



Вих. № 1281 від 12 жовтня 2020 року

Голові Антимонопольного комітету  
України  
Піщанській О. С.

### Шановна Ольго Станіславівно!

Асоціація правників України (далі – АПУ) є всеукраїнською громадською організацією, що об'єднує понад 6 000 правників з метою сприяння втіленню в життя принципу верховенства права в державному, суспільному та громадському житті, сприяння розбудові правової держави та розвитку юридичної професії.

До лав АПУ входить значна кількість провідних експертів із різних сфер науки та практики, які володіють унікальними знаннями і широким практичним досвідом у відповідних галузях.

Зокрема, на базі АПУ функціонує Комітет з конкуренційного права (далі – Комітет АПУ), серед пріоритетів і завдань якого є робота над найбільш актуальними питаннями профільного законодавства.

31 липня 2020 р. Комітет АПУ звернувся до Антимонопольного комітету України (далі – АМКУ) за роз'ясненнями (лист № 1021) (далі – Звернення АПУ) стосовно можливості застосування виключення у визначенні вертикальних узгоджених дій, передбаченого Типовими вимогами<sup>1</sup> для певних категорій договорів доручення та комерційного посередництва (агентської діяльності), до ще одного виду посередництва – договору комісії. Зокрема, у Зверненні були наведені аргументи та пояснення на підтвердження наступного:

(а) за договором комісії посередник (комісіонер) може не нести або нести лише незначні комерційні та/або фінансові ризики. Тобто договори комісії можуть також виконувати головну умову, за якої договори доручення та комерційного посередництва підпадатимуть під виключення з визначення вертикальних узгоджених дій згідно з Типовими вимогами – відсутні або мінімальні ризики для посередника;

(б) договір комісії може також виконувати умови, встановлені Методичними рекомендаціями ЄС<sup>2</sup> до агентських договорів, за яких відповідний договір не вважається вертикальними узгодженими діями.

<sup>1</sup> Типові вимоги до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно постачання та використання товарів, затверджені розпорядженням АМКУ від 12 жовтня 2017 р. № 10-рп.

<sup>2</sup> Методичні рекомендації Європейської комісії щодо вертикальних обмежень (Guidelines on Vertical Restraints): [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines\\_vertical\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf).

ГЕНЕРАЛЬНІ ПАРТНЕРИ АСОЦІАЦІЇ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ В 2020 РОЦІ

AVERLEX

ARIO

ASTERS

ВАСИЛЬ КІСІЛЬ

VB PARTNERS  
law firm

ЮРИДИЧНЕ  
БЮРО  
ЕГОРОВ  
ПУТІНСЬКИЙ  
ЛОЛАНАСЬЄВ  
І ПАРТНЕРИ

LCF

ПАРТНЕРИ

АЛЕКСЕЄВ  
БОЯРЧУКОВ  
ТА ПАРТНЕРИ

SJS GROUP  
LAW FIRM

MORIS



Sokolovskiy  
and Partners



КУШНІР, ЯКИМ'ЯК ТА ПАРТНЕРИ  
ЮРИДИЧНА ФІРМА

1 вересня 2020 р. отримали відповідь на Звернення АПУ (лист № 300-29/01-11593 від 21 серпня 2020 р.) (далі – Лист АМКУ), у якій була висловлена позиція АМКУ з цього питання, згідно з якою договори комісії не підпадають під виключення, передбачені Типовими вимогами.

Ми дуже вдячні АМКУ за таку детальну та аргументовану відповідь та сподіваємось, що вона покладе початок ґрунтовній професійній дискусії стосовно Типових вимог до вертикальних узгоджених дій.

Нижче ми надаємо коментарі у відповідь на Лист АМКУ, у яких ми адресуємо усі аргументи АМКУ та висловлюємо думку, що договір комісії, попри певні відмінності від договору комерційного посередництва, може відповідати встановленим як Типовими вимогами, так і Методичними рекомендаціями ЄС, ознакам, за яких він не розглядається як вертикальні узгоджені дії.

## **1) Договір комісії прямо не передбачений Типовими вимогами**

Як ми розуміємо з Листа АМКУ, висновок про нерозповсюдження виключення, передбаченого Типовими вимогами, на договори комісії ґрунтується на тому, що:

*«Типові вимоги містять вичерпний перелік договорів, які не визнаються вертикальними узгодженими діями: договори доручення або комерційне посередництво (агентська діяльність), якщо повірений (комерційний агент) у зв'язку з такою діяльністю не несе або несе лише незначні комерційні та/або фінансові ризики.»*

Тобто висновок АМКУ базується на буквальному тлумаченні Типових вимог, які згадують лише договори доручення та комерційного посередництва, і не розглядає саму концепцію договору комісії як такого, що може відповідати тим сутнісним ознакам відносин, що обумовлюють причини і цілі передбаченого Типовими вимогами виключення з вертикальних узгоджених дій.

У свою чергу, як було зауважено у Зверненні АПУ, основною ознакою для виключення посередницьких договорів з вертикальних узгоджених дій повинен бути не вид договору (за національною класифікацією), а обсяг та характер ризиків, які несе посередник у зв'язку з такою діяльністю. Якщо ризики відсутні або їх розмір є незначним, тоді договори посередництва (доручення, агентської діяльності або комісії) повинні вважатися такими, що охоплюються таким виключенням. Аналогічний принцип використовується в Методичних рекомендаціях ЄС при визначенні допустимості агентських договорів.

У Зверненні АПУ було наведено детальні аргументи, які доводять, що договір комісії може не передбачати значних ризиків для комісіонера (детальніше див. Звернення АПУ та наступний розділ цього листа). Тобто не зважаючи на те, що договір комісії прямо не згадується у Типових вимогах, він фактично може відповідати критеріям, встановленим для договорів доручення та комерційного посередництва, і може так само не вважатися вертикальними узгодженими діями.

## **2) Законодавство України розрізняє договори доручення, комерційного посередництва (агентської діяльності) та комісії**

Згідно з Листом АМКУ, згадані договори відрізняються, зокрема, наступним:

*«1. Обсягом правосуб'єктності агента. У випадку договору доручення, комерційного посередництва агент діє від імені іншої особи. У випадку*

договору комісії агент діє від свого імені.»

Як зазначалося у Зверненні АПУ, не зважаючи на цю відмінність, у всіх цих договорах посередник завжди діє за рахунок особи, яку він представляє (а не за власний рахунок). Тобто посередник, використовуючи ресурси особи, яку він представляє, може не нести або нести лише незначні комерційні та/або фінансові ризики. Це означає, що головна умова, при виконанні якої договори доручення та комерційного посередництва не визнаватимуться вертикальними узгодженими діями згідно з Типовими вимогами (а саме, відсутні або мінімальні ризики для посередника), може виконуватися, в тому числі, стосовно договорів комісії.

*«2. Обсягом волевиявлення агента. У випадку комерційного посередництва агентської діяльності агент надає послуги в інтересах і під контролем іншої особи. У випадку договору комісії таких обмежень волевиявлення комісіонера немає.»*

Відповідні положення Цивільного кодексу України (ЦКУ), які регулюють договір комісії, дійсно не містять формулювання щодо надання послуг «в інтересах і під контролем іншої особи». У той же час, положення ЦКУ передбачають, що комісіонер зобов'язаний вчиняти правочини відповідно до вказівок комітента (ст. 1014 ЦКУ). ЦКУ також дозволяє сторонам договору комісії регулювати такі умови, як строк, територію, асортимент товарів, ціну, тощо. У сукупності, договір комісії може передбачати жорстке регулювання волевиявлення комісіонера і передбачати його діяльність виключно в інтересах і під контролем комітента.

Окремо слід зауважити, що договір доручення, на який розповсюджується виключення Типових вимог, також не містить формулювання щодо надання послуг «в інтересах і під контролем іншої особи». Отже, за логікою Листа АМКУ, можна зробити контроверсійний висновок про те, що передбачене Типовими вимогами виключення не повинно розповсюджуватися також на договори доручення.

*«3. Зазначені правочини відрізняються за носієм прав та обов'язків, що створюються, змінюються або припиняються. За договором доручення правочин, вчинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки лише довірителя. Аналогічно для договору комерційного посередництва. У випадку договору комісії такого обмеження немає, і комітент може створювати, змінювати, припиняти власні права та обов'язки.»*

Українське законодавство дійсно передбачає більше прав та обов'язків для комісіонера за договором комісії, порівняно з повіреним/агентом за договором доручення/комерційного посередництва. Це пов'язано з тим, що за договором комісії комісіонер (посередник) діє від власного імені, а отже створює, змінює та припиняє права та обов'язки стосовно себе, а не стосовно комітента.

Однак, як було зазначено вище, а також у Зверненні АПУ, той факт, що комісіонер діє від власного імені, не повинен впливати на аналіз договору комісії як такого, що може відповідати сутнісним ознакам, за яких він не вважається вертикальними узгодженими діями. Натомість, має враховуватися рівень комерційних та/або фінансових ризиків, які бере на себе комісіонер у зв'язку з такою діяльністю. Якщо ризики відсутні або незначні,

тоді договір повинен вважатися таким, що охоплюється виключенням з вертикальних узгоджених дій. Зокрема, за договором комісії:

- комісіонер діє за рахунок особи, яку він представляє (ст. 1011 ЦКУ);
- комітент зобов'язаний забезпечити комісіонера усім необхідним для виконання обов'язків перед третіми особами (ст. 1016 ЦКУ);
- комісіонер не відповідає перед комітентом за невиконання третьою особою договору, укладеного з нею за рахунок комітента, крім випадків, коли комісіонер був необачним при виборі цієї особи або поручився за виконання договору (делькредере) (ст. 1016 ЦКУ);
- комісіонер має право на відшкодування витрат, зроблених ним у зв'язку з виконанням договору комісії (ст. 1024 ЦКУ).

Це означає, що більшість витрат та ризиків за договором комісії можуть бути забезпечені комісіонером за рахунок комітента. Отже комісіонер, діючи від власного імені та створюючи, змінюючи та припиняючи права та обов'язки стосовно себе, може фактично не нести або нести лише незначні комерційні та/або фінансові ризики у зв'язку зі своєю діяльністю.

*«Таким чином, у випадку договору комісії комітент може виступати як самостійний суб'єкт господарського обороту.»*

Оскільки для аналізу посередницьких договорів має значення рівень ризиків посередника (комісіонера), а не особи, яку він представляє (комітента), ми розуміємо, що малося на увазі, що комісіонер (посередник), а не комітент (особа, яку представляє комісіонер), може виступати як самостійний суб'єкт господарського обороту у випадку договору комісії.

Як більш детально описано вище, а також у Зверненні АПУ, комісіонер за договором комісії дійсно може мати більше самостійності, ніж повірений/агент за договором доручення/комерційного посередництва. Однак це не повинно впливати на аналіз договору комісії як такого, що може бути допустимим, оскільки комісіонер усе одно може не нести або нести лише незначні комерційні та/або фінансові ризики у зв'язку зі своєю діяльністю. Отже, головна умова, яку Типові вимоги висувають до договорів доручення та комерційного посередництва при аналізі їх допустимості (а саме, відсутні або мінімальні ризики для посередника), може також виконуватися стосовно договорів комісії.

### **3) Відсутність обов'язку щодо імплементації Методичних рекомендацій ЄС в українське законодавство**

Як це більш детально пояснювалося у Зверненні АПУ, договір комісії може виконувати умови, встановлені Методичними рекомендаціями ЄС до агентських договорів, і вважатися допустимим.

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони (Угода про асоціацію), дійсно не містить прямого формулювання про зобов'язання України імплементувати Методичні рекомендації ЄС в українське законодавство.

Однак, як зазначалося у Зверненні АПУ, Методичні рекомендації ЄС розкривають зміст, уточнюють та деталізують правила, викладені в Регламенті Комісії (ЄС) №330/2010<sup>3</sup>, який Україна зобов'язана імплементувати згідно зі ст. 256 Угоди про асоціацію. Таким чином, імплементация Регламенту Комісії (ЄС) №330/2010 неможлива без імплементации його змістового наповнення, розкритого в Методичних рекомендаціях ЄС. Відтак, застосування Типових вимог не повинно суперечити також Методичним рекомендаціям ЄС.

Крім того, як ми розуміємо, виключення для договорів доручення та комерційного посередництва, передбачені у Типових вимогах, були розроблені АМКУ саме на основі Методичних рекомендацій ЄС. Враховуючи, що Методичні рекомендації ЄС можуть поширюватися у т. ч. на договори комісії, правильно було б припустити, що Типові вимоги також повинні застосовуватися до цих договорів і передбачати можливість їх звільнення з-під правил щодо контролю за узгодженими діями.

#### **4) Зміст агентської угоди в значенні Методичних рекомендацій ЄС та договору комісії у розумінні ЦКУ не тотожні**

У листі АМКУ було зазначено наступне:

*«При цьому, відповідно до п. 12 зазначених Методичних рекомендацій: агентом є юридична або фізична особа, наділена повноваженнями вести переговори та/або укладати контракти в інтересах іншої особи (принципала), як від власного імені, так і від імені принципала щодо купівлі товарів або послуг принципалом, або продажу товарів або послуг, що постачаються принципалом.*

*Отже, на відміну від договору комісії, визначеного статтею 1011 Цивільного кодексу України, агентська угода у значенні Методичних рекомендацій стосується виключно купівлі або продажу товарів принципала (лом), тобто зміст агентської угоди в значенні Методичних рекомендацій та договору комісії у розумінні Цивільного кодексу України не тотожні.»*

Пункт 12 Методичних рекомендацій ЄС встановлює коло відносин, на які може розповсюджуватися виключення для агентських договорів. А саме, це відносини, у яких агент (посередник) представляє принципала як від власного імені, так і від імені принципала щодо купівлі або продажу товарів принципала(лом). Цей пункт не передбачає необхідності закріплення в законодавстві окремого виду договору, який буде стосуватися виключно таких відносин, а натомість він передбачає можливість застосування виключення до існуючих видів договорів, які задовольняють відповідні критерії.

Договір комісії може застосовуватись до купівлі або продажу товарів принципала(лом), і у цій частині він може виконувати вимоги, встановлені Методичними рекомендаціями ЄС, і бути допустимим. Факт того, що договір комісії може застосовуватися також до інших правовідносин, не повинен впливати на можливість його виключення з вертикальних узгоджених дій при його застосуванні у сфері відносин з купівлі-продажу.

Крім того, використовуючи логіку Листа АМКУ, можна дійти висновку, що договори доручення та комерційного посередництва також не є тотожними агентському договору згідно з Методичними рекомендаціями ЄС, оскільки вони також можуть застосовуватися до інших відносин, окрім купівлі або продажу товарів принципала(лом). Однак цей висновок буде очевидно хибним, оскільки Типові вимоги прямо передбачають застосування виключення до цих договорів.

<sup>3</sup> Регламент Комісії (ЄС) №330/2010 від 20 квітня 2010 року про застосування статті 101(3) Договору про функціонування Європейського Союзу до категорій вертикальних угод та узгоджених дій.

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що наразі існує певна юридична невизначеність стосовно віднесення договорів комісії до вертикальних узгоджених дій, якщо комісіонер (посередник) у зв'язку з такою діяльністю не несе або несе лише незначні комерційні та/або фінансові ризики. Основною метою встановлення АМКУ типових вимог до узгоджених дій є роз'яснення норм законодавства і забезпечення правової визначеності для суб'єктів господарювання, в даному випадку, зокрема, щодо того, які дії можуть вважатись вертикальними узгодженими діями, а які ні.

Забезпечення правової визначеності є необхідним для того, щоб дати змогу суб'єктам господарювання самостійно оцінити правомірність своїх угод, і в той же час зменшити адміністративний тиск на органи АМКУ, пов'язаний з необхідністю розгляду заяв про угоди, які з огляду на їх зміст/сутність не потребують звернення за дозволом до органів АМКУ. Тому ми переконані, що для забезпечення ефективності застосування Типових вимог необхідно розглянути можливі варіанти усунення зазначеної правової невизначеності.

З метою пошуку шляхів вирішення існуючої невизначеності **просимо провести обговорення вказаного питання в рамках зустрічі з Комітетом АПУ або відео дзвінка у зручному для Вас форматі**, проведення якого пропонуємо попередньо узгодити в робочому порядку.

Заздалегідь вдячні за розгляд цього листа. Якщо у Вас виникнуть будь-які питання чи необхідність обговорення, будь ласка, звертайтеся до **Олександра Вознюка**, тел.: +38 067 83 999 00, ел. адреса [komitet@uba.ua](mailto:komitet@uba.ua).

**З повагою,**

**Голова Комітету  
з конкуренційного права  
Асоціації правників України**



**Олександр Вознюк**