний комітет України, корпоративні відносини, поглинання, злиття, господарська (економічна) діяльність, інновації, інноваційна діяльність.

Harahonych O.V., Matviichuk A.R. Horizontal mergers of economic entities in Ukraine and the European Union: theoretical and legal aspects.

The article presents a comprehensive scientific and theoretical analysis of approaches to assessing horizontal concentrations of economic entities in the law of the European Union and of Ukraine. The legal nature of this type of concentration is examined. The concept of horizontal concentrations is defined with due regard to the provisions of the European Commission's Guidelines, the interpretative guidance of the Antimonopoly Committee of Ukraine, and relevant international glossaries in the field of competition. The positive and negative effects of horizontal concentrations on the economic environment are disclosed. Positive effects include the attraction of investment into innovation, price reductions for consumers, and improved international competitiveness of firms. At the same time, negative effects may manifest as diminished levels of competition, reinforcement of dominant positions, market monopolization, and a slowdown in the pace of innovative development.

Particular attention is paid to the phenomenon of "killer acquisitions" — a form of horizontal concentration in which large market players acquire potential competitors (typically innovative start-ups) with the objective of eliminating future competition. On the basis of an analysis of European Commission practice, notably in cases such as Facebook/WhatsApp and Illumina/GRAIL, the article demonstrates the difficulty of identifying horizontal concentrations at the merger clearance stage and of forecasting their effects on the relevant market (and, consequently, on consumers), and it substantiates the need to refine assessment methodology.

Separate attention is devoted to the analysis of procedures for assessing concentrations: determination of market shares, calculation of the Herfindahl-Hirschman Index (HHI), analysis of unilateral and coordinated effects, examination of barriers to market entry, buyer power, and the efficiencies arising from concentrations. In the context of contemporary challenges such as digitalization, environmental, social and governance (ESG) standards, and globalization, the article underscores the necessity of updating enforcement approaches in both jurisdictions. It advances the view that it would be appropriate to await completion of the European Commission's Guidelines review and, thereafter, for the Antimonopoly Committee of Ukraine to incorporate the new standards when updating its own interpretative guidance.

Key words: competition; concentration of economic entities; horizontal concentrations; European Union; Antimonopoly Committee of Ukraine; corporate relations; acquisitions; mergers; economic activity; innovation; innovative activity.

Постановка проблеми. У сучасному глобалізованому економічному середовищі, що характеризується високим рівнем конкуренції, суб'єкти господарювання вдаються до горизонтальних концентрацій як до способу розширення ринкової присутності, масштабування виробництва та посилення інноваційного потенціалу. Водночас такі концентрації можуть створювати серйозні виклики для конкуренції, зокрема у вигляді ризиків створення домінуючих гравців або суттєвого обмеження конкуренції на ринку, зменшення конкуренції та інновацій. Ці ризики зумовлюють необхідність ефективного правового регулювання та методологічно обґрунтованої оцінки відповідних господарських транзакцій (операцій) з боку антимонопольних органів.

Створення внутрішнього ринку, розширення ЄС, зниження міжнародних бар'єрів з обмеження торгівлі та капіталовкладень супроводжуються великими корпоративними реорганізаціями, в основному у формі концентрації. Такі реорганізації вітаються в ЄС настільки, наскільки вони відповідають вимогам динамічної конкуренції та сприяють збільшенню конкурентоспроможності європейської промисловості, поліпшенню умов розвитку та зростання стандартів життя в Європейському Союзі.

Для України питання контролю за концентраціями є також актуальним з огляду на адаптацією національного конкурентного законодавства до права ЄС. При цьому, важливим є врахування не лише позитивних ефектів від концентрацій, але й потенційної шкоди для споживачів і гравців-конкурентів на ринку, зокрема у випадках «вбивчих поглинань», що здебільшого пов'язані з інноваційними секторами. Реформування сфери економічної конкуренції в ЄС та Україні вимагає проведення комплексного дослідження існуючих моделей оцінювання горизонтальних концентрацій з метою виявлення спільних рис, розбіжностей та потенційних напрямів гармонізації регулювання.

Мета статті: дослідження особливостей та підходів здійснення оцінки Європейською Комісією та Антимонопольним Комітетом України горизонтальних концентрацій суб'єктів господарювання, а також потенційних наслідків на Спільний ринок або ринки України, які можуть настати внаслідок здійснення горизонтальних концентрацій суб'єктами господарювання.

Стан опрацювання проблематики. Теоретичні питання правового регулювання горизонтальних концентрацій суб'єктів господарювання неодноразово аналізувалися у вітчизняній та інозем-

ній науковій літературі. Окремі аспекти цієї проблематики стали предметом дослідження таких науковців як: К. Смирнова [1], Т. Швидка [2], О. Кологойда, О. Гарагонич, Л. Дорошенко [3], М. Бану [4], Ф. Джуліо [5, с. 668-677], Г. Лангуса, Т. Валлетті [6, с. 136-140], М. Томашек [7] та ін. Проте у сучасній вітчизняній юридичній науковій літературі бракує досліджень, присвячених горизонтальних концентрацій, які б враховували останні зміни в регулюванні конкурентних відносин в ЄС та Україні. Зазначене свідчить про актуальність порушеного питання та доцільність його дослідження

Виклад основного матеріалу. Сучасний світ характеризується динамічним розвитком та поступальним рухом у напрямі економічного зростання в умовах жорсткої конкуренції. З часом та з розширенням каналів збуту, виникає потреба у масштабуванні господарської (економічної) діяльності суб'єктів господарювання, а також збільшенні присутності на ринку. Це все пов'язане у тому числі з потребою виходу на нові ринки, збільшення ринкової влади (частки) на відповідному ринку, а також з підвищенням ефективності виробничих процесів, у тому числі завдяки «ефекту мережі» та «ефекту масштабу».

З огляду на це, усталеною практикою під час провадження господарської (економічної) діяльності є здійснення концентрації суб'єктів господарювання, оскільки цей інструмент дає змогу швидко та ефективно ввійти на ринок, подолавши потенційні бар'єри входу (у разі створення нового повнофункціонального суб'єкта господарювання), або збільшити сукупну частку на відповідному ринку / можливість впливу на інших гравців на ринку після проведення господарської операції (у разі злиття, приєднання, укладення правочину чи іншого способу концентрації між вже існуючими гравцями на відповідному ринку).

Щодо визначення поняття «горизонтальна концентрація суб'єктів господарювання».

Концентрація суб'єктів господарювання в межах одного ринку або суміжних ринків може завдати шкоди як кон'юктурі ринку (призвести до суттєвого обмеження конкуренції), так і взагалі закласти основи для монополізації такого ринку (посилення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта(-ів) господарювання). Такий вид концентрації суб'єктів господарювання в межах одного ринку (на одній ланці ланцюга постачання та в одній сфері/індустрії), здійснений двома або більше конкурентами, прийнято найменувати горизонтальними концентраціями суб'єктів господарювання (далі – горизонтальні концентрації).

Як зазначено в Керівних принципах щодо оцінки горизонтальних злиттів відповідно до Регламенту Ради про контроль за концентрацією між підприємствами (2004/С 31/03) [8] (далі – Керівні принципи щодо оцінки горизонтальних злиттів), горизонтальні злиття суб'єктів господарювання є концентраціями, коли відповідні суб'єкти господарювання є реальними або потенційними конкурентами на тому самому відповідному ринку.

У свою чергу, Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ) у своїх Рекомендаційних роз'ясненнях щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій) від 27.12.2016 № 49-рр (далі – Рекомендаційні роз'яснення) [9], визначає горизонтальні концентрації суб'єктів господарювання як концентрації суб'єктів господарювання, коли два або більше учасники концентрації конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку.

Безперечно цікавим також є визначення аналізованого поняття, закріплене Глосарієм з економіки промислової організації та конкурентного права ООН, згідно з яким горизонтальна концентрація (злиття) суб'єктів господарювання – це злиття між компаніями, які виробляють і продають однакові продукти, тобто між компаніями-конкурентами [10] Горизонтальні злиття можна розглядати як горизонтальну інтеграцію компаній на одному ринку або між різними ринками.

Наведені вище визначення аналізованого поняття є досить схожими (майже ідентичними) та відображають спільне бачення щодо тлумачення такого явища. Наявність такого спільного бачення закладає основи для однакового (схожого) розуміння потенційних наслідків (позитивних та негативних) у разі виявлення або однакового (схожого) підходу до розгляду заяв про горизонтальні концентрації.

Щодо позитивних та негативних наслідків горизонтальних концентрацій суб'єктів господарювання. За умови ефективної конкуренції на відповідних ринках, здійснення будь-яких концентрацій, у тому числі горизонтальних, може бути позитивним. Зокрема, горизонтальні концентрації можуть призводити до позитивних ефектів як для розвитку конкуренції між гравцями на відповідному ринку, так і для споживачів.

Так, основними позитивними аспектами горизонтальних концентрацій є досягнення нижчої ціни для споживачів; інвестування в інноваційність виробничих, техніко-технологічних чи R&D процесів (наприклад, горизонтальна концентрація Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham (Case M.1795, 2000) [11]); значне підвищення міжнародної конкурентоспроможності (наприклад, концентрація Arcelor / Mittal Steel (Case M.4137, 2006) [8]); навіть взаємодія між державами в оборонній сфері (BAES / LEONARDO / JAIEC / JV (Case M.11800) [12]).

Додатково, у своїх Керівних принципах щодо оцінки горизонтальних злиттів Європейська Комісія (далі – ЄК) окремо зазначає, що ефективна конкуренція приносить споживачам такі переваги, як: низькі ціни, висока якість продукції, широкий вибір товарів і послуг, а також інновації [13].

У юридичній літературі та практиці Суду ЄС неодноразово наголошувалося на тому, що горизонтальні концентрації вважаються найнебезпечнішим видом концентрацій суб'єктів господарювання, оскільки негативні наслідки (для інших учасників ринку-конкурентів та/або споживачів) потенційно можуть наставати одразу після здійснення відповідної концентрації. Основними негативними наслідками горизонтальних концентрацій є зменшення кількості учасників-конкурентів на відповідному ринку (наприклад, Hutchison 3G UK / Telefónica UK (O2) (Case M.7612, 2016)) [14] або монополізація ринку; збільшення цін для споживачів; або навіть зменшення рівня інноваційної діяльності у виробничих, техніко-технологічних, R&D чи інших процесах (наприклад, «killer acquisitions»).

При тому, Керівні принципи щодо оцінки горизонтальних злиттів звертають увагу, що «підвищена ринкова влада» (яка може виникати внаслідок горизонтальних концентрацій) означає здатність однієї або декількох фірм прибутково підвищувати ціни, зменшувати обсяги виробництва, вибір або якість товарів і послуг, знижувати інноваційність або іншим чином впливати на параметри конкуренції [13].

Яскравим прикладом зниження рівня інноваційної діяльності або навіть припинення останньої є, так звані, «вбивчі поглинання» («killer acquisitions»), які зазвичай виникають на висококонкурентних ринках (наприклад, ринок лікарських засобів, цифрові ринки), коли «реальні учасники ринку-конкуренти купують стартапи, щоб запобігти загрозі майбутньої конкуренції на ринку продуктів або навіть заміни свого основного бізнесу, усунувши конкурента, який працює в тій же галузі» [15]. Таким чином, виникає ситуація «втрати потенційної конкуренції», тобто такої, що навіть ще не виникла. Зокрема, відомими є концентрації в EC Roche / Spark Therapeutics, J&J / Actelion, Illumina / GRAIL, Facebook / WhatsApp, Google / Fitbit.

На жаль, іноді виявити «вбивчі поглинання» на етапі розгляду заяви про горизонтальну концентрацію та, відповідно, надати оцінку потенційним негативним наслідкам концентрації є важким завданням як для ЄК, так і АМКУ. Так, наприклад, у 2014 році за результатами розгляду заяви про концентрацію Facebook / WhatsApp (Case COMP/M.7217) [16] ЄК надала дозвіл на відповідну операцію беззастережно (тобто без накладення жодних додаткових зобов'язань/ заходів правового захисту на Facebook). Однак згодом, у 2017 році, ЄК встановила, що, незважаючи на початкові заяви Facebook на етапі розгляду концентрації, Facebook (зараз Meta) інтегрував дані користувачів WhatsApp. Також ЄК з'ясувала, що відповідна технічна можливість автоматичного зіставлення ідентичностей користувачів (users' identities) Facebook і WhatsApp вже існувала у 2014 році (тобто на момент здійснення концентрації), і співробітники Facebook були обізнані про таку можливість. Як наслідок, ЄК наклала штраф на Facebook у розмірі 110 млн євро за надання недостовірної інформації [17]. Відтак, застосувавши такий інструмент як горизонтальна концентрація та фактично ввівши в оману ЄК, Facebook (зараз Meta) нейтралізував потенційного конкурента на ринку платформ для обміну приватними повідомленнями, інтегрувавши WhatsApp у свою екосистему і зменшивши конкуренцію на ринку екосистем соціальних медіа, що базуються на рекламі.

Таким чином, основним завданням ЄК та АМКУ є оцінка та співставлення потенційних наслідків (позитивних і негативних) горизонтальної концентрації, які досягаються шляхом аналізу різних аспектів відповідної концентрації.

Щодо основних елементів оцінки горизонтальних концентрацій суб'єктів господарювання. Під час розгляду повідомлення (у випадку ЄК) або заяви про концентрацію (у випадку АМКУ) щодо горизонтальних концентрацій та формування висновку про дозвіл або заборону здійснення концентрації, зазначені вище антимонопольні органи діють відповідно до встановленої законодавством процедури.

Що стосується європейського конкурентного права, то ЄК застосовує Регламент Ради (ЄС) № 139/2004 від 20 січня 2004 року про контроль за концентрацією між підприємствами (Регламент ЄС про злиття) [18], Керівні принципи щодо оцінки горизонтальних злиттів [13] та Повідомлення Комісії про спрощену процедуру розгляду певних концентрацій відповідно до Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 (далі – Повідомлення про спрощену процедуру 2013 року) [19], а також інші нормативно-правові акти, про які йтиметься нижче.

У контексті європейського нормативно-правового регулювання слід зазначити, що 8 травня 2025 року ЄК розпочала перегляд Керівних принципів щодо оцінки горизонтальних злиттів і Керівних принципів щодо оцінки негоризонтальних злиттів відповідно до Регламенту Ради про контроль за концентрацією між підприємствами (2008/С 265/07) [20] та опублікувала дві публічні консультації (загальну – щодо засадничих питань, та поглиблену – щодо більш технічних питань).

Такий перегляд, пов'язаний із необхідністю оновлення вищенаведених Керівних принципів у зв'язку з трансформаційними змінами, що відбулися в економіці (цифровізація, глобалізація, декарбонізація) за останні 20 років та які можуть вплинути на конкурентну динаміку на багатьох ринках. Поточний перегляд цих Керівних принципів дозволить оновити систему оцінки концентрацій з урахуванням змін і нових ринкових реалій, а також надасть можливість врахувати практику розгляду справ і прецедентне право Суду Європейського Союзу.

Метою перегляду зазначених вище Керівних положень є створення всеосяжної, передбачуваної та стійкої системи. Переглянуті Керівні принципи повинні запропонувати оновлену, але юридично та економічно обґрунтовану, передбачувану та засновану на фактичних даних аналітичну систему для всіх типів концентрацій та всіх секторів економіки. При цьому, основна місія контролю за концентраціями в ЄС залишиться незмінною: збереження динамічного та конкурентного внутрішнього ринку, який спонукає компанії пропонувати своїм клієнтам та споживачам інноваційні, доступні та високоякісні продукти [21].

Оновлення наведених вище Керівних принципів сприятиме формуванню сучасного підходу під час оцінювання впливу концентрацій на відповідні ринки, а також дозволить ЄК враховувати модернізовані методи ведення конкурентної боротьби, нецінові тренди у господарській (економічній) діяльності суб'єктів господарювання (ESG, KCB ініціативи, регулювання даних та інтероперабельність) та потенційні бар'єри входу (виходу) на ринки для суб'єктів господарювання.

Оцінка горизонтальних концентрацій Комісією зазвичай включає: (а) визначення відповідних товарних та географічних ринків; (б) оцінку конкуренції в результаті концентрації.

Відповідно до Керівних принципів щодо оцінки горизонтальних концентрацій, оцінювання ЄК відповідної горизонтальної концентрації побудоване за таким алгоритмом, а саме:

(а) визначення ринкових часток та порогів концентрації (Розділ III).

Аналізуючи ринкові частки учасників горизонтальної концентрації, ЄК може дійти таких висновків: відповідна концентрація може призвести до створення або посилення домінуючого становища суб'єктів господарювання (у разі наявності ринкової частки у розмірі 40-50%) або відповідна концентрація є сумісною («presumed to be compatible») зі Спільним ринком (у разі коли спільна частка учасників горизонтальної концентрації не перевищує 25% на Спільному ринку або на значній його частині).

ЄК також здійснює оцінювання рівня (ступеня) концентрованості відповідного ринку, який розраховується за допомогою індексу Герфіндала-Гіршмана (HHI). Зокрема, у разі якщо HHI після концентрації може бути меншим ніж 1000 або у проміжку між 1000 та 2000 (за умов дельти нижче 250), або ж вище за 2000 (за умов дельти нижче 250 та відповідності умовам, передбаченим п. 24 Керівних принципів щодо оцінки горизонтальних концентрацій), то ЄК може (з урахуванням інших факторів відповідної горизонтальної концентрації) дійти до висновку про відсутність горизонтальних проблем, що можуть виникати в конкуренції в результаті концентрації («competition concerns»).

У межах цього етапу оцінки горизонтальної концентрації теж можуть братися до уваги історичні дані.

(б) імовірність того, що злиття матиме антиконкурентні наслідки на відповідних ринках за відсутності компенсуючих факторів (Розділ IV).

На цьому етапі ЄК аналізує потенційну можливість настання координованих та некоординованих ефектів у розумінні п. 22 Керівних принципів щодо оцінки горизонтальних концентрацій.

Некоординовані антиконкурентні ефекти. Концентрація може суттєво перешкоджати ефективній конкуренції на ринку, усуваючи важливі конкурентні обмеження для одного або декількох продавців, які, як наслідок, отримують більшу ринкову владу. Найбільш прямим наслідком концентрації буде втрата конкуренції між учасниками концентрації.

При аналізі некоординованих антиконкурентних ефектів ЄК звертає увагу на наступні фактори, перелік яких не є вичерпним і які не обов'язково повинні бути наявні в межах кожної горизонтальної концентрації. Це, зокрема, наявність в учасників концентрації великої ринкової частки; факт того, що учасники концентрації є близькими конкурентами (залежить від взаємозамінності товару та, відповідно, може сприяти значному підвищенню цін внаслідок такої концентрації); низька можливість споживачів змінити суб'єкта господарювання (продавця); утворений внаслідок горизонтальної концентрації суб'єкт господарювання може перешкоджати розширенню конкурентів; горизонтальна концентрація усуває важливий конкурентний тиск на ринку.

Координовані антиконкурентні ефекти. При оцінці ймовірності координованих ефектів ЄК враховує всю доступну інформацію про характеристики відповідних ринків, включаючи як структурні особливості, так і минулу поведінку суб'єктів господарювання. Докази минулої координації є важливими, якщо відповідні характеристики ринку не зазнали істотних змін або малоімовірно можуть

зазнати таких змін у майбутньому. Докази координації на суміжних ринках також слугують корисною інформацією.

За аналогією з некоординованими антиконкурентними ефектами, при оцінюванні координованих ефектів ЄК бере до уваги наступні фактори, а саме: досягнення умов координації (тобто узгодження між суб'єктами господарювання дій, які є координацією, і які такими не є); моніторинг відхилень у поведінці координуючих суб'єктів господарювання (наприклад, зниження цін, надання таємних знижок, підвищення якості або продуктивності товару або спроби залучити нових клієнтів); наявність стримуючих механізмів; зворотна реакція від суб'єктів господарювання (гравців) з незначною ринковою часткою.

(в) імовірність того, що купівельна спроможність буде компенсуючим фактором щодо збільшення ринкової влади в результаті концентрації (Розділ V).

Не завжди наявність великої частки на ринку та інноваційність виробничих процесів може забезпечити безперечне домінування на ринку. Це пояснюється необхідністю врахування не лише відносин змагання між прямими конкурентами, але й відносинами «покупця-продавця» і можливістю суб'єкта господарювання (покупця) змінити одного суб'єкта господарювання (продавця) на іншого.

З огляду на це, ЄК, у відповідних випадках, розглядає, наскільки суб'єкти господарювання (покупці) будуть в змозі протидіяти збільшенню ринкової влади, яке могло б виникнути в результаті концентрації.

З аналізу Керівних принципів щодо оцінки горизонтальних концентрацій вбачається, що такі ситуації можуть виникати у разі, коли суб'єкт господарювання (покупець) може (1) негайно перейти до інших постачальників, (2) погрожувати вертикальною інтеграцією у вищий сегмент ринку або (3) спонсорувати розширення чи вихід на вищий сегмент ринку.

(г) імовірність того, що вхід на ринок сприятиме збереженню ефективної конкуренції на відповідних ринках (Розділ VI).

У випадку, якщо вхід на ринок є достатньо легким, то горизонтальна концентрація навряд чи створить будь-який значний антиконкурентний ризик. Тому аналіз входу на ринок є важливим елементом загальної оцінки конкуренції. Для того, аби вхід на ринок вважався достатнім конкурентним обмеженням для сторін злиття, необхідно довести, що він є ймовірним, своєчасним і достатнім для запобігання або усунення будь-яких потенційних антиконкурентних наслідків концентрації.

При цьому, відповідний вхід на ринок оцінюється з боку ЄК з урахування критеріїв (1) імовірність; (2) своєчасність; (3) достатність.

Імовірність. За підходом ЄК, висвітленим у Керівних принципах щодо оцінки горизонтальних концентрацій, вхід на ринок вважається ймовірним, якщо він має бути достатньо прибутковим з урахуванням впливу на ціни від виведення на ринок додаткової продукції та потенційної реакції існуючих учасників ринку, а також наявність / відсутність бар'єрів для входу на відповідний ринок. Для оцінки такої ймовірності ЄК може використовувати як певні квантитативні методики, так і опитування за анкетами, де анкетантами виступають як конкуренти, так і споживачі на досліджуваному ринку. Так, подібний метод ЄК використовувала для оцінки бар'єрів ринку та потенційної початкової прибутковості потенційних конкурентів у справі M.7421 – ORANGE / JAZZTEL [22]. Для оцінки ймовірності, як ЄК, так і Суд справедливості ЄС розглядають ситуацію на ринку у двох вимірах: асортимент товарів/робіт/послуг та географічне охоплення. Для оцінки ймовірності ЄК використовує економетричні моделі, яку ЄК перед розглядом справи і винесенням рішення має розкрити, Суд ЄС у справі T-194/13 United Parcel Service, Inc. v Commission скасував рішення Комісії (яким злиття UPS і TNT визнавалося несумісним з внутрішнім ринком), оскільки Комісія порушила права на захист UPS, не розкривши фінальну версію економетричної моделі» [23].

Своєчасність. ЄК перевіряє, чи буде вхід на ринок достатньо швидким і стійким, щоб стримати або запобігти використанню ринкової влади. При цьому, вхід на ринок зазвичай вважається своєчасним, якщо він зроблений протягом двох років.

Достатність. Вхід на ринок повинен бути достатнім за обсягом і масштабом, щоб запобігти або подолати антиконкурентні наслідки злиття. Невеликий вхід на ринок, наприклад, у певну ринкову «нішу», може бути визнаний недостатнім. Як зазначив Суд ЄС у справі Case T-342/07 Ryanair Holdings plc v Commission [2010] ECR II-3457, «самої лише «загрози» входу [...] недостатньо. [...] Важливим є прогноз щодо такого учасника, який здатен компенсувати антиконкурентні наслідки, чітко встановлені в рішенні на етапі оцінки». Для оцінки достатності ЄК використовує також і історичний досвід компаній за минулі роки, наприклад, як в рішенні ЄК у справі M.6992 – HUTCHISON 3G UK/TELEFONICA [24]. У рішенні Суду ЄС у справі T-342/07 Ryanair v Commission Суд підтвердив важливість «повного» входу на ринок, а не «фрагментарного» входу на її частину, який «навіть чи відновить ефективну конкуренцію (пункти 1210–1212)» [25].

(д) імовірність того, що ефективність («efficiencies» = позитивні аспекти відповідної концентрації) буде фактором, що протидіє шкідливим наслідкам для конкуренції, які інакше могли б виникнути в результаті концентрації (Розділ VII).

Для врахування ЄК аргументів щодо ефективності у своїй оцінці горизонтальної концентрації та формування висновку, що внаслідок підвищення ефективності немає підстав визнати горизонтальну концентрацію несумісною із Спільним ринком, підвищення ефективності має приносити користь споживачам, бути специфічним для концентрації та піддаватися перевірці. При цьому, перелічені умови є кумулятивними.

Користь для споживачів. Ефективність повинна бути істотною і своєчасною, а також приносити користь споживачам на тих відповідних ринках, де в іншому випадку конкуренція могла би бути обмежена. Під «істотною» ефективністю ЄК має на увазі те, що внаслідок концентрації конкуренція на ринку стане більш ефективною (нові або покращені товари, інноваційність). Водночас, «своєчасна» ефективність, на думку ЄК, є така, що настає реально і швидко, а не очікується в далекому майбутньому. В останньому випадку, ЄК може не врахувати такий аргумент взагалі.

Специфічність для концентрації, тобто здійснення горизонтальної концентрації має бути прямим наслідком досягнення заявленої ефективності. При тому, що досягнення відповідних результатів є неможливим за допомогою менш антиконкурентної альтернативи.

Можливість перевірки. Чим точнішими і переконливішими (особливо чим більш матеріальними) є твердження щодо ефективності, тим краще ЄК може оцінити ці твердження.

З огляду на наведені вище вимоги, до ефективності горизонтальних концентрацій вбачається, що тягар її доказування покладається на учасників концентрації, що підтверджується рішенням Суду Справедливості у справі «ЄК проти CK Telecoms UK Investments Ltd.» [26].

(е) умови для захисту суб'єкта господарювання на межі банкрутства («failing firm defence») (Розділ VIII).

Так, основною вимогою є те, що погіршення конкурентної структури, яке настає після злиття, не може бути визнане наслідком концентрації.

Під час оцінювання цих умов ЄК використовує три критерії, а саме: (1) суб'єкт господарювання, який, як стверджується, на межі банкрутства, у найближчому майбутньому буде змушений вийти з ринку через фінансові труднощі, якщо його не придбає інший суб'єкт господарювання; (2) немає альтернативного варіанту придбання, який би не був антиконкурентним, крім заявленої концентрації; та (3) за відсутності концентрації активи суб'єкта господарювання, який на межі банкрутства, неминуче вийдуть з відповідного ринку.

Окрім Регламенту ЄС про злиття, слід також звернути увагу на процесуальні моменти, що є характерними для відповідного виду концентрацій.

Так, 1 вересня 2023 року набув чинності новий законодавчий пакет спрощень злиттів в ЄС, що спрямований на спрощення процедури перевірки злиття та який включає: Імплементативний регламент Комісії (ЄС) 2023/914 від 20 квітня 2023 року про імплементацию Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 щодо контролю за концентраціями між підприємствами та скасування Регламенту Комісії (ЄС) № 802/2004 (далі – Імплементативний регламент) [27]; Повідомлення Комісії про спрощений режим для певних концентрацій згідно з Регламентом Ради (ЄС) № 139/2004 про контроль концентрацій між підприємствами (далі – Повідомлення про спрощену процедуру 2023 року) [28]; та Повідомлення Комісії відповідно до статей 3(2), 13(3), 20 і 22 Імплементативного регламенту Комісії (ЄС) 2023/914 про імплементацию Регламенту Ради (ЄС) № 139/2004 про контроль концентрацій між підприємствами та скасування Регламенту Комісії (ЄС) № 802/2004 2023/C 160/02 (далі – Повідомлення про передачу документів) [29].

У контексті горизонтальних концентрацій наведені вище оновлення запровадили одну змінену категорію спрощених справ горизонтальних концентрацій у межах спрощеної процедури, а також спрощені справи згідно з «застереженням про гнучкість» (тобто ситуації, коли справи про концентрацію не належать до сфери спрощеного розгляду, але ЄК має право розглядати їх як спрощені за запитом сторін, якщо порогові значення спрощеної процедури трохи перевищено).

Так, учасники горизонтальної концентрації мають право звернутися до ЄК за спрощеною процедурою (заповнивши Коротку Форму CO) не тільки у разі, коли сукупна ринкова частка всіх учасників концентрації, які займаються підприємницькою діяльністю на тому самому товарному та географічному ринку (горизонтальне перекриття), відповідає принаймні одній із наступних умов за всіма вірогідними визначеннями ринку: (1) нижча за 20%; або (2) нижча за 50 %, а приріст (дельта) ННІ в результаті концентрації на цьому ринку становить менше 150.

Що стосується спрощених справ згідно з «застереженням про гнучкість», то ЄК може розглянути потенційну горизонтальну концентрацію за спрощеною процедурою, у разі якщо сукупна частка ринку сторін становить менше 25% [27].

В Україні при здійсненні контролю за концентраціями АМКУ керується положеннями Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III [30], Положення про порядок розгляду заяв та справ про концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженого розпорядженням АМКУ від 19.02.2002 № 33-р[31], та Рекомендаційними роз'ясненнями щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій) від 27.12.2016 № 49-pp[9].

Слід зазначити про однаковий підхід ЄК та АМКУ під час прийняття рішення про надання дозволу чи заборону концентрації, а саме – порівняння умов конкуренції, які виникли б у результаті концентрації, з умовами, які б існували без концентрації.

У Рекомендаційних роз'ясненнях АМКУ демонструє загалом схожий підхід, однак він має свої особливості.

Так, відсутній (порівняно із законодавством ЄС) такий критерій як: імовірність того, що ефективність буде фактором, що протидіє шкідливим наслідкам для конкуренції, які інакше могли б виникнути в результаті концентрації.

Вбачається, що відсутність згаданого вище критерію знімає певний рівень відповідальності з учасників концентрації та покладає на АМКУ певні обов'язки щодо глибшого аналізу кожної концентрації (та її потенційних наслідків) та щодо обґрунтованості кожного наданого дозволу.

АМКУ займає більш індивідуалізований, гнучкий підхід та встановлює три категорії випадків аналізу горизонтальних концентрацій, які передбачені п.п. 8, 10 Рекомендаційних роз'яснень. Така різниця у підходах пояснюється різними порогами в ЄС та Україні для отримання дозволу на здійснення концентрації. Тому, на нашу думку, підхід АМКУ, викладений у Рекомендаційних роз'ясненнях, є виправданий, оскільки спрямований на максимально швидкий і ефективний розгляд заяв про концентрації.

Ще однією відмінністю є додатковий чинник під час розрахунку індексу ННІ у абз. (д) п. 18 Рекомендаційних роз'яснень. Так, обмеження конкуренції малоімовірні якщо на ринку після здійснення концентрації значення ННІ буде більше 2000, а різниця між ННІ до і після концентрації – менше 150, за винятком особливих обставин, таких як суб'єкти господарювання – учасники концентрації є найближчими конкурентами один одного на диференційованому ринку[31].

Таким чином, з системного аналізу Рекомендаційних роз'яснень слідує висновок про схожість підходів ЄК та АМКУ та спільне бачення позитивних і негативних проявів горизонтальних концентрацій.

Висновки. В Європейському Союзі та Україні застосовуються спільні підходи при визначенні поняття «горизонтальна концентрація суб'єктів господарювання», а також при безпосередній оцінці відповідних горизонтальних концентрацій. При цьому існує потреба в оновленні Рекомендаційних роз'яснень та приведенні їх положень до чинного законодавства у зв'язку із набранням чинності 01.01.2024 Закону 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 [32], а також адаптації до нових методів ведення конкурентної боротьби. На особливу увагу заслуговує проблема мінімізації негативних проявів горизонтальних концентрацій, таких як: «вбивчі поглинання» («likker acquisitions»).

Тематика дослідження має багатоаспектний характер і потребує продовження наукових розвідок, насамперед у напрямку адаптації конкурентного законодавства України до норм права Європейського Союзу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Смирнова К.В. Правовий порядок конкуренції в Європейському Союзі (новітні тенденції розвитку): дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2015. 499 с.
2. Швидка Т.І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації: монографія. Харків: Право, 2020. 376 с.
3. Кологойда О.В., Гарагонич О.В., Дорошенко Л.М. Корпоративне право Європейського Союзу: підручник. Київ: Видавництво Ліра-К, 2023. 392 с.
4. Бану М. Пакет спрощення злиття ЄС 2023. URL: <https://compasa.org.ua/wp-content/uploads/2025/02/2401c-merger-simplification-2023.pdf>.
5. Federico G. Horizontal Mergers, Innovation and the Competitive Process / Federico G. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2017. Vol. 8, Issue 10. pp. 668–677.
6. Federico G., Langus G. & Valletti T. A simple model of mergers and innovation / Federico G., Langus G. & Valletti T. *Economics Letters*. 2017. Vol. 157, Issue C. P. 136–140.
7. TOMÁŠEK, M., ŠMEJKAL, V. та ін. Коментар до Договору про функціонування ЄС, Договору про ЄС та Хартії основоположних прав ЄС. Прага: Wolters Kluwer ČR, 2024. 1780 с.

8. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal of the European Union*. 2004. C 31, Vol. 47. pp. 5–18. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2004_031_R_0005_01.
9. Щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій): Рекомендаційні роз'яснення № 49-pp від 27.12.2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v49pp226-16#Text>.
10. Horizontal merger. United Nations Economic and Social Commission for Western Asia. URL: <https://archive.unescwa.org/sd-glossary/horizontal-merger>.
11. Case № COMP / M.1846 – GLAXO WELLCOME / SMITHKLINE BEECHAM. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1846_en.pdf.
12. Case M.11800 – BAES / LEONARDO / JAIEC / JV. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202525/M_11800_10663004_257_3.pdf.
13. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal of the European Union*. 2004. C 31, Vol. 47. pp. 5–18. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2004_031_R_0005_01.
14. Case M.7612 – HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7612_6555_3.pdf.
15. Directorate-General for Competition and Lear, Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects – Final report and appendices, Publications Office of the European Union, 2024. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6eacab93-b129-11ef-acb1-01aa75ed71a1>.
16. Case № COMP / M.7217 – FACEBOOK / WHATSAPP. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.
17. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover, May 18, 2017. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_1369.
18. Council Regulation (EC) № 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) (Text with EEA relevance). *Official Journal of the European Union*. 2004. L 24, Vol. 47. pp. 1–22. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj/eng>.
19. Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) № 139/2004. *Official Journal of the European Union*. 2013. P. 336. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)).
20. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal of the European Union*. 2008. C 265, Vol. 51 pp. 6–25. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:-JOC_2008_265_R_0006_01.
21. Review of the Merger Guidelines. URL: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/review-merger-guidelines_en.
22. CASE M.7421- ORANGE / JAZZTEL. EUROPEAN COMMISSION. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7421_3169_4.pdf.
23. T-194/13 United Parcel Service, Inc. v Commission. CURIA – Documents. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188600&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=749025>.
24. M.6992 – HUTCHISON 3G UK/TELEFONICA. European Commission. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6992_20140528_20600_4004267_EN.pdf.
25. T-342/07 Ryanair v Commission. CURIA – Documents. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83126&doclang=EN>.
26. Case-376/20 P, APPEAL under Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union. 2020. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62020CJ0376>.
27. Commission Implementing Regulation (EU) 2023/914 of 20 April 2023 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings and repealing Commission Regulation (EC) No 802/2004 (Text with EEA relevance). OJ L 119, 5.5.2023, pp. 22–102 URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R0914&qid=1756296671064>.
28. Commission Notice on a simplified treatment for certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings 2023/C 160/01.

- OJ C 160, 5.5.2023, pp. 1–10. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2023_160_R_0001.
29. Communication from the Commission Communication pursuant to Articles 3(2), 13(3), 20, and 22 of Commission Implementing Regulation (EU) 2023/914 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings and repealing Commission Regulation (EC) No 802/2004 2023/C 160/02 C/2023/2402 OJ C 160, 5.5.2023, pp. 11–13. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2023_160_R_0002.
30. Про захист економічної конкуренції : Закон України № 2210-III від 11.01.2001 .URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>.
31. Положення про порядок розгляду заяв та справ про концентрацію суб'єктів господарювання, затверджене Розпорядженням Антимонопольного комітету України № 33-р від 19.02.2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02#Text>.
32. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції та діяльності Антимонопольного комітету України: Закон України № 3295-IX від 09.08.2023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3295-20#Text>.