

Научная статья

УДК: 341.64

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии права конкуренции Евразийского экономического союза*



Екатерина Борисовна Дьяченко¹,



Кирилл Владимирович Энтин²

^{1, 2} Суд Евразийского экономического союза, Минск, Беларусь

¹ DyachenkoEB@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2847-4713>

² kirill.entin@coleurope.eu, <https://orcid.org/0000-0003-3876-5458>



Аннотация

Настоящая статья содержит анализ (через призму практики Суда ЕАЭС) установленных в Договоре о Евразийском экономическом союзе общих принципов и правил конкуренции. Авторы рассматривают осуществляемые в рамках ЕАЭС виды политики, раскрывают разницу между общими принципами и правилами конкуренции и подчеркивают практическое значение вывода Суда о прямом действии и непосредственном применении общих правил конкуренции, открывшее дорогу широкому использованию права ЕАЭС на национальном уровне. Значительная часть статьи посвящена ставшим предметом судебного рассмотрения вопросам соотношения права конкуренции ЕАЭС и антимонопольного законодательства государств-членов, а также разграничению компетенции между Евразийской экономической комиссией и антимонопольными органами государств-членов. По мнению авторов, в то время как положения Договора направлены на исключение случаев, при которых расследование будет проводиться национальными антимонопольными органами и Комиссией одновременно, новизна антимонопольного регулирования и трудность применения критериев трансграничности обусловили необходимость предусмотреть ситуацию, при которой параллельно

* Изложенная в статье точка зрения является мнением авторов и не может считаться позицией Суда.

ные расследования не будут прекращены и увенчаются принятием решений обоими органами. Решением данной проблемы стало закрепление принципа *ne bis in idem* в консультативном заключении Суда от 18.06.2019. В аспекте разграничения компетенции между наднациональным и национальными уровнями правового регулирования заслуживает внимание позиция Суда, посвященная пресечению запрещенной координации экономической деятельности, сформулированная в его консультативном заключении от 17.12.2018. Комиссия обладает полномочиями пресекать координации экономической деятельности, когда такая деятельность способна оказать воздействие на конкуренцию на трансграничном рынке. В аспекте исследования вопросов материального права авторы уделяют особое внимание позиции Суда, посвященной праву государств-членов устанавливать в национальном законодательстве дополнительные критерии допустимости «вертикальных» соглашений, установленной в консультативном заключении от 4.04.2017. С учетом воздействия, которое оказало на становление права конкуренции ЕАЭС право Европейского союза, при исследовании консультативных заключений Суда ЕАЭС авторы проводят сравнительный анализ его практики с практикой Суда ЕС, подчеркивая основные моменты сходства и различия между ними.



Ключевые слова

право конкуренции ЕАЭС, Суд ЕАЭС, право Европейского союза, прямое действие, *ne bis in idem*, координация экономической деятельности, вертикальные соглашения

Для цитирования: Дьяченко Е.Б., Энтин К.В. Роль консультативных заключений Суда ЕАЭС в развитии права конкуренции Евразийского экономического союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С. 177–204. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Law in the Modern World

Research article

The Role of the EAEU Court's Advisory Opinions in Development of the Eurasian Economic Union's Competition Law



Ekaterina B. Diyachenko¹,



Kirill V. Entin²

^{1,2}Eurasian Economic Union Court, Minsk, Belarus

¹DyachenkoEB@gmail.com, <https://orcid.org/>

²kirill.entin@coleurope.eu, <https://orcid.org/>



Abstract

The present article analyses the general principles and rules of competition stipulated in the Treaty on the Eurasian Economic Union in the light of the EAEU Court case law. The authors

review the types of policies implemented within the EAEU, explain the difference between the general principles and rules of competition and emphasize the practical importance of the Court's conclusion on the direct effect and direct applicability of the general rules of competition. A significant part of the article is devoted to issues addressed in the Court's case law on the interaction between EAEU competition law and the antitrust legislation of the member states, as well as to the competence delimitation between the Eurasian Economic Commission and the national competition authorities. According to the authors, despite the fact that the provisions of the Treaty are aimed at excluding cases in which investigation is to be carried out by national authorities and the Commission simultaneously, the novelty of regulation and the complexity of the transboundary markets criteria made it necessary for the Court to foresee a scenario where parallel investigations will not be terminated and will result in decisions by both bodies. The solution to the problem was found in the entrenchment of the *ne bis in idem* principle in the advisory opinion of 18 June 2019. In terms of distribution of powers between supranational and national levels of legal regulation, the Court's opinion on restraint of prohibited coordination of economic activities, stipulated in the advisory opinion of 17 December 2018, merits consideration. The Commission shall have competence to deal with this violation when the coordination of economic activities has an adverse effect on competition on a transboundary market. In the context of the substantive matters study, the authors take a close look at the position of the Court, set out in the Advisory opinion of 4 April 2017, related to the right of the member states to establish additional criteria for admissibility of "vertical" agreements in national legislation. Taking into account the influence of the law of the European Union on the development of EAEU competition law the authors undertake a comparative analysis of the EAEU Court's advisory opinions with the case law of the Court of Justice of the EU, underlining the main similarities and differences.



Keywords

competition law of the EAEU, EAEU Court, EU law, direct effect, *ne bis in idem*, coordination of economic activity, vertical agreements

For citation: Diyachenko E.B., Entin K.V. The Role of the EAEU Court 's Advisory Opinions in Development of the Eurasian Economic Union's Competition. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 177–204. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.177.204

Введение

Обеспечение добросовестной конкуренции является одним из ключевых условий создания Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС, Союз), о чем свидетельствует закрепление соответствующей цели в Преамбуле Договора о Союзе (далее — Договор о ЕАЭС, Договор), а также в ст. 3 Договора «Основные принципы функционирования Союза». Подобное правовое регулирование особенно важно на начальном этапе деятельности Союза, когда закладываются базовые подходы его дальнейшего развития. Для сравнения отметим, что в Европейском союзе (далее — ЕС) со вступлением в силу Лиссабонского договора 2009 года о реформе, «построение системы, предотвращающей нарушения правил конкуренции на внутреннем рынке», исключено из перечня целей и задач ЕС. Вместе с тем данное изме-

нение не следует считать знаком, что отныне обеспечению конкуренции в ЕС уделяется меньшее внимание. Оно представляет собой лишь осознание, что обеспечение конкуренции не является самостоятельной целью, а служит для решения иных задач, в первую очередь функционирования внутреннего рынка.

Передача вопросов конкуренции на наднациональный уровень неразрывно связана с формированием внутреннего рынка. Подобный процесс объясним: как только товары, работы и услуги получают возможность свободно перемещаться между территориями государств-членов интеграционного объединения, они выходят на общий рынок данного объединения, а значит и конкуренция покидает пределы государств, оказывая влияние на общий рынок. Регулирование вопросов конкуренции на трансграничных рынках и передача соответствующих полномочий наднациональному органу закономерно производится одновременно с правовым оформлением внутреннего рынка и свободного движения товаров, работ и услуг. Так, План действий по формированию Единого экономического пространства Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации на 2010–2011 годы, утвержденный Решением Межгоссовета ЕврАзЭС от 19.12.2009 № 35, предполагал подписание Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции¹.

Обращение к опыту ЕС также демонстрирует связь правил конкуренции с функционированием единого рынка товаров, работ и услуг. Регулирование на наднациональном уровне вопросов конкуренции было заложено уже в Римском договоре от 25.03.1957, а в Девятом отчете Европейской комиссии по конкурентной политике за 1979 год прямо указано, что ключевая задача права конкуренции состоит в защите единого рынка, воспрепятствовании созданию новых барьеров, когда прежние межгосударственные барьеры сняты в связи с формированием общего рынка². Вместе с тем вопросы о соотношении права Европейского экономического сообщества и национального законодательства и применения положений учредительного договора национальными антимонопольными органами долгое время³ не были урегулированы на законодательном уровне и решались Судом ЕС с использованием общих подходов на основе принципа верховенства. Таким образом, значимым источником правового регулирования отношений в области

¹ Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции подписано 9.12.2010, вступило в силу с 01.01.2012 и действовало до 01.01.2015 — даты вступления в силу Договора о ЕАЭС.

² Ninth report on Competition Police. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/26e12860-4710-46be-bcfc-60582d4e51b2/language-en> (дата обращения: 03.08.2020)

³ Вплоть до принятия Регламента 1/2003. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.12.2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJ L 1, 4.1.2003, pp. 1–25.

конкуренции, наряду с учредительными договорами и вторичным правом, были и остаются правовые позиции Суда ЕС.

Обращение к вопросу о месте практики суда интеграционного объединения имеет важное значение и в ЕАЭС. Сфера конкуренции является одной из областей, в которых правовое регулирование наиболее «рассредоточено» между различными актами права Союза, что, с одной стороны, создает проблемы, с другой, влечет трудности в правоприменении. Так общие принципы и правила конкуренции содержатся в самом Договоре⁴, а особенности их применения, порядок осуществления Евразийской экономической комиссией (далее — ЕЭК, Комиссия) контроля за их соблюдением и штрафные санкции за несоблюдение включены в Протокол об общих принципах и правилах конкуренции, являющийся приложением № 19 к Договору. Несмотря на закрепление в ст. 76 Договора в качестве условия реализации компетенции ЕЭК по пресечению нарушений общих правил конкуренции трансграничного характера товарного рынка, критерии отнесения рынка к трансграничному подлежат утверждению Высшим Евразийским экономическим советом⁵, а методика оценки состояния конкуренции — Советом Комиссии⁶.

В ситуации подобного правового регулирования закономерно, что именно судебной практике отводится роль инструмента, способного восполнить правовые лакуны за счет толкования норм права Союза с учетом общепризнанных принципов и норм международного права, практики иных интеграционных объединений и их судебных органов. Принимая во внимание наличие у актов Суда свойства *res interpretata*⁷, заключающегося в необходимости для органов ЕАЭС и государств-членов при применении права ЕАЭС руководствоваться сформулированными Судом правовыми позициями, на наш взгляд, обоснованно, что решения и консультативные заключения Суда могут считаться одним из видов источников права Союза. К тому же, как указывает судья ЕАЭС Т.Н. Нешатаева, со временем его правовая позиция может также стать правовой нормой в форме обычной или статутной нормы международного права и, таким образом, обрести обязательность [Нешатаева Т.Н., 2017: 64–79]. Более того, превращение правовой позиции в норму обычного права является достаточным для ее воздействия на соответствующую область общественных отношений, что не требует формализации данной позиции в качестве нормы писаного права. Обращение к практике Суда ЕС в сфере права конкуренции свидетельствует, что именно в ней рас-

⁴ Ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС.

⁵ П. 2 ст. 74 Договора о ЕАЭС.

⁶ П. 11 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции.

⁷ Подробнее о свойствах *res judicata* и *res interpretata* судебных актов см.: [Bodnar A., 2014: 223–262].

крываются закрепленные в учредительных договорах понятия, определения которых нет в актах вторичного права ЕС, как например «предприятие»⁸, «соглашение»⁹ или «доминирующее положение»¹⁰ и которыми руководствуются как Европейская комиссия как наднациональный антимонопольный орган, так и уполномоченные органы государств-членов. Более того, именно практика Суда ЕС является ключевым элементом при формировании доказательственных презумпций, которые играют значимую роль при оспаривании решений Европейской комиссии о привлечении к ответственности за нарушение права конкуренции [Bronckers M., Vallery A., 2011: 547–570].

Практика Суда ЕАЭС подтверждает, что его правовые позиции в области права конкуренции способны играть существенную роль в применении права конкуренции, причем это касается как общих вопросов, посвященных разделению компетенции между национальным и наднациональными уровнями регулирования, применению общих принципов, в частности, *ne bis in idem*, так и отдельным аспектам разграничения нарушений общих принципов конкуренции.

1. Передача на наднациональный уровень полномочий в сфере защиты конкуренции

Объем компетенции, переданной Союзу в различных отраслях, прямо урегулирован Договором о ЕАЭС и непосредственно связан с видом политики, осуществляемой в той или иной сфере.

Пунктом 1 статьи 1 Договора предусмотрено, что в рамках Союза обеспечивается проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных Договором и международными договорами в рамках Союза. В пункте 2 статьи 5 Договора конкретизировано, что государства-члены осуществляют скоординированную или согласованную политику в пределах и объемах, установленных Договором и международными договорами в рамках Союза. В силу ст. 2 Договора единая политика — это политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных данным Договором, предполагающая применение унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий. В свою очередь, согласованная политика — это политика, осуществляемая государствами-членами в различных сферах, предполагающая гармонизацию

⁸ Суд ЕС. Дело C-41/90 *Höfner and Elser v Macrotron*. EU:C:1991:161.

⁹ Суд ЕС. Дело T-41/96 *Bayer AG v Commission (Bayer Adalat)*. EU:T:2000:242.

¹⁰ Суд ЕС. Дела 27/76 *United Brands*. EU:C:1978:22 и 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission*. EU:C:1979:36.

правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных Договором. Наконец, скоординированная политика означает политику, предполагающую сотрудничество государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных Договором.

Анализ Договора показывает, что в отдельных разделах не указано, какая именно политика осуществляется в конкретной сфере. Данное утверждение справедливо и по отношению к конкуренции в ЕАЭС. Подобное правовое регулирование потребовало от Суда выделения критериев каждой политики и определения свойственных им методов правового регулирования.

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях — первом судебном акте, посвященном вопросам конкуренции, Суд на основании ст. 2 Договора сформулировал критерии, позволяющие отнести ту или иную область к единой политике: наличие унифицированного правового регулирования; передача государствами-членами компетенции в данной сфере органам Союза в рамках их наднациональных полномочий¹¹. На основании данных критериев Суд пришел к выводу, что защита конкуренции на трансграничных рынках отнесена к единой политике Союза. Включив же регулирование какой-либо сферы общественных отношений в единую политику и тем самым наделив соответствующей компетенцией Союз, государства-члены утрачивают суверенные полномочия в данной области. При этом методом регулирования становится унификация — национальное законодательство заменяется правом ЕАЭС. Общественные отношения регулируются исключительно на наднациональном уровне.

При проведении согласованной политики государства-члены передают Союзу не все суверенные полномочия, а их часть. Используя метод гармонизации, на уровне ЕАЭС они осуществляют общее регулирование какой-либо сферы, наполняя его содержанием в национальном законодательстве. В данном случае регулирование осуществляется как на уровне ЕАЭС, так и государств-членов, а, значит, и компетенция разделена между Союзом и его членами. Таким образом, цели Союза достигаются в том числе инструментами национального права. Что касается скоординированной политики, то в этом случае, как указано в консультативном заключении, устанавливаются общие подходы, одобренные в органах Союза. Таким образом, органы Союза являются площадкой, на которой государства-члены могут сближать свои позиции.

¹¹ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 04.04.2017 по делу № СЕ-2-1/1-17-БК по заявлению Министерства юстиции Республики Беларусь. Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-18093> (дата обращения: 03.08.2020)

Констатировав, что правила в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом Союза, а компетенция в данной области передана ЕЭК, Суд установил, что защита конкуренции на трансграничных рынках представляет собой единую политику. На том основании, что правовое регулирование конкуренции на национальных рынках установлено посредством закрепления общих принципов и правил конкуренции, которые могут быть развиты в законодательстве государств-членов, в консультативном заключении сделан вывод о проведении в данной сфере скоординированной политики.

Вывод об отнесении той или иной сферы к одной из политик, осуществляемых в Союзе, носит не только теоретический характер, поскольку позволяет установить дискрецию, которой обладают государства-члены при регулировании определенного вопроса.

Пунктом 2 статьи 74 Договора предусмотрено, что положения раздела XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.

Таким образом, регулирование конкуренции в ЕАЭС осуществляется на двух уровнях: национальном — в связи с отношениями по реализации конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов; наднациональном — применительно к отношениям с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более сторон. При этом действие Договора распространяется на отношения, складывающиеся на каждом из этих уровней, но объем такого регулирования различен.

Исходя из буквального толкования ст. 75, 76 Договора, общие принципы конкуренции адресованы исключительно государствам-членам (касаются национального уровня), а общие правила конкуренции адресованы и членам, и Союзу (касаются национального и наднационального уровня).

1.1. Общие принципы конкуренции

Применительно к ним в ст. 75 Договора используются формулировки «государства-члены в своем законодательстве...», «каждое государство-член обеспечивает...», «государства-члены в соответствии со своим законодательством...», «уполномоченные органы государств-членов в соответствии с законодательством своего государства...». Это означает, что общие

принципы конкуренции подлежат имплементации в национальное законодательство и развитию в нем. Таким образом, они являют собой инструмент гармонизации¹².

Характеризуя понятие «общие принципы», Р. Дворкин писал, что отличие между принципом и нормой состоит в характере указаний, которые они дают. В связи с их спецификой и характером нормы дают прямые ответы на поставленные вопросы. Принципы не излагают правовых последствий, которые прямо следуют из них, а закрепляют обоснования, что позволяет привести аргументы в пользу выбора какого-либо варианта, но не обязательно предопределяет результат [Dworkin R., 1977: 24]. Данное утверждение применимо к общим принципам конкуренции и роли, которую они призваны играть.

Поименованные в ст. 75 Договора общие принципы устанавливают обязательства членов ЕАЭС обеспечить соответствие своего антимонопольного законодательства требованиям, согласованным на наднациональном уровне, а форма, в которой такой соответствие будет обеспечено, остается на усмотрении национального законодателя. В связи с этим невозможно согласиться с высказываемым в российской доктрине мнением, согласно которому (с принятием Договора и прекращением действия Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции) «правовое поле наднационального антимонопольного регулирования существенно деградировало» [Писенко К.А., 2018: 212]. Напротив, детальная регламентация конкретных действий, которые надлежит предпринять государствам-членам, позволила привести их законодательство в соответствие с правом Союза.

Анализ Закона Республики Армения от 05.12.2000 № ЗР-112 «О защите экономической конкуренции»¹³ (далее — Закон Армении), Закона Республики Беларусь от 12.12.2013 №94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»¹⁴ (далее — Закон Беларуси), Предпринимательского кодекса Республики Казахстан¹⁵ (далее — Предпринимательский кодекс Казахстана), Закона Кыргызской Республики от 22.07.2011 № 116 «О конкуренции»¹⁶ (далее — Закон Киргизии) и Федерального закона Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁷

¹² Согласно ст. 2 Договора, гармонизация — это сближение законодательства государств-членов, направленное на установление сходного (сопоставимого) нормативного правового регулирования в отдельных сферах.

¹³ Официальные ведомости (вестник) Республики Армения. 2000. № 30.

¹⁴ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь от 19.12.2013.

¹⁵ Предпринимательский кодекс Республики Казахстан // Казахстанская правда. 2015. № 210 (28086).

¹⁶ Эркин-Тоо. 2011. № 60.

¹⁷ Российская газета. 2006. № 162.

(далее — Закон России), а также кодексов об административной ответственности государств-членов свидетельствует, что на национальном уровне обеспечена реализация общих принципов конкуренции.

Особенно интересно влияние общих принципов конкуренции на законодательство Армении и Кыргызстана. Анализ законов данных государств свидетельствует, что они претерпели значительные изменения после присоединения Армении и Кыргызстана к Союзу и приведения их нормативно-правовой базы в соответствие с Договором.

1.2. Общие правила конкуренции

Общие правила конкуренции сформулированы в ст. 76 Договора в форме запретов злоупотребления доминирующим положением (п. 1), недобросовестной конкуренции (п. 2), определенных видов соглашений между конкурентами (п. 3), «вертикальных» соглашений (п. 4) и иных соглашений (п. 5), а также координации экономической деятельности (п. 6).

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях Суд указал, что общие правила конкуренции обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как нормы, закрепленные в международном договоре. Значение данного вывода заключается в том, что признание прямого действия за ст. 76 Договора о ЕАЭС открывает дорогу к ее активному использованию частными лицами в национальных судах. Аналогичным образом указание Суда на непосредственное применение данной статьи является своеобразной инструкцией антимонопольным органам государств-членов и национальным судам о применении указанной нормы даже при отсутствии соответствующих положений национального законодательства. Так, если поведение предприятия нарушает ст. 76 Договора, но не подпадает под юрисдикцию Комиссии, то это является поводом для обращения в национальные антимонопольные органы даже в отсутствие соответствующего положения в национальном законодательстве.

Прямое действие общих правил конкуренции имело принципиальное значение в период, когда законодательство государств-членов не было приведено в соответствие с союзным и его положения не содержали отдельных запретов, поименованных в ст. 76 Договора. В качестве примера приведем п. 6 ст. 76 Договора, устанавливающий запрет на координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов государств-членов. В законах Армении и Кыргызстана до недавнего времени соответствующая норма отсутствовала.

В праве ЕС положения ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС (далее — ДФЕС) также обладают прямым действием и должны непосредственно применяться национальными антимонопольными органами и су-

дами. Так, Регламент № 1/2003¹⁸ наделяет национальные антимонопольные органы и суды правом и обязанностью применить положения нынешних ст. 101 и 102 ДФЕС к соглашениям, способным повлиять на торговлю между государствами-членами. Если какое-либо соглашение подпадает под действие ст. 101 ДФЕС, национальный антимонопольный орган обязан проверить его не только на соответствие национальному законодательству в области конкуренции, но и на соответствие праву ЕС. Директива 2014/104/ЕС¹⁹ усиливает прямое действие положений ст. 101 и 102 ДФЕС, позволяя частным лицам, пострадавшим в результате нарушения правил конкуренции со стороны одного или нескольких предприятий, взыскивать с них убытки.

В развитие позиции о применении в государствах-членах норм ст. 76 Договора о Союзе сошлемся на п. 2 ст. 74 Договора и п. 8 Протокола, по результатам уяснения которых в консультативном заключении по Делу о применимости *Ne bis in idem*²⁰ Суд указал, что предусмотренная названными положениями права Союза обязанность государств-членов применять право ЕАЭС при пресечении нарушений общих правил конкуренции на их территории, не исключает ситуацию, при которой национальное законодательство содержит нормы, совпадающие с положениями Договора об общих правилах конкуренции. Примером подобного регулирования является закрепление в законодательстве всех государств-членов нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением, аналогичной п. 1 ст. 76 Договора²¹. Именно такое правовое регулирование влечет ситуацию, когда одно и то же деяние лица образует нарушение права Союза и национального законодательства.

В аспекте дискреции государств-членов по имплементации в национальное законодательство общих правил конкуренции следует упомянуть правовую позицию Суда, изложенную в консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях. В данном акте Суд отрицательно ответил на вопрос заявителя о праве государства-члена устанавливать иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений по сравнению с предусмотрен-

¹⁸ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81 и 82 Договора. ОJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹⁹ Директива Парламента и Совета ЕС № 2014/104/ЕС от 26.11.2014 о некоторых правилах, регулирующих иски о возмещении вреда по национальному праву при нарушении положений права конкуренции государств-членов и Европейского союза. ОJ L 349, 5.12.2014, pp. 1–19.

²⁰ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 18.06.2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24833> (дата обращения: 03.08.2020)

²¹ Ст. 7 Закона Армении, п. 1 ст. 18 Закона Беларуси, ст. 174 Предпринимательского кодекса Казахстана, ст. 6 Закона Киргизии, ч. 1 ст. 10 Закона России.

ными Договором о Союзе. Суд констатировал, что право ЕАЭС разделяет понятия «критерий допустимости» и «запрет». При этом критерий допустимости — это исключение из запрета.

Как отмечает Суд Союза, Договор необходимо читать совместно с Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции²². Так, первый устанавливает, какие «вертикальные» соглашения запрещены, — те, которые имеют негативные последствия. В свою очередь Протокол устанавливает исключения из данного запрета — даже если запрещенное «вертикальное» соглашение устанавливает цену перепродажи товара²³, оно исключается из сферы действия запрета (признается допустимым), если доля одного из его участников на рынке соответствующего товара менее 20%²⁴. Смысл этого исключения в том, что из-за незначительной рыночной доли участников соглашения оно не будет иметь существенного влияния на конкуренцию на рынке.

Делая вывод об отсутствии у государства-члена права устанавливать в национальном законодательстве иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений, Суд исходит из того, что предусмотренная Договором доля в размере 20% на рынке соответствующего товара — это «безопасная гавань», которая во всех случаях исключает применение к хозяйствующему субъекту запрета «вертикальных» соглашений. Эта «гавань никоим образом не должна быть поставлена под угрозу в национальном законодательстве. Иначе уровень защиты, обеспечиваемой национальным законодательством, окажется ниже установленного Договором. Более того, возникнет ситуация, когда хозяйствующие субъекты из разных государств-членов будут поставлены в неравное положение, что затруднит торговлю между государствами.

Аналогичный подход свойственен ЕС. Так, в соответствии со ст. 3 Регламента № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных ст. 81 и 82 Договора о Европейском сообществе²⁵ (в действующем Договоре о функционировании ЕС — ст. 101 и 102), применение национального конкурентного права не должно приводить к запрету соглашений, решений ассоциаций предприятий или картельной практики, которые могут затронуть торговлю между государствами-членами, но не ограничивают конкуренцию в значении ст. 81(1) Договора, или которые соответствуют условиям ст. 81(3), или охвачены действием одного из регламентов

²² Приложение №19 к Договору.

²³ Пп. 1 п. 4 ст. 76 Договора.

²⁴ П. 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции.

²⁵ Official Journal L 001, 04/01/2003 P. 1–25. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003R0001> (дата обращения: 9.06.2021)

о применении ст. 81(3) Договора (так называемых регламентов о блоковых исключениях²⁶). Иными словами, государства не вправе устанавливать во внутреннем праве более строгие правила в отношении соглашений, нежели установленные в праве ЕС. Следует также упомянуть, что Суд ЕС придерживался аналогичного подхода и до вступления в силу Регламента № 1/2003, о чем свидетельствуют решения по делам *Walt Wilhelm*²⁷ и *Giry and Guerlain*²⁸.

В консультативном заключении по Делу о вертикальных соглашениях Суд ЕАЭС пришел к выводу о праве государств-членов устанавливать дополнительные требования или ограничения в отношении запретов. Первые являются условием применения запрета, что позволяет государствам-членам вводить более строгие правила. Вторые следует рассматривать как право членов в их законодательстве ограничивать действие запретов, введенных правом Союза, создавая собственную «безопасную гавань» в дополнение к предусмотренной правом ЕАЭС.

Что правовые позиции Суда по Делу о вертикальных соглашениях в полной мере можно считать инструментом действующего права, свидетельствует то, что они учтены законодательными органами Беларуси при разработке и принятии Закона «О внесении изменений и дополнений в закон Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»²⁹.

В рамках консультативного заключения по Делу о координации Суд сформулировал правовые позиции о разграничении на самостоятельные составы заключения «вертикального» соглашения и координации экономической деятельности, недопустимых в силу п. 4 и 6 ст. 76 Договора³⁰. По п. 6 ст. 76 Договора физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещена координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, если такая координация приводит или может привести к любому из указанных в п. 3 и 4 данной статьи последствий, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции.

²⁶ См., например, Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20.04. 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // OJ L 102, 23.4.2010, pp. 1–7.

²⁷ Case 14/68 *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*. EU:C:1969:4.

²⁸ Joined cases 253/78 and 1 to 3/79 *Procureur de la République / Giry and Guerlain*. EU: C: 1980: 188.

²⁹ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь от 02.02.2018 .

³⁰ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 17.12.2018 по делу № СЕ-2-2/6-18-БК по заявлению Евразийской экономической комиссии. Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-22643> (дата обращения: 03.08.2020)

На основе взаимосвязанного прочтения п. 3–6 ст. 76 Договора Суд констатировал, что правом Союза запрещена такая координация экономической деятельности, которая приводит или может привести к наступлению негативных для конкуренции последствий, аналогичных последствиям соглашений между конкурентами и «вертикальных» соглашений. Осуществляя толкование понятия «координация экономической деятельности», содержащегося в п. 10 п. 2 Протокола, Суд выделил следующие признаки координации: координация осуществляется третьим лицом, в качестве которого может выступать физическое лицо, коммерческая или некоммерческая организация (координатор); координатор не входит в одну группу лиц ни с одним из хозяйствующих субъектов, действия которых согласовываются, и не осуществляет деятельность на том товарном рынке (рынках), на котором осуществляется координация; действия координатора направлены на согласование (координацию) экономической деятельности как минимум двух хозяйствующих субъектов государств-членов.

На основании этих признаков Суд констатировал, что координация выражается в целенаправленном воздействии координатора на хозяйствующих субъектов с целью формирования у них модели поведения и влияния на конкуренцию на товарном рынке. Данная позиция находит подтверждение как в доктрине, так и в практике. В частности, в теории права конкуренции отмечается, что целью деятельности координатора является выстраивание системы отношений координируемых субъектов, а также организация их взаимодействия путем формирования модели «параллельного поведения» [Беликова К.М., Габов А.В., Гаврилов Д.А., 2015]. Позиции арбитражных судов России сводятся к тому, что координация экономической деятельности является методом воздействия на отношения координируемых субъектов, базирующимся на их согласованной воле и представляющим собой внутреннее свойство системы их правоотношений³¹.

Значение данной правовой позиции как источника права ЕАЭС подтверждает тот факт, что она в полной мере учтена ЕЭК при принятии решения от 16.04.2020 № 46 о прекращении рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции в отношении ООО «ТД «КАМА»³².

Отметим, что в отличие от права ЕАЭС право ЕС не выделяет координирование поведения экономических субъектов в отдельный состав правонарушения, однако ст. 101 ДФЕС охватывает такие формы антиконкурентного

³¹ См., напр.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 09.03.2017 по делу № А55-5884/2016.

³² Решение Евразийской экономической комиссии от 16.04.2020 № 46 «О прекращении рассмотрения дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках». Available at: URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01425396/err_20042020_46 (дата обращения: 03.08.2020)

поведения предприятий, как заключение антиконкурентных соглашений и картельную практику³³, а также решения ассоциаций предприятий. При этом именно ассоциации предприятий и выступают как правило площадками, на которых осуществляется координация деятельности экономических субъектов³⁴. Соответственно Европейская комиссия взяла за правило налагать штрафы за нарушение права конкуренции не только на участников сговора, но и на ассоциации, обеспечившие такую координацию, даже если позиция ассоциации была выражена в форме рекомендаций и не предусматривала санкций за неисполнение³⁵.

Еще интереснее ситуация, когда координация осуществляется хозяйствующим субъектом, находящемся на другом товарном рынке. Так, в деле *Deltafina*³⁶ Суд ЕС признал виновной в участии в картеле на рынке покупки табака у производителей и первичной переработки свежих листьев табака компанию, действовавшую на рынке последующих операций, поскольку она принимала активное участие в организации картеля и выступала в роли медиатора при возникновении споров.

Анализ практики Суда ЕС показывает, что под действие установленного в ст. 101 ДФЕС запрета подпадает действие лиц, характеризующихся в качестве координаторов картельного сговора³⁷. Так, в деле *Treuhand I*³⁸ виновным в участии в картеле на рынке по производству органических пероксидов было признано консалтинговое агентство. В деле *Treuhand II*³⁹ та же компания оказалась замешанной в картеле производителей термостабилизаторов, выделяя помещения для встреч и осуществляя сбор и распространение данных о продажах участников сговора. Наконец, в недавнем решении по делу *ICAP*⁴⁰ Суд ЕС подтвердил наложение штрафа на брокерскую компанию, распространявшую вводящую в заблуждение информацию и выполнявшую роль канала для обмена сообщениями между участвующими в картеле банками.

Таким образом, Европейская комиссия и Суд ЕС считают необходимым привлечение к ответственности за нарушение права конкуренции не только лиц, непосредственно участвующие в сговоре, но также и тех, кто содей-

³³ Аналогом в российском законодательстве выступают «согласованные действия».

³⁴ Суд ЕС. Дело C-309/89 *Wouters and Others*. EU: C: 2002: 98.

³⁵ Суд ЕС. Дела C-96/82 *NV IAZ International Belgium and others v. Commission*. EU:C:1983: 310; 45/85 *Verband der Sachversicherer v. Commission*. EU:C:1987:34; T-325/01 *DaimlerChrysler v. Commission*. EU:T:2005:322.

³⁶ Суд ЕС. Дело T-29/05 *Deltafina v. Commission*. EU:T:2010:355.

³⁷ Англ.: *facilitator*.

³⁸ Суд ЕС. Дело T-99/04 *AC-Treuhand v. Commission (Treuhand I)*. EU:T:2008:256.

³⁹ Суд ЕС. Дело C-194/14 P *AC-Treuhand AG v. Commission (Treuhand II)*. EU:C:2015:717.

⁴⁰ Суд ЕС. Дело T-180/15 *Icap plc and Others v. Commission*. EU:T:2017:795.

ствует в его организации и имплементации, даже если они не находятся на одном товарном рынке с нарушителями⁴¹.

Рассматривая вопрос о разграничении координации экономической деятельности и «вертикальных» соглашений, Большая коллегия Суда пришла к выводу о том, что указанные действия, запрещенные пп. 4 и 6 ст. 76 Договора, образуют самостоятельные составы нарушений общих правил конкуренции, основными критериями разграничения которых являются круг субъектов, характер их взаимодействия и положение в структуре товарного рынка. Полагаем, что данный вывод Суда имеет важное практическое значение для деятельности ЕЭК по пресечению нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках, поскольку признание лица осуществившим недопустимую координацию экономической деятельности исключит возможность признания его нарушившим запрет заключения «вертикальных» соглашений.

Схожий подход присущ правоприменительной практике ФАС России и арбитражных судов. В частности, имеют место решения антимонопольного органа, которыми участники антиконкурентного соглашения признавались нарушившими запрет заключения таких соглашений, а лицо, координировавшее их деятельность, — нарушившим запрет недопустимой координации⁴².

2. Разграничение компетенции между Евразийской экономической комиссией и уполномоченными органами государств-членов

По общему правилу разграничение компетенции между ЕЭК и уполномоченными органами государств-членов происходит в зависимости от негативного влияния нарушения на конкуренцию на рынке одного государства-члена либо на конкуренцию на трансграничном рынке. Понятие «трансграничный рынок» введено п. 1 ст. 74 Договора и означает рынок, охватывающий территории двух и более государств-членов. Критерии отнесения рынка к трансграничному утверждены решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29 (далее — Критерии). Помимо указанного выше общего определения трансграничного рынка, также закрепленного в п. 2 Критериев для определения компетенции Комиссии применительно к пресечению отдельных запретов, предусмотренных п. 1–5 ст. 76 Договора, сформулированы дополнительные критерии (п. 3–5 Критериев). Вместе с тем применительно к запрету координации экономической

⁴¹ Подробнее см.: [Talbot С., 2016: 9–14].

⁴² Напр., решение ФАС России № 111/98-12, являвшееся предметом обжалования в рамках арбитражного дела № А40-14219/2013.

деятельности (п. 6 ст. 76) дополнительное условие, предопределяющее наличие у Комиссии полномочий по пресечению соответствующего нарушения, Критериями предусмотрено не было, что и обусловило обращение Комиссии за разъяснением.

В консультативном заключении Суд указал, что Комиссия осуществляет пресечение координации экономической деятельности при условии, что такая координация оказывает негативное влияние на конкуренцию на трансграничном товарном рынке. Данная позиция Суда означает, что п. 2 Критериев отнесения рынка к трансграничному является самостоятельной правовой нормой, которая применяется по умолчанию и не требует обязательной конкретизации в иных пунктах. Таким образом, Суд отказался от идеи связать полномочия Комиссии по пресечению координации экономической деятельности с ее полномочиями по пресечению горизонтальных или вертикальных соглашений, которые могут стать результатом такой координации. Тем самым Суд Союза сделал выбор в пользу придания максимальной эффективности полномочиям ЕЭК по пресечению нарушения общих правил конкуренции, дав Комиссии право проводить расследования и привлекать к ответственности осуществляющее координацию лицо даже когда хозяйствующие субъекты, деятельность которых координируют, находятся в одном государстве. Следует признать, что и данный подход не лишен недостатков. Так, теоретически возможна ситуация, когда расследование в отношении участников антиконкурентного соглашения, если они зарегистрированы в одном государстве-члене, будет проводиться антимонопольным органом этого государства, а в отношении координатора, зарегистрированного в другом государстве-члене, — Комиссией. Вместе с тем мы полагаем, что передача всех полномочий антимонопольному органу государства регистрации хозяйствующих субъектов создала бы большие риски, поскольку позволила бы координатору, расположенному в ином государстве, уйти от ответственности.

Отметим, что подобное регулирование существовало на основе ранее действовавшей редакции п. 4 Критериев⁴³, согласно которой для реализации ЕЭК полномочий по пресечению запрещенной координации требовалось, чтобы два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, были зарегистрированы на территории разных Сторон.

Описанная ситуация иллюстрирует необходимость более гибкой системы распределения полномочий между ЕЭК и антимонопольными органами го-

⁴³ Критерии в редакции от 19.12.2012 приняты в соответствии с ч. 3 ст. 1 Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции от 09.12.2010, которое утратило силу с даты вступления в силу Договора о ЕАЭС.

сударств-членов, дабы избежать параллельных расследований в отношении участников соглашения и координатора. В основу подобной системы можно положить европейскую модель, допускающую передачу расследования национальными антимонопольными органами на наднациональный уровень и наоборот⁴⁴.

Для сравнения инструментов взаимодействия ЕЭК и национальных антимонопольных органов с порядком распределения полномочий между Европейской комиссией и уполномоченными органами государств — членами ЕС, а также их взаимодействием обратимся к Регламенту ЕС № 1/2003 от 16.12.2002 «Об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81⁴⁵ и 82⁴⁶ Договора»⁴⁷, Совместному заявлению Совета ЕС и Европейской комиссии о функционировании Европейской сети по вопросам конкуренции (далее также — Совместное заявление)⁴⁸, а также Уведомлению Европейской комиссии о сотрудничестве в рамках Европейской сети по вопросам конкуренции⁴⁹ (далее — Уведомление). Последнее не обладает обязательной юридической силой, однако служит для национальных антимонопольных органов практическим руководством.

По ст. 5 Регламента 1/2003 национальные антимонопольные органы государств-членов должны обладать полномочиями применять ст. 101 и 102 ДФЕС к конкретным делам, включая не только право, но в некоторых случаях и обязанность применять и национальное право, и право ЕС. В соответствии с п. 11 Совместного заявления и п. 5 Уведомления в основу Регламента 1/2003 положена система параллельной компетенции по применению ст. 101 и 102 ДФЕС. Данная система предполагает, что дела будут рассматриваться антимонопольным органом или органами, которые способны восстановить или поддерживать конкуренцию на рынке. Как следует из п. 5 Уведомления, система параллельных компетенций предполагает три сценария: ведение дела одним национальным антимонопольным органом, при содействии

⁴⁴ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 об имплементации правил конкуренции, установленных статьями 81 и 82 Договора // ОJ L 1, 4.1.2003, P. 1–25; Уведомление Комиссии о сотрудничестве с сетью антимонопольных органов // ОJ C101/43. 2004.

⁴⁵ Нынешняя ст. 101 ДФЕС.

⁴⁶ Нынешняя ст. 102 ДФЕС.

⁴⁷ Official Journal L 001, 04/01/2003 P. 1–25. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003R0001> (дата обращения: 08.07.2021)

⁴⁸ Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the network of Competition Authorities. Available at: ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf (дата обращения: 08.07.2021)

⁴⁹ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (Text with EEA relevance). Official Journal C 101, 27.04.2004, pp. 43–53. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0427(02)) (дата обращения: 05.07.2021)

антимонопольных органов других государств-членов; параллельное ведение дела несколькими антимонопольными органами; ведение дела Европейской комиссией.

Распределение полномочий между ЕЭК и антимонопольными органами государств-членов также являлось предметом анализа Суда в консультативном заключении по Делу о применимости *Ne bis in idem*. В основу выводов Суда положена сформулированная в консультативном заключении по Делу о координации позиция, согласно которой определяющим фактором для установления компетенции Комиссии или уполномоченного органа государства-члена служит географическая характеристика рынка. Рассматривая упомянутую ранее ситуацию, когда одно и то же деяние лица образует нарушение права Союза и национального законодательства, Суд констатировал: с учетом того, что трансграничный рынок охватывает товарные рынки государств-членов, (возможное) негативное влияние на трансграничные рынки и одновременно на национальный рынок государства-члена, следует рассматривать как единое нарушение на трансграничных рынках и его пресечение относить к компетенции ЕЭК. Полагаем, что в данном случае имеет место ситуация, когда нарушение общих правил конкуренции на трансграничном рынке, поглощает аналогичное нарушение законодательства государства-члена.

Указанный подход позволил Большой коллегии сформулировать позицию: если лицо посредством совершения одного действия нарушает законодательство государства-члена и норму права Союза, причем такое нарушение оказывает или может оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках (т.е. имеет место совпадение состава нарушения), несоблюдение положений Договора на трансграничном рынке подлежит пресечению Комиссией и исключает ответственность по национальному законодательству.

Данный вывод Суда целесообразно читать совместно с особым мнением судьи В.Х. Сейтимовой к консультативному заключению⁵⁰. В особом мнении указано: установление того, какой орган уполномочен на пресечение нарушения, не зависит от квалификации деяния хозяйствующего субъекта в качестве нарушения права Союза или законодательства государства-члена, поскольку определяющим фактором является трансграничность товарного рынка. Изложенная правовая позиция имеет большое значение для хозяйствующих субъектов, позволяя им избежать привлечения к ответственности за совершение одного и того же деяния на национальном и наднациональном уровнях.

Рассмотрение полномочий Комиссии и национальных антимонопольных органов не будет полным без анализа допустимости придания положениям

⁵⁰ Подробнее о роли особых мнений см.: [Исполинов А.С., 2018: 218–233].

ст. 76 Договора экстерриториального действия. Формулировки названной правовой нормы оставляют открытым вопрос — подлежат ли применению установленные правом Союза запреты нарушения общих правил конкуренции к хозяйствующим субъектам, зарегистрированным вне государств-членов Союза. Буквальное толкование ст. 76 Договора демонстрирует, что только п. 3, запрещающий «горизонтальные» соглашения, адресован исключительно хозяйствующим субъектам государств-членов. В связи с этим закономерно встает вопрос о возможности интерпретировать п. 1 или 4 ст. 76 Договора, содержащие запрет злоупотребления доминирующим положением и «вертикальных» соглашений как допускающий экстерриториальное действие названных правовых норм. Применение метода грамматического толкования позволяет утверждать о допустимости использования указанных положений Договора к хозяйственной практики лиц из третьих государств.

Не исключен также такой аргумент: когда создатели договора имели намерение ограничить действие статьи хозяйствующими субъектами государств-членов, они прямо указали на это в соответствующей норме, как, например, в п. 3 ст. 76 Договора. Контраргументом в пользу подобной позиции может быть указание на факт, что в п. 7 ст. 76 Договора компетенция Комиссии прямо ограничена пресечением нарушений общих правил конкуренции хозяйствующими субъектами, физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов. Вместе с тем наличие у общих правил конкуренции свойства непосредственного применения допускает пресечение соответствующих нарушений, допущенных иностранными лицами, антимонопольными органами государств-членов. Более того, национальное законодательство, в частности, п. 1 и 2 ст. 3 Закона России, содержат норму об экстерриториальности, в силу которой положения названного закона распространяются на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица; применяются также к достигнутым за пределами территории России соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории России.

О допустимости подхода, в силу которого пресечение нарушений общих правил конкуренции иностранными лицами может быть отнесено к компетенции национальных антимонопольных органов, свидетельствует и п. 4 ст. 74 Договора, в силу которого государства-члены проводят согласованную конкурентную политику в отношении действий хозяйствующих субъектов третьих стран, если такие действия могут негативно влиять на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

В связи с этим невозможно согласиться с имеющимся в доктрине мнением, что следует считать парадоксальной ситуацию, «когда член Союза будет рассматривать дело и привлекать к ответственности хозяйствующий субъект, противоправная деятельность которого фактически затрагивает интересы нескольких членов Союза, в то время как ЕЭК не вправе применять меры принуждения к такому хозяйствующему субъекту» [Соколов А.Ю., Дехтярь И.Н., 2019: 61–64].

3. Принцип *Ne bis in idem* в праве Союза

Уяснение содержания принципа *ne bis in idem* (невозможность дважды привлечь лицо к ответственности за одно и то же нарушение) свидетельствует, что условно он разделен на два элемента: «bis», т.е. повторность наказания или привлечения к ответственности, и «idem» — требование, чтобы повторное наказание или привлечение к ответственности касалось одного и того же поведения.

Право Союза прямо не закрепляет данного принципа; и впервые он обоснован Судом в одноименном консультативном заключении⁵¹. Как следует из консультативного заключения, а также особого мнения судьи В.Х. Сейтимовой⁵², Большая коллегия выводит данный принцип из общепризнанных принципов и норм международного права, общих конституционных традиций членов Союза.

Комментируя данную правовую позицию, отметим, что на международно-правовом уровне принцип *ne bis in idem* включен в Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), участниками которого являются все члены Союза. Согласно п. 7 ст. 14 данного Пакта никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны. Принцип *ne bis in idem* также отражен в ст. 4 Протокола № 7 к Европейской конвенции о защите прав человека (1950). Данный протокол был подписан и ратифицирован 42 из 45 государств-членов Конвенции, в том числе Арменией и Россией. Соблюдение принципа гарантировано конституциями государств-членов

⁵¹ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 18.06.2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24833> (дата обращения: 03.08.2020)

⁵² Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи В.Х. Сейтимовой к консультативному заключению от 18.06. 2019 по делу № СЕ-2-1/21-19-БК по заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Available at: URL: <http://courteurasian.org/doc-24803> (дата обращения: 3.08.2020)

ЕАЭС⁵³ и закреплено их законодательством об уголовной и административной ответственности⁵⁴. Отметим также, что принцип *ne bis in idem* получил отражение в практике Конституционного Суда России⁵⁵.

Обращение к данному принципу и обязанность добросовестного исполнения положений права Союза о разграничении компетенции позволили Большой коллегии сформулировать позицию, по которой если лицо одновременно подвергнуто ответственности за совершение одного и того же деяния решениями Комиссией и уполномоченным органом государства-члена, отмене подлежит решение, принятое с нарушением требований Договора о разграничении полномочий между Комиссией и национальными органами.

Полагаем, что закрепление принципа *ne bis in idem* имеет чрезвычайно важное значение для Союза, поскольку может рассматриваться как значимый шаг на пути формирования общих принципов его права. Данный термин был впервые использован Судом Союза в консультативном заключении по делу о государственных закупках⁵⁶ в отношении принципа пропорциональности и, по аналогии с правом ЕС, обозначает универсальные правовые принципы, выводимые Судом из международного права или конституционных традиций государств-членов, используемых при толковании права Союза или при контроле законности решений Евразийской экономической комиссии⁵⁷. Это также свидетельствует о стремлении ЕАЭС обеспечить соблюдение прав и свобод на уровне не ниже, чем они закреплены в международных договорах и гарантированы национальными конституциями. С практической точки зрения обращение к данному принципу будет содействовать реализации норм права Союза о разграничении полномочий между ЕЭК и национальными антимонопольными органами.

В дополнение в качестве иллюстрации применения и отказа в применении принципа *ne bis in idem* укажем следующее. Примером, когда принцип *ne bis in idem* не может быть применен, служит ситуация, при которой на

⁵³ П. 1 ст. 68 Конституции Республики Армения, п. 3 ст. 27 Конституции Кыргызской Республики, п. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан и п. 1 ст. 50 Конституции Российской Федерации.

⁵⁴ П. 6 ст. 3 Уголовного кодекса Республики Беларусь, п. 2 ст. 6 Уголовного кодекса Кыргызской Республики, п. 2 ст. 11 Кодекса Кыргызской Республики о нарушениях, п. 2 ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации и ч. 5 ст. 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

⁵⁵ Постановления от 4.02.2019 № 8-П, от 21.03.2013 № 6-П, от 11.05.2005 № 5-П.

⁵⁶ Суд ЕАЭС. Консультативное заключение от 13.01.2021 № СЕ-2-2/7-20-БК по заявлению Евразийской экономической комиссии (дело о государственных закупках). Available at: URL: http://courteurasian.org/court_cases/P-3.20/ (дата обращения: 24.08.2021).

⁵⁷ Подробнее об общих принципах права ЕС см.: [Tridimas T., 2006: 720]; [Semmelmann C., 2013: 457–487].

трансграничном рынке хозяйствующий субъект злоупотребляет доминирующим положением посредством совершения одних действий (например, отказа в заключении договора), а на национальном товарном рынке — иных (например, посредством поддержания монопольно высокой цены). Хотя оба действия образуют юридический состав «злоупотребления доминирующим положением», это злоупотребление осуществляется посредством различного поведения субъекта.

Также данный принцип распространяется только на идентичные факты, а значит совершение лицом повторного нарушения (аналогичные действия) не препятствует его привлечению к ответственности и наказанию за нарушение, являющееся аналогичным предыдущему.

Поскольку наибольшее развитие в сфере конкуренции принцип *ne bis in idem* получил в праве ЕС, обратимся к анализу случаев и особенностей применения данного принципа в практике Суда ЕС. Впервые принцип *ne bis in idem* применительно к сфере конкуренции нашел отражение в решении Суда ЕС по делу *Wilhelm and others*⁵⁸. В этом деле Суд, отвечая на вопрос о праве национального органа на расследование картельного сговора, за участие в котором уже вынесено решение Комиссии, отметил, что такая возможность существует, так как национальное право и право конкуренции ЕС рассматривают антиконкурентное поведение с разных сторон. Право ЕС — в свете препятствий, которые могли возникнуть в торговле между государствами-членами, а национальное законодательство — на основе интересов, которое оно стремилось защитить. Комментируя данное решение, важно учитывать, что оно принято на очень ранней стадии развития права конкуренции — когда законодательство государств-членов не было гармонизировано и зачастую подчинялось иным целям. Не действовали ни Хартия основных прав, ни Протокол №7 к ЕКПЧ, а на национальные антимонопольные органы не возлагалась обязанность применения права ЕС.

Критерии, по которым Суд ЕС оценивает соблюдение принципа *ne bis in idem*, формализованы в решении по делу *Aalborg Portland*⁵⁹: принцип применим лишь когда факты, нарушитель и охраняемый правовой интерес совпадают. В решении по делу *Showa Denko*⁶⁰ Суд ЕС указал, что когда Комиссия налагает санкции за неправомерное проведение предприятия, даже если данное поведение происходит из международного картельного сговора, она

⁵⁸ Решение Суда ЕС от 13.02.1969 по делу 14/68 *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt*. EU:C: 1969:4.

⁵⁹ Решение Суда ЕС от 07.01.2004 по объединенным делам C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P — *Aalborg Portland and Others v Commission*. EU:C:2004:6.

⁶⁰ Решение от 29.06.2006 по делу C-289/04 P — *Showa Denko v Commission*. EU:C: 2006:431.

преследует цель защитить свободную конкуренцию в рамках общего рынка. С учетом особой природы правовых интересов, охраняемых на уровне ЕС, проводимая Комиссией оценка в рамках ее полномочий может существенно отличаться от той, что проводится органами третьих стран, ответственными за защиту конкуренции. Соответственно, принцип *ne bis in idem* не применяется в ситуации, когда правовые системы и органы по охране конкуренции третьих стран предпринимают действия в рамках собственной юрисдикции. Подобный подход выглядит спорным, так как во многих случаях штрафы накладываются за одно и то же нарушение, а размер штрафов исчисляется из процента из годового оборота компаний [van Bockel B., 2010: 139].

Практика Суда ЕС также дала ответ на вопрос о допустимости повторного решения Комиссии, если первое было отменено по процедурным основаниям. В решении по делу *Limburgse Vinyl*⁶¹ Суд подтвердил законность решения Комиссии, указав, что принцип *ne bis in idem* не препятствует возобновлению разбирательства того же антиконкурентного поведения в ситуации, когда первое решение отменено по процедурным основаниям без вынесения решения по существу, поскольку отмена решения при таких обстоятельствах не может рассматриваться как «оправдание».

Важно также уточнить, что позиция Суда ЕС в деле *Limburgse Vinyl* не может быть переложена по аналогии на ситуации, когда Суд ЕС отменяет решение Комиссии по существу. В таких случаях Комиссия не вправе преодолеть решение Суда ЕС путем повторного расследования и принятия нового решения⁶².

03.04.2019 Суд ЕС вынес решение по делу *Powsszechny Zakład Ubezpieczeń*⁶³ в порядке преюдициального запроса по обращению Верховного Суда Польши о допустимости наложения польским антимонопольным органом санкций в рамках одного и того же решения, за нарушение польского законодательства о конкуренции и ст. 102 ДФЕС. Суд ЕС указал, что принцип *ne bis in idem* преследует целью предотвратить ситуацию, при которой предприятие может быть признано виновным или разбирательство может быть проведено против него повторно, что подразумевает, что предприятие было признано виновным или невиновным в более раннем решении, которое уже не может быть обжаловано. Суд посчитал, что когда национальный антимонопольный орган применяет национальное законодательство о конкуренции и

⁶¹ Решение от 15.10.2002 по объединенным делам C-238/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P и C-254/99 P — *Limburgse Vinyl and Others v Commission*. EU: C: 2002: 582.

⁶² Подробнее см.: [Rosano A., 2011: 39–58].

⁶³ Решение от 03.04.2019 по делу C-617/17 — *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*. EU: C: 2019: 283.

нынешнюю ст. 102 ДФЕС параллельно как того требует п. 1 ст. 3 Регламента 1/2003, повторного разбирательства не происходит [Libertini M., 2019, 232].

При сравнении подхода Суда ЕС и Суда ЕАЭС отметим, что Суд ЕАЭС, принимая критерии тождества субъекта и правонарушения, не использует критерий тождества охраняемого правового интереса. Это объясняется, с одной стороны, близостью антимонопольного регулирования в государствах-членах Союза. С другой стороны, данный критерий подвергается жесткой критике не только в доктрине, но и в заключениях Генеральных адвокатов Суда ЕС (см., например, заключение Генерального адвоката Валя по делу *Powsszeczny Zaklad Ubezpieczen*⁶⁴ и Генерального адвоката Кокотт в деле *Toshiba*⁶⁵) и, хотя Суд ЕС пока формально не отказался от него, на практике выполнение данного критерия применительно к праву государств-членов Союза и праву ЕС ни разу не ставилось под сомнение. Суд признал его невыполненным лишь применительно к соотношению между правом конкуренции ЕС и третьих стран (в частности, США и Канады) в деле *Showa Denko*. Наконец на отказ Суда ЕАЭС от использования дополнительного критерия могла оказать влияние упомянутая выше практика Европейского суда по правам человека, согласно которой условия применения принципа *non bis in idem* также не предполагает обязательного тождества охраняемого правового интереса.

Заключение

При сравнительно небольшом количестве вынесенных ЕЭК решений право конкуренции ЕАЭС имеет чрезвычайно высокий потенциал. Это связано прежде всего с невозможностью реализовать задачу построения общего рынка без соблюдения игроками основополагающих правил конкуренции на рынке. В этом плане примечательно, что одним из первых решений Комиссии о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках стало решение о разделе товарного рынка по географическому признаку⁶⁶. На первоначальном этапе работы Комиссии и Суду важно прежде всего выработать принципы действий в данной сфере и решить такие насущные вопросы, как соотношение наднационального и национального

⁶⁴ Opinion of Advocate General Wahl in *Powsszeczny Zakladm*, C-617/17, EU:C:2018:976.

⁶⁵ Opinion of Advocate General Kokott in *Toshiba Corporation and Others*, C-17/10, EU:C:2011:552, points 97 to 134.

⁶⁶ Решения Коллегии ЕЭК от 17.09.2019 № 165 и от 07.07.2020 № 88 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках». Available at: URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01223125/clcd_19092019_165; https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01226793/err_10072020_88 (дата обращения: 04.08.2020)

права конкуренции, разграничение полномочий между Комиссией и антимонопольными органами государств-членов. В аспекте оптимального применения права конкуренции правовые позиции Суда играют значимую роль не только при разрешении дел, но прежде всего при восполнении пробелов в праве Союза, заполнение которых осуществляется посредством судебного толкования. Правовые позиции, выработанные Судом в консультативных заключениях, посвященных аспектам регулирования конкуренции в Союзе, влияют на развитие права ЕАЭС (причем не только в области антимонопольного регулирования, как это было применительно к принципам прямого действия и непосредственного применения), способствуют формированию общих принципов права ЕАЭС на примере принципа *ne bis in idem*, влияют на правотворчество государств-членов и на правоприменительную деятельность ЕЭК.



Список источников

1. Беликова К.М., Габов А.В., Гаврилов Д.А. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве // СПС КонсультантПлюс.
2. Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 218–233.
3. Нешатаева Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // Международное правосудие. 2017. № 2. С. 64–79.
4. Писенко К.А. Административно-правовые принципы антимонопольной политики в контексте проблематики обеспечения стратегических задач государства и баланса интересов / Актуальные вопросы современного конкурентного права; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2018. Вып. 2. С. 51–64.
5. Серегин Д.И. О понятии трансграничного товарного рынка. Актуальные вопросы современного конкурентного права... Вып. 3. С. 63–70.
6. Соколов А.Ю., Дехтярь И.Н. К вопросу о полномочиях ЕЭК по применению мер административного принуждения в связи с нарушениями антимонопольного законодательства // Административное право и процесс. 2019. № 7. С. 61–64.
7. Bodnar A. Res Interpretata: Legal effect of the ECHR judgments for other states than those were party to the proceedings / Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century. Comparative Perspectives on Law. Haeck Y., Brems E. (eds.). Dordrecht: Springer, 2014, pp. 223–262.
8. Bronckers M., Vallery A. No longer presumed guilty: impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law. World Competition: Law and Economics Review, 2011, vol. 34, no. 4, pp. 535–570.
9. Dworkin R. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. 371 p.
10. Libertini M. Cumulative enforcement of European and national competition law and the Ne Bis in Idem principle. Case Comment to the Judgement of EU Court of Justice of 3 April 2019 (case C-617/17). Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, vol. 19, no. 12, pp. 231–243.

11. Rosano A. *Ne Bis Interpretatio In Idem? Two Faces of the Ne Bis In Idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, 2011, vol. 18, no. 1, pp. 39–58.
12. Semmelmann C. *General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value*. *European Law Journal*, 2013, no. 4, pp. 457–487.
13. Talbot C. *AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages*. *Commercial Law Practitioner*, 2016, pp. 9–14.
14. Tridimas T. *The General Principles of EU Law*. Oxford: OUP, 2006. 720 p.
15. Van Bockel B. *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2010. 267 p.



References

1. Belikova K.M., Gabov A.V., Gavrilov D.A. (2015) *Coordinating economic activity in Russian legal space*. SPS Konsul'tant Plus. (In Russ.).
2. Bodnar A. (2014) *Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for States Were not Party to the Proceedings*. In: Haeck Y., Brems E. (eds.) *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century. Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, pp. 223–262.
3. Bronckers M., Vallery A. (2011) *No Longer Presumed Guilty: The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, no. 4, pp. 535–570.
4. Dworkin R. (1977) *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 371 p.
5. Ispolinov A.S. (2018) *Dissenting opinions in international courts: doctrine and practice*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki = Law.Journal of Higher School of Economics*, no. 1, pp. 218–233. (In Russ.).
6. Libertini M. (2019) *Cumulative Enforcement of European and National Competition Law and the Ne Bis in Idem Principle Case Comment to the Judgement of EU Court of Justice of 3 April 2019 (case C-617/17)*. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 19, no. 12, pp. 231–243.
7. Neshataeva T. N. (2017) *The Court of the European Economic Union: from legal position to acting law*. *Mezhdunarodnoe pravosudie=International Justice*, no. 2, pp. 64–79. (In Russ.).
8. Pisenko K.A. (2018) *Administrative law principles of antimonopoly policy in the light of strategic objectives and the balance of interest*. In: A.V. Belitskaya et al (eds.) *Issues of modern competition law*. Moscow: Yustitsinform, pp. 51–64. (In Russ.).
9. Rosano A. (2011) *Ne Bis Interpretatio In Idem? The Two Faces of the Ne Bis In Idem Principle in the Case Law of the European Court of Justice*. *German Law Journal*, vol. 18, no. 1, pp. 39–58.
10. Seregin D.I. (2019) *Re the concept of transborder market of goods*. In: *Issues of modern competition law*. Moscow: Yustitsinform, pp. 63–70. (In Russ.).
11. Semmelmann C. (2013) *General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value: General Principles of EU Law*. *European Law Journal*, vol. 19, no. 4, pp. 457–487.
12. Sokolov A. Yu., Dekhtyar' I.N. (2019) *On the powers of the ECE concerning the breaches of antimonopoly legislation*. *Administrativnoe pravo i process =Administrative Law and Process*, no. 7, pp. 61–64. (In Russ.).

13. Talbot C. (2016) AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages. *Commercial Law Practitioner*, pp. 9–14.
14. Tridimas T. (2006) *The General Principles of EU Law*. Oxford: OUP, 720 p.
15. Van Bockel B. (2010) *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 267 p.

Информация об авторах:

Е.Б. Дьяченко — кандидат юридических наук, советник судьи Суда ЕАЭС;
К.В. Энтин — кандидат юридических наук, заместитель руководителя Секретариата, начальник экспертно-аналитического отдела Суда ЕАЭС.

Information about the authors:

E.B. Diyachenko — Candidate of Sciences (Law), Counsellor to a judge;
K.V. Entin — Candidate of Sciences (Law), Deputy registrar — Head of the Legal Research and Analysis Department.

Статья поступила в редакцию 07.08.2020; одобрена после рецензирования 16.11.2020; принята к публикации 18.01.2021.

The article was submitted 07.08.2020; approved after reviewing 16.11.2020; accepted for publication 18.01.2021.