

## КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЯК ШЛЯХ ДО ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ БОРОТЬБИ З КАРТЕЛЯМИ

Вознюк О.В.,

здобувач ступеня доктора філософії,

ПВНЗ «Європейський університет»

ORCID: 0009-0002-3187-2461

### **Вознюк О.В. Криміналізація як шлях до підвищення ефективності боротьби з картелями.**

Картелі – найбільш небезпечний для суспільства вид антиконкурентних узгоджених дій, що полягають підтримання конкурентами завищених цін, розподілі ринку, узгодженні обсягів виробництва, а також у змовах на тендерах. Боротьба з картелями є найскладнішим завданням для кожної держави. Правова політика виявлення і протидії картелям традиційно балансує між адміністративно-правовим і кримінально-правовим регулюванням відносин, пов'язаних з виявленням і запобіганням картелям. У публікації розглядається ефективність існуючого правового регулювання боротьби з картелями у цілях оцінки встановлення підстав для запровадження кримінально-правової заборони картелів як можливого способу підвищення ефективності такого регулювання. З цією метою автор досліджує достатність та ефективність наявних у Антимонопольного комітету України повноважень для розслідування картелів, спроможність передбаченого Законом «Про захист економічної конкуренції» методу доказування картелів виключно на основі економічного аналізу, який був запроваджений щоб компенсувати відсутність у Антимонопольного комітету достатніх повноважень для отримання прямих доказів картелю, а також нестабільну динаміку виявлення Антимонопольним комітетом різних типів картелів та можливі причини низької кількості виявлених на ринках картелів.

Автор також аналізує причини значної асиметрії при виявленні Антимонопольним комітетом різних видів картельної поведінки – класичних картелів на ринку та змов під час участі суб'єктів господарювання у процедурах публічних закупівель.

Окрема увага у публікації приділяється дослідженню фактичної і потенційної ефективності передбаченої законом юридичної відповідальності у вигляді штрафів, які Антимонопольний комітет може накладати на суб'єктів господарювання за участь у картелі. Зокрема, автор досліджує спроможність таких штрафів виконувати свою каральну і превентивну функції запобігання картелям, а також практичну їх ефективність на прикладі штрафів за змови на тендерах.

Результати проведеного автором дослідження, в тому числі щодо поширеності у інших

detection of different forms of cartel behaviour – namely, classical market cartels and bid-rigging practices in public procurement procedures.

Special attention is devoted to analyzing the actual and potential effectiveness of the legal liability in the form of fines imposed by the Antimonopoly Committee on business entities participating in cartels. In particular, the author investigates whether such fines are capable of fulfilling their punitive and preventive functions with respect to deterring cartel conduct, as well as their practical effectiveness based on the example of fines for bid-rigging.

The results of the author's research, including the analysis of the prevalence of criminal prosecution for cartel behaviour in other jurisdictions, lead to the conclusion that the existing model of administrative regulation for combating cartels cannot be regarded as effective, and that the problems underlying such inefficiency may be addressed through the introduction of criminal law regulation prohibiting cartels.

**Key words:** anti-competitive concerted practices, competitors' collusion, bid-rigging, cartels, criminalization of anti-competitive concerted practices.

**Постановка проблеми.** Антиконтурентні узгоджені дії між конкурентами про фіксування цін, розподіл ринків, обмеження обсягів виробництва та змови на тендерах, відомі як картелі, вважаються найсерйознішими порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції [1, с. 3].

Оскільки очевидний антиконкурентний характер картелів і значні штрафи за участь у них зазвичай відомі їх учасникам, картелі вчиняються переважно таємно, використовуючи для узгодження своєї конкурентної поведінки електронні канали комунікації і майже на лишають слідів, які можуть бути виявлені в рамках адміністративної процедури їх розслідувань, яке проводять органи Антимонопольного комітету (АМК). У зв'язку з цим, їх виявлення доведення, як свідчать звітні дані АМК, що будуть розглянуті нижче, стає все більш складним завданням для АМК.

Актуальність дослідження зумовлена, в першу чергу, необхідністю визначення і наукового обґрунтування правової політики держави, яка би забезпечувала ефективне виявлення картелів та запобігала їх вчиненню. Зокрема, у статтях 6.4.14–6.4.16 проєкту нового Кримінального кодексу України спочатку була передбачена криміналізація усіх видів антиконкурентних узгоджених дій, хоча першопричина цього полягала саме у проблемі виявлення картелів. Проте вже у редакції станом на 15.10.2025 ці положення повністю вилучені [2]. Такі полярні підходи демонструють недостатнє розуміння природи і характеру різних видів антиконкурентних узгоджених дій, відмінностей між картелями та іншими видами антиконкурентної узгодженої поведінки, впливу цих факторів на визначення відповідних методів їх правового регулювання, ефективних способів виявлення і боротьби з цими правопорушеннями. А це має вирішальне значення для визначення оптимального правового регулювання. Як свідчать результати діяльності АМК, які ми розглянемо нижче, якщо модель адміністративно-правового регулювання цих відносин може бути цілком придатною і ефек

**Виклад основного матеріалу.** З широкого спектру усіх можливих видів антиконкурентних узгоджених дій картелі виділяють в особливу категорію правопорушень, які найбільш небезпечними для функціонування ринків та суспільства. Це зумовлено тим, що домовленості між конкурентами про встановлення однакового рівня цін, розподіл ринку між собою за територіями, покупцями чи товарами, узгодження обсягів виробництва чи продажу, усувають конкуренцію між ними, тим самим посилюючи їх ринкову владу, що дозволяє їм завищувати ціни, погіршувати якість товарів, завдаючи значної шкоди споживачам. За оцінками ряду економістів, які досліджували картелі у Європі, останні завищували ціни, у середньому, від 28% до 54%, при середній тривалості картелю у 5,6 роки [3, с. 12]. Але ще більша шкода картелів полягає у тому, що вони призводять до алокативної неефективності ринків, стримують інновації, порушуючи оптимальний розподіл ресурсів, і це завдає найбільшої і непоправної шкоди економіці і суспільству в цілому.

Тому, згідно з рекомендаціями ОЕСР, їх своєчасне виявлення і припинення має бути для усіх країн пріоритетним завданням у сфері захисту економічної конкуренції; ОЕСР рекомендує країнам «забезпечити, щоб їхнє законодавство про конкуренцію ефективно припиняло та стримувало зловмисні картелі, передбачаючи ефективні санкції та належні процедури правозастосування, а також установи для виявлення та усунення зловмисних картелів» [1, с. 3].

Проте вирішення цього завдання в рамках існуючої адміністративно-правової процедури, встановленої законодавством про захист економічної конкуренції, наштовхується на ряд серйозних перепон, з яких ключовими можна визначити такі: (i) складність виявлення і отримання прямих або навіть непрямих, але достатніх для встановлення факту існування картелю доказів, та (ii) складність забезпечити ефективність каральної і превентивної функцій юридичної відповідальності у вигляді штрафу, який АМК може накласти на суб'єктів господарювання за участь у картелі. Нижче ми розглядаємо кожну з цих складових.

#### *Проблеми виявлення розслідування картелів*

На початку становлення антимонопольного законодавства суб'єкти господарювання часто навіть не приховували свої домовленості про встановлення однакових цін, іноді підписуючи протоколи про підтримання однакового рівня цін і вивішуючи їх у своїх приміщеннях, що дозволяло органам АМК легко виявляти докази відповід

причини такої схожості відсутні, то єдиною її причиною слід вважати узгодження такої поведінки конкурентами. Очікувалося, що це положення дозволить АМК обійти проблему неможливості отримання прямих доказів картелю і ефективно встановлювати картелі на підставі такого економічного аналізу.

Попри те, що на перший погляд такий метод доказування здається логічно струнким і надійно заснованим на економічній науці, насправді він має суттєві вади, у зв'язку з чим, як відмічають дослідники, не забезпечує очікуваного результату, насправді призводить лише до зниження стандарту доказування і ризику помилкових рішень АМК [4, с. 264; 5, с. 268].

По-перше, схожість конкурентної поведінки суб'єктів господарювання за тими чи іншими параметрами досить часто не є аномалією, яку би можна було вважати ознакою змови, а невід'ємною властивістю ринку. В економічній науці причини схожості поведінки конкурентів, від схожості стратегій до схожого чи однакового рівня цін і однакової динаміки їх зміни, пояснюються різноманітними теоретичними моделями раціональної індивідуальної поведінки конкурентів. Втім, у на практиці визначити, виміряти і обґрунтувати всі фактори, що можуть мати значення для перевірки таких теоретичних моделей значно складніше, ніж побудувати і обґрунтувати такі моделі в «лабораторних» умовах. Зазначене призводить до того, що на практиці методи економічного аналізу мало схожі на теоретичні, а відтак, вони не виключають помилок при правозастосуванні. Наприклад у одній з найбільш гучних справ проти торговельних мереж, АМК, спираючись на проведений ним економічний аналіз, помилково визнав антиконкурентними узгодженими діями схоже підвищення цін торговельними мережами [6]. В іншому випадку кваліфіковане ним як антиконкурентні узгоджені дії схоже підвищення цін операторами АЗС суд визнав також необґрунтованим [7]. На необхідність проведення повноцінного економічного аналізу суди звертали увагу у багатьох рішеннях, вказуючи на те, зокрема, що «схожість має бути саме результатом узгодженості конкурентної поведінки, а не виявлятися у простому співпадінні дій суб'єктів господарювання, зумовленим специфікою відповідного товарного ринку» [8].

Ця проблема помилок при визначенні АМК наявності чи відсутності об'єктивних причин схожої поведінки конкурентів залишається невирішеною. В першу чергу це стосується поведінки конкурентів на концентрованих ринках з олігопольною структурою, де

визначити ту одноосібну раціональну економічну поведінку учасника ринку, яку надійно можна вважати детермінованою об'єктивними економічними причинами та «еталоном» для порівняння з фактичною поведінкою конкурентів в цілях визначення «аномальності» останньої як доказу її узгодженості. В результаті межа невизначеності між правомірною паралельною поведінкою конкурентів, що випливає з їхньої олігополістичної взаємозалежності, і змовою, є, щонайменше, нечіткою, але більш вірогідно – досить широкою. За таких обставин ґрунтувати висновок про встановлення факту узгодженості поведінки і наявності правопорушення, за яке має бути накладений значний штраф, а також можуть бути пред'явлені позови про відшкодування у подвійному розмірі завданої правопорушенням шкоди, не можна вважати таким, що відповідає принципу юридичної визначеності. І той факт, що ці правопорушення знаходяться у сфері адміністративно-правового регулювання, не може бути індульгенцією на нехтування цим принципом.

На практичну обмеженість можливостей економічного аналізу і необхідність додаткових доказів картелю суди неодноразово звертали увагу, вказуючи на необхідність додаткових доказів узгодженості, окрім економічного аналізу. Так, Північний апеляційний господарський суд у своїй постанові від 07.12.2021 зазначив: «[...] сама по собі паралельна поведінка, хоча і може бути підтвердженням існування змови або викликати підозру вчинення незаконних дій, однак її недостатньо для доведення незаконної поведінки. За відсутності прямих доказів існування домовленості, антимонопольні органи повинні покладатися на «додаткові фактори» або безпосередні докази для того, щоб встановити наявність погодженої практики, [...] на олігопольному ринку, у якому домінує невелика кількість конкуруючих суб'єктів, які визнають взаємозалежність між собою і є гравцями у повторюваній грі, кожен з цих суб'єктів на ринку свідомо адаптує свою власну стратегію до очікуваної реакції своїх конкурентів. [...] завдання антимонопольних органів полягає у з'ясуванні, чи результат встановлення однакових цін є наслідком незаконної змови між суб'єктами ринку, або просто раціональною та спонтанною незалежною реакцією кожного суб'єкта господарювання на визнану взаємну залежність між ними та на поведінку один одного, що, як правило, має місце в силу спрямованості всіх суб'єктів господарювання на ринку на досягнення однакової цілі або результату (отримання прибутку, збільшення обсягів реалізації, розширення мережі пунктів реалізації тощо)» [12].

Відтак, модель доказування антиконкурентних узгоджених дій на основі економічного аналізу не може вирішити проблему недостатності процес

також і на національному рівні, де приблизно 40-50% картелів були виявлені конкуренційними відомствами завдяки їй [14, с. 8].

Але треба визнати, що хоча Програма Leniency може відігравати важливу роль у виявленні картелів, її ефективність залежить від багатьох факторів, не усі з яких можна виявити і не на усі вплинути, щоб забезпечити її прийнятну ефективність. Так, наприклад, у період 2015 – 2021 років її ефективність помітно впала в ЄС та усіх європейських країнах в середньому на 58% і, що важливо, дійсні причини цієї тенденції точно не встановлені [14, с. 13].

Основними факторами, які впливають на ефективність Програми Leniency, можна визнати такі: (а) високий ризик виявлення картелю; (б) високий ризик покарання, яке нівелює будь-які вигоди, отримані учасником картелю за весь час його існування; (в) довіра до інституцій, які впроваджують таку програму, реальна прозорість і передбачуваність процедур на усіх етапах її реалізації та гарантії досягнення передбачених нею вигод у разі виконання її умов; (г) відсутність загрози подальшої цивільно-правової (відшкодування шкоди) та кримінальної відповідальності у разі, якщо учасник картелю скористався Програмою Leniency [14, с. 14].

Проте більшість з цих умов навіть після її перезавантаження у законодавстві про захист економічної конкуренції не виконуються [15].

Такий стан правового регулювання зумовив вкрай низьку кількість виявлення класичних ринкових картелів.

#### *Статистика виявлених картелів.*

Згідно з річними звітами АМК кількість встановлених ним усіх видів антиконкурентних узгоджених дій у 2020 становила 877 випадків [16, с. 149], у 2021 – 920, у 2022 – 285, у 2023 – 1020 [17, с. 81], у 2024 – 2012 [18, с. 41]. При цьому змови на тендерах за усі ці роки становлять більше 99%, а у період 2023 та 2024 років – усі 100%. Натомість кількість виявлених на ринку «класичних» картелів склала менше 10 випадків, або 0,3%, при цьому усі вони розслідувались АМК у зв'язку з виявленою схожістю цінової поведінки конкурентів та з використанням лише непрямих доказів на основі вже згаданого методу економічного аналізу, який, передбачає презумпцію узгодженості дій конкурентів якщо АМК не встановив об'єктивних економічних причин такої схожості.

шенням проблеми яких має займатись не АМК, а відповідні правоохоронні органи. Це також може пояснювати, чому незважаючи на постійне зростання кількості виявлених АМК тендерних змов кількість таких випадків все одно збільшується.

По-друге, така зростаюча статистика виявлення і припинення АМК змов на тендерах свідчить, що їх дійсна кількість навряд чи також зменшується. Відсутні обґрунтовані підстави вважати, що загальна кількість змов на тендерах за останні роки зменшилась внаслідок загрози виявлення АМК таких змов і притягнення до юридичної відповідальності. Ефективність такої загрози виявлення і юридичної відповідальності потребує особливої уваги.

#### *Ефективність юридичної відповідальності за картелі*

Аналіз звітних даних АМК за 2023 та 2024 роки свідчить, що середній розмір штрафу на одне рішення АМК про змову на тендері становить приблизно 607 тис. грн. Це при тому, що відповідачами у кожному такому рішенні, зазвичай, є щонайменше два суб'єкти господарювання. Серед причин низьких штрафів можна виділити, зокрема, такі, як участь у тендерах ФОПів та часто юридичних осіб, який мають «тендерну» спеціалізацію і тому незначний дохід, порівняно з компаніями, що діють на відкритому ринку.

Але навіть при таких незначних штрафах частка сплачених такими порушниками штрафів, як свідчить аналіз тих же річних звітів АМК, не перевищує 15% від загальної суми накладених штрафів за ці правопорушення. Фактично, компанії просто уникають відповідальності, зокрема, виводячи активи і припиняючи діяльність, яку власники переводять на інші свої компанії.

Проблема забезпечення ефективності штрафів, які може накладати АМК за картель, має ще один вимір і стосується більше класичних картелів на ринку.

Хоча у таких картелях їх учасники зазвичай не можуть позбутися активів, вийти з ринку і уникнути відповідальності, на відміну від «одноразових» учасників тендерів, накладення на них штрафів може не забезпечувати виконання такими штрафами своїх каральної і превентивної функцій. У випадку тривалого картелю розмір штрафу у 10% доходу суб'єкта господарювання за рік, що передує року, в якому АМК накладає штраф, може навіть не позбавити учасників картелю незаконно одержаного прибутку за час існування картелю.

Хоча види картелів, які переслідуються у кримінально-правовому порядку, а також види і розміри санкцій відрізняються від країни до країни, це все одно дає розуміння важливої ролі, яку відграє кримінально-правове регулювання у забезпеченні ефективності боротьби з картелями.

**Висновки.** Модель адміністративно-правового регулювання боротьби з картелями, втілена у законодавстві про захист економічної конкуренції, не забезпечує достатньої ефективності виявлення і розслідування картелів. Зокрема, обмеженість повноважень АМК щодо виявлення і розслідування правопорушень в рамках адміністративних проваджень і, зазвичай, таємний характер картелів не дозволяють АМК ефективно їх виявляти і збирати прямі докази їх діяльності. Альтернативні методи доказування картелів на основі економічного аналізу залишаються неефективними, оскільки не забезпечують можливості надійного доказування картелів, а також створюють умови для прийняття АМК помилкових рішень. Програма Leniency все ще не продемонструвала своєї успішності і, як свідчить досвід інших юрисдикцій, її ефективність у виявленні і запобіганні картелів хоча і є важливою, проте залишається досить обмеженою. Як наслідок, за останні 5 років АМК встановив не більше 10 випадків картелів, що діяли на ринках. При цьому згадані недоліки методу доказування картелів на основі економічного аналізу, використаного АМК при прийнятті обвинувальних рішень, залишають обґрунтовані сумніви у правильності оцінки таких схожих дії конкурентів саме як узгодженої їх поведінки.

Штрафи, які накладає АМК на суб'єктів господарювання – учасників картелю не забезпечують необхідною мірою виконання ними своїх каральної і превентивної функцій. Про це свідчать надзвичайно високі показники встановлених АМК змов на тендерах і стала тенденція зростання кількості цих правопорушень при відносно низьких штрафах та надзвичайно низькому показнику їх сплати. Більше того, навіть максимально можливі штрафи, які може накласти АМК на учасників тривалого картелю, можуть не нівелювати незаконного прибутку, який учасника картелю можуть отримати завдяки його такій тривалій діяльності та/або значному завищенню цін.

Шляхом вирішення цих причин недостатньої ефективності боротьби з картелями може бути їх криміналізація, яка забезпечить необхідні повноваження для їх виявлення і розслідування, а загроза позбавлення волі, яка постане перед менеджерами і власниками, буде мати значно більший стримуючий ефект на їхні рішення щодо участі у картелі.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. OECD. Recommendation

12. Постанова Північного апеляційного господарського суду від 07.07.2021 у справі № 910/10412/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99445863>.
13. William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx. Plus factors and agreement in antitrust law. *Michigan Law Review*. 2011. Vol. 110. С. 393–436. URL: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss3/1>.
14. OECD. The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels. *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*. 2023. URL: [https://www.oecd.org/en/publications/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-rtels\\_9bc9dd57-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-rtels_9bc9dd57-en.html).
15. Пожар А. Програма leniency в Україні: чи запрацює вона після перезавантаження? *Ліга Закон*. 2023. URL: [https://www.asterslaw.com/ua/press\\_center/publications/the\\_leniency\\_program\\_in\\_ukraine\\_will\\_it\\_work\\_after\\_a\\_reboot](https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/the_leniency_program_in_ukraine_will_it_work_after_a_reboot).
16. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2020 рік. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/605/4a0/e26/6054a0e268fc0702551413.pdf>.
17. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2021 рік. URL: <https://amcu.gov.ua/storage/app/uploads/public/627/ccb/c10/627ccbc10ef3d640199715.pdf>.
18. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2023 рік. URL: <https://amcu.gov.ua/pro-nas/zvitnist/richni-zviti/zvit-2023>.