

Научная статья

УДК 340.11

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Расширение границ антимонопольной ответственности в российском и европейском праве: эффективное регулирование рынка или создание правовой неопределенности?



Александр Сергеевич Корниенко

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
101000 Россия, Москва, Мясницкая ул., 20, akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>.



Аннотация

На сегодняшний день тенденции развития антимонопольного законодательства таковы, что отрасль формируется не только в рамках национального правового режима государств, она выстраивается и посредством имплементации международно-правовых институтов во внутреннее законодательство государства. В этом контексте и российский правопорядок делает соответствующие попытки адаптации некоторых институтов европейского права, в частности, по вопросам вменения ответственности за нарушения запретов картелей. В статье автором предпринята попытка оценки наиболее яркого тренда антимонопольного регулирования — перспективы внедрения в российский правопорядок института антимонопольной ответственности применительно к корпоративной группе (через призму анализа антимонопольного законодательства стран Европейского союза). Особое внимание автор уделяет основаниям вменения ответственности юридическому лицу за нарушение антимонопольного законодательства, совершенное другим юридическим лицом в рамках одной и той же корпоративной группы. Отдельное внимание уделено корпоративным структурам конгломеративного типа в контексте применимости ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза к данным группам компаний. В недавнем решении по делу *Sumal* Европейский суд постановил, что пострадавшие от действий картеля стороны

вправе при определенных обстоятельствах подать иск о возмещении ущерба против дочерней компании, если виновной в этом нарушении признана материнская компания. В то время как некоторые авторы утверждают, что суд фактически переопределил концепцию хозяйствующего субъекта, автор обращается к прецедентному праву Европейского суда справедливости и доказывает наличие аналогичной практики вменения ответственности в российском правовом порядке. В статье делаются выводы относительно противоречия между целями антимонопольной регуляторной политики и общими принципами ограниченной корпоративной ответственности. Автор подчеркивает, что применение формального подхода, при котором реальные нарушители картельных запретов могут ссылаться на ограниченность своей ответственности, при этом экономически или управленчески контролируя поведение других хозяйствующих субъектов внутри группы, недопустимо в условиях доминирования транснациональных и цифровых корпораций.



Ключевые слова

антимонопольная ответственность, Европейский суд, дело Sumal, частное истребование, материнская ответственность, субсидиарная ответственность, сестринская ответственность.

Благодарности: статья подготовлена с использованием материалов информационно-справочной системы «Консультант Плюс». Автор выражает признательность Ренату Егоровичу Сигунову за помощь при проведении данного исследования.

Для цитирования: Корниенко А.С. Расширение границ антимонопольной ответственности в российском и европейском праве: эффективное регулирование рынка или создание правовой неопределенности? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 66–90. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Research article

Expanding Boundaries of Antimonopoly Liability in Russian and European Law: Effective Market Regulation or Creating Legal Uncertainty?



Aleksandr S. Kornienko

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia, akornienko@hse.ru, <https://orcid.org/0000-0002-0759-2921>.



Abstract

Today, the trends in the development of antimonopoly legislation are such that the industry is formed not only within the framework of the national legal regime of states, it is also built through the implementation of existing international legal institutions into the domestic legislation of a particular state. In this context, the Russian legal order is also making appropriate attempts to

adapt some of the institutions of European law, in particular on the issues of imputing liability for violations of cartel prohibitions. In the presented article, the author made an attempt to assess the most striking trend in antimonopoly regulation — the prospects for introducing the institution of antimonopoly liability in relation to a corporate group into the Russian legal order (through the prism of analyzing the antimonopoly legislation of the countries of the European Union). The author pays special attention to the grounds for imputing liability to a legal entity for violation of antitrust laws committed by another legal entity within the same corporate group. Special attention is paid to corporate structures of the conglomerate type in the context of the applicability of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to these groups of companies. In a recent judgment in the *Sumal case*, the European Court of Justice ruled that the injured parties of a cartel could, under certain circumstances, bring a claim for damages against a subsidiary when the parent company was found guilty of this violation. While some authors argue that the court actually redefined the concept of an economic entity, the author refers to the case law of the European Court of Justice and proves the existence of a similar practice of imputing liability in the Russian legal order. The article draws conclusions regarding the contradiction between objectives of antimonopoly regulatory policy and the general principles of limited corporate liability. Also, the author emphasizes that the use of a formal approach, in which real violators of cartel prohibitions can refer to the limitations of their responsibility, while economically or administratively controlling the behavior of other economic entities within the group, is unacceptable in the conditions of the dominance of transnational and digital corporations.

Keywords

antitrust liability; European Court of Justice; Sumal case; private litigation; parent liability; subsidiary liability; sister liability.

Acknowledgments: the article was prepared using materials of information and reference system Consultant Plus. The author expresses special gratitude to Renat Egorovich Sigunov for his assistance in conducting this study.

For citation: Kornienko A.S. (2022) Expanding Boundaries of Antimonopoly Liability in Russian and European Law: Effective Market Regulation or Creating Legal Uncertainty? *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol.15, no. 5, pp. 66–90 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.66.90

Введение

На сегодняшний день одним из трендов антимонопольного регулирования является ужесточение антимонопольной ответственности. Тенденция к сокращению числа антимонопольных иммунитетов и правил, исключаящих ответственность, прослеживается как в России, так и на территории иностранных юрисдикций. В частности, данный подход последовательно применяется Европейской комиссией (далее — Еврокомиссия)¹, целью которой

¹ Еврокомиссия — высший орган исполнительной власти Европейского союза, состоящий из 28 членов, по одному от каждого государства. Комиссия играет главную роль в повседневной деятельности ЕС, направленной на выполнение основополагающих договоров,

является сохранение эффективной конкуренции путем устранения потенциально антиконкурентной практики и обеспечения быстрого выхода на рынок². В частности, Закон о цифровых рынках (Digital Markets Law)³, вступивший в силу 01.11.2022, обязывает компании «привратников» (gatekeepers)⁴ не препятствовать более мелким конкурентам.

Закон о цифровых рынках может принуждать WhatsApp принимать сообщения конкурирующих мессенджеров, таких как Signal или Telegram, или помешать Amazon, Apple и Google отдавать предпочтение собственным приложениям и сервисам при использовании продуктов. В свою очередь Правительство Российской Федерации внесло в июле 2022 года в Государственную Думу проект «Пятого антимонопольного пакета»⁵, который распространяет запрет на злоупотребление доминирующим положением на маркетплейсы и агрегаторы, если они оказывают существенное влияние на смежные рынки и если их выручка за последний календарный год превышает 2 млрд. руб.⁶

Несмотря на частичную гармонизацию подходов и ужесточение ответственности для больших цифровых компаний, российская регуляторная политика сохраняет сдержанный подход к расширению границ ответственности для классических рынков. Это не мешает российскому законодателю частично заимствовать некоторые правовые механизмы европейского антимонопольного права, но с поправкой на прямые законодательные ограничения и практику применения.

в том числе выступает с законодательными инициативами, а после утверждения контролирует их претворение в жизнь. Обладает значительными правами в различных областях политики, в том числе аграрной, торговой, конкурентной, транспортной, региональной и т.д.

² Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, para 21. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:453:FIN> (дата обращения: 10.11.2022)

³ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴ Под термином «привратники» (gatekeepers) здесь и далее следует понимать компании, которые существенным образом влияют на барьеры входа на рынок.

⁵ Также законопроект устанавливает критерий для согласования в Федеральной антимонопольной службой РФ (ФАС) сделок с цифровыми платформами — стоимость сделки более 7 млрд. руб. — и признает использование цифровых алгоритмов при создании картеля отягчающим обстоятельством. Принятие «Пятого антимонопольного пакета» повысит эффективность мер антимонопольного контроля в условиях современных рынков и обеспечит защиту потребителей от злоупотреблений рыночной властью со стороны цифровых монополий.

⁶ Available at: URL: <https://fas.gov.ru/news/32043?ysclid=la9jy2pqgl618930915> (дата обращения: 10.11.2022)

В 2021 году состоялся «антимонопольный» Пленум Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ)⁷, разъяснивший применение судами антимонопольного законодательства⁸. Наряду с другими вопросами Суд впервые охватил проблему немногочисленной и неконсистентной практики привлечения группы лиц к антимонопольной ответственности. В п. 7 Суд дал толкование ч. 2 ст. 9 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — ФЗ «О защите конкуренции»)⁹, дословно повторив подход, десятилетиями применяемый Еврокомиссией и Европейским судом (European Court of Justice)¹⁰. Группа лиц в целях антимонопольного законодательства рассматривается как один участник рынка, который действует в общем экономическом интересе и контролирует поведение своих членов. ВС РФ также установил возможность опровергнуть контроль внутри группы лиц, если будет доказана возможность компании автономно действовать на рынке, разработанную Европейским судом в решении по делу *Akzo*¹¹.

На уровне ЕС антимонопольная ответственность компании, входящая в состав «хозяйствующего субъекта»¹², если эта группа компаний формирует «единый экономический субъект», может быть ответчиком по частным искам, если их антиконкурентное поведение повлекло убытки третьих лиц в

⁷ Постановление ВС РФ касается правил применения антимонопольного законодательства. Суд разъяснил, по каким критериям выявлять монополистов и картельные сговоры, растолковал правила обжалования предупреждений и предписаний ФАС и разрешил жаловаться на антиконкурентные действия контрагента в любой момент — как до заключения договора, так и после. Available at: URL: <https://fas.gov.ru/publications/22851> (дата обращения: 10.11.2022)

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Available at: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_378656/ (дата обращения: 10.11.2022)

⁹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Available at: URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61763/?ysclid=198tbbic5h888657907 (дата обращения: 10.11.2022)

¹⁰ Европейский суд, зачастую именуемый также Судом правосудия Европейских сообществ или Судом, выступает основным носителем судебной власти в ЕС. Европейский суд отличается прежде всего тем, что он действует на основе принципов и процедур континентального права. Данный Суд — орган скорее инквизиционного, нежели состязательного правосудия.

¹¹ Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV v Commission* EU:C: 2009:536, para 57.

¹² Термин «хозяйствующий субъект» (*undertaking*) упоминается в ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС как субъект, на который направлен запрет антиконкурентного поведения. Наиболее корректно на русский язык термин переводится как «хозяйствующий субъект», поскольку отражает функциональную, а не правовую природу понятия. Термин хозяйствующий субъект упоминается в том же значении ответчика по антимонопольным делами в ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции». Однако объем терминов, а также их правовой статус не совпадают. Treaty on the Functioning of the European Union of 09.05.2008 // ABL. EU № C 115/47. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=OJ:C:2008:115:TOC> (дата обращения: 10.11.2022)

результате картелизированных цен. ВС РФ не делает этого шага и называет данный институт ответственности в качестве легитимного основания для частного иска. ВС РФ лишь подчеркивает невозможность применения норм о запрете картеля к соглашениям внутри корпоративной группы, ссылаясь на законодательный запрет ч. 7 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции».

В российском конкурентном законодательстве предусмотрено право на частный иск¹³. Хотя частное разбирательство, как правило, возможно по всем видам антимонопольных дел, судебная практика в основном сосредоточена на злоупотреблении доминирующим положением и недобросовестной конкуренции, а не на картелях [Boulba M., Potarova K., 2022: 234]. Ныне прослеживается тенденция к изменению ситуации. В частности, Президиум Федеральной антимонопольной службы (далее — ФАС) выпустил соответствующее разъяснение по доказыванию и расчету ущерба от нарушений антимонопольного законодательства, которое проливает свет на некоторые аспекты частного судопроизводства. В разъяснении приведены обстоятельства, влекущие ущерб, причиненный в результате нарушения ФЗ «О защите конкуренции».

В этом контексте задача данного исследования заключается в анализе двух методов антимонопольного регулирования. Если логика европейского регулятора исходит из эффективности рыночного регулирования, то в российском праве пределы интервенции государственного органа существенно различаются. Вопрос: усиливать ли регулирование или смягчать его? В настоящей статье особое внимание уделено именно анализу практики привлечения к антимонопольной ответственности членов корпоративной группы согласно европейскому подходу. Рассматриваемый европейский подход позволяет систематизировать актуальную практику вменения ответственности с учетом обновленного подхода, разработанного Европейским судом в решении по делу *Sumal*¹⁴. Указанное решение Суда позволяет оценить плюсы и минусы имплементации данного подхода в российское законодательство.

1. Общие основания ответственности

Антимонопольные нарушения, в которых участвует корпоративная группа — особый предмет исследования в странах ЕС по двум причинам: во-первых, при рассмотрении данной категории дел общие принципы огра-

¹³ В соответствии с п. 3 ст. 37 ФЗ о конкуренции, частный иск может быть подан в суд любым лицом, чьи права и интересы нарушены в результате антимонопольного нарушения. В частности, могут быть взысканы расходы на возмещение реального ущерба и упущенная выгода.

¹⁴ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

ниченной ответственности в ее традиционном понимании европейского гражданского законодательства не применяется, что порождает вопросы о целесообразности такой ответственности; во-вторых, истребование убытков в частных исках сталкивается с юрисдикционной проблемой в части применимости концепции «хозяйствующего субъекта» в гражданских исках государств-членов ЕС [Freund B., 2021: 731, 732].

Обе эти проблемы были рассмотрены Еврокомиссией и Европейским судом в нескольких основополагающих делах по вопросам применения ответственности к членам корпоративных групп. Если вторая проблема была разрешена Судом в деле *Skanska*¹⁵ и не является предметом исследования, то вопрос оснований и природы ответственности участников корпоративной группы стал еще более актуальным в связи с уточненным подходом, примененным Судом в деле *Sumal* в конце 2021 г.

Прежде рассмотрения проблемы необходимо остановиться на общих принципах ответственности в сфере антимонопольного законодательства. Общие основания ответственности едины как для российского законодательства, так и для государств-членов ЕС. В большинстве государств ЕС юридические лица, как правило, несут ответственность непосредственно только за свое поведение [Wieser R., 2016: 112]. Это отражает фундаментальный принцип ограниченной ответственности в корпоративном праве, согласно которому заинтересованные стороны не несут ответственности в размере, превышающем сумму их вложений в компанию. Ввиду указанного подхода иные лица, помимо юридического лица (например, акционеры), обычно не несут риска гражданской ответственности за вред, причиненный в результате нарушений, совершенных соответствующим лицом [Klotz M., 2016: 21].

В контексте группы компаний это означает, что компания по долгам другой компании не отвечает, даже если они принадлежат к одной и той же корпоративной группе. В частности, материнская компания обычно не отвечает за долги одной из своих дочерних компаний, входящих в структуру материнской компании. Также дочерняя компания не несет ответственности за долги другого звена группы компании. Тем не менее в некоторых ситуациях, обычно являющихся исключением, должники дочерней компании могут претендовать на активы другой компании группы и тем самым «прорвать корпоративную вуаль» [Frank C., Fischel D., 1985: 87, 109]. В этих случаях деятельность одних компаний внутри корпоративной группы может влечь ответственность других.

Остается добавить, что именно по этой причине российский законодатель не признает ответственности дочерней компании за нарушения материнской и наоборот и не содержит специальных норм о такой ответственности внутри группы. В странах ЕС принцип ограниченной ответственности

¹⁵ Case C724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy* EU:C:2019:204, para 28–37.

был решен с помощью концепции хозяйствующего субъекта, о которой стоит поговорить подробнее, и сравнить правовые порядки на предмет того, кто является нарушителем антимонопольных норм и несет за это наказание.

2. Специальные основания ответственности в антимонопольном праве

Субъект антимонопольной ответственности отличается от субъекта гражданско-правовой ответственности особыми публичными основаниями, что позволяет регуляторам наказывать реального нарушителя вне зависимости от его юридического статуса. Поэтому ответчиком по антимонопольным делам как в России, так и в странах ЕС может быть как коммерческое/некоммерческое, так и физическое лицо. Также в обеих системах права предусмотрен институт частных исков в отношении «хозяйствующих субъектов». Однако нельзя назвать правовые подходы к указанному вопросу симметричными: границы хозяйствующего субъекта определяются в законодательстве и практике по-разному.

В ЕС ответчик по антимонопольным делам охватывается концепцией хозяйствующего субъекта. Еврокомиссия не раз подтверждала, в том числе в новейшей практике, что хозяйствующий субъект является главным элементом конкурентного права как для публичного, так и для частного порядка истребования ущерба в связи с нарушением положений о конкуренции [Freund B., 2021: 732]. Законодательство не содержит определения термина [Vogel L., 2018: 55], его природу определяет прецедентное право Европейского суда и практика Еврокомиссии. Понятие хозяйствующего субъекта разрабатывалось Судом в ряде основополагающих дел¹⁶. Например, в решении по делу *Hofner* Суд определил данное понятие как «состоящее из единой организации личностных, материальных и нематериальных составляющих, которые преследуют конкретную экономическую цель на долгосрочной основе»¹⁷.

Комиссия установила функциональный подход, при котором «хозяйствующий субъект» понимается не через призму правового статуса, а через характер экономической деятельности. В одном из дел суть данного подхода сформулирована следующим образом: «Понятие хозяйствующего субъекта охватывает любую структуру, занимающуюся экономической деятельностью, независимо от ее правового статуса и способа ее финансирования»¹⁸. При этом экономическая активность понимается как любая деятельность, заключаю-

¹⁶ Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19> (дата обращения: 10.11.2022)

¹⁷ См.: Case C-41/90, *Höfner and Elser v. Microtron* [1991] ECR I-1979.

¹⁸ См.: Case C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions EU*: C: 2019: 204, para 36.

щаяся в предложении товаров или услуг¹⁹ (не преследуется мотив получения прибыли или экономическая цель). Юридический статус также не может быть основанием освобождения от ответственности. Квазигосударственные органы или общественные организации могут формировать хозяйствующий субъект. Например, Федеральная служба занятости Германии²⁰ была признана таковым, поскольку закон распространил на данный орган монополию на деятельность, что не отвечает общественным интересам и означает нарушение по смыслу нормы²¹, запрещающей злоупотребление доминирующим положением.

Исключенными из сферы применения концепции являются организации, деятельность которых связана с осуществлением полномочий государственного органа, а сами организации имеют полицейскую функцию (или публичную власть как в деле Евроконтроля²²). Также исключены коллективные договоры с профсоюзами (защита коллективных переговоров как часть «социального союза»), управление государственной системой социального обеспечения (например, больницами), основанной на принципе солидарности (дело *Poucet*²³), включая закупочную деятельность (дело *Fenin*²⁴).

Таким образом, природа данного понятия является экономической, а не юридической, концепция хозяйствующего субъекта не обязательно соответствует ни естественной, ни юридической правосубъектности [Alison J., 2012: 320]. Возможность определения границ хозяйствующего субъекта путем прецедентов позволяет Еврокомиссии регулировать европейский рынок, определяя границы ответственности [Sauter W., Schepel H., 2009: 77]. Европейский суд подчеркивал важность сдерживания в нескольких основополагающих делах²⁵. Такой подход способствует предотвращению ухода компаний от антимонопольной ответственности при реструктуризации, продаже

¹⁹ Case C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze. Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Others. Available at: URL: <https://inlnk.ru/kX62o7> (дата обращения: 10.11.2022)

²⁰ Case C-41/90. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 23 April 1991. — Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0041&from=EN> (дата обращения: 10.11.2022)

²¹ См.: ст. 102 Договора о функционировании ЕС.

²² Case C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol EU:C: 1994:7.

²³ Cases C-159-160/91 Poucet and Pistre v Assurances Générales de France EU:C: 1992:358, Opinion of AG Tesouro, para 12.

²⁴ Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission EU: C: 2005: 666, Opinion of AG Maduro, para 10.

²⁵ О цели сдерживания в отношении государственного принуждения см.: Case C-247/11 P Areva v Commission EU: C: 2014: 257, para 132; Case C-231/ 11 P Siemens v Commission EU: C: 2014: 256, para 59; Case C-823/18 P Commission v GEA Group EU: C: 2020: 955 para 69; Case C-832/18 P Commission v GEA Group EU: C: 2020: 426, Opinion of AG Pitruzzella, para 44; Case T-109/02 Bolloré v Commission EU: T: 2007: 115, para 526; Case T-15/02 BASF v Commission EU: T: 2006: 74, para 226.

или других структурных или легальных изменениях. В частности, в деле *Skanska* и других аналогичных делах применяется принцип экономического следования²⁶, который позволяет перенести ответственность на подлинных нарушителей антимонопольного законодательства независимо от изменений в правовой структуре компаний.

В России нормы антимонопольного законодательства распространяются на широкий круг лиц²⁷, однако не все они охватываются понятием «хозяйствующего субъекта» и несут ответственность [Алексеева Е.А., 2020: 67]. По ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» «хозяйствующим субъектом» признается коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход. Определение проливает свет на разницу в подходах к определению ответственных лиц по антимонопольному законодательству в Европе и России.

Во-первых, цель или мотив получения прибыли не является обязательным условием классификации лиц в качестве «хозяйствующего субъекта», в то время как в России понятие хозяйствующего субъекта приближено к статусу субъекта предпринимательской деятельности [Семеусов В.А., Кулиш А.В., 2008: 117, 118].

Во-вторых, согласно встречающемуся в судебной практике²⁸ подходу, хозяйствующим субъектом могут быть лишь организации, созданные по российскому праву. Следствие этой позиции — вывод, что иностранные юридические лица не являются хозяйствующими субъектами в смысле ст. 4 ФЗ о конкуренции, что до недавнего времени было препятствием для наложения штрафов [Егорова М.А., 2018: 90, 91]. Данная позиция была опровергнута ФАС и подтверждается последующей практикой. В свою очередь «хозяйствующий субъект» не предполагает рассмотрения правового статуса организации, не ограничивая применение положений ЕС о конкуренции предприятиями, которые являются «гражданами» (nationals) любого из членов ЕС [Whelan P., 2022: 3].

²⁶ «Principle of economic succession». См.: Case C 724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy* EU: C: 2019: 204, para 28–37.

²⁷ Согласно части 1 ст. 3 ФЗ «О защите конкуренции», «в том числе российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели».

²⁸ Определение Верховного Суда РФ от 25.03.2016 № 305-КГ16-1090 по делу № А40-146786/2014. Available at: URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-04082016-po-delu-n-305-es16-1685-a40-1808682014/> (дата обращения: 10.11.2022)

В-третьих, российское законодательство исключает из понятия хозяйствующего субъекта физических лиц, не являющимися индивидуальными предпринимателями, которые не осуществляют деятельность в силу государственной регистрации, лицензии или членства в саморегулируемой организации. Таким образом, хозяйствующим субъектом могут быть признаны нотариусы и арбитражные управляющие. Однако адвокаты — исключение из сферы применения данного подхода, что отличает его от европейского.

Итак, европейский регулятор использует более широкий подход к определению границ хозяйствующего субъекта. Прежде всего применение Еврокомиссией функционального подхода позволяет обойти рамки юридической концепции ответственности ради достижения целей антимонопольного права в Европе — удерживать компании от участия в картелях посредством регуляторных инструментов. Последствием применения Еврокомиссией широкого подхода к субъекту ответственности является расширение границ хозяйствующего субъекта.

3. Ответственность членов корпоративной группы

Необходимо анализировать практику привлечения к антимонопольной ответственности членов корпоративной группы по европейскому подходу. Европейский подход позволяет систематизировать практику вменения ответственности с учетом обновленного подхода, разработанного Европейским судом в решении по делу *Sumal*. Указанное решение Суда позволяет оценить плюсы и минусы имплементации данного подхода в российское законодательство.

3.1. Ответственность материнской компании

По европейскому праву материнская компания может быть привлечена к ответственности за нарушение, совершенное одной из ее дочерних компаний, при условии, что обе они являются частью одной экономической единицы и таким образом образуют «единый экономический субъект»²⁹ для целей антимонопольного законодательства³⁰. Такая экономическая единица существует,

²⁹ Данный термин может быть переведен на русский как «единый экономический субъект» или «единое предприятие». Термин означает несколько компаний, объединенных экономической целью и координирующих свое рыночное поведение.

³⁰ Case law by the EU Commission. Goal to be deterrent...Case C-155/14 P Evonik Degussa v Commission EU: C: 2016: 446, para 27; similar Case C-172/12 P EI du Pont de Nemours v Commission EU: C: 2013: 601, para 46: «[...] in competition law the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject-matter of the agreement in question [...]»; see also Case C440/11 P Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje EU:C: 2013: 514, para 43.

когда дочерняя компания не определяет самостоятельно поведения на рынке, а в основном выполняет указания, данные ей материнской компанией.

Для поддержания терминологической стройности исследования проясним разницу между понятиями «хозяйствующий субъект» и «единый экономический субъект». Европейский суд использует в своих прецедентах оба термина в разных контекстах — иногда в качестве синонимов, иногда нет. Это создает споры об объеме понятий [Karahan I., 2020: 14]. В настоящем исследовании оба термина используются как взаимозаменяемые с оговоркой, что «хозяйствующий субъект» — более широкое понятие, так как лежит в основе европейского конкурентного права. В свою очередь «единый экономический субъект» охватывает ситуации, когда «хозяйствующий субъект» состоит из нескольких организационных единиц. Исторически понятие «хозяйствующего субъекта» появилось в законодательстве позднее и связано с модернизацией и унификацией европейского регулирования [Ghetti R., 2018: 821]. Таким образом, «хозяйствующий субъект» наследует семантические значения более раннего термина «единый экономический субъект».

Есть два варианта доказывания факта наличия единого хозяйствующего субъекта: путем презумпции контроля и в отсутствие такой презумпции. В основополагающем деле *Akzo* Суд установил критерий применения презумпции, согласно которой дочерняя компания формирует «экономическую единицу» с материнской при условии владения 100% акциями³¹ (участием). Данную презумпцию можно опровергнуть, доказав, что субсидиарная компания самостоятельно принимает решения по ведению экономической деятельности³². Если же материнская компания не владеет такой долей, Еврокомиссия должна доказать возможность и фактическое осуществление ее решающего влияния на рыночное поведение дочерней компании «на основе фактических доказательств, включая, в частности, любые управленческие полномочия»³³, чтобы привлечь материнскую компанию к ответственности за нарушение, допущенное ее дочерней компанией³⁴.

³¹ Презумпция была применена к инвестиционной компании, которая является косвенной материнской компанией, когда материнская компания владела 84–91% уставного капитала (дочерняя компания выходила на IPO, поэтому доля материнской компании постепенно уменьшалась), но контролировала все права голоса. См.: Case T419/14 *The Goldman Sachs Group v Commission* EU: T: 2018: 445, para 47–49).

³² Case C-97/08 P *Akzo Nobel NV v Commission* EU:C: 2009:536, para 65. В решении по данному кейсу подчеркивается, что головная компания должна «продемонстрировать, что они не составляют единого экономического субъекта».

³³ Case 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) v Commission* EU: C: 1972:70, para 132–135 (Dyestuffs); Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission* EU: T: 2003: 250, para 290.

³⁴ Case T-314/01 *Coöperatieve Verkoop — en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe v Commission* EU: T: 2006:266, para 136.

В перечень доказательств входят «все соответствующие факторы, касающиеся экономических, организационных и правовых связей, которые связывают дочернюю компанию с материнской компанией, и, следовательно, экономическую реальность»³⁵. Из этого следует, что есть два совокупных требования, которые Еврокомиссия должна доказать, прежде чем возложить ответственность на материнскую компанию: возможность контроля и фактическое осуществление контроля [Hofstetter K., Ludescher M., 2010: 55, 56].

Материнская компания может опровергнуть презумпцию, предъявив «достаточные доказательства» и показав, что дочерняя компания действовала на рынке независимо³⁶. Однако сделать это практически невозможно. Любой формы делового влияния на дочернюю компанию достаточно для установления решающего влияния. Более того, независимость дочерней компании должна быть установлена «не только на операционном, но и на финансовом уровне»³⁷, поэтому факта, что материнская компания является «неоперационной холдинговой компанией», недостаточно для опровержения презумпции.

Согласно данному подходу Суд ограничил использование презумпции финансовых холдингов, инвестирующих в дочерние компании, но не принимающих управленческих решений. Однако в ситуациях, когда родительская компания не подпадает под ограниченные случаи чистого финансового инвестора, но по каким-то объективным причинам обязана воздерживаться от управленческого контроля, как, например, в деле *Portielje*³⁸, презумпция становится фактически неопровержимой [Karahan I., 2020: 9]³⁹. Факт установления связей контроля между компаниями автоматически позволяет Еврокомиссии вынести решение о наложении штрафа на родителя без необходимости установления причастности последнего к нарушению⁴⁰. В доктрине [Kalintiri K., 2021: 737] данную презумпцию принято называть «дока-

³⁵ При этом даже если дочернее предприятие действовало против указаний материнской компании всего несколько раз, презумпция не опровергается. См.: *Joined Cases C-293–294/13 P Fresh Del Monte Produce Inc v Commission EU: C: 2015: 416, para 96–97.*

³⁶ *Akzo (C-97/08 P) (n 191), para 61. Or in GC's words in Akzo (T-112/05) (n 212), para 65: материнская компания должна «продемонстрировать, что они не составляют единую экономическую единицу».*

³⁷ *Case C-508/11 P Eni SpA v Commission EU:C: 2013:289, para 64–68: быть техническим/финансовым координатором или оказывать финансовую и инвестиционную помощь достаточно, чтобы оно оказывало решающее влияние.*

³⁸ *Case C-440/11 P Commission v Stichting Administratiekantoor Portielje EU: C: 2012:76, Opinion of AG Kokott, para 31–32.*

³⁹ Karahan I. The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common Concept of Undertaking in EU Competition Law? Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (дата обращения: 20.08.2022)

⁴⁰ *Akzo (C-97/08 P) (n 191), para 59; Portielje (n 130), Opinion of AG Kokott, para 32; judgment EU:C:2013:514, para 30, 36–46; Case T517/09 Alstom v Commission EU:T:2014:999, para 53.*

зательством дьявола»⁴¹, поскольку она создает невозможные условия для ее опровержения.

О природе ответственности материнской компании есть разные мнения. По мнению Суда ответственность за нарушение конкуренции носит личный характер⁴². По этой логике материнская компания привлекается к ответственности, так как она «считается совершившей нарушение»⁴³. Однако поскольку нет необходимости в установлении прямого или косвенного участия, или осведомленности о нарушении, «единственное, что, похоже, решено для суда – то, что ответственность является строгой, то есть не основана на вине» [Koenig C., 2017: 281, 285]. Тем самым данный вид ответственности не подпадает под понятие персональной и дает основание некоторым авторам сравнивать материнскую ответственность с викарной, поскольку влечет ответственность без доказательства вины [Karahan I., 2020: 37]. Другие заявляют, что родительская ответственность не относится ни к личной ответственности, ни к викариальной и «определяется дополнительными соображениями» [Kalintiri K., 2021: 738].

Пытаясь прояснить этот парадокс применения, Д. Ализон пишет, что «в дополнение к тому, чтобы быть единым экономическим субъектом (для чего достаточно способности материнской компании осуществлять контроль над дочерней компанией), «фактическое осуществление» решающего влияния, по-видимому, добавляет дополнительное условие, а именно, определенную вину или ответственность материнской компании [Alison J., 2012: 320]. Вероятно, именно этот парадокс «отсутствующей вины» участника корпоративной группы стал главной проблемой применения концепции «единого экономического субъекта» в европейском праве. Спустя более чем 10 лет Европейский суд пытался гармонизировать практику в новейшем деле *Sumal* применительно к ответственности субсидиарной компании.

3.2. Ответственность субсидиарной компании

До решения по данному делу в европейском конкурентном праве доктрина «единого экономического субъекта» применялась только к материнской компании (нисходящая ответственность). Суды государств-членов формировали противоречивую практику, интерпретируя постановления Европей-

⁴¹ *Probatio diabolica* (лат.: «доказательство дьявола», «дьявольское доказательство») — юридическое требование достижения невозможного доказательства. В случаях, когда правовая система требует невозможного доказательства, средства правовой защиты заключаются в изменении бремени доказывания или предоставлении дополнительных прав человеку, столкнувшемуся с *probatio diabolica*.

⁴² Case C-49/92 P Commission v Anic Partecipazioni EU: C: 1999: 356, para 78.

⁴³ Case C50/12 P Kendrion NV v Commission EU: C: 2013:771, para 55 (emphasis added. — А.К.).

ского суда в разном ключе [Whelan P., 2022: 7]. Например, в 2019 г. Апелляционный суд Арнем-Леувардена (Нидерланды) в решении по частному иску постановил, что субсидиарная ответственность предусмотрена в соответствии с правом ЕС⁴⁴, и (как прямое следствие решения Европейского суда по делу *Skanska*) дочерняя компания может быть привлечена к ответственности за нарушение законодательства о конкуренции со стороны ее материнской компании на том основании, что они являются частью одного и того же «хозяйствующего субъекта»⁴⁵.

Однако в деле *Sumal* этот вопрос был однозначно решен. Суд впервые затронул обратную ситуацию, при которой ответственность может быть возложена на дочернюю компанию за нарушения, совершенные другим участником корпоративной группы. Основанием иска послужили следующие фактические обстоятельства. Истец заявил, что испанская компания из Барселоны приобрела в 1997–1999 гг. два грузовика Daimler у дилера в Испании по договору лизинга. Чтобы получить компенсацию за грузовики, приобретенные по картелизированным ценам, она подала иск о возмещении ущерба в Коммерческий суд Барселоны против испанского филиала Daimler AG. Daimler AG является одним из ответчиков картельного решения Европейской комиссии, но его испанская дочерняя компания — нет.

23.01.2019 Коммерческий суд Барселоны отклонил иск против испанской дочерней компании, мотивируя тем, что на нее нельзя подать в суд, поскольку решение картеля было адресовано только материнской компании. Истец обжаловал решение в Апелляционном суде Барселоны (*Audiencia Provincial*), который обратился в Европейский суд с просьбой вынести предварительное решение. По сути, направляющий суд спрашивает: может ли жертва антиконкурентной практики подать иск о возмещении ущерба либо против материнской компании, которая была наказана Еврокомиссией за эту практику в решении, либо против дочерней компании этой компании, которая не упоминается в этом решении.

Согласно строгому применению доктрины «единого экономического субъекта», субсидиарная компания должна быть привлечена к ответственности исходя из факта принадлежности к единому хозяйствующему субъекту, если контроль будет доказан. Аргументируется это тем, что выгодоприобретатель картеля должен быть удержан от антиконкурентной практики. В контексте группы компаний это означает, что прибыль от капитализированных цен на товары и услуги получает и распределяет вся группа, что свидетельствует об общих экономических интересах внутри нее. Поэтому

⁴⁴ The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in *TenneT* (January 1, 2020). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴⁵ *Alstom and others v. TenneT cs TSO BV and Saranne BV*, Judgment of the Arnhem-Leeuwarden Court of Appeal, Case No. 200.177.480, ECLI:NL: GHARL:2019:10165.

штраф следует рассчитывать из годового оборота всей группы, чтобы не позволить компаниям злоупотреблять правом и намеренно платить несущественные штрафы, продолжая вступать в антиконкурентные соглашения.

Однако в деле *Sumal* Суд отошел от классической логики и применил уточненный подход в понимании доктрины. Суд считает необходимым доказать не только то, что дочерняя компания является частью одного и того же предприятия в классическом смысле (экономические, организационные и юридические связи) [Ferro M., 2021: 3], но и то, что существовала «конкретная связь между экономической деятельностью этой дочерней компании и предметом нарушения, за которое материнская компания была признана ответственной»⁴⁶. Таким образом, необходимо доказывать определенный тип экономической деятельности, который связывает их вместе (например, все они активны на конкретном антимонопольном рынке, который представляет рынок для целей предполагаемого нарушения антимонопольного законодательства) [Whelan P., 2022: 9]. Применительно к сговору на рынке грузовиков субсидиарная компания была вовлечена в продажу тех же грузовиков, что и материнская, тем самым показывая совместность действий и целей на одном рынке. В тексте решения Суд дал довольно узкое толкование концепции конкретной связи, заявив: потерпевший должен в принципе доказать, что антиконкурентное соглашение, заключенное материнской компанией, касается продуктов, продаваемых дочерней компанией⁴⁷.

Тем самым Суд фактически добавляет категорию вины в доктрину «единого экономического субъекта». Презумпции настолько легко выполняются и практически не опровергаются (*probatio diabolica*), что тот факт, что Европейский суд осмелился признать первостепенную важность своего рода *actus reus*, кажется противоречащим его предыдущему прецедентному праву⁴⁸.

Попытаться оправдать непоследовательное решение, открывшее «ящик Пандоры» в правоприменительной практике ЕС, можно. Указанный тезис раскрывается в 47-м параграфе, где описывается парадокс: субсидиарная компания «может быть привлечена к ответственности за нарушения, совершенные в контексте деятельности, совершенно не связанной с ее собственной деятельностью и в которой она никоим образом, даже косвенно, не участвовала»⁴⁹. Кажется

⁴⁶ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Особенно в контексте контроля за слияниями или когда ЕС переносит ответственность на холдинговую компанию посредством презумпций.

⁴⁹ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal, S.L. v Mercedes Benz Trucks España, S.L.* Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-882/19&jur=C> (дата обращения: 10.11.2022)

логичным, что дочерняя компания, продающая одеяла и подушки, не должна нести ответственности за картеля своего материнского конгломерата на рынке овощей [Ferro M., 2021: 6]. Но если она оказывает услуги по управлению поставками овощной продукции? Что если она продает схожую продукцию или товары-комплименты, но не те, о которых идет речь в рамках картеля?

На деле *Sumal* приводит к абсурдной ситуации, поскольку задает разные критерии для нисходящей и восходящей ответственности применительно к «единому экономическому субъекту». Такое толкование доктрины, предложенное Судом, перемещает юридические лица внутрь и за пределы хозяйствующего субъекта в зависимости от того, нарушили ли они закон о конкуренции [Whelan P., 2022: 12]. Чтобы лучше понять, как закон может применяться в таком случае, рассмотрим следующий пример.

Предположим, материнская компания имеет возможность осуществлять и действительно оказывает решающее влияние на экономическую политику дочерней компании (контроль установлен). Предположим также, что нет конкретной связи между экономической деятельностью материнской компании и дочерней (согласно значению «конкретной связи» в *Sumal*). Если дочерняя компания нарушает закон о конкуренции, к материнской компании могут быть применены санкции за это нарушение. Если же нарушает закон о конкуренции материнская компания, дочерняя компания не подвергнется санкциям, поскольку она не соответствует условиям для того, чтобы быть частью единой экономической единицы с материнской. Потенциально можно возразить, что «верх-низ» не равен «низу-верху» (принцип корпоративного права — «думать может только голова»). Но что делать в ситуациях, когда материнская компания не несет ответственности за нарушение прав дочерней компании, учитывая, что у нее есть только миноритарная доля (не подпадает под действие презумпции *Akzo*)? При этом дочерняя компания может нести ответственность за поведение материнской компании, несмотря на миноритарную долю, поскольку она выполняет ту же или связанную экономическую деятельность («связь» согласно значению в *Sumal*). Как резюмирует профессор П. Уэлан, «в этом нет смысла» [Whelan P., 2022: 13].

3.3. Ответственность сестринских компаний

Отдельным вопросом в применении доктрины «единого экономического субъекта» является ответственность сестринских компаний. Практика Европейского суда по этому вопросу неоднозначна и немногочисленна [Marcos F., 2021: 468, 475]. Однако, по мнению Еврокомиссии, дочерние компании не считаются конкурентами, даже если они обе работают на одном и том же релевантном товарном и географическом рынке, так как они образуют единую

экономическую единицу⁵⁰. Кажется, Суд поддерживает данную позицию, о чем свидетельствует дело *Hydrotherm*⁵¹. Скорее можно утверждать, что применялся подход, описанный выше: сестринские компании не несут ответственности, поскольку образуют «единый экономический субъект». Тем не менее после дела *Sumal* предполагается, что существует пока не проверенная возможность наложения «сестринской ответственности». В данном решении Суд только оговаривает такие ситуации, но не дает детальных разъяснений на этот счет [Barenes M., Braeken B., Versteeg J., 2021: 3].

Можно предположить, что сестринская ответственность строится путем прослеживания нарушения вверх от нарушающей дочерней компании к общей материнской компании (т.е. через родительскую ответственность), а затем — снова вниз от материнской компании к дочерней компании, не нарушающей права, т.е. через субсидиарную ответственность [Whelan P., 2022: 22]. Это предполагает объединение родительской ответственности с субсидиарной ответственностью. Следуя логике Суда в деле *Sumal*, можно предположить, что такой тип ответственности может быть применим к компании, действующей на одном рынке, если она является частью той же экономической единицы, что и адресат решения.

3.4. Отдельные последствия применения *Sumal* для конгломератных групп

Если следовать логике Суда в указанном деле и выйти за пределы рассмотрения отдельных «корпоративных пар», составляющих единый экономический субъект, то встает ряд проблем выделения границ хозяйствующего субъекта внутри разветвленных структур компаний конгломератного типа. Согласно уточненному подходу⁵², корпоративная группа может состоять из нескольких хозяйствующих субъектов, если внутри группы возможно разделить экономические цели каждого из них. Тогда возможно ли рассматривать корпоративное соглашение/политику в качестве картельного сговора?

Устоявшийся подход, в том числе Еврокомиссии, исключал применение норм о картельных сговорах к соглашениям внутри группы компаний, преследующих общую коммерческую стратегию. Концепция единого эконо-

⁵⁰ Horizontal co-operation guidelines, para 11. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29> (дата обращения: 10.11. 2022)

⁵¹ Суд постановил, что предприятие может состоять из нескольких физических и юридических лиц «имеющих одинаковые интересы и контролируемых одним и тем же физическим лицом, которое также участвует в соглашении». См.: Case C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas* EU: C: 1984: 271, para 11.

⁵² Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal*...

мического субъекта предполагает, что факт принадлежности⁵³ в отсутствие дополнительных доказательств причастности к нарушению является основанием налагать ответственность на всю группу и учитывать это при расчете штрафа. Основание таких выводов находят в норме, запрещающей картельные соглашения [Bailey D., 2018: 83, 84, 94]⁵⁴, с опорой на основные понятия, которыми оперирует закон, в том числе на понятие конкуренции. Статья 101 Договора о функционировании ЕС применима к соглашениям между «лицами, которые способны конкурировать друг с другом». Два или более отдельных юридических лица, принадлежащих одному хозяйственному субъекту, образуют единое предприятие (хозяйствующий субъект), поэтому между этими лицами не может быть соглашения по смыслу ст. 101 Договора⁵⁵. Нельзя ожидать, что субъекты, образующие одну и ту же экономическую единицу и делящие прибыль внутри группы, будут конкурировать друг с другом.

В доктрине принято ссылаться [Ibáñe A., 2021: 4] на недавнее решение Европейского суда по делу *Ecoservice*⁵⁶ и толковать его как доказательство невозможности заключить картельное соглашение между участниками корпоративной группы согласно праву ЕС. Тогда Суд отказал в иске об истребовании убытков, сочтя ст. 101 Договора о функционировании ЕС не применимой к соглашениям между участниками одной группы. Однако в более ранних решениях⁵⁷ Суд добавляет к «формуле иммунитета» оговорку, дающую возможность альтернативного толкования. Например, в деле *Viho* Суд указал, что ст. 101 Договора «не распространяется на соглашения или согласованные действия между «хозяйствующими субъектами», принадлежащими к одной и той же группе, если «хозяйствующий субъект» образует экономическую единицу»⁵⁸. Комментируя это дело, некоторые аналитики готовы были поверить в ошибочность используемой судом терминологии, нежели в то, что Суд допускает существование нескольких независимых «хозяйствующих субъектов» внутри корпоративной группы [Alison J., 2012: 128]. Другие

⁵³ В классическом смысле экономические, организационно-правовые связи.

⁵⁴ Ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС применимы только когда искажение конкуренции вызвано деятельностью undertakings, но конкуренция может быть искажена поведением субъектов, не являющихся undertakings (например, органов государств-членов с регулирующими или иными функциями), к которым указанные статьи не применимы.

⁵⁵ Judgment of 4 May 1988, *Bodson*, 30/87, EU:C:1988:225, paragraph 19; Judgment of 11 April 1989, *Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro*, 66/86, EU:C:1989:140, para 35.

⁵⁶ Case C-531/16, *Siauliai Regional Waste Management Centre and 'Ecoservice projektai' UAB*, ECLI:EU:C:2018:324, para 28–30.

⁵⁷ Case C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas* EU:C:1984:271, para 11; Judgment in *Joined Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89 'SIV and Others v Commission* [1992] ECR II-1403, para 357.

⁵⁸ Case T-102/92 *Viho Europe BV v Commission* EU:T:1995:3, para 47.

исследователи искали логику в тексте решения, реконструируя пропущенные смысловые цепочки рассуждений [Koenig С., 2017: 281].

Давая оценку этим решениям ныне, можно сказать, что судебная практика содержала несколько подходов, один из которых был избран в качестве приоритетного в деле *Sumal*. Допустимо утверждать, что внутри корпоративной группы может быть несколько хозяйствующих субъектов согласно этому прецеденту. Однако закрепится ли эта практика в будущих решениях — остается открытым вопросом. Европейскому суду необходимо уточнить стандарты, которые будут использоваться для отграничения одного «хозяйствующего субъекта» от другого внутри корпоративной группы и определения того, какая интенсивность «связи» актуальна для этих целей. В контексте конгломератных групп юридические лица должны действовать в «нескольких сферах экономики, не имеющих между собой никакой связи»⁵⁹, как оговаривается в решении по делу *Sumal*. При этом данное определение «хозяйствующего субъекта» полностью противоречит тому, что используется в законодательстве ЕС по вопросам слияний и поглощений, где конгломератные группы формируют единый «хозяйствующий субъект»⁶⁰. Выделяя и доказывая существование нескольких «хозяйствующих субъектов» внутри конгломератов, можно снизить оборотные штрафы и обезопасить себя от мер регулятора.

Выводы

Стоит заново обратиться к главному вопросу, адресованному ранее В. Вилсом к доктрине «единого экономического субъекта»: «Где заканчивается один «хозяйствующий субъект» и начинается следующий?» [Wils W., 2000: 99, 116]. Правовая проблема в том, что Европейский суд в деле *Sumal* попытался связать *actus reus*⁶¹ и ответственность юридического лица. В этом и кроется трудность, возникает фрагментация понятия «хозяйствующего субъекта», а именно: различное применение «единого экономического субъекта» к материнской/субсидиарной ответственности. Тогда Суд решительно отказался признать, что холдинговая компания может быть привлечена к ответственности без какой-либо вины/халатности, как предписывала предыдущая практика Суда. Приходится согласиться с позицией Д. Алисон, сформулированной задолго до упомянутого решения, согласно которой концепция единой экономической единицы является контекстно-зависимой от характера картельно-

⁵⁹ Case C-882/19 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2021 *Sumal*...

⁶⁰ EU Merger Regulation. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0139> (дата обращения: 10.11.2022)

⁶¹ Действие или поведение, являющееся составным элементом преступления, в отличие от психического состояния обвиняемого.

го соглашения и может рассматриваться как действующая в единоличном порядке, так и совместно в зависимости от характера соглашения [Alison J., 2012: 320]. Таким образом, вряд ли можно полагать, что дело *Sumal* является ясным решением этого вопроса европейского конкурентного права.

Проблема иного свойства — данное решение нельзя назвать судебной неточностью, так как при ближайшем рассмотрении оно вскрывает конфликт внутри европейской регуляторной политики. С одной стороны, целью антимонопольного права является сдерживание антиконкурентного поведения посредством регуляторных мер (штрафов, контроля над слияниями). Для этих целей Еврокомиссия применяет концепцию расширительно, используя функциональный подход. С другой стороны, такое толкование создает правовую неопределенность и вступает в конфликт с основными принципами ограниченной ответственности.

Некоторые выводы о правоприменительной практике ЕС могут дать почву для рассуждений применительно к имплементации рассмотренных подходов в российское законодательство. Пока трудно найти объективные причины внедрения института антимонопольной ответственности членом корпоративной группы в России. Этому тезису предшествует несколько аргументов. Во-первых, российское право исходит из иного принципа выявления ответчика по антимонопольным делам, что отражено в законодательстве. ФЗ «О защите конкуренции» напрямую очерчивает круг ответственных лиц, именуя каждое из них, т.е. определяя круг субъектов позитивным методом. Европейский законодатель определяет субъекта функционально, а практика формирует ряд исключений из правила «хозяйствующего субъекта».

Во-вторых, одна из причин существования данного института в странах ЕС — решение юрисдикционной проблемы. Иск об истребовании убытков, обращенный к субсидиарной компании, значительно снижает транзакционные издержки для жертвы картельного нарушения и повышает доступность правосудия. Именно такая ситуация была исследована Судом в деле *Sumal*, когда истец приобретал грузовики у испанской дочерней компании, головной офис которой находился в другой европейской стране. В России же антимонопольное и гражданское право применяется единообразно на территории всей страны.

В-третьих, при выводах о перспективах внедрения данного института в России, необходимо отталкиваться от целей регуляторной политики в обоих правопорядках и от неодинаковой структуры рынка. ФАС, в отличие от Еврокомиссии, не ставит задачи удерживать концентрацию на рынке в том смысле, в котором эту задачу видит Комиссия, а цели российской регуляторной политики не в полной мере совпадают с европейскими⁶².

⁶² Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.07.2019

В-четвертых, данная форма ответственности членов корпорации входит в противоречие с принципами ограниченной ответственности, которые законодательно защищены отраслевым гражданским законодательством. Также сама форма регулирования обеспечивает более адекватную защиту прав корпораций, поскольку в его основании лежит прецедентное право, что позволяет чувствительно реагировать на каждый случай.

Вместе с тем необходимо отметить, что мировой тренд не сможет не сказаться на российской регуляторной политике, если Россия продолжит развивать рыночные отношения и стимулировать конкуренцию. Применение формального подхода, при котором нарушители картельных запретов могут ссылаться на ограниченность своей ответственности, при этом экономически или управленчески контролируя поведение других хозяйствующих субъектов внутри группы, недопустимо в условиях доминирования транснациональных и цифровых корпораций.



Список источников

1. Алексеева Е.А. Хозяйствующий субъект в конкурентном праве // Проблемы науки. 2020. № 1. С. 67–71.
2. Алешин Д.А. Современные мировые тенденции развития государственного регулирования конкуренции / Модернизация экономики и государство. Кн. 3. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007. 691 с.
3. Беликова К.М., Безбах В.В. Запрещенная деловая практика и квалифицирующие ее признаки по праву ЕС и стран МЕРКОСУР — Аргентины, Бразилии, Уругвая, Парагвая, Боливии, Перу и Чили // Право и политика. 2006. № 8. С. 122–133.
4. Егорова М.А. Конкурентное право. М.: Юстицинформ, 2018. 628 с.
5. Семеусов В.А., Кулиш А.В. О хозяйствующих субъектах и субъектах предпринимательской деятельности // Известия БГУ. 2008. № 3. С. 116–119.
6. Alison J. Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, 2012, vol. 8, no. 2, pp. 301–331.
7. Bailey D. *Competition Law*. Oxford: University Press, 2018, 1152 p.
8. Barennes M., Braeken B., Versteeg J. ECJ Redefines the «Economic Entity» Doctrine and Rules that a Subsidiary May be Liable for Behavior of Its Parent Company (Sumal C-882/19). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/yO0adP> (дата обращения: 10.11.2022).
9. Boyd M. Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU's judgment in Sumal (C-882/19). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/ZZM9L8> (дата обращения: 10.11.22)
10. Boulba M., Potapova K. Cartels and Leniency Review: Russia. In: *The Cartels and Leniency Review*. J. Buretta, J. Terzaken (ed.). London: Law Business Research Ltd., 2021, pp. 234–242.

№ 6). Available at: URL: https://sudact.ru/law/strategiia-razvitiia-konkurentsii-i-antimonopolnogo-regulirovaniia-v_1/ (дата обращения: 10.11.2022)

11. Cauffman C. Beyond Skanska. The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in TenneT. 2020. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (дата обращения: 10.11.2022)
12. Chiriță A. A legal-historical review of the EU competition rules. *The International and Comparative Law Quarterly*, 2014, vol. 63, no. 2, pp. 281–316.
13. Frank H., Fischel D. Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*, 1985, issue 1. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3> (дата обращения: 10.11.2022)
14. Freund B. Reshaping Liability — The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law. *GRUR International*, 2021, issue 8, pp. 731–743.
15. Ghetti R. Unification, Harmonization and Competition in European Company Forms, *European Business Law Review*, 2018, issue 5, pp. 813–842.
16. Ibáñez Colombo A. Of undertakings, legal entities and groups of companies. 2021. Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (accessed: 10.11.2022)
17. Kalintiri A. Revisiting parental liability in EU competition law. *European Law Review*, 2018, vol. 43, no. 2, pp. 145–166.
18. Karahan I. The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common. Concept of Undertaking in EU Competition Law? 2020. Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (дата обращения: 10.11.2022)
19. Klotz M. *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*. Köln: Heymanns, 2018, 336 p. (in German)
20. Koenig C. An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. *Journal of Competition Law and Economics*, 2017, vol. 13, pp. 281–327.
21. Koskinen K. Institutional Illusions Translating in the EU Commission. *The Translator*, 2000, vol. 1, pp. 49–65.
22. Marcos F. The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2021, vol. 52, pp. 468–476.
23. Sauter W., Schepel H. *State and Markets in European Union Law*. Cambridge: University Press, 2009, 246 p.
24. Usatorre A. Red pill or blue pill? The European Court of Justice makes its choice: subsidiaries can be held liable for the infringements of their parent companies (Case C-882/19–Sumal). 2021. Available at: URL: <https://inlnk.ru/YAMakK> (дата обращения: 10.11.2022)
25. Vogel L. *European Competition Law*. Paris: Bruylant, 2018, 840 p.
26. Wagener M. Follow-Up to Skanska. The «Implementation» by National Courts So Far. *European Papers*, 2019, vol. 6, pp. 1323–1337.
27. Whelan P. Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability. In: B. Rodger, F. Marcos, M. Ferro (eds.). *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022, 562 p.
28. Wils W. The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*, 2000, vol. 25, no. 2, pp. 99–116.



References

1. Alekseeva E.A. (2020) An economic entity in competition law. *Problemy nauki= Issues of Science*, no. 1, pp. 67–71 (in Russ.)
2. Aleshin D.A. (2007) Modern world trends in the development of state regulation of competition. In: *Modernization of the economy and the state*. Vol. 3. Moscow: Higher School of Economics, 691 p. (in Russ.)
3. Alison J. (2012) The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law. *European Competition Journal*, vol. 8, no. 2, pp. 301–331.
4. Bailey D. (2018) *Competition Law*. Oxford: University Press, 1152 p.
5. Barennes M., Braeken B., Versteeg J. (2021) ECJ Redefines the «Economic Entity» Doctrine and Rules that a Subsidiary May be Liable for Behavior of Its Parent Company. Available at: URL: <https://inlnk.ru/yO0adP> (accessed: 10.11.2022)
6. Belikova K.M., Bezbakh V.V. (2006) Prohibited business practice and its qualifying features under the law of the EU and MERCOSUR countries: Argentina, Brazil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Peru and Chile. *Pravo i politika=Law and Politics*, no. 8, pp. 122–133 (in Russ.)
7. Boulba M., Potapova K. (2022) Cartels and Leniency Review: Russia. In: *The Cartels and Leniency Review*. J. Buretta, J. Terzaken (eds.). London: Law Business Research Ltd., pp. 234–242.
8. Boyd M. (2021) Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU's judgment in Sumal. Available at: URL: <https://inlnk.ru/ZZM9L8> (accessed: 10.11.2022)
9. Cauffman C. (2020) Beyond Skanska. The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in Tenne T. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3512364> (accessed: 10.11.2022)
10. Chiriță A. (2014) A legal-historical review of the EU competition rules. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, no. 2, pp. 281–316.
11. Egorova M.A. (2018) *Competitive law: textbook*. M.: Justicinform, 628 p. (in Russ.)
12. Frank H., Fischel D. (1985) Limited Liability and the Corporation. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3> (accessed: 10.11.2022)
13. Freund B. (2021) Reshaping Liability: Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law. *GRUR International*, vol. 70, no. 8, pp. 731–743.
14. Ghetti R. (2018) Unification, Harmonization and Competition in European Company Forms. *European Business Law Review*, issue 5, pp. 813–842.
15. Ibáñez Colombo A. (2021) Of undertakings, legal entities and groups of companies. Available at: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (accessed: 10.11.2022)
16. Kalintiri A. (2018) Revisiting parental liability in EU competition law. *European Law Review*, vol. 43, no. 2, pp. 145–166.
17. Karahan I. (2020) The Single Economic Entity Doctrine: Is There a Common. Concept of Undertaking in EU Competition Law? Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9019824&fileId=9019827> (accessed: 10.11.2022)
18. Klotz M. (2016) *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*. Köln: Heymanns, 336 p. (in German)
19. Koenig C. (2017) An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 13, pp. 281– 327.

20. Koskinen K. (2000) Institutional Illusions Translating in the EU Commission. *The Translator*, vol. 1, pp. 49–65.
21. Marcos F. (2021) The Uneven and Unsure Playing Field for Competition Damages Claims in the EU: Shortcomings and Failures of Directive 2014/104/EU and Its Implementation. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, no. 52, pp. 468–476.
22. Sauter W., Schepel H. (2009) *State and Markets in the European Union Law*. Cambridge: University Press, 246 p.
23. Semeusov V.A., Kulish A.V. (2008) About economic entities and business entities. *Izvestiya BSU=Bulletin of BSU*, no. 3, pp. 116–119 (in Russ.)
24. Usatorre A. (2021) Red pill or blue pill? The European Court of Justice makes its choice: subsidiaries can be held liable for the infringements of their parent companies (Case C-882/19 Sumal). Available at: URL: <https://inlnk.ru/YAMakK> (accessed: 10.11.2022)
25. Vogel L. (2018) *European Competition Law*. Paris: Bruylant, 840 p.
26. Wagener M. (2019) Follow-Up to Skanska — The «Implementation» by National Courts So Far. *European Papers*, vol. 6, pp. 1323–1337.
27. Whelan P. (2022) Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability. In: B. Rodger, F. Marcos, M. Ferro (eds.). *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*. Cheltenham: Edward Elgar, 562 p.
28. Wils W. (2000) The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*, vol. 25, no. 2, pp. 99–116.

Информация об авторе:

A.C. Корниенко — кандидат экономических наук, доцент.

Information about the author:

A.S. Kornienko—Candidate of Sciences (Economics), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 21.11.2022; одобрена после рецензирования 09.12.2022; принята к публикации 09.12.2022.

The article was submitted to the editorial office 21.11.2022; approved after reviewing 09.12.2022; accepted for publication 09.12.2022.