

**Пропозиції**  
до проекту розпорядження Антимонопольного комітету України  
«Про затвердження змін до Положення про концентрацію»

Нова редакція (зміст) відповідних положень Акту	Пропозиції Комітету АПУ з конкуренційного права
<p>I. Загальні положення</p> <p>3 . Терміни вживаються в цьому Положенні у таких значеннях:</p> <p>...</p> <p><b>єдиний майновий комплекс суб'єкта господарювання</b> - усі види майна, призначені для діяльності з виробництва, реалізації, придбання певного виду товару, в тому числі будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировина, продукція, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права, включаючи права на земельні ділянки, в тому числі цілісний майновий комплекс.</p> <p><b>цілісний майновий комплекс</b> - господарський об'єкт із завершеним циклом виробництва продукції (робіт, послуг) з наданою йому земельною ділянкою, на якій він розміщений, автономними інженерними комунікаціями, системою енергопостачання.</p>	<p>Закон "Про захист економічної конкуренції" (далі – "<b>Закон</b>") і Положення містять поняття "частина суб'єкта господарювання", яку, відповідно до цілей Закону, слід розуміти як активи, що складають підприємство(а) або частину одного чи кількох підприємств, як бізнес з присутністю на ринку, до якого можна віднести певний ринковий оборот. Такою частиною суб'єкта господарювання може бути єдиний майновий комплекс (ЄМК), якщо останній відповідає вказаним сутнісним ознакам частини суб'єкта господарювання в розумінні Закону.</p> <p>В той же час, запропоноване визначення ЄМК залишається нечітким з точки зору окреслення цих його ознак та відповідності цілям Закону.</p> <p>Так, запропоноване визначення дозволяє стверджувати, що набуття <i>будь-якого окремого майна</i> (тобто, окремо торгової марки, окремо сировини, окремо устаткування), а не лише <i>сукупності</i> всього майна, яка забезпечує <i>певну господарську діяльність на ринку, вважатиметься концентрацією</i>.</p> <p>Також, визначення ЄМК <i>суб'єкта господарювання</i> є дещо ширшим, ніж його змістовне наповнення в інших законах, які визначають ЄМК <i>підприємства</i> чи <i>структурного підрозділу</i> підприємства, в чому немає необхідності і що може внести додаткову плутанину в призначення цього терміну.</p> <p>Крім того, майно, призначене для діяльності з <i>придбання</i> певних товарів, посилює</p>

правову невизначеність щодо визначення такого майна і навряд чи відповідає цілям Закону, скоріше, мала би значення лише діяльність з виробництва, складовою якої автоматично є придбання необхідних ресурсів. Тому доцільно не вказувати на діяльність з придбання товарів.

Імовірно, ці недоліки визначення зумовлені, зокрема, тим, що у ньому використовуються ознаки ЄМК, запозичені з інших законів, в яких реалізовано, хоча не в повній мірі, намагання поєднати ознаки **підприємства** як суб'єкта та об'єкта права з акцентом на його діяльності, яка для такого поєднання є його важливою характеристикою (не просто наявність в юридичної особи майна). Зокрема, на це вказують особливості визначення ЄМК в різних законах (наведені витяги):

**Цивільний кодекс:**

**Стаття 191. Підприємство як єдиний майновий комплекс**

- 1. Підприємство є єдиним майновим комплексом, що використовується для здійснення підприємницької діяльності.*
  - 2. До складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять усі види майна, **призначені для його діяльності**, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інші позначення та інші права, **якщо інше не встановлено договором або законом.***
  - 3. Підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю.*
- [...]

**Господарський кодекс:**

**Стаття 146. Приватизація державних та комунальних підприємств**

- 1. Майно єдиного **цілісного** майнового комплексу державного (комунального) підприємства **або його окремих підрозділів**, що є єдиними (цілісними) майновими комплексами і **виділяються в самостійні підприємства**".*
- [...]

**Закон "Про приватизацію державного та комунального майна**

**п. 13 ст. 1:**

- "13) єдиний майновий комплекс **державного або комунального підприємства, його структурного підрозділу** – усі види майна, **призначені для діяльності підприємства, його структурного підрозділу**".*

	<p>Враховуючи викладене, з метою узгодження цілей Закону, визначення ЄМК та забезпечення більшої правової визначеності пропонуємо:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) розглянути можливість розкрити в Положенні ознаки частини суб'єкта господарювання як об'єкта економічної концентрації, тим самим забезпечивши додаткові ознаки ЄМК та ЦМК як окремих випадків частини суб'єкта господарювання - об'єкта концентрації та узгодивши визначення об'єкта концентрації з його визначенням Регламенті Ради (ЄС) №139/2004 від 20 січня 2004 року та Консолідованому повідомленні Комісії ЄС (2008/С 95/01) до нього;</li> <li>2) визначення ЄМК надати як сукупності майна підприємства чи його структурного підрозділу, яка забезпечує можливість господарської діяльності на ринку (відповідно до сукупності ознак поняття "частина суб'єкта господарювання").</li> </ol> <p>Опрацювання варіантів конкретних визначень потребує додаткового часу і АПУ буде вдячна за можливість взяти участь в подальшому обговоренні проекту і запропонувати можливі їх варіанти.</p>
<p><b>VI. Механізм обчислення показників учасників концентрації.</b></p> <p>[...]</p> <p><b>1.1.</b> У випадку, коли концентрація полягає у набутті контролю над частиною суб'єкта господарювання (єдиного майнового комплексу, структурного підрозділу) незалежно від наявності в неї статусу юридичної особи, при розрахунку обсягів реалізації товарів учасників концентрації використовується виключно</p>	<p>АПУ підтримує ініціативу АМКУ щодо спрощення режиму контролю за концентраціями, існуючого в Україні, і вважає за необхідне висловити наступні пропозиції щодо її реалізації.</p> <p><b>1. Щодо підпункту 1.1 пункту 1 Розділу V</b></p> <p>Запропонована редакція потребує удосконалення з огляду на ризики виведення з під контролю за структурою ринків та їх монополізації потенційного значного масиву економічних концентрацій внаслідок неврахування обороту всіх тих підприємств, які в результаті концентрації будуть входити до суб'єкта господарювання як групи компаній, пов'язаних відносинами контролю. Зазначене зумовлено тим, що виходячи з запропонованої редакції, при розрахунку обороту не враховується не лише оборот тієї частини продавця, над якою не набувається контроль, але й також:</p>

оборот, безпосередньо пов'язаний із діяльністю цієї частини суб'єкта господарювання.

**1.2.** У випадку, коли концентрація полягає у набутті у власність чи одержанні в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує перевищення 50 відсотків голосів у вищому органі управління суб'єкта господарювання юридичної особи, що є

- 1) не враховується оборот підприємств, які мають/зберігають (спільний) контроль над частиною суб'єкта господарювання, яка є об'єктом концентрації;
- 2) не враховується оборот підприємств, які знаходяться під контролем частини суб'єкта господарювання, яка є об'єктом набуття контролю (таке тлумачення можливе з огляду на те, що в п.п. 1.2. та 1.3 прямо передбачено врахування обороту підконтрольних безпосередньому об'єкту концентрації підприємств);
- 3) не враховується оборот підприємств, які знаходяться під контролем підприємств, вказаних у п. 1).

Слід також врахувати, що необхідність врахування обороту підприємств, вказаних у п.п. 1) – 3) передбачена також положеннями частини четвертої статті 5 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004 від 20 січня 2004 року щодо контролю за концентраціями суб'єктів господарювання.

У зв'язку з наведеним, запропонований підпункт 1.1 пункту 1 розділу VI Положення про концентрацію потребує доопрацювання, зокрема, узгодження з положеннями статті 5 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004 від 20 січня 2004 року щодо контролю за концентраціями суб'єктів господарювання, як це передбачено ст. 256 Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС.

Для визначення кола осіб, оборот яких має враховуватися у випадку концентрацій, передбачених пунктами 1.1 та 1.2, пропонуємо використовувати конструкцію визначення контролюючих та підконтрольних осіб, яка застосовується у статті 5 згаданого Регламенту, з урахуванням пропозицій, наведених нижче у п. 6.

## **2. Щодо підпункту 1.2 пункту 1 Розділу V**

Підпункт 1.2 також не передбачає врахування обороту групи підприємств, які продовжують здійснювати (спільний) контроль на суб'єктом господарювання – об'єктом концентрації, як вказано вище у п.п. 1) та 3), що також може негативно впливати на ефективність системи контролю за концентраціями.

У зв'язку з наведеним, підпункт 1.2 потребує відповідного доопрацювання з

частиною суб'єкта господарювання як групи осіб, при розрахунку обсягів реалізації товарів учасників концентрації використовується виключно оборот, безпосередньо пов'язаний із діяльністю особи, частка (акції, паї) якої набуваються (одержуються) та осіб, над якими здійснюється контроль цією особою.

**1.3.** У випадках коли за останні два фінансових роки між тими ж самими особами та/чи суб'єктами господарювання було укладено декілька правочинів щодо придбання частин одного того ж (одних і тих же) суб'єкта господарювання, при обчисленні показників учасників концентрації сукупний обсяг реалізації товарів кожної з таких частин, визначений з урахуванням підпункту 1.1 пункту 1 Розділу V цього Положення" сумується і усі такі дії вважаються однією концентрацією.

урахуванням необхідності забезпечення його узгодженості зі статтею 5 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004 від 20 січня 2004 року.

Для визначення кола осіб, оборот яких має враховуватися, пропонуємо використовувати конструкцію визначення контролюючих та підконтрольних осіб, яка застосовується у статті 5 згаданого Регламенту.

### 3. Щодо підпункту 1.3 пункту 1 Розділу V

Як ми розуміємо, положення підпункту 1.3 покликані запобігти ухиленню від режиму контролю за концентраціями шляхом поділу концентрації на частини, які або не ставлять концентрацію, або окремо не досягають порогових показників, за яких необхідним є одержання дозволу АМКУ.

З метою підвищення правової визначеності щодо оцінки таких транзакцій як концентрації та розрахунку порогових показників, пропонуємо визначити на яку дату необхідно враховувати дані щодо обсягу реалізації товарів у випадку кожної з таких транзакцій. Зокрема, за основу може бути взятий підхід, передбачений статтею 5 Регламенту Ради (ЄС) №139/2004 від 20 січня 2004, що розрахунку порогових показників транзакцій на дату останньої транзакції:

*«1.3. У випадках коли за останні два фінансових роки між тими ж самими особами та/чи суб'єктами господарювання було укладено декілька правочинів щодо придбання частин одного ї того ж (одних і тих же) суб'єкта **(-ів)** господарювання, при обчисленні показників учасників концентрації сукупний обсяг реалізації товарів щодо кожної з таких частин, визначений з урахуванням підпункту 1.1 пункту 1 Розділу V цього Положення, сумується і усі такі придбання вважаються однією концентрацією на дату останнього правочину.».*

### 4. Щодо поширення запропонованих змін на окремі випадки концентрацій.

Запропоновані зміни не враховують усі види концентрацій, передбачені ст. 22 Закону, в яких так само не можна виключати наявність обставини спільного контролю над об'єктом концентрації кількох осіб та втрати контролю одним з них, зокрема:

- набуття у власність чи одержання в управління часток (акцій, паїв), що забезпечує: (i) досягнення 50 відсотків голосів у вищому органі управління суб'єкта господарювання; (ii) досягнення або перевищення 25 відсотків голосів у вищому органі управління суб'єкта господарювання;
- злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого;
- набуття контролю над суб'єктом господарювання (зокрема, шляхом набуття часток (акцій, паїв), що забезпечують права вето, або шляхом зміни якості контролю).

Вважаємо, що запропонована нова концепція визначення порогових показників концентрації має поширюватись на всі випадки концентрацій.

#### **5. Щодо узгодженості передбачених у Проекті показників концентрації з показниками, встановленими Законом.**

Відповідно до ст. 24 Закону для розрахунку порогових показників концентрації повинні враховуватися як дані щодо сукупного обсягу реалізації товарів (робіт, послуг), так і дані щодо *сукупної вартості активів*.

#### **6. Щодо узгодженості передбаченого у Проекті підходу до визначення учасників концентрації при розрахунку порогових показників положенням ст. 23 Закону.**

Статтею 23 Закону встановлено, що учасниками концентрації є, зокрема, **фізичні та юридичні особи, пов'язані з учасниками концентрації, зазначеними в абзацах другому - п'ятому вказаної статті, відносинами контролю, що дає підстави визнати відповідну групу осіб згідно зі статтею 1 Закону єдиним суб'єктом господарювання.**

Статтею 24 Закону встановлено, що сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації визначається з **урахуванням відносин контролю**.

Відповідно до ч. 4 ст.24 Закону, **порядок обчислення порогових показників**, що використовуються для цілей цієї статті, а також його особливості стосовно окремих категорій суб'єктів господарювання встановлюються АМКУ.

Таким чином, Закон імперативно визначає коло осіб – учасників концентрації, вартість активів та обсяг реалізації товарів яких враховується при визначення необхідності одержання попереднього дозволу АМКУ на концентрацію. У зв'язку з цим, запропоновані у Проекті зміни щодо такого кола осіб - учасників концентрації можуть розглядатись як такі, що звужують сферу контролю за концентраціями, встановлену Законом.

Зокрема, делегування Законом права АМКУ визначати порядок обчислення порогових показників може стосуватися питань урахування ПДВ, визначення джерел для обчислення показників (фінансова звітність, форма-2), а також передбачати особливості їх обчислення щодо фінансових установ і подібні питання, однак запропоновані зміни передбачають зміну концепції визначення порогових показників концентрації, закладену у ст. 23 та 24 Закону. У зв'язку з цим, з метою запобігання виникненню правових колізій між актами різної юридичної сили, неоднакового застосування положень Закону та Положення про концентрацію та пов'язаних з цим ризиків для суб'єктів господарювання, вважаємо за доцільне запропоновану концепцію розрахунку порогових показників концентрації спочатку передбачити в Законі, відповідним чином змінивши положення статті 23 та 24 Закону.