



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ

29 серпня 2019 р.

Київ

№ 24-pp

Про надання висновків
щодо кваліфікації дій

Антимонопольний комітет України, розглянувши подання Департаменту досліджень і розслідувань ринків невиробничої сфери від 23.08.2019 № 130-01/4301-п та відповідні матеріали,

ВСТАНОВИВ:

(1) До Антимонопольного комітету України (далі – Комітет) надійшла заява державного підприємства «Адміністрація морських портів України» (далі – ДП «АМПУ», Адміністрація, Заявник) (просп. Перемоги, 14, м. Київ, 01135, ідентифікаційний код юридичної особи 38728549) від 31.08.2018 № 6287 (вх. Комітету № 8-01/35-pp від 06.09.2018) про надання рекомендаційних роз'яснень щодо відповідності його дій статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Заява).

У своїй Заяві Адміністрація посилається на таке: «ДП “АМПУ” заплановано запровадження єдиної для всіх морських агентів форми договору про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України, яка буде викладена у вигляді договору приєднання.

Відповідний договір укладатиметься шляхом приєднання Морського агента до всіх його умов в цілому шляхом надання ДП “АМПУ” декларації про приєднання до договору.

До змісту зазначеного договору ДП “АМПУ” планує включити окремі умови, зміст яких спрямований посилити дисципліну виконання договору та гарантії добросовісності контрагента, а також сприяти захисту інтересів ДП “АМПУ” від можливих протиправних або непрофесійних дій морського агента, що можуть призвести до фінансових втрат державного підприємства, зокрема, у разі несплати морськими агентами замовлених та наданих послуг за вільними цінами та тарифами, особливо несплата яких не перешкоджатиме виходу судна, а також виключити випадки укладення договору та отримання доступу до інфраструктури портів суб'єктами господарювання, які не мають на меті реального здійснення діяльності з морського агентування суден».

Умови, які планується включити в договір про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України до розділу обов'язків морського агента і які потребують отримання висновків Антимонопольного комітету України на предмет відповідності положенням статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції», полягають у такому:

«Морський агент зобов'язаний протягом 5 (п'яти) банківських днів з дня укладання цього Договору надати підтвердження забезпечення належного виконання зобов'язань Морського агента за договором, зокрема шляхом перерахування на рахунок Адміністрації

грошових коштів в розмірі 35 000 дол. США, або укладення договору застави коштів на депозитному рахунку банківської установи у тому ж розмірі».

«Морський агент зобов'язаний протягом 10 днів з дня укладання цього договору здійснити добровільне страхування професійної відповідальності перед третіми особами з лімітом відповідальності не менше 35 000 дол. США та надати до Адміністрації копію відповідного договору добровільного страхування».

«Морський агент гарантує Адміністрації забезпечити агентування суднозаходів у кількості не менш, ніж заявлено у декларації про приєднання».

(2) У порядку, встановленому статтею 34 Закону України «Про захист економічної конкуренції», Заявником здійснена оплата за надання Комітетом висновків у формі рекомендаційних роз'яснень відповідно до статті 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у розмірі 320 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (копія платіжного доручення від 31 серпня 2018 року № 51326863).

(3) Відповідно до статті 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції» висновки у формі рекомендаційних роз'яснень щодо відповідності дій суб'єктів господарювання положенням статей 6, 10 та 13 цього Закону та статті 15¹ Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» надаються суб'єктам господарювання з метою запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, підвищення передбачуваності його застосування на підставі наданої ними інформації.

1. Нормативно-правове регулювання

(4) Статтею 1 Закону України «Про морські порти» (далі – Закон) надано, зокрема, такі визначення термінів:

адміністрація морських портів України - державне підприємство, утворене відповідно до законодавства, що забезпечує функціонування морських портів, утримання та використання об'єктів портової інфраструктури державної форми власності, виконання інших покладених на нього завдань безпосередньо і через свої філії, що утворюються в кожному морському порту (адміністрація морського порту);

морський порт - визначені межами територія та акваторія, обладнані для обслуговування суден і пасажирів, проведення вантажних, транспортних та експедиційних робіт, а також інших пов'язаних з цим видів господарської діяльності.

(5) Статтею 4 Закону встановлені принципи, за якими здійснюється функціонування та розвиток морських портів, зокрема:

забезпечення конкуренції серед суб'єктів господарювання, що виробляють однакову продукцію (товари, роботи, послуги) у морському порту;

розмежування адміністративних функцій щодо забезпечення безпеки мореплавства та нагляду (контролю) за безпекою мореплавства і господарської (комерційної) діяльності;

рівності прав усіх суб'єктів господарювання, що провадять діяльність у морському порту, недопущення дискримінації у доступі до об'єктів портової інфраструктури загального користування.

(6) Статтею 10 Закону встановлено, що загальний контроль за дотриманням режиму перебування і переміщення в морському порту здійснює адміністрація морських портів України.

(7) Відповідно до статті 18 Закону у межах морського порту функціонують суб'єкти господарювання усіх форм власності, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням суден,

пасажирів, вантажів, та підприємства, продукція та/або сировина яких транспортується територією та акваторією порту.

Адміністрація морських портів України не має права перешкоджати або втручатися в діяльність суб'єктів господарювання, крім випадків, передбачених законом, а також **встановлювати для них умови діяльності, що погіршують їх становище порівняно з іншими суб'єктами господарювання або порушують їхні права та законні інтереси.**

(8) Агентування суден в морських портах України здійснюється в порядку та на умовах, визначених главою 5 розділу IV Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМУ), а тарифи на послуги агентування суден є вільними та визначаються договором між суб'єктом господарювання, який надає відповідні послуги, та їх замовником. Зокрема, відповідно до статті 116 КТМУ у морському порту або поза його територією як постійні представники судовласника діють агентські організації (морський агент), які за договором морського агентування за винагороду зобов'язуються надавати послуги в галузі торговельного мореплавства.

Згідно зі статтею 117 КТМУ морський агент виконує формальності та дії, пов'язані з прибуттям, перебуванням і відходом судна, допомагає капітану судна у налагодженні контактів зі службами порту, місцевими органами виконавчої влади, в організації постачання і обслуговування судна в порту, оформляє митні документи та документи на вантаж, інкасує суми фрахту та інші суми для оплати вимог судовласника, що виникають з договору перевезення, сплачує за розпорядженням судовласника і капітана судна суми, пов'язані з перебуванням у порту, залучає вантажі для морських ліній, здійснює збір фрахту, експедирування вантажу, наймання екіпажів для роботи на судах, виступає від імені вантажовласника, а також договірною стороною учасників перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні.

(9) Відповідно до Правил надання послуг у морських портах України (далі – Правила), затверджених наказом Міністерства інфраструктури України від 05.06.2013 № 348 та зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 15.08.2013 за № 1401/23933, **морський агент** – суб'єкт господарювання, який відповідно до договору морського агентування діє від імені та за дорученням судовласника як постійний представник судовласника та за винагороду надає послуги в галузі торговельного мореплавства.

2. Обставини, викладені в Заяві

(10) За наявною в Комітеті інформацією, до 31.12.2018 між ДП «АМПУ» та морськими агентами діяв господарський Договір про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України (далі – Договір про взаємодію).

Предметом цього договору було:

- надання послуг суднам на підходах і безпосередньо в акваторії морського порту для їх безпечного судноплавства, маневрування та стоянки;

- порядок надання (виконання) адміністрацією порту суднозаходу за плату послуг (робіт) при обслуговуванні суден Морським агентом в морських портах України, а також врегулювання порядку нарахування та оплати портових зборів та інших послуг (робіт), наданих (виконаних) адміністрацією порту суднозаходу та організація інформаційного забезпечення під час приходу, перебування та виходу судна із морського порту;

- послуги із забезпечення проведення криголамних робіт протягом періоду оголошеної льодової кампанії.

(11) Наказом ДП «АМПУ» від 29.11.2018 № 312/10 затверджено форму договору про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України (далі – Договір приєднання), яка є додатком до цього наказу.

Відповідно до змісту пункту 1.1 цього договору він є договором приєднання в розумінні статті 634 Цивільного кодексу України та може бути укладений лише шляхом приєднання морського агента до всіх його умов у цілому шляхом надання Адміністрації морських портів України Декларації про приєднання до Договору (додаток № 1 до цього Договору), розміщеної на офіційному вебсайті ДП «АМПУ».

Відповідно до пунктів 12.1 – 12.2 Договору оприлюднення на офіційному вебсайті Адміністрації Договору з додатками №№ 1-3, які є його невід'ємною частиною, є публічною офертою. Підтвердженням повного та безумовного акцептування публічної оферти є оформлення (підписання) Морським агентом Декларації про приєднання до Договору, що свідчить про прийняття ним публічної оферти.

На виконання наказу Адміністрації від 29.11.2018 № 312/10 форми договору приєднання та декларації про приєднання до договору 03.12.2018 були опубліковані на офіційному вебсайті ДП «АМПУ».

(12) Щодо включення ДП «АМПУ» в Договір приєднання пункту, відповідно до якого *«Морський агент зобов'язаний протягом 5 (п'яти) банківських днів з дня укладання цього Договору надати підтвердження забезпечення належного виконання зобов'язань Морського агента за договором, зокрема шляхом перерахування на рахунок Адміністрації грошових коштів в розмірі 35 000 дол. США, або укладення договору застави коштів на депозитному рахунку банківської установи у тому ж розмірі».*

1) Певні обмеження на здійснення або умови здійснення окремих форм господарської діяльності можуть встановлюватися законами України, а саме Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Діяльність морських агентів не є ліцензійним видом діяльності, тому не може обмежуватися шляхом встановлення додаткових умов можливості їх здійснення державним підприємством, яке також є суб'єктом підприємницької діяльності та передусім має за мету отримання прибутку.

З огляду на зміст та форму договору приєднання морський агент не може належним чином (шляхом складення протоколу розбіжностей та інше) відмовитися від окремих умов цього договору та на власний розсуд, без нав'язаних ДП «АМПУ» умов, діяти в морському порту.

2) Згідно зі статтями 116-119 КТМУ, морський агент є представником судновласника у морському порту, який за винагороду зобов'язується надавати послуги в галузі торговельного мореплавства, діючи від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє (довірителя, принципала).

Діяльність морського агента насамперед повинна відповідати умовам свого довірителя, судновласника, права якого він захищає перед ДП «АМПУ».

Створення додаткового фінансового навантаження у вигляді внесення депозитів, перерахування коштів на рахунок ДП «АМПУ» або витрат на страхування за відсутності обґрунтованих належним чином підстав погіршить умови діяльності морських агентів, які будуть змушені закладати ці суми в розмір агентської винагороди, що, у свою чергу, погіршить умови діяльності судновласників та може спричинити відмову від заходів до морських портів України.

Крім цього, встановлення ДП «АМПУ» вищезазначених умов діяльності призведе до надмірного фінансового навантаження на морських агентів та стрімкого скорочення їх кількості в Україні, що негативно позначиться на конкуренції на ринку агентської діяльності та звузить для судновласників можливість вибору морського агента, що діятиме в його інтересах, а не на користь ДП «АМПУ» або морського порту, які мають достатньо важелів для захисту своїх прав та забезпечення стягнення плат за послуги, які вони надають.

3) Відповідно до пункту 1.4 Порядку справляння розмірів ставок портових зборів, затвердженого наказом Мінінфраструктури від 27.05.2013 № 316, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 12.06.2013 за № 930/23462, сплата портових зборів у морських портах здійснюється до виходу судна з морського порту.

При цьому пункт «в» частини другої статті 91 КТМУ наділяє капітана морського порту повноваженнями не випускати судно з морського порту до сплати судовласником встановлених зборів та інших платежів. Також згідно з положеннями статей 41 та 42 КТМУ судно може бути арештоване за рішенням суду, господарського суду або голови Морської арбітражної комісії на морську вимогу у зв'язку з дисбурсменськими витратами (що включають також портові збори), які здійснюються щодо судна капітаном, власником, фрахтувальником або агентом.

Отже, Адміністрація та капітан морського порту мають достатньо правових важелів впливу на судовласника з метою змусити його добросовісно та вчасно сплачувати необхідні платежі (портові збори).

Виходячи з наведеного необхідність у такій умові договору щодо перерахування морськими агентами грошових коштів у розмірі 35000 дол. США є сумнівною.

Отже, запропонована ДП «АМПУ» умова може бути суттєвим бар'єром входження нових суб'єктів господарювання на ринок надання послуг агентування морських суден.

(13) Щодо включення ДП «АМПУ» до Договору приєднання пункту, відповідно до якого *«Морський агент зобов'язаний протягом 10 днів з дня укладання цього договору здійснити добровільне страхування професійної відповідальності перед третіми особами з лімітом відповідальності не менше 35 000 дол. США та надати до Адміністрації копію відповідного договору добровільного страхування».*

1) Можливі ризики під час суднозаходів (пошкодження майна судном, забруднення акваторії морського порту судном, несплата зборів та послуг судовласником тощо) є наслідком виключно дій або бездіяльності судовласника та/або його представника – капітана судна, а не морського агента, який, відповідно до статей 116-118 КТМУ, діє від імені, за дорученням та за рахунок судовласника.

Отже, агент має самостійно залучати кошти або просити про це судовласника, за рахунок якого діє. Зазначене може завдати шкоди інтересам агентів і спричинити стрімке скорочення кількості морських агентських компаній в Україні.

Крім того, це може призвести до спотворення конкуренції, оскільки судовласники будуть надавати перевагу тим морським агентам, які залучатимуть кошти на страхування, заставу або депозит самостійно, а інші агенти вимушені будуть піти з ринку.

2) Пункт «в» частини другої статті 91 КТМУ наділяє капітана морського порту повноваженнями не випускати судно з морського порту до сплати судовласником встановлених зборів та інших платежів. Крім того, стаття 80 КТМУ наділяє капітана морського порту повноваженнями затримувати судно в морському порту до забезпечення морської вимоги (вимога майнового характеру) у зв'язку з пошкодженням портових споруд, іншого майна та навігаційного обладнання, розташованого в порту, порушенням природоохоронного законодавства або іншим заподіянням шкоди. Також згідно з положеннями статей 41 та 42 КТМУ судно може бути арештоване за рішенням суду, господарського суду або голови Морської арбітражної комісії на морську вимогу у зв'язку з дисбурсменськими витратами (що включають також портові збори), які здійснюються щодо судна капітаном, власником, фрахтувальником або агентом.

Тобто, у цьому випадку також існують дієві правові механізми контролю з боку ДП «АМПУ» та капітана морського порту за належним виконанням зобов'язань судовласника.

Отже, запропонована ДП «АМПУ» умова може спричинити вихід із ринку тих морських агентів, які не зможуть за рахунок власних коштів забезпечити добровільне страхування, та стати суттєвим бар'єром входження нових суб'єктів господарювання на ринок надання послуг агентування морських суден.

(14) Щодо включення ДП «АМПУ» до Договору приєднання пункту, відповідно до якого *«Морський агент гарантує Адміністрації забезпечити агентування суднозаходів у кількості не менш ніж заявлено у декларації про приєднання».*

Кількість заходів суден до портів України залежить від загальної економічної ситуації на світових ринках перевезень вантажів, попиту на товари, що експортуються / імпортуються, загальної економічної та політичної ситуації в країні, наявності вільного флоту в регіоні тощо. Морський агент не є стороною, що планує заходи суден у порт, і навіть судовласник та вантажовласник не можуть гарантувати певну кількість суднозаходів у визначений період. Крім того, розголошення планів певної категорії суднозаходів є державною та/або комерційною таємницею, і судовласники не поширюють цю інформацію серед агентів.

Покладення на морських агентів відповідальності за зобов'язання, виконання яких залежить від третіх осіб, а не обов'язків та волевиявлення агентів, суперечить загальним засадам законодавства України та порушує законні права морських агентів.

Запропонована ДП «АМПУ» умова обумовлює укладання Договору приєднання прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань, які за своєю природою не стосуються предмета договору.

3. Оцінка відповідності дій

(15) Відповідно до частини першої статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку є дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, або ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку.

Згідно з частиною третьою статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» зловживання монопольним (домінуючим) становищем на ринку забороняється і тягне за собою відповідальність згідно із законом.

(16) ДП «АМПУ» у період із січня 2018 до серпня 2019 року включно займає монопольне становище на ринку послуг із надання доступу на територію морського порту в територіальних межах територій та акваторій морських портів України як таке, що не має жодного конкурента на цьому ринку, тобто морські агенти вимушені приймати умови договору про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України в силу відсутності альтернативних джерел отримання таких послуг, а не вільного волевиявлення.

За умов існування конкуренції на відповідному ринку морські агенти не отримували би послуги в ДП «АМПУ» в умовах порушення власних прав та інтересів, а звернулися б до іншого контрагента.

(17) Отже, дії ДП «АМПУ» щодо включення в договір про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України до розділу обов'язків морського агента положень, якими передбачено, що:

«Морський агент зобов'язаний протягом 5 (п'яти) банківських днів з дня укладання цього Договору надати підтвердження забезпечення належного виконання зобов'язань Морського агента за договором, зокрема шляхом перерахування на рахунок Адміністрації грошових коштів в розмірі 35 000 дол. США, або укладення договору застави коштів на депозитному рахунку банківської установи у тому ж розмірі»;

«Морський агент зобов'язаний протягом 10 днів з дня укладання цього договору здійснити добровільне страхування професійної відповідальності перед третіми особами з лімітом відповідальності не менше 35 000 дол. США та надати до Адміністрації копію відповідного договору добровільного страхування»;

«Морський агент гарантує Адміністрації забезпечити агентування суднозаходів у кількості не менш ніж заявлено у декларації про приєднання», можуть містити ознаки порушення законодавства, передбаченого статтею 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Враховуючи викладене, керуючись статтями 7 і 13 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та статтею 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції», Антимонопольний комітет України надає державному підприємству «Адміністрація морських портів України» (просп. Перемоги, 14, м. Київ, 01135, ідентифікаційний код юридичної особи 38728549) такі

ВИСНОВКИ:

Дії державного підприємства «Адміністрація морських портів України» щодо включення в договір про взаємодію сторін під час агентування суден у морських портах України до розділу обов'язків морського агента положень, якими передбачено, що:

«Морський агент зобов'язаний протягом 5 (п'яти) банківських днів з дня укладання цього Договору надати підтвердження забезпечення належного виконання зобов'язань Морського агента за договором, зокрема шляхом перерахування на рахунок Адміністрації грошових коштів в розмірі 35 000 дол. США, або укладення договору застави коштів на депозитному рахунку банківської установи у тому ж розмірі»;

«Морський агент зобов'язаний протягом 10 днів з дня укладання цього договору здійснити добровільне страхування професійної відповідальності перед третіми особами з лімітом відповідальності не менше 35 000 дол. США та надати до Адміністрації копію відповідного договору добровільного страхування»;

«Морський агент гарантує Адміністрації забезпечити агентування суднозаходів у кількості не менш ніж заявлено у декларації про приєднання»;

можуть містити ознаки порушення законодавства, передбаченого статтею 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ