

*Татьяна Алексеевна Каменская
Член Общественного совета при ФАС России*

***Определение группы лиц для целей применения иммунитетов,
содержащихся в ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Направление
развития правоприменительной практики***

В настоящий момент вопрос применения антикартельного иммунитета для хозяйствующих субъектов, конкуренция между которыми исключена по причине нахождения их под контролем одного лица, в том числе в силу семейных, родственных связей, и при действии в едином экономическом интересе, является одним из наиболее принципиальных пунктов разногласий между антимонопольным органом и деловым, профессиональным сообществом.

Острота и резонанс вопроса связаны, во-первых, с существенным количеством возбуждаемых дел о нарушении пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, где затрагивается проблематика применения иммунитетов, и, во-вторых, с существенными экономическими рисками для хозяйствующих субъектов по причине высоких штрафов и персональными рисками для собственников бизнеса и менеджмента в связи с увеличивающимся количеством дел по статье 178 УК РФ.

Антимонопольный орган в настоящий момент занимает бескомпромиссную позицию относительно применения предусмотренных частью 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции иммунитетов. Регулятор полагает, что законом предусмотрены только два критерия отнесения хозяйствующих субъектов к группе лиц применительно к статье 11 Закона, при соблюдении которых допускается заключение соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами. Данный перечень является исчерпывающим и расширительному толкованию, по мнению ФАС России, не подлежит.

Указанные критерии предполагают, что под понятием контроль подразумевается либо осуществление лицом прямого контроля за действиями хозяйствующего субъекта путем обладания мажоритарной долей (пакета акций) – более 50 % общего количества голосов, либо путем выполнения функций единоличного исполнительного органа – то есть, как правило, генерального директора. Хозяйствующие субъекты, не отвечающие признакам группы лиц, установленных частью 8 статьи 11, не освобождены от соблюдения запретов, установленных частью 1 статьи 11 Закона.

Таким образом, позиция антимонопольного ведомства основана на исключительно формальном следовании положениям части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции. При проведении антимонопольного расследования служба не оценивает и не учитывает реальные бизнес-связи, существующие между ответчиками по делу о картеле, отклоняя соответствующие доводы защитников. Любые взаимосвязи между ответчиками, свидетельствующие об их аффилированности

и отсутствии конкурентных отношений, толкуются наоборот – в пользу выводов комиссии о заключении антиконкурентного соглашения.

Наиболее остро позиция ФАС бьет по так называемому семейному бизнесу. Так, например, регулятор признает картельным сговором действия на торгах хозяйствующего субъекта, подконтрольного единственному учредителю и по совместительству генеральному директору, и индивидуального предпринимателя – супруги учредителя, которая также была трудоустроена в организации своего супруга. Или хозяйствующих субъектов, контролируемых отцом и сыном соответственно. Довод антимонопольного органа следующий: запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения является безусловным (*per se*), несмотря на наличие фактов, свидетельствующих о фактической невозможности конкуренции между хозяйствующими субъектами; под критерии части 8 статьи 11 Закона описанные ситуации не подпадают.

Иная группа ситуаций связана с существованием фактического контроля над другим хозяйствующим субъектом при отсутствии семейных отношений. Например, весьма распространены на практике случаи, когда юридические лица, входящие в один холдинг, участвуют в конкурентных процедурах не все одновременно, а попеременно, выходя на торги теми компаниями, которые в настоящий момент имеют для указанной цели экономическую возможность или могут выполнить заказ наиболее экономически эффективно, исходя, например, из логистических или производственных соображений. Либо один из субъектов может принимать участие в торгах, имитируя конкуренцию, при отсутствии намерения участвовать (чтобы торги признали состоявшимися).

Как следствие, антимонопольная служба полагает, что хозяйствующие общества, контролируемые де факто одним лицом, например, косвенно или путем обладания долей отличной от размера 50 %, но достаточной для контроля в силу структуры акционерного капитала, или в силу заключения акционерного соглашения или заключения договора доверительного управления, обязаны при участии в конкурентных процедурах конкурировать между собой, снижая цену, несмотря на то, что представляют собой экономически единый субъект.

Данный вопрос дискутировался при подготовке Пленума Верховного Суда от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

Пленум во многом отразил важную тенденцию отхода от формального подхода к экономическому анализу обстоятельств и концепций.

В пункте 28 постановления Верховный Суд особо указал, что при доказывании ограничивающего конкуренцию соглашения в отношении хозяйствующих субъектов, не отвечающих требованиям частей 7, 8 статьи 11 Закона, но формирующих группу лиц по иным основаниям, установленным статьей 9 Закона, тем не менее должно быть установлено, что указанные лица являются конкурентами. Следовательно, при решении вопроса о наличии контроля одного лица над другим хозяйствующим субъектом необходимо установить отсутствие между ними конкурентных отношений, а такой вывод может быть сделан, по общему правилу, лишь при установлении – на основе тщательного анализа всех обстоятельств – фактов, которые

свидетельствуют об аффилированности таких хозяйствующих субъектов и действия в едином экономическом интересе.

Антимонопольный орган не воспринял разъяснения Верховного Суда; практика применения части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции не изменилась: лица, формирующие группу лиц по иным основаниям, шансов на вынесение «оправдательного» решения антимонопольного органа не имеют. Что касается судебно-арбитражной практики – здесь мы встречаем существенные колебания как между регионами, так и в рамках одной инстанции. Отсутствие единообразия существенно вредит правовой определенности и предсказуемости правоприменения при привлечении к ответственности.

Тем не менее, следует приветствовать, что в отдельных делах четко звучит следующий вывод: Законом о защите конкуренции не исключается доказывание заинтересованности в тех случаях, когда структура корпоративного участия и управления искусственно позволяет избежать формального критерия группы лиц, однако сохраняется возможность оказывать влияние на принятие решений в сфере предпринимательской деятельности. Поведение участников оборота – основной критерий установления признаков фактической аффилированности. В противном случае от лиц, действующих в едином экономическом интересе, требовалось бы действовать в ущерб самим себе.

Контроль, по своему содержанию идентичный контролю, достигаемому при владении 50 % долей (акций), может быть получен иным способом, или совокупностью способов, в том числе связанных с заключением не запрещенных законодательством РФ сделок (договоров) или в том числе основанных на семейных, родственных, товарищеских связях.

На выбор структуры владения могут влиять налоговые, а также иные аспекты, в том числе санкционные (внешнеполитические). Формально толкуя Закон о защите конкуренции, ФАС России не допускает применения реального экономического анализа, тем самым заставляя легальный бизнес действовать во вред себе, а при отказе – налагая существенные штрафы.

Ключевым признаком картельного соглашения выступает конкуренция, то есть отношения экономического соперничества между хозяйствующими субъектами, которые выступают исключительно как самостоятельные игроки на товарном рынке. Однако группе лиц по смыслу статьи 9 Закона и определения, данного судебной практикой, как раз свойственно отсутствие конкуренции между субъектами, входящих в такую группу.

Следовательно, картель возможен лишь между хозяйствующими субъектами – конкурентами. Однако, каким образом субъекты, входящие в группу лиц, действующие в одном интересе, могут конкурировать между собой, если суды последовательно признают такие объединения в качестве единого хозяйствующего субъекта? И если ФАС настаивает на том, что они также должны конкурировать между собой, то есть ли смысл в такой конкуренции? Экономическое соперничество должно существовать само по себе (*per se*) или должно быть обусловлено объективными обстоятельствами рынка? Отвечает ли позиция ФАС декларируемой

в статье 1 Закона о защите конкуренции цели «создания условий для эффективного функционирования товарных рынков»?

Поэтому полагаем, что позиция ФАС противоречит буквальному толкованию норм Закона о защите конкуренции (в частности, статье 4, 11), а также концепции понимания группы лиц в качестве единого хозяйствующего субъекта.

Какие конституционные права нарушены?

Рассмотренный неединообразный подход судов, а также антимонопольного органа существенным образом нарушает права хозяйствующих субъектов в сфере экономической деятельности, дискриминируя их в зависимости от того, какую корпоративную (или договорную) структуру избрал бенефициар для достижения поставленных перед собой законных экономических целей, в первую очередь – получения прибыли. То есть можно говорить о том, что хозяйствующие субъекты, во-первых, ограничиваются в свободе экономической деятельности, а также оказываются в неравном положении с точки зрения оснований для привлечения к административной ответственности за нарушение запрета на заключение картельных соглашений (нарушается принцип формального равенства).

В рамках административной и уголовной ответственности принцип равенства, в частности, выражается в недопустимости предоставления преимущественных прав и освобождения от обязанности подчиниться требованиям закона.

Часть 2 статьи 1 Закона о защите конкуренции устанавливает цель законодательного регулирования: обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в РФ, защиты конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Часть 7 статьи 11 Закона устанавливает антикартельные иммунитеты, и данная норма органично вписывается в логику законодательно регулирования в сфере запрета картельных соглашений, исключая действие запрета для хозяйствующих субъектов, связанных отношениями «контроля», поскольку члены такой группы не конкурируют между собой и выступают как единый субъект экономической деятельности.

Однако часть 8 статьи 11 Закона уточняет, что освобождение ограничено лишь двумя видами группы лиц из существующих девяти по статье 9 Закона. Если в целом смысл и содержание части 7 статьи 11 не выходит за рамки адекватности и справедливости, то положения части 8 статьи 11 явно данным критериям не соответствуют. Хозяйствующие субъекты, входящие в группу лиц, которые связаны формальным или фактическим контролем, находятся в неравных условиях. Притом надо иметь в виду, что данный институт в целом исключает отношения конкуренции. Однако только две разновидности группы лиц по формальному критерию освобождены от запрета части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, ФАС в своих решениях по данной категории дел никогда не указывает на то, к каким реально возможным последствиям может привести «картель между хозяйствующими субъектами, формально самостоятельными, но фактически не конкурирующими друг с другом ввиду того, что подчинены одному

бенефициару». Таким образом, ФАС в рамках своей правоприменительной деятельности пытается защитить конкуренцию там, где она отсутствует. Причём антимонопольный орган следует довольно формальной логике при оценивании того, являются ли хозяйствующие субъекты конкурентами или нет, не пытаясь установить наличие реальной конкуренции между ними. И это происходит несмотря на то, что Верховный Суд ясно указал в Постановлении Пленума, что антимонопольному органу необходимо устанавливать, являются ли лица конкурентами.

Стоит отметить, что центральный публичный интерес общества в сфере антимонопольного регулирования состоит в защите и поддержании здоровой реальной конкуренции на товарных рынках между самостоятельными хозяйствующими субъектами. Однако важно при установлении тех или иных ограничений соотносить его с правами отдельных субъектов, их объединений. С учётом правоприменительной практики ФАС и некоторых судов этот баланс заметно смещён в пользу публичного интереса общества. Антимонопольный орган при установлении факта правонарушения интересуется не содержательная, а формальная сторона вопроса: «Подпадают ли действия лиц под запрет части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции или нет?» Причём даже не имеет значения, являются ли они конкурентами или нет. Если лица формально самостоятельны, хотя и подчинены фактически одному лицу, то они должны конкурировать, несмотря на очевидную бессмысленность подобного соперничества.

Таким образом, освобождения, установленные частью 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, явно нарушают возможности субъектов предпринимательства вести хозяйственную деятельность с учётом оптимизации экономических издержек, поскольку узкое и ограничительное толкование явно блокирует возможность бизнесу использовать легальные инструменты по улучшению эффективности и прибыльности своих предприятий. А публичный интерес в защите конкуренции никак в данном случае не реализуется, поскольку конкуренция между подобными компаниями изначально отсутствует и не имеет экономического смысла, потому что они связаны организационно и экономически как единый хозяйствующий субъект.

Выводы:

1. Формальный подход к понятию контроля в части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции в рамках установленных законом двух случаев должен быть преодолен в пользу возможности учета иных критериев установления фактического контроля по совокупности признаков, в том числе критерия «действия двух и более хозяйствующих субъектов в едином экономическом интересе».

2. Необходимо предоставить антикартельный иммунитет (на законодательном уровне) хозяйствующим субъектам, входящим в одну группу лиц, путем отсылки к статье 9 Закона о защите конкуренции, что существенным образом облегчит процесс доказывания, даст дополнительные гарантии определенности и предсказуемости для субъектов хозяйственной деятельности.