

Пропозиції законодавчих змін  
Криміналізація учинених повторно  
антиконкурентних узгоджених дій

Олександр Мельниченко

Олександр Волошин

*Київ-2020*



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

*Ці пропозиції (policy paper) підготовлено на основі матеріалів досліджень, які були проведені громадськими детективами Проекту «Підтримка запобігання корупції та проведення розслідувань шляхом залучення громадськості на місцевому рівні» (WikiInvestigation), що фінансується програмою Європейського Союзу «Підтримка громадянського суспільства, місцевої влади та прав людини в Україні».*

*Ці пропозиції націлені на криміналізацію учинених повторно антиконкурентних узгоджених дій суб'єктами господарювання під час проведення закупівель.*

*Пропозиції до законодавчих змін рекомендовані до Верховної Ради України та Антимонопольного комітету України з метою усунення криміналізації учинених повторно антиконкурентних узгоджених дій суб'єктами господарювання під час проведення закупівель.*



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

## 1. Визначення проблеми.

Відповідно до інформації, наданої у Річному звіті Антимонопольного комітету України за 2019 рік (надалі - Звіт), за 2019 рік надійшло 11 147 скарг щодо публічних закупівель, із яких АМКУ задовольнив понад 4,5 тисячі. У порівнянні з 2018 роком, кількість скарг зросла на 43%, що є найбільшим показником приросту серед усіх правопорушень, розгляд яких віднесено до компетенції АМКУ.

Одним із найпоширеніших видів правопорушень, є антиконкурентні узгодженні дії, які спотворюють економічну конкуренцію.

Порушення законодавства про захист економічної конкуренції у сфері публічних закупівель зазвичай належать до найсерйозніших порушень. Органи із захисту конкуренції в усьому світі посилюють увагу з метою виявлення та припинення таких порушень.

Шкідливі наслідки порушень у сфері публічних закупівель цілком очевидні. Держава та споживачі отримують перевагу від конкуренції за рахунок нижчих цін та кращих продуктів і послуг. Коли у сфері закупівель реалізується домовленість про обхід конкуренції шляхом таємної змови, споживачі та держава втрачають ці переваги. Конкурентний процес діє лише тоді, коли конкуренти встановлюють ціни незалежно один від одного, а Замовник не обмежує конкуренції.

Таємні картельні домовленості у сфері закупівель – це пряме порушення принципів конкуренції, що загалом визнається як найбільш шкідливе з усіх типів антиконкурентної поведінки.

Загальна кількість визнаних у 2019 році порушень у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання становила 799 одиниць (у 2018 році — 263 одиниці). Із них 795 порушень припинено в межах розгляду справ, ще 4 дії, що містили ознаки антиконкурентних узгоджених дій, припинено за результатами виконання рекомендацій.

Лише за ці правопорушення АМКУ у 2019 році наклав штрафів на суму 8 126 034 079 грн.



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

У статті 5 Закону України «Про економічну конкуренцію» (надалі - Закон) закріплено визначення узгоджених дій, під якими маються на увазі укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, створення суб'єкта господарювання, об'єднання, метою чи наслідком створення якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання, або вступ до такого об'єднання, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

Антиконкурентними узгодженими діями є такі узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Повний перелік різновидів таких дій закріплено у частині другій статті 6 ЗУ «Про економічну конкуренцію».

Однією із таких дій є спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів (п.4, ч. 2, ст. 6).

Згідно з п. 1 ч. 1 статті 50 Закону, антиконкурентні узгоджені дії становлять порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Координація (узгоджені дії) суб'єктів господарювання може здійснюватися в будь-якій узгодженій поведінці (дія, бездіяльність) суб'єктів ринку, зокрема при укладенні ними угод; прийнятті об'єднанням рішень в якій-небудь формі; створенні суб'єкта господарювання, метою або наслідком якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, які створили вказаний суб'єкт, або між ними і новоствореним суб'єктом господарювання.

У свою чергу, торги (аукціон) відповідно до пункту 28 частини першої статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» визначаються як здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами встановленими відповідними законами. (крім переговорної процедури закупівлі).

Узгоджені дії учасників торгів (не менше двох) є відмова таких учасників від самостійної участі у тендері та самостійного прийняття рішень щодо формування та зміни конкурсних (тендерних) пропозицій, що полягає у координації поведінки таких суб'єктів, як на стадії підготовки



конкурсної документації (узгодження цін та інших умов, спільна підготовка документів), так і на стадії безпосередньо проведення конкурсу (поділ лоту, тощо).

Законодавством України за такі антиконкурентні узгоджені дії передбачена відповідальність у вигляді штрафу.

Підставою для застосування відповідальності є стаття 52 ЗУ «Про захист економічної конкуренції».

Відповідно до її положень, а саме:

- Частина 2: за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбачене пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», накладається 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;
- Частина 5: якщо доходу (виручки) немає, або відповідач на вимогу Голови територіального відділення Антимонопольного комітету України не надав розмір доходу (виручки), штраф, передбачений абзацом 2 частини 2 статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» накладається у розмірі до двадцяти тисяч неоподаткованих мінімумів;
- Частина 6: рішення про накладення штрафів у розмірах понад чотири тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян виключно Антимонопольним комітетом України, адміністративною колегією Антимонопольного комітету України на їх засіданнях.

Таким чином, наразі максимальний розмір штрафу може становити до 10% доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік. Безперечно, це є доволі значною сумою, яка здатна суттєво впливати на господарську діяльність суб'єкта, що порушує норми антиконкурентного законодавства.



Окрім того, суб'єкт господарювання, який порушив норми антиконкурентного законодавства, відсторонюється від участі у тендерах на термін тривалістю 3 роки.

Із метою забезпечення реалізації норм статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі», на веб-порталі Антимонопольного комітету України в рубриці «Діяльність у сфері публічних закупівель» містяться зведені відомості про рішення органів АМКУ щодо визнання вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій (передбачених п. 4 ч. 2 ст. 6, п. 1 ст. 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції»), які стосувалися спотворення результатів торгів (тендерів), а також щодо можливого подальшого судового розгляду цих рішень, їх перевірки, перегляду органами АМКУ.

Ці зведені відомості є своєрідним «чорним списком АМКУ», у якому міститься перелік суб'єктів господарювання, яким заборонено брати участь у торгах (ознайомитися можна за посиланням: <https://amcu.gov.ua/napryami/oskarzhennya-publichnih-zakupivel/zvedeni-vidomosti-shchodo-spotvorennya-rezultativ-torgiv> ).

Попри існування такої санкційної системи неодноразово трапляються випадки, коли особи, які вже порушили антиконкурентне законодавство під час участі у публічних закупівлях, знову вчиняють аналогічне правопорушення, що може свідчити про ймовірну більшу вигоду від ризику вчинити правопорушення, аніж збитки при сплаті штрафів.

Одним із таких випадків є ситуація, за якої АМКУ оштрафував двох суб'єктів господарювання, які розігрували фіктивну конкуренцію на тендерах (мали аналогічні помилки у тексті, однаковий вид поданої документації, однаковий мобільний номер телефону та IP-адресу). Причому, фізична особа, що є власницею однієї з компаній, яку оштрафували вже була визнана винною у порушенні антиконкурентного законодавства при публічних закупівлях (нею було створено нову компанію, через яку власне і відбулося порушення цього разу).

Детально ознайомитися із рішенням АМКУ за посиланням: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=88615&schema=lviv>



Детально про вищеписаний випадок повторного правопорушення антиконкурентного законодавства: <https://bihus.info/amku-oshtrafuvav-tendernyh-shahrajok-na-136-tysyach-pislya-zvernennya-yurystiv-bihus-info/>

## 2. Міжнародний досвід.

### *Огляд сучасних тенденцій*

Одна з особливостей антимонопольного (конкурентного) законодавства США полягає у криміналізації правопорушень у цій сфері. Таким чином, особи, яка безпосередньо причетні до здійснення антиконкурентних дій, несуть кримінальне покарання. Керівники і старші співробітники корпорацій, які сприяли укладанню антиконкурентних угод, як правило, отримують покарання у вигляді позбавлення волі строком до 2 років та/або істотний персональний штраф. Причому, за статистикою, середній строк ув'язнення лише зростає (від 8 місяців наприкінці минулого століття до 25 місяців наразі).

Водночас, до відносно недавнього часу у антимонопольному законодавстві більшості держав світу не передбачалося кримінального покарання за такі правопорушення. Відповідно до конкурентного законодавства ЄС, яке діє вже понад 50 років, підприємства, що беруть участь в узгоджених антиконкурентних діях, можуть бути притягнуті до адміністративної відповідальності у вигляді істотних штрафів, однак мова не йшла про персоналізовані штрафи, і тим паче про позбавлення волі. (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ec996cd-ca8f-47ff-b80f-2c0b4539cc53> )

Однак протягом останніх років такі тенденції різко змінюються: значна кількість держав внесла кримінальний компонент у власне антиконкурентне законодавство. Наприклад, протягом останніх років це впровадили такі країни як Австралія, Велика Британія, Бельгія, Нова Зеландія.

Пропоную звернути окрему увагу на декілька з вищенаведених держав.



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

## Австралія

Основним нормативно-правовим актом у сфері антимонопольного права є Закон про конкуренцію та захист прав споживачів, прийнятий у 2010 році. Відповідно до визначення наданого в ньому, картельна поведінка (мовою оригіналу - *cartel conduct*) являє собою будь-які дії, у тому числі укладання угод, домовленостей чи змови, які не обов'язково повинні бути вчинені у письмовій формі, між двома чи більшою кількістю конкурентів суб'єктів господарювання, які призвели до спотворення результатів торгів, фіксування (контролю) цін на ринку, обмеження кількості учасників внаслідок певних умов для укладення договору тощо.

Картельна поведінка є правопорушенням як цивільного, так і кримінального права.

Фізичні особи, які визнані винними у картельній поведінці, можуть отримати або кримінальне або цивільне покарання, а юридичні особи можуть отримати штрафи як за порушення цивільно, так і за порушення кримінального законодавства.

Щодо розмірів покарання для фізичних осіб:

- 1) за кримінальне правопорушення:
  - до 10 років позбавлення волі та/або
  - штраф у розмірі до 420 000 \$;
- 2) за цивільне правопорушення:
  - штраф до 500 000 \$.

Також варто зауважити, що юридичні особи не мають права надавати імунітет своїм співробітникам від будь-яких судових спорів чи фінансових санкцій за цими правопорушеннями.

Щодо розмірів покарання для юридичних осіб:

- 1) залежно від того, що яка сума більше накладається штраф у розмірі:
    - 10 000 000\$ або
    - 10 % річного обороту компанії за попередні 12 місяців.
- (<https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/fines-penalties#definitions> )





Варто зазначити, що така практика була відзначена Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) як одна з найбільш дієвих у світі. У 2018 році ОЕСР підготував звіт на тему «Штрафні санкції за порушення антимонопольного законодавства в Австралії», у якому зазначив про здобутки цієї системи (ознайомитися за посиланням: <http://www.oecd.org/competition/workshop-on-australian-pecuniary-penalties-for-competition-law-infringements.htm> ).

### *Великобританія*

У Великобританії картельна поведінка також являє собою цивільне та кримінальне правопорушення. Цивільне правопорушення закріплено у Законі про конкуренцію 1989 року, який відображає підхід, наявний у статті 101 Договору про функціонування Європейського Союзу. Правопорушення полягає в укладанні угоди чи узгодженості дій між двома чи більше суб'єктами господарювання, ціллю яких є викривлення, спотворення чи обмеження конкуренції на ринку в межах Великобританії.

Санкція за вищенаведене цивільне правопорушення становить:

- 1) штраф у розмірі до 10 % від річного обороту компанії;
- 2) у разі укладення антиконкурентної угоди, така угода визнається нікчемною;
- 3) направляється запит до суду про відсторонення від діяльності керівників суб'єктів господарювання від участі у торгах терміном до 15 років.

Кримінальне покарання є значно суворішим. Будь-яка фізична особа, визнана винною у вчиненні антиконкурентного правопорушення може понести покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років та/або необмежений штраф. (<https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/uk-anti-cartel-laws-and-their-enforcement> )



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

Також, варто наголосити на змінах, що відбулися у Бельгії у 2013 році у зв'язку з прийняттям нового Закону про конкуренцію: тепер штрафи за антиконкурентні дії накладаються як на компанії, так і на фізичних осіб, які безпосередньо до цього причетні. Однак наразі штраф для фізичних осіб не є доволі значним та становить €10 000. (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4ec996cd-ca8f-47ff-b80f-2c0b4539cc53> )

### **3. Шляхи вирішення проблеми.**

Необхідно звернути увагу на те, що до 2011 року в Кримінальному кодексі України (надалі ККУ) існувала стаття 228, яка передбачала кримінальну відповідальність за злочин у формі «примушування до антиконкурентних узгоджених дій, які заборонені законом про захист економічної конкуренції, шляхом насильства чи заподіяння матеріальної шкоди або погрози застосування насильства чи заподіяння такої шкоди».

Наприкінці 2008 року до парламенту був поданий законопроект, зареєстрований під № 3577, розроблений Антимонопольним комітетом України (далі - АМКУ), що передбачає кримінальну відповідальність не тільки за примушування до окремих видів антиконкурентних узгоджених дій, але й за саму участь у таких антиконкурентних узгоджених діях.

Однак, як бачимо законодавець вирішив по-інакшому, і ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4025-17> ) взагалі вилучив цю статтю з ККУ.

Таким чином, в Україні залишилася виключно адміністративна неперсоніфікована відповідальність.

Нами пропонується залишити адміністративну відповідальність за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, однак запровадити кримінальну відповідальність за вчинення таких дій повторно.



Цей проект фінансується  
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується  
Фондом Інновацій та Розвитку

Таким чином, було б доцільно повернути статтю 228 ККУ у такій редакції:

*Учинені повторно антиконкурентні узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, каратимуться штрафом від 1 до 5 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або обмеженням чи позбавленням волі на строк до 5 років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до 3 років.*

Окрім цього, необхідно внести комплекс змін до ККУ, пов'язані із запровадженням цієї статті.

#### **4. Комунікаційна стратегія.**

Комунікаційна стратегія може включати наступні елементи:

1. Створення груп стейкхолдерів відповідно до запропонованих альтернатив;
2. Просування ідей законодавчих змін щодо криміналізації повторного вчинення порушення антиконкурентного законодавства (новини, публікації, пости в соцмережах, експертні думки);
3. Проведення консультацій і переговорів із низкою громадських організацій, які займаються політикою щодо вдосконалення чинного законодавства;
4. Проведення семінарів/тренінгів з навчання;
5. Проведення «круглого столу».

