
КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(132)05

УДК 347.731.2

МАЗАРАКІ Наталія,

д. ю. н., професор, завідувач кафедри
міжнародного, цивільного
та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету

вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна

ORCID: 0000-0002-1729-7846

n.mazaraki@knute.edu.ua

MAZARAKI Nataliia,

Doctor of Science (Law), Professor,
Head of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics

19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine

ORCID: 0000-0002-1729-7846

n.mazaraki@knute.edu.ua

ГЕРАСИМЕНКО Анжеліка,

д. е. н., професор,
проректор з науково-педагогічної роботи
та міжнародних зв'язків
Державного торговельно-економічного
університету

вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна

ORCID: 0000-0003-0313-6942

a.gerasymenko@knute.edu.ua

GERASYMENKO Anzhelika,

Doctor of Science (Economics), Professor,
Vice-rector for Research,
Pedagogical Activities and International
Relations
State University of Trade and Economics

19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine

ORCID: 0000-0003-0313-6942

a.gerasymenko@knute.edu.ua

КРИТЕРІЙ ПОВНОФУНКЦІОНАЛЬНОСТІ ЯК ДЕТЕРМІНАНТА СПОСОБУ КОНЦЕНТРАЦІЇ РИНКОВОЇ ВЛАДИ

У статті досліджується інститут спільних підприємств у координатах конкурентного права. З огляду на обрану засновниками спільного підприємства стратегію взаємодії та фокус на відносинах контролю чи координації, спільні підприємства можуть генерувати різні ризики для конкурентного середовища й повинні досліджуватися та контролюватися за різними процедурами: процедурою контролю за концентрацією суб'єктів господарювання або процедурою контролю за узгодженими діями суб'єктів господарювання. Керуючись інституційним аналізом способів концентрації ринкової влади та європейським досвідом конкурентної політики (правотворення та правозастосування), автори статті

CRITERION OF FULL FUNCTIONALITY AS A DETERMINANT OF THE MODE OF MARKET POWER CONCENTRATION

The article examines the institution of joint ventures in the context of competition law. Depending on the strategy of interaction chosen by the parents of the joint venture and the focus on control or coordination relations, joint ventures may generate heterogeneous risks for the competitive environment. They should be investigated and controlled under different procedures: the procedure for controlling the concentration of economic entities or the procedure for controlling concerted actions of economic entities. Guided by the institutional analysis of the methods of market power concentration and the European experience of competition policy (law-making and law enforcement), the authors of the article propose, test and find



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

висувають, перевіряють і знаходять підтвердження гіпотези щодо спроможності критерію повнофункціональності господарської діяльності спільного підприємства визначити спосіб концентрації ринкової влади, обраний його засновниками, та зрештою детермінувати застосування відповідних йому процедур контролю. Зокрема повнофункціональність є ознакою концентрації суб'єктів господарювання на протизагу їх узгодженим діям. Запровадження критерію повнофункціональності в українське законодавство про захист економічної конкуренції, з одного боку, є кроком його наближення до *acquis* ЄС, а з іншого – способом підвищення ефективності процедур антимонопольного контролю. У статті також пропонуються шляхи подальшого удосконалення практики застосування відповідного критерію як важеля перемикання режимів антимонопольного контролю залежно від способу концентрації ринкової влади.

Ключові слова: спільні підприємства, концентрація суб'єктів господарювання, узгоджені дії, концентрація, критерій повнофункціональності господарської діяльності, конкурентна політика, конкурентне право.

confirmation of the hypothesis regarding the ability of the criterion of the full-functionality of a joint venture's economic activity to determine the method of market power concentration chosen by its founders and, ultimately, to determine the application of the control procedures corresponding to it. In particular, full-functionality is a sign of the concentration of business entities as opposed to their concerted actions. The introduction of the full-functionality criterion into Ukrainian legislation on the protection of economic competition is, on the one hand, a step closer to the EU *acquis*, and on the other hand, a way to increase the efficiency of antitrust control procedures. The article also suggests ways to improve further the practice of applying the relevant criterion as a lever for switching the antimonopoly control regimes depending on the method of market power concentration.

Keywords: joint ventures, concentration of business entities, concerted actions, merger, criterion of full-functionality of economic activity, competition policy, competition law.

JEL Classification: K21, L10, L40.

Вступ

Зміни до Закону України "Про захист економічної конкуренції" (2001), що набули чинності 01 січня 2024 р., передбачають серед іншого запровадження такої форми концентрації, як "створення двома та більше суб'єктами господарювання суб'єкта господарювання, який самостійно здійснюватиме повнофункціональну господарську діяльність протягом тривалого періоду". Відповідно до ст. 2 зазначеного Закону доповнена поняттям "повнофункціональна господарська діяльність", а ч. 3 ст. 22 – положеннями про врахування критерію повнофункціональності за розмежування понять концентрації та узгоджених дій суб'єктів господарювання.

Передумовою цього нововведення є, по-перше, дальше наближення конкурентного права України до *acquis* ЄС, по-друге, удосконалення правових засад захисту економічної конкуренції у частині контролю за концентраціями суб'єктів господарювання та узгодженими діями. Критерій повнофункціональності (далі – КПФ) у цьому сенсі має економічне обґрунтування, сприяє більшій визначеності щодо виконання вимог конкурентного законодавства суб'єктами господарювання та конкурентним відомством.

Феномен спільних підприємств (далі – СП) у координатах конкурентного права й політики вже давно приваблював дослідників своєю неоднозначністю й багатолікістю. Низка відповідних публікацій побачила світ у 1980–1990-х рр. – серед них праці: Дж. Ф. Бродлі (*Brodley*, 1982), Р. Пітофського (*Pitofsky*, 1985), Н. Гарднера (*Gardner*, 1990) та ін. Тоді вперше став очевидним антиконкурентний потенціал СП, що часто залишалися поза межами конкурентного законодавства, вимагаючи

відповідних змін останнього. При цьому навіть там, де СП ставали об'єктом антитрестівського дослідження, дискусійним залишалося питання щодо векторів їх впливу на конкурентне середовище і, відповідно, необхідного інструментарію дослідження. Важливим тут виявився внесок Х.-П. Готтінга та В. Ніковіца (*Gotting & Nikowitz, 1989*), що здійснили порівняльний аналіз одноосібних і координуючих ефектів СП на конкуренцію на задіяних ринках, керуючись досвідом Німецького антикартельного відомства та загальноєвропейською практикою, а також дослідження Б. Бенсайда, Д. Енкауа, А. Вінклера (*Bensaid, Encaoua & Winckler, 1994*), які змогли проілюструвати, що вибір типу С засновниками часто був функцією жорсткості національного конкурентного законодавства, а отже конкурентні ефекти спільного підприємництва є не просто зовнішнім ефектом консолідаційних угод, але часто їх цільовою функцією. Сучасні публікації певною мірою продовжують логіку тогочасних, накладаючи її на законодавчі новації, судові прецеденти та нову ринкову кон'юнктуру, дотримуючись юрисдикційного фокуса. Наприклад, серед дослідників відповідної проблематики в ЄС варто згадати Л. Мораїса (*Morais, 2013*), К. Баса (*Bas, 2015*), Д. Бреверна та М.-Ф. Шопса (*Brevern & Schöps, 2023*). В Україні дослідження конкурентних ефектів спільного підприємництва та законодавчої бази їх регулювання залишається непопулярним, обмежуючись побіжними згадками у межах більш комплексних досліджень системи державного регулювання конкурентних відносин (Герасименко, 2012; Смирнова, 2015), а також векторів адаптації конкурентного законодавства України до права ЄС (Вишневський, Івахненко, 2022; Райлян, 2022). Застосування КПФ господарської діяльності СП для визначення способу концентрації ринкової влади та відповідних йому процесуальних засад досі не ставав предметом академічних досліджень в Україні, попри активне його використання в інших країнах, насамперед в ЄС, а також фактичне його введення в українське законодавство.

В основі цієї статті лежить гіпотеза щодо спроможності КПФ визначити спосіб концентрації ринкової влади, обраний засновниками СП, та зрештою детермінувати застосування відповідних йому процедур контролю в межах української конкурентної політики. Її перевірка й складає мету відповідного дослідження. Саме ж дослідження передбачає функціональне поєднання інституційного аналізу змісту та способів концентрації ринкової влади (з використанням теоретичного підґрунтя теорії галузевих ринків) з контент-аналізом конкурентного права ЄС та України, прецедентів його застосування, що у своїй сукупності дають можливість оцінити ефективність КПФ для відбору процесуального інструментарію антимонопольного контролю.

Стаття складається з трьох розділів. У першому автори визначають зміст та способи концентрації ринкової влади, складність та особливість інституту спільних підприємств як окремого способу, що потребує виокремлення чіткого та прозорого критерію їх класифікації. Другий розділ розкриває європейський досвід застосування КПФ для

класифікації способів концентрації ринкової влади й відбору відповідних їм процедур та інструментів контролю. У третьому розділі йдеться про запровадження КПФ в українське законодавство, перспективи його застосування та вдосконалення.

1. Зміст і способи концентрації ринкової влади

Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку (2002, п. 1.2) характеризує ринкову владу як здатність суб'єкта господарювання (групи суб'єктів господарювання) визначати чи суттєво впливати на умови обороту товару на ринку, не допускати, усувати, обмежувати конкуренцію, зокрема підвищувати ціну та підтримувати її понад рівень ціни, що існував би за умов значної конкуренції. Ця дефініція є "результативною" у тому сенсі, що визначає ринкову владу за результатом її накопичення та експлуатації, фактично не розкриваючи передумов і способів її формування, не ілюструючи міри достатності для забезпечення відповідного впливу.

У попередніх працях (Герасименко, 2014; Уманців, 2020) зазначалися джерела ринкової влади: ринкова концентрація, бар'єри вступу на ринок, еластичність попиту, диференціація товарів, державне регулювання, інформаційна асиметрія та соціальний капітал. Їхній аналіз дає змогу виокремити два способи формування достатнього рівня ринкової влади для виконання нею функцій, наведених у дефініції вище: управління межами ринку та встановлення контролю над пропозицією, що є двома сторонами однієї медалі. Перший спосіб передбачає управління попитом у спосіб, що звужує межі релевантних ринків та призводить до концентрації ринкової влади. Другий забезпечує концентрацію ринкової влади шляхом злиттів, поглинань, узгоджених дій між конкурентами та інших способів встановлення контролю над господарською поведінкою учасників ринку. Як зазначалося у вступі, у цій статті ми сфокусуємося на останньому.

З економічного погляду концентрація суб'єктів господарювання (злиття, поглинання, набуття контролю над цілим або частинами іншого суб'єкта господарювання, що дає можливість чинити вирішальний вплив на його господарську діяльність тощо), і їх узгоджені дії мають один і той самий результат – раніше незалежні суб'єкти господарювання діють спільно, реалізуючи одну погоджену стратегію і поведуться на ринку як єдиний суб'єкт господарювання (умовний монополіст), максимізуючи сукупний прибуток. Єдина відмінність між цими альтернативними способами концентрації ринкової влади полягає у стійкості останньої як результату концентрації.

У випадку концентрації суб'єктів господарювання утворюється стійкий ринковий гравець, що управляється з єдиного центру. Його господарська діяльність жорстко підпорядкована інтересам власника (-ів) і чітким внутрішньоорганізаційним регламентам. Ймовірність відхилень від погодженої стратегії поведінки прямує до нуля.

У разі узгоджених дій суб'єктів господарювання стійкість об'єднання є значно меншою. Спільний інтерес у вигляді завищеного (аж до монопольного) сукупного прибутку вступає у постійний конфлікт зі спокусою відхилення від спільної рівноваги та здобуття ще більшого разового прибутку, вилученого не тільки з постачальників і споживачів, але й з безпосередніх конкурентів, які продовжують діяти погоджено, тим самим піддаючи себе ризику втрат. Цей ризик додатково посилює стимули до відхилення від спільної рівноваги, адже тільки перший ухилиянт отримує прибуток, інші отримують збитки. А отже рано чи пізно відповідне договірне утворення припинить своє існування.

Наявність описаних відмінностей обумовлює різницю у підходах до контролю за концентрацією та узгодженими діями суб'єктів господарювання. Наприклад, в Україні є два альтернативні регламенти, що визначають процедуру нотифікації концентрацій – Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію) (2002) та узгоджених дій суб'єктів господарювання – Положення про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання (2002). Відмінними є кількісні та предметні пороги нотифікації, множина блокових виключень (Закон України "Про захист економічної конкуренції", 2001; Типові вимоги, 2002) тощо. Подібною є практика у ЄС, США, інших країнах.

У цьому контексті цікавим є такий спосіб концентрації ринкової влади, як створення кількома суб'єктами господарювання СП. Законодавство ЄС визначає спільне підприємство як таке, що знаходиться під спільним контролем двох або більше інших підприємств (ЄС, 2002, с. 29). Одне з найцитованіших доктринальних визначень СП у контексті відносин економічної конкуренції має такі критерії: (а) суб'єкт господарювання здійснює господарську діяльність окремо від засновників (материнських компаній); (б) цей суб'єкт господарювання контролюється спільно засновниками, які не перебувають під спільним контролем; (в) кожен із засновників робить значний внесок у суб'єкт господарювання; і (г) це призводить до створення нових виробничих потужностей, нової технології чи продукту або виходу на новий ринок (Brodley, 1982, с. 1524–1525). При цьому критерій "в" підкреслює структурний аспект СП (Pitofsky, 1985, с. 893; Werden, 1998, с. 702) (С на рис. 1), що перебувають під спільним корпоративним контролем засновників (А і В на рис. 1). Засновники мають достатньо повноважень для вирішального впливу на господарську діяльність спільного підприємства, що свідчить про наявність відносин контролю між засновниками та новоствореним СП, однозначно вказуючи на концентрацію суб'єктів господарювання.

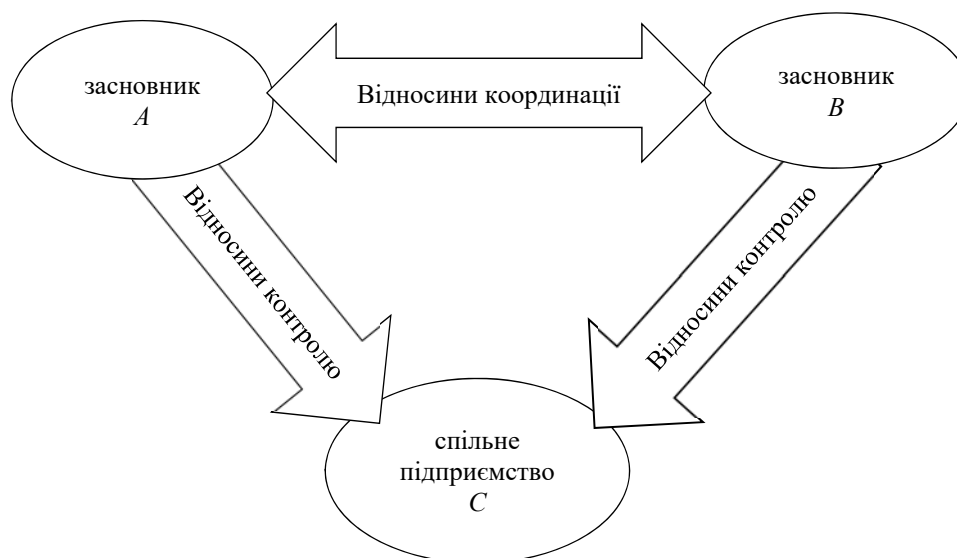


Рис. 1. Система відносин у межах спільного підприємства

Джерело: складено авторами.

Водночас відносини контролю не виникають між засновниками СП, тоді як саме таке підприємство може стати платформою для систематичної комунікації та координації господарської поведінки засновників (відносини координації). У такому разі створення СП є уособленням узгоджених дій засновників і має регулюватися відповідними регламентами.

Межа між зазначеними різними практиками спільного підприємництва є дуже тонкою і не завжди очевидною. І якщо у разі порушення законодавства про захист економічної конкуренції правовий режим розгляду справи передбачає достатньо ресурсів для з'ясування відмінностей, то набагато простіша процедура нотифікації, а тим паче інститут блокових виключень потребують більш чітких і юридично однозначних критеріїв класифікації способів концентрації ринкової влади. Таким критерієм наразі стала повнофункціональність господарської діяльності спільного підприємства, що формує чітко вимірний аргумент на користь визнання відповідної практики концентрацією, а не узгодженими діями суб'єктів господарювання.

2. Європейська практика застосування критерію повнофункціональності

Складові поняття повнофункціональної господарської діяльності суб'єкта господарювання висвітлені в Консолідованому юрисдикційному повідомленні Європейської комісії до Регламенту ЄС №139/04 про контроль за концентраціями суб'єктів господарювання (ЕС, 2008b) та відтворюють економічну природу спільних підприємств, окреслену

вище у дослідженні. Так, Європейська Комісія оцінює можливість здійснення суб'єктом господарювання повнофункціональної господарської діяльності з огляду на:

- самостійність та незалежність суб'єкта господарювання;
- наявність достатніх ресурсів у суб'єкта господарювання;
- відсутність необхідності економічних зв'язків із засновниками.

КПФ, по суті, вимагає, щоб СП мало незалежний характер, що дає змогу йому виконувати функції, що зазвичай здійснюють підприємства на тому самому ринку. При цьому вимога незалежності має дві основні характеристики: самодостатність і комерційна автономія (Bas, 2015, с. 50).

За визначення самостійності та незалежності СП Європейська комісія розрізняє автономію суб'єкта господарювання стосовно прийняття рішень саме на оперативному рівні, резюмуючи, що сама природа СП передбачає, що стратегічні рішення прийматимуться засновниками (материнськими компаніями). Стратегічні рішення в цьому сенсі зазвичай включають рішення, пов'язані з бюджетом, бізнес-планом або призначенням вищого керівництва. Рішення щодо великих інвестицій також можуть розглядатися як стратегічні, залежно від характеру ринку. Спільне підприємство має бути по суті незалежним від материнських компаній у визначенні своєї комерційної політики, товарообороту з іншими суб'єктами господарювання, також умови комерційної політики СП мають бути однаковими щодо материнських та інших компаній. Наприклад, Європейська комісія у своїх рішеннях зазначала, що комерційні рішення, що стосуються повсякденної діяльності зазвичай повинні прийматися незалежним керівництвом спільного підприємства без потенційного застосування права вето з боку будь-якої материнської компанії (ЕС, 2004, п. 12; ЕС, 2008а, п. 12–15). За таких умов можна стверджувати про присутність СП на ринку як окремого учасника. Таким чином, СП, які виконують лише одну конкретну функцію, наприклад, науково-дослідну, з виробництва або дистрибуції, в основному не вважаються повнофункціональними, оскільки вони не мають власного доступу до ринку або присутності на ньому (ЕС, 2008b, п. 95).

Підтвердження самостійності та незалежності СП має особливу вагу для отримання дозволу на концентрацію, якщо материнські компанії присутні на ринках, на яких планується діяльність спільного підприємства. Кадір Бас зазначає, що майбутня присутність материнських компаній на цих ринках не обов'язково вплине на повнофункціональний характер СП, якщо воно має незалежне керівництво, уповноважене на автономну комерційну політику, а також має необхідні фінанси, персонал та активи для роботи на ринку (Bas, 2015, с. 50).

Повнофункціональний характер по суті означає, що СП повинно діяти на ринку, виконуючи функції, які зазвичай здійснюють підприємства, що діють на тому самому ринку. Для цього спільне підприємство

повинно мати менеджмент, який займається його повсякденною діяльністю, доступ до достатніх ресурсів, включаючи фінанси, персонал й активи (матеріальні та нематеріальні), щоб здійснювати на постійній основі свою господарську діяльність. Персонал не обов'язково повинен бути найнятий самим спільним підприємством. Якщо це є стандартною практикою в галузі, в якій працює спільне підприємство, може бути достатньо, якщо треті сторони забезпечать персонал відповідно до операційної угоди або якщо персонал буде відряджений тимчасовим агентством з працевлаштування. Відрядження персоналу материнськими компаніями також може бути достатнім, якщо це робиться лише на початковий період або якщо спільне підприємство працює з материнськими компаніями так само, як і з третіми особами. Останній випадок вимагає, щоб спільне підприємство могло вільно наймати власних працівників або залучати персонал через третіх осіб (ЕС, 2008b, п. 94).

Якщо СП здійснюватиме значні закупівлі у своїх материнських компаній після початкового періоду заснування, його часткова або повна функціональність залежить від спрямованості його діяльності. Якщо СП додає незначну додану вартість відповідним товарам чи послугам, його, швидше за все, слід розглядати як спільне агентство з продажу. Однак, якщо його роль полягає в активній діяльності на проміжному оптовому або торговельному рівні, воно може розглядатися не як таке, що виконує допоміжну функцію збуту, а як повнофункціональне спільне підприємство, що виконує всі функції торговельної компанії на відповідному торговому ринку. Наприклад, у справі *BP/Chevron/ENI/Sonangol/Total/JV* (ЕС, 2012) СП з виробництва та збуту скрапленого природного газу отримувало природний газ винятково від однієї зі своїх материнських компаній, але було визнано повнофункціональним, оскільки додавало значну додану вартість газу шляхом його скраплення, що давало змогу транспортувати та продавати його по всьому світу. Для виконання такої ролі СП повинно мати необхідні потужності та ресурси, а також можливість отримувати значні обсяги поставок не тільки від своїх материнських компаній, але й від їхніх конкурентів (Bellamy & Child, 2019, с. 627).

Якщо передбачається, що продажі СП материнським компаніям будуть здійснюватися на постійній основі, важливим питанням є те, чи, незалежно від цих продажів, СП має намір відігравати активну роль на ринку і чи можна вважати його економічно автономним з операційного погляду. У цьому відношенні важливим фактором, на думку Європейської комісії, є відносна частка продажів, здійснених материнським компаніям, порівняно з загальним обсягом виробництва спільного підприємства. Європейська комісія застосовує такі орієнтири щодо допустимого співвідношення товарообороту спільного підприємства з материнськими компаніями: якщо спільне підприємство досягає понад 50 % свого обороту з третіми особами, це, як правило, є ознакою повнофункціональності. Нижче цього індикативного порогу необхідний індивідуальний аналіз

кожного конкретного випадку, згідно з яким для визначення операційної автономії відносини між СП та його материнськими компаніями повинні мати справді комерційний характер. Для цього необхідно продемонструвати, що СП постачатиме свої товари або послуги покупцям, що пропонує найкращі умови та ціну, і що спільне підприємство також матиме справу з материнськими компаніями на основі звичайних комерційних умов. За таких обставин може бути достатньо, щоб щонайменше 20 % прогнозованого обсягу продажу СП йшло третім сторонам. Однак, що більша частка продажів ймовірно буде здійснюватися материнськими компаніями, то більшою буде потреба в чітких доказах комерційного характеру відносин (EC, 2008b).

Іншим аргументом на користь повнофункціональності є довгостроковий характер функціонування СП. Відповідно до п. 20 Преамбули Регламенту ЄС №139/04 (*Regulation 139/2004*) запровадження концепції повнофункціональної господарської діяльності пов'язано з необхідністю визначення поняття концентрації суб'єктів господарювання таким чином, щоб воно охоплювало операції, які призводять до довгострокових змін у контролі над відповідними суб'єктами господарювання, а отже, і в структурі ринку. Європейська комісія вказує, що наявність достатніх ресурсів і комерційної автономії, як правило, вказує на постійність СП (EC, 2008b, п. 103). У зв'язку з цим, якщо СП створюється на невизначений період, воно в принципі кваліфікується як повнофункціональне. Якщо в угоді про створення СП визначено період, на який воно створюється, цей період повинен бути достатньо довгим, щоб призвести до довготривалих змін у структурі відповідних суб'єктів підприємницької діяльності та залучених ринків. У деяких рішеннях Європейська комісія застосовувала орієнтир у 6–8 років для підтвердження ознаки тривалості функціонування спільного підприємства (Bas, 2015, с. 55).

3. Запровадження критерію повнофункціональності в українському конкурентному праві

З усієї множини описаних у попередньому розділі ознак повнофункціональності Закон України "Про захист економічної конкуренції" до 01 січня 2024 р. враховував тільки одну – тривалість господарювання. Попередня версія п. 3 ч. 2 ст. 22 як спосіб концентрації суб'єктів господарювання визнавала "створення суб'єкта господарювання двома і більше суб'єктами господарювання, який протягом тривалого періоду буде самостійно здійснювати господарську діяльність, але при цьому таке створення не призводить до координації конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили цей суб'єкт господарювання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання", чого очевидно було не достатньо для визнання господарської діяльності спільного підприємства повнофункціональною.

Безпосереднім "донором" змін до ст. 22 Закону України "Про захист економічної конкуренції" стала ч. 4 ст. 3 Регламенту ЄС №139/04 про контроль за концентраціями суб'єктів господарювання, яка може бути перекладена українською так: "Створення спільного підприємства, яке виконує на постійній основі всі функції автономного суб'єкта господарювання, є концентрацією у розумінні параграфа 1(b)". Своєю чергою зазначений параграф передбачає, що "...концентрація виникає, коли зміна контролю на тривалій основі є результатом: ... (b) набуття однією або кількома особами, які вже контролюють принаймні один суб'єкт господарювання, або одним чи кількома суб'єктами господарювання, шляхом придбання цінних паперів або активів, за договором або в будь-який інший спосіб, прямого чи опосередкованого контролю над усім або частинами одного чи кількох інших суб'єктів господарювання".

Після внесення змін до Закону України "Про захист економічної конкуренції" та формулювання п. 3 ч. 2 ст. 22 у редакції: "створення двома і більше суб'єктами господарювання суб'єкта господарювання, який самостійно здійснюватиме повнофункціональну господарську діяльність протягом тривалого періоду", українське конкурентне законодавство максимально наблизилося до відповідного європейського. При цьому цілком виправданим, з огляду на національні правові традиції, є уникнення використання терміну "спільне підприємство", а відтворення змісту норм права ЄС через визначення ознак суб'єкта господарювання – об'єкта концентрації – "створення двома і більше суб'єктами господарювання" та "суб'єктів господарювання, пов'язаних з цим суб'єктом господарювання відносинами контролю".

Визначення поняття "повнофункціональна господарська діяльність" є хоча і громіздким, але враховує підходи Європейської комісії. Варто звернути увагу на те, що український законодавець виправдано визначає поняття повнофункціональної господарської діяльності як певної здатності суб'єкта господарювання, адже конкурентне відомство власне має оцінювати майбутню здатність об'єкта концентрації вести господарську діяльність на засадах незалежності та комерційної самодостатності.

Водночас формальна відповідність українського законодавства праву ЄС не враховує позицію Суду ЄС у справі *C-248/16 Austria Asphalt* щодо обов'язковості застосування умови повнофункціональності для кваліфікації як концентрації господарських операцій з набуття одним або декількома суб'єктами господарювання прямого або опосередкованого контролю над іншим підприємством. У цій справі Генеральний адвокат Суду ЄС Джуліан Кокотт зауважила, що формулювання ст. 3 Регламенту №139/2004 не є однозначними щодо обов'язковості застосування критерію повнофункціональності не тільки до новостворених суб'єктів господарювання, але й до тих, що створені раніше, але зазнали змін у системі відносин контролю. Однак врахування мети та економічних основ контролю за концентраціями суб'єктів господарювання –

змін структури ринку – передбачає, що контроль *ex ante* має здійснюватися суто щодо господарських операцій, здатних вплинути на структуру ринку. З такою позицією абсолютно погодився Суд ЄС, зазначивши в мотивувальній частині рішення, що ст. 3 Регламенту про концентрації стосується СП тією мірою, в якій їх створення спричиняє тривалий вплив на структуру ринку, адже складовим елементом концепції концентрації є не створення суб'єкта господарювання, а зміна контролю над суб'єктом господарювання (*Case C-248/16*).

Також Суд ЄС підкреслив, що "У світлі цілей, які переслідує регламент, ч. 4 ст. 3 слід тлумачити як таку, що стосується створення спільного підприємства, тобто операції, в результаті якої на ринку з'являється суб'єкт господарювання, який спільно контролюється щонайменше двома іншими суб'єктами господарювання, незалежно від того, чи існував цей суб'єкт господарювання, який тепер перебуває під спільним контролем, до здійснення зазначеної операції" (*Case C-248/16*).

Суд ЄС постановив, що перехід від одноосібного до спільного контролю над наявним суб'єктом господарювання являється концентрацією лише у разі, якщо СП, створене шляхом такої транзакції, є повнофункціональним суб'єктом господарювання. Утім на практиці Європейська комісія часто не враховує вимогу щодо КПФ під час розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію щодо зміни одноосібного контролю на спільний (*Bellamy & Child*, 2019, с. 624–625). Також у наукових джерелах піддається критиці практика Європейської комісії, що полягає у вузькому тлумаченні рішення Суду ЄС, а саме застосування умови щодо повнофункціональності лише до господарських операцій, за якими одноосібний контроль існуючого акціонера змінюється на спільний контроль існуючого акціонера та одного або декількох інших нових акціонерів, при цьому умова щодо повнофункціональності не стосується господарських операцій, коли два або більше акціонерів отримують спільний контроль над суб'єктом господарювання, який раніше контролювалася однією (або більше) третьою особою (*Brevern & Schöps*, 2023).

В Україні ж в умовах відсутності законодавчого визнання такої форми набуття контролю концентрацією зазначений феномен тим паче залишається поза правовим полем та потребує додаткових законодавчих змін, тоді як реалізація підходу Суду ЄС очевидно могла б звужити сферу *ex ante* контролю за концентраціями з відповідним збереженням ресурсу Антимонопольного комітету України, хоча і послабила б контроль за структурними змінами на ринку, які потенційно можуть бути обумовлені створенням спільних підприємств (навіть тих, що не відповідають ознакам повнофункціональності).

Висновки

Конкурентне право ЄС передбачає, що за створення СП чи набуття спільного контролю над уже наявним підприємством, та за умови відповідності пороговим значенням Регламенту 139/2004 материнські

компанії повинні визначити, чи таке підприємство є повнофункціональним. Відповідь на це питання визначатиме правовий статус такої господарської операції у розумінні конкурентного права і детермінуватиме порядок контролю за нею конкурентного відомства.

Якщо об'єкт господарської операції має ознаки повнофункціональності та тривалості існування, Європейська комісія оцінюватиме *ex ante* вплив СП на конкуренцію. У протилежному випадку, якщо об'єкт господарської операції не має ознак повнофункціональності та має форму партнерства, опосередкованого певною організаційно-правовою формою, яка значною мірою залежить від материнських компаній, отримання дозволу на концентрацію не потрібне, але Європейська комісія може здійснювати контроль *ex post*, у світлі ст. 101(1) Договору про функціонування ЄС, яка забороняє антиконкурентні угоди між суб'єктами господарювання.

Acquis ЄС було, є та буде орієнтиром для розвитку щодо застосування конкурентного права в Україні. Черговий етап наближення положень Закону України "Про захист економічної конкуренції" серед іншого забезпечив уточнення раніше майже не діючим п. 3 ч. 2 ст. 22 цього Закону. Критерій повнофункціональності сформував дієвий важіль перемикавання режимів контролю Антимонопольного комітету України залежно від способу концентрації ринкової влади. Це дає можливість подальшого удосконалення процедур контролю у межах кожного режиму, їх спеціалізації на дослідженні структурних і поведінкових параметрів взаємодії у межах відповідно відносин контролю та координації, що трапляються за створення спільного підприємства чи набутті над ним контролю.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

REFERENCE

Bas, K. (2015). The Substantive Appraisal of Joint Ventures under the EU Merger Control Regime. <i>Kluwer Law International</i> .	Bas, K. (2015). The Substantive Appraisal of Joint Ventures under the EU Merger Control Regime. <i>Kluwer Law International</i> .
Bellamy & Child (2019). European Union Law of Competition. Eighth Edition. Edited by David Bailey and Laura Elizabeth John. <i>Oxford University Press</i> .	Bellamy & Child (2019). European Union Law of Competition. Eighth Edition. Edited by David Bailey and Laura Elizabeth John. <i>Oxford University Press</i> .
Bensaid, B., Encaoua, D., & Winckler, A. (1994). Competition, cooperation and mergers: Economic and policy issues. <i>European Economic Review</i> , 38(3-4), 637-650.	Bensaid, B., Encaoua, D., & Winckler, A. (1994). Competition, cooperation and mergers: Economic and policy issues. <i>European Economic Review</i> , 38(3-4), 637-650.
Brevern, D., & Schöps, M.-P. (2023). Acquisition of Joint Control and Art. 3(4) EUMR: Why the European Commission Should Stop Ignoring Austria Asphalt. <i>Journal of European Competition Law & Practice</i> , 14(5), 266-273.	Brevern, D., & Schöps, M.-P. (2023). Acquisition of Joint Control and Art. 3(4) EUMR: Why the European Commission Should Stop Ignoring Austria Asphalt. <i>Journal of European Competition Law & Practice</i> , 14(5), 266-273.

Brodley, J. F. (1982). Joint Ventures and Antitrust Policy Harvard Law Review. 95(7), 1521-1590.	Brodley, J. F. (1982). Joint Ventures and Antitrust Policy Harvard Law Review. 95(7), 1521-1590.
Case C-248/16, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 September 2017. Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt, The Court of Justice of the European Union. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-248/16	Case C-248/16, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 7 September 2017. Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt, The Court of Justice of the European Union. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-248/16
EC, European Commission (2002). Glossary of terms used in EU competition policy – Antitrust and control of concentrations. Publications Office. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-ccc3-4f65-9b30-e232ec3064d6	EC, European Commission (2002). Glossary of terms used in EU competition policy – Antitrust and control of concentrations. Publications Office. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-ccc3-4f65-9b30-e232ec3064d6
Regulation 139/2004. Council Regulation 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) <i>Official Journal of the European Union</i> . L24, 1-22. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139	Regulation 139/2004. Council Regulation 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) <i>Official Journal of the European Union</i> . L24, 1-22. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139
EC, European Commission (2004). Case No COMP/M.3576-ECT/PONL/EUROMAX. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3576_20041222_20310_en.pdf	EC, European Commission (2004). Case No COMP/M.3576-ECT/PONL/EUROMAX. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3576_20041222_20310_en.pdf
EC, European Commission (2008a). Case No COMP/M.5241 – AMERICAN EXPRESS/FORTIS/ALPHA CARD. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5241_20081003_20310_en.pdf	EC, European Commission (2008a). Case No COMP/M.5241 – AMERICAN EXPRESS/FORTIS/ALPHA CARD. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5241_20081003_20310_en.pdf
EC, European Commission (2008b). Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. <i>Official Journal of the European Union</i> . C95, 1-48. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)	EC, European Commission (2008b). Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. <i>Official Journal of the European Union</i> . C95, 1-48. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)
EC, European Commission (2012). Case No COMP/M.6477 – BP/ CHEVRON/ ENI/ SONANGOL/ TOTAL/ JV. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6477_20120516_20310_2502176_EN.pdf	EC, European Commission (2012). Case No COMP/M.6477 – BP/ CHEVRON/ ENI/ SONANGOL/ TOTAL/ JV. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6477_20120516_20310_2502176_EN.pdf
Gardner, N. (1990). The Control of Mergers and Joint Ventures. In: A Guide to United Kingdom and European Community Competition Policy. Palgrave Macmillan, London, (pp.118-144).	Gardner, N. (1990). The Control of Mergers and Joint Ventures. In: A Guide to United Kingdom and European Community Competition Policy. Palgrave Macmillan, London, (pp.118-144).
Gotting, H.-P., & Nikowitz, W. (1989). EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures Fordham <i>International Law Journal</i> , 13, 185-205.	Gotting, H.-P., & Nikowitz, W. (1989). EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures Fordham <i>International Law Journal</i> , 13, 185-205.

Morais, L. (2013). Joint Ventures and EU Competition. <i>Law Bloomsbury Publishing</i> .	Morais, L. (2013). Joint Ventures and EU Competition. <i>Law Bloomsbury Publishing</i> .
Pitofsky, R. (1985). A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures. <i>Antitrust Law Journal</i> , 54(3), 893-914.	Pitofsky, R. (1985). A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures. <i>Antitrust Law Journal</i> , 54(3), 893-914.
Werden, G. J. (1998). Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview <i>Antitrust Law Journal</i> , 66, 701-735.	Werden, G. J. (1998). Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview <i>Antitrust Law Journal</i> , 66, 701-735.
Вишневський, В. Л., Івахненко, І. М. (2022). Адаптація конкурентного законодавства України до права Європейського Союзу на сучасному етапі євроінтеграційного процесу. <i>Прикарпатський юридичний вісник</i> , 6(47), 217-221.	Vyshnevskiy, V. L., & Ivakhnenko, I. M. (2022). Adaptation of the competition legislation of Ukraine to the law of the European Union at the present stage of the European integration process. <i>Subcarpathian Law Herald</i> , 6(47), 217-221.
Герасименко, А. (2014). Ринкова влада: джерела, масштаби, наслідки. Київ. нац.-торг.-екон. ун-т.	Gerasymenko, A. (2014) Market power: sources, scales, consequences. Kyiv National University of Trade and Economics.
Герасименко, А. Г. (2012). Аналіз і контроль концентрації суб'єктів господарювання. Київ. нац.-торг.-екон. ун-т.	Gerasymenko, A. G. (2012). Analysis and control of concentration of business entities. Kyiv National University of Trade and Economics.
Закон України від 11.01.2001 "Про захист економічної конкуренції". (2001). No 2210-III (зі змінами від 01.01.2024). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text	Law of Ukraine dated January 11, 2001 "On Protection of Economic Competition" (2001). No. 2210-III (as amended on January 01, 2024). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text
Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання на ринку: затв. розпорядженням Антимонопольного комітету України від 05.03.2002 №49-р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02#Text	Methodology for determining the monopoly (dominant) position of a business entity in the market: approved by the Order of the Antimonopoly Committee of Ukraine dated March 5, 2002 No. 49-p. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0317-02#Text
Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію): затв. розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 №33-р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02#Text	Regulations on the Procedure for Submitting Applications to the Antimonopoly Committee of Ukraine for preliminary permission obtaining for Concentration of Business Entities (Regulations on Concentration): approved by the Order of the Antimonopoly Committee of Ukraine dated February 19, 2002, No. 33-p. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0284-02#Text
Положення про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання: затв. розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 №26-р https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0238-02#Text	Regulation on the Procedure for Submitting Applications to the authorities of the Antimonopoly Committee of Ukraine for Granting Permission for Concerted Actions of Business Entities: approved by the Order of the Antimonopoly Committee of Ukraine No. 26-p dated February 12, 2002. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0238-02#Text
Райлян, О. Г. (2022). Питання гармонізації українського конкурентного права із правом ЄС в контексті поглиблення євроінтеграції. <i>Науковий вісник Одеського національного економічного університету</i> , 7(296), 54-61.	Railian, O. G. (2022). The issue of harmonization of Ukrainian competition law with EU law in the context of deepening European integration. The "Scientific Bulletin of the Odessa National Economic University", 7(296), 54-61.

Смирнова, К. В. (2015), Правовий порядок конкуренції в Європейському Союзі (новітні тенденції розвитку). Дис. на здобуття наук. ступ. д. ю. н. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка.	Smyrnova, K. V. (2015), Legal order of competition in the European Union (the latest development trends). Thesis for the gaining the scientific degree of Doctor of Laws. Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Типові вимоги до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання: затв. розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.02.2002 №27-р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-02#Text	Standard requirements for concerted actions of business entities for general exemption from prior obtaining of permission of the Antimonopoly Committee of Ukraine for concerted actions of business entities: approved by the Order of the Antimonopoly Committee of Ukraine dated February 12, 2002 No. 27-p. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-02#Text
Уманців, Ю. (2020). Економічна теорія у новітньому методологічному дискурсі. <i>Scientia Fructuosa (Вісник Київського національного торговельно-економічного університету)</i> , 124(2), 51–63. https://doi.org/10.31617/visnik.knute.2019(124)03	Umantsiv Ju. (2020). Economic theory in the newest-methodological discussion. <i>Scientia Fructuosa</i> , 124(2), 51–63. https://doi.org/10.31617/visnik.knute.2019(124)03

Конфлікт інтересів: Автори заявляють, що вони не мають фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не мають відносин з державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автори працюють в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів і редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Стаття підготовлена в рамках проєкта Advocacy of European Rules of Competition 101047657 – AERC – ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH.

Мазаракі Н., Герасименко А. Критерій повнофункціональності як детермінанта способу концентрації ринкової влади. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 1. С. 60-74. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(132\)05](https://doi.org/10.31617/3.2024(132)05)

Надійшла до редакції 04.01.2024.
Отримано після доопрацювання 16.01.2024.
Прийнято до друку 19.01.2024.
Публікація онлайн 16.02.2024.