



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РІШЕННЯ ТИМЧАСОВОЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОЛЕГІЇ

22 грудня 2022 р.

Київ

№ 55-р/тк

Про порушення законодавства
про захист економічної конкуренції
та накладення штрафу

Антимонопольний комітет України згідно зі статтею 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та статтею 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон), з метою вжиття заходів державного контролю з виявлення порушень законодавства про захист економічної конкуренції в частині контролю за концентраціями та узгодженими діями суб'єктів господарювання, надіслав товариству з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 про надання інформації щодо дій компаній «Uniper Gas Transportation & Finance B.V.», «Engie Energy Management Holding Switzerland AG», «OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V.», «Shell Exploration and Production (LXXI) B.V.», «Wintershall Nederland Transport and Trading B.V.» та приватного акціонерного товариства «Газпром» у вигляді укладення угод про фінансування проєкту «Північний потік – 2» та розподілу повноважень між його учасниками.

Відповідь на вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 надано в неповному обсязі у встановлений ним строк.

За результатами розгляду справи № 128-26.13/25-22 дії товариства з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» кваліфіковано як порушення, передбачене пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України на вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 у встановлений ним строк.

На порушника накладено штраф у розмірі 20 337 714 (двадцять мільйонів триста тридцять сім тисяч сімсот чотирнадцять) грн.

Тимчасова адміністративна колегія Антимонопольного комітету України, створена відповідно до наказу Голови Антимонопольного комітету України від 15.12.2022 № 73-ОД, розглянувши матеріали справи № 128-26.13/25-22 про порушення товариством з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» законодавства про захист економічної

конкуренції та подання з попередніми висновками від 09.12.2022 № 128-26.13/25-22/268-спр/кі,

ВСТАНОВИЛА:

1. Предмет справи

- (1) Вчинення товариством з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» порушення, передбаченого пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України на вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 у встановлений ним строк.

2. Відповідач

- (2) Товариство з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» (далі – ТОВ «БАСФ Т.О.В.», Товариство, Відповідач) («Інформація, доступ до якої обмежено»).

3. Процесуальні дії

- (3) Розпорядженням державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 06.06.2022 № 01/79-р розпочато розгляд справи № 128-26.13/25-22 про порушення законодавства про захист економічної конкуренції.
- (4) Листом від 07.06.2022 № 128-26.13/01-2316 Антимонопольний комітет України (далі – Комітет) надіслав ТОВ «БАСФ Т.О.В.» копію розпорядження від 06.06.2022 № 01/79-р, повідомив про початок розгляду зазначеної вище справи й запропонував надати інформацію, необхідну для її розгляду.
- (5) Листом від 09.12.2022 № 128-26.13/01-5817 Відповідачеві направлено подання про попередні висновки у справі від 09.12.2022 № 128-26.13/25-22/268-спр/кі.
- (6) Відповідач листом від 15.12.2022 № 3553 (zareestrovaniy u Komiteti 15.12.2022 za № 8-01/872-ki) надав відповідь на подання про попередні висновки у справі.

4. Обставини справи

- (7) Антимонопольний комітет України на сайті Польського антимонопольного регулятора (https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf) виявив інформацію про укладання угод компаніями «Uniper Gas Transportation & Finance B.V.», «Engie Energy Management Holding Switzerland AG», «OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V.», «Shell Exploration and Production (LXXI) B.V.», «Wintershall Nederland Transport and Trading B.V.» та приватним акціонерним товариством «Газпром» щодо фінансування проекту «Північний потік – 2» та розподілу повноважень між його учасниками (далі – Угоди). У зв'язку із цим, з метою вжиття заходів державного контролю з виявлення порушень законодавства про захист економічної конкуренції в частині контролю за концентраціями та узгодженими діями суб'єктів господарювання розпочато дослідження та здійснення перевірки вказаної інформації.
- (8) Згідно з абзацом першим частини першої статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон) узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання.

- (9) Отже, дії компаній «Uniper Gas Transportation & Finance B.V.», «Engie Energy Management Holding Switzerland AG», «OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V.», «Shell Exploration and Production (LXXI) B.V.», «Wintershall Nederland Transport and Trading B.V.» та приватного акціонерного товариства «Газпром» у вигляді укладення угод про фінансування проєкту «Північний потік – 2» та розподіл повноважень між його учасниками, згідно з абзацом першим частини першої статті 5 Закону, можуть містити ознаки узгоджених дій.
- (10) Попереднє одержання дозволу органів Комітету відповідно до статті 10 Закону є обов'язковим на вчинення суб'єктами господарювання узгоджених дій, що призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.
- (11) При цьому вчинення узгоджених дій, передбачених статтею 10 Закону, забороняється до отримання дозволу органів Антимонопольного комітету України або Кабінету Міністрів України.
- (12) Отримання дозволу Комітету на узгоджені дії здійснюється в порядку, визначеному Положенням про порядок подання заяв до органів Антимонопольного комітету України про надання дозволу на узгоджені дії суб'єктів господарювання, затвердженим розпорядженням Комітету від 12 лютого 2002 року № 26-р, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 7 березня 2002 р. за № 238/6526 (зі змінами).
- (13) Компанії «Uniper Gas Transportation & Finance B.V.», «Engie Energy Management Holding Switzerland AG», «OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V.», «Shell Exploration and Production (LXXI) B.V.», «Wintershall Nederland Transport and Trading B.V.» та приватне акціонерне товариство «Газпром» за відповідним дозволом на узгоджені дії до Комітету не звертались.
- (14) За наявною в Комітеті інформацією, ТОВ «БАСФ Т.О.В.» [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] пов'язане відносинами контролю, у розумінні статті 1 Закону, з компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом]¹.
- (15) У зв'язку із цим, ТОВ «БАСФ Т.О.В.» («Інформація, доступ до якої обмежено») направлено вимогу від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 (далі – Вимога) про надання інформації.
- (16) Згідно зі статтею 63 Закону суб'єкти господарювання, пов'язані відносинами контролю відповідно до статті 1 цього Закону, зобов'язані забезпечувати обмін інформацією між собою та вживати інших заходів у такий спосіб та у такому обсязі, які б забезпечували запобігання вчиненню порушень законодавства про захист економічної конкуренції, про що зазначено у Вимозі.
- (17) У Вимозі в Товариства вимагалось у п'ятнадцятиденний строк із дня отримання Вимоги надати Комітету інформацію, пояснення та копії документів, а саме:
- 1) підтвердити чи спростувати інформацію щодо укладення суб'єктами господарювання, пов'язаними з ТОВ «БАСФ Т.О.В.» відносинами контролю, Угод;
 - 2) у разі підтвердження такої інформації надати копії підтвердних документів (копію Угод, договорів, тощо та додатків до них, з перекладом на українську мову, засвідченим в установленому порядку);

¹ (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8773_257_3.pdf).

3) пояснення щодо необхідності чи відсутності необхідності отримання дозволу органів Антимонопольного комітету України на зазначені дії відповідно до статті 10 Закону.

- (18) Одночасно у Вимозі, зокрема, зазначалося таке:
відповідно до статті 22 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» вимоги державного уповноваженого щодо надання інформації є обов'язковими для виконання у визначений ним строк;
згідно з пунктами 13, 14 і 15 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» неподання інформації у встановлені строки, подання інформації в неповному обсязі у встановлені строки, подання недостовірної інформації Комітету визнаються порушеннями законодавства про захист економічної конкуренції і тягнуть за собою відповідальність, встановлену статтею 52 цього Закону.
- (19) Разом із цим у Вимозі зазначалося, що неподання інформації з причин її відсутності в ТОВ «БАСФ Т.О.В.» за умови, що таку інформацію Товариство може отримати в суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю, на виконання вимог статті 63 Закону буде кваліфіковано Комітетом як порушення законодавства про захист економічної конкуренції.
- (20) Згідно з рекомендованим повідомленням про вручення поштового відправлення № 0303514464351 Вимогу отримав уповноважений представник ТОВ «БАСФ Т.О.В.» 01.10.2021.
- (21) Листом від 14.10.2021 № 3089 (зарєєстрований у Комітеті 18.10.2021 за № 8-01/14539) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» повідомило Комітет, що направило Вимогу компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], з якою пов'язане відносинами контролю, та звернулося до Комітету щодо продовження строку надання інформації на Вимогу.
- (22) Листом від 21.10.2021 № 128-29/01-15043 Комітет продовжив ТОВ «БАСФ Т.О.В.» строк надання інформації до 02.11.2021.
- (23) Листом від 02.11.2021 № 3120 (зарєєстрований у Комітеті 03.11.2021 за № 8-01/1621-кі) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» повідомило Комітет, що за інформацією, отриманою від компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], Вимога була направлена компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], яка має намір безпосередньо звернутися до Комітету з порушених у Вимозі питань.
- (24) Листом від 02.11.2021 № 2020-21 (зарєєстрований у Комітеті 03.11.2021 за № 8-01/1620-кі) до Комітету звернувся уповноважений представник компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом]² та висловив прохання проводити комунікації з порушених у Вимозі питань безпосередньо з компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом]. Разом із цим у листі уповноважений представник компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] звернувся до Комітету щодо продовження строку надання інформації на Вимогу.
- (25) Листом від 15.11.2021 № 128-29/09-16251 Комітет продовжив компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] строк надання інформації до 10.12.2021.

² Попередня назва [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].

- (26) Листом від 10.12.2021 № 260-21 (зарєєстрований у Комітеті 13.12.2021 за № 8-01/1820-кі) уповноважений представник компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] повідомив, зокрема, таке:
згідно з договірними зобов'язаннями компанія зобов'язана не розголошувати будь-яку інформацію та/або документи щодо проєкту «Північний потік – 2»;
компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] діяла й діє виключно як фінансовий інвестор проєкту «Північний потік – 2»;
договори, укладені компанією з метою фінансування проєкту «Північний потік – 2» у 2017 році, не є узгодженими діями в розумінні статті 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції»;
на час укладення договорів із метою фінансування проєкту «Північний потік – 2» компанія не була зобов'язана отримувати в Комітеті дозвіл на узгоджені дії (у розумінні статті 10 Закону України «Про захист економічної конкуренції»).
- (27) Отже, відповідей на пункт 2 Вимоги стосовно надання копій підтвердних документів (копію Угод, договорів про фінансування проєкту «Північний потік – 2» тощо та додатків до них, з перекладом на українську мову, засвідченим в установленому порядку) та пункт 3 стосовно надання підтвердних документів щодо необхідності чи відсутності необхідності отримання дозволу від органів Антимонопольного комітету України на зазначені дії Комітет не отримав.
- (28) Отже, інформація на Вимогу надана в неповному обсязі.
- (29) Тобто ТОВ «БАСФ Т.О.В.» несе відповідальність за подання інформації в неповному обсязі на Вимогу, яка була направлена та отримана ТОВ «БАСФ Т.О.В.», пов'язаному відносинами контролю з компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] у розумінні статті 1 Закону.

4.1. Щодо наявності відносин контролю, у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», між ТОВ «БАСФ Т.О.В.» та компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом]

- (30) Відповідно до рішення Європейської комісії від 28 лютого 2019 року (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8773_257_3.pdf) (далі – Рішення Європейської комісії) компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] отримали дозвіл на концентрацію у вигляді створення повнофункціонального спільного підприємства [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом]³.
- (31) Компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] володітимуть, відповідно, 67% та 33% акцій у компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та будуть здійснювати спільний контроль. Вказані обставини встановлені Рішенням Європейської комісії. Концентрація була здійснена у 2019 році (<https://www.basf.com/global/en/media/news-releases/2019/05/p-19-199.html>).
- (32) Відтак компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] здійснює контроль разом із компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] над компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], яка, у свою чергу, є материнською компанією компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].

³ Теперішня назва компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].

- (33) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» на вимогу Комітету від 30.08.2022 № 128-26.13/01-3568 про надання вичерпного переліку суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю з Товариством, у розумінні статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», листом від 23.09.2022 № 3488 (zareєстрований у Комітеті 26.09.2022 за № 8-01/545-кі від) (далі – Лист) повідомило, зокрема, таке:
- (34) компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] надала Товариству список акцій / часток у володінні Групи BASF за 2021 рік, який було подано як частину підтвердженого аудитором річного звіту Групи, складеного відповідно до розділу 313 (2) Торговельного кодексу Німеччини. Такий список використовується для подання інформації до регуляторних органів інших країн світу (зокрема антимонопольних органів) та включає в себе, зокрема, компанії, які вважаються дочірніми (subsidiaries), спільні підприємства (joint ventures) та асоційовані компанії (associated companies);
- (35) у консолідованій звітності за 2021 рік у списку акцій / часток у володінні Групи BASF компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] включена до списку асоційованих компаній;
- (36) компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] володіє 72,70% акцій компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], але це не призводить до контролю, оскільки стратегічні рішення щодо господарської діяльності компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] належать до компетенції наглядової ради та вимагають більшості голосів членів такої наглядової ради. У наглядовій раді компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] має 4 з 12 голосів, інший акціонер має 2 голоси, 2 голоси належать незалежним членам, 4 голоси належать представникам працівників. Прийняття рішень наглядовою радою вимагає простої більшості голосів.
- (37) При цьому документів, які підтверджували заявлені доводи щодо відсутності відносин контролю між компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], не надано.
- (38) Для об'єктивного розгляду та з'ясування питання відносин контролю між ТОВ «БАСФ Т.О.В.» та компаніями [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] 6 жовтня 2022 року державний уповноважений провів слухання у справі № 128-26.13/25-22.
- (39) Під час слухання у справі № 128-26.13/25-22 уповноважені представники ТОВ «БАСФ Т.О.В.» зазначили, зокрема, що:
- (40) компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] є юридично та економічно самостійними особами. Використання формулювання «юридично та економічно самостійні особи» зумовлено позицією юристів материнської компанії ТОВ «БАСФ Т.О.В.» – [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], які повідомили, що не оперують поняттями відносин контролю відповідно до законодавства України;
- (41) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» посилається на консолідовану звітність Групи BASF як на документ, що підтверджує факт відсутності відносин контролю між Групою BASF та [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].
- (42) У результаті проведеного слухання у справі № 128-26.13/25-22 уповноважені представники зобов'язалися зробити запит до материнської компанії [інформація

визначена, як інформація з обмеженим доступом], щоб отримати додаткові пояснення та підтвердні документи щодо обставин, викладених у пункті 4.3.3 листа ТОВ «БАСФ Т.О.В.» від 23.09.2022 № 3488 (зареєстрований у Комітеті за № 8-01/545-кі) стосовно викладених положень щодо зв'язку між Групою BASF та Групою [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], та надати Комітету в разі їх отримання від компанії «BASF S.E.».

- (43) Листом від 26.10.2022 № 3513 (зареєстрований у Комітеті 27.10.2022 за № 8-01/674-кі) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» надало інформацію, яку отримало від компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], зокрема копію листа від юридичної компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], щодо окремих тверджень про відносини між компаніями [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].
- (44) У вказаному листі від юридичної компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] зазначається, що *«станом на 26 липня 2021 року компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] була перетворена на акціонерне товариство;*
- (45) *Закон про акціонерні товариства Німеччини (параграфи 93, 113) передбачає, що члени виконавчого органу та наглядової ради акціонерного товариства зобов'язані виявляти належний ступінь обачливості (duty of care) щодо акціонерного товариства та діяти в інтересах акціонерного товариства при виконанні своїх обов'язків».*
- (46) Зазначене відповідно до вказаних параграфів Закону про акціонерні товариства Німеччини (Aktengesetz)⁴ стосується зобов'язання членів ради директорів та членів Наглядової ради акціонерного товариства зберігати таємницю щодо отриманих конфіденційних звітів та конфіденційних консультацій та не пояснює відсутності відносин контролю між Групою BASF та Групою [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].
- (47) У вказаному листі від юридичної компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] також зазначено, що *«[інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] визначає компанію [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] як «асоційовану компанію» у своїй консолідованій фінансовій звітності. Ця консолідована фінансова звітність підготовлена відповідно до Міжнародних стандартів фінансової звітності (далі – МСФЗ)».*
- (48) Тобто відсутні пояснення, яким чином включення компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] до списку асоційованих компаній у консолідовану звітність Групи BASF підтверджує відсутність вирішального впливу компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] на господарську діяльність компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].
- (49) Крім цього, у листі юридичної компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] зауважено, що твердження, викладені в їхньому листі, обмежуються положеннями німецького законодавства й що юридична компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] не надає висновків стосовно українського законодавства або юридичного поняття «контроль».
- (50) Підтвердної інформації та пояснень про відсутність вирішального впливу компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] на господарську

⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/BJNR010890965.html>

діяльність компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та які стосуються наглядової ради компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] (статутні, установчі документи тощо) ТОВ «БАСФ Т.О.В.» Комітету не надало.

- (51) Поняття контролю відповідно до статті 1 Закону може відрізнятися від поняття контролю, що застосовується в інших законодавчих актах. Розуміння контролю в інших галузях права не є вирішальним для визначення поняття контролю за Законом, норми якого для цілей регулювання відносин із захисту економічної конкуренції мають спеціальний характер і підлягають переважному застосуванню.
- (52) Вирішальний вплив – можливість однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб приймати рішення стосовно господарської діяльності іншої особи, які впливають на загальні умови участі суб'єкта господарювання у товарному обороті.
- (53) Отже, у розумінні законодавства про захист економічної конкуренції, контрольний пакет акцій – пакет із більше ніж 50 відсотків простих акцій акціонерного товариства.
- (54) Крім того, у листі ТОВ «БАСФ Т.О.В.» від 23.09.2022 № 3488 (zareєстрований у Комітеті 26.09.2022 за № 8-01/545-кі) зазначено, що Група BASF використовує список акцій / часток у володінні Групи BASF за 2021 рік для подання інформації до регуляторних органів інших країн світу (зокрема антимонопольних органів) як підтвердження складу Групи BASF.
- (55) Враховуючи викладене вище, ТОВ «БАСФ Т.О.В.» пов'язане відносинами контролю, у розумінні статті 1 Закону [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], з компанією [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та є суб'єктом правопорушення, передбаченого пунктом 14 статті 50 Закону.

5. Кваліфікація порушення Відповідачем конкурентного законодавства

- (56) Згідно зі статтею 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» основним завданням Комітету є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики, зокрема, в частині здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції.
- (57) Відповідно до частини другої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» у сфері здійснення контролю за узгодженими діями, концентрацією Комітет має повноваження, зокрема, розглядати заяви і справи про надання дозволу, надання висновків, надання попередніх висновків стосовно узгоджених дій, концентрації, проводити дослідження за цими заявами і справами; при розгляді заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проведенні перевірки та в інших передбачених законом випадках вимагати від суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, їх посадових осіб і працівників, інших фізичних та юридичних осіб інформацію, в тому числі з обмеженим доступом.
- (58) Відповідно до частини шостої статті 9 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» Голова Антимонопольного комітету України має статус державного уповноваженого, передбачений цим Законом.
- (59) Згідно із частиною шостою статті 6 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», зокрема, державний уповноважений Комітету є органом Комітету.

- (60) Відповідно до статті 16 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» державний уповноважений Комітету має повноваження при розгляді заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проведенні перевірки та в інших передбачених законом випадках вимагати від суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, їх посадових осіб і працівників, інших фізичних та юридичних осіб інформацію, в тому числі з обмеженим доступом.
- (61) Положеннями статей 22 та 22¹ Закону України «Про Антимонопольний комітет України» передбачено, що вимоги державного уповноваженого Комітету є обов'язковими для виконання у визначений ним строк; суб'єкти господарювання, об'єднання, органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, інші юридичні особи, їх структурні підрозділи, філії, представництва, їх посадові особи та працівники, фізичні особи зобов'язані на вимогу органу Антимонопольного комітету України, голови територіального відділення Антимонопольного комітету України, уповноважених ними працівників Антимонопольного комітету України, його територіального відділення подавати документи, предмети чи інші носії інформації, пояснення, іншу інформацію, в тому числі з обмеженим доступом, необхідну для виконання Антимонопольним комітетом України, його територіальними відділеннями завдань, передбачених законодавством про захист економічної конкуренції та про державну допомогу суб'єктам господарювання.
- (62) Відповідно до статті 63 Закону України «Про захист економічної конкуренції» суб'єкти господарювання, пов'язані відносинами контролю відповідно до статті 1 цього Закону, зобов'язані забезпечувати обмін інформацією між собою та вживати інших заходів у такий спосіб та у такому обсязі, які б забезпечували запобігання вчиненню порушень законодавства про захист економічної конкуренції.
- (63) Відповідно до пункту 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції» подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України, його територіальному відділенню у встановлені органами Антимонопольного комітету України, головою його територіального відділення чи нормативно-правовими актами строки є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції.
- (64) Отже, дії ТОВ «БАСФ Т.О.В.» у вигляді подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України на вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 у встановлений ним строк є порушенням, передбаченим пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

6. Заперечення Відповідача та їх спростування

- (65) У відповідь на Подання з попередніми висновками у справі про порушення законодавства про захист економічної конкуренції від 24.10.2022 № 128-26.13/25-22/268-спр/кі Відповідач листом від 15.12.2022 № 3553 (zareestrovaniy u Komiteti 15.12.2022 za № 8-01/872-ki) надав свої пояснення та заперечення.
- (66) Відповідач зазначив, зокрема, що *«компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] не має права вимагати надання будь-якої інформації від компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], оскільки вони є юридично та економічно самостійними особами»*.
- (67) Зазначені заперечення ТОВ «БАСФ Т.О.В.» спростовуються таким:

- (68) відповідно до статті 1 Закону суб'єкт господарювання - юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, **у тому числі яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою; група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими;**
- (69) контроль – вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється безпосередньо або через інших осіб, зокрема завдяки: праву володіння чи користування всіма активами чи їх значною частиною; праву, яке забезпечує вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання; укладенню договорів і контрактів, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання; заміщенню посади керівника, заступника керівника спостережної ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу суб'єкта господарювання особою, яка вже обіймає одну чи кілька із зазначених посад в інших суб'єктах господарювання; обійманню більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншому суб'єкті господарювання;
- (70) характерними для підприємства з точки зору застосування законодавства про захист економічної конкуренції є не його юридична правосуб'єктність, а автономність дій на ринку. Іншими словами, пов'язані відносинами контролю компанії з цієї точки зору (автономності дій) не є окремими суб'єктами господарювання, оскільки вони (кожна окремо) не мають свободи визначення поведінки на ринку, тому їх сукупність утворює єдиний суб'єкт господарювання – групу. Дії суб'єктів, які входять до однієї групи, полягають у розподілі завдань між ними для досягнення однієї кінцевої мети, спрямованої на задоволення потреб такої групи, відповідно, дії всіх учасників групи розглядаються як дії одного суб'єкта господарювання, який здійснює господарську діяльність на відповідному ринку;
- (71) положенням статті 63 Закону встановлено, що суб'єкти господарювання, пов'язані відносинами контролю відповідно до статті 1 цього Закону, зобов'язані забезпечувати обмін інформацією між собою, в тому числі стосовно випадків, передбачених частиною другою статті 22 цього Закону, та вживати інших заходів у такий спосіб та у такому обсязі, які б забезпечували запобігання вчиненню порушень законодавства про захист економічної конкуренції. ***Невиконання суб'єктами господарювання вимог частини першої цієї статті не звільняє інших суб'єктів господарювання, яким повинна бути надана інформація чи які повинні були вжити інших заходів, від відповідальності;***
- (72) системний аналіз наведених положень законодавства про захист економічної конкуренції свідчить, що пов'язаність відносинами контролю покладає обов'язок щодо здійснення обміну інформацією, у тому числі необхідної для надання відповіді на вимогу органів Комітету, оскільки відповідні особи становлять єдиний суб'єкт господарювання;
- (73) у свою чергу, частина друга статті 63 Закону свідчить, що відмова «пов'язаної» компанії здійснити обмін інформацією з іншою, пов'язаною з нею відносинами контролю, особою не звільняє останню від відповідальності, оскільки така відмова є виключно внутрішньогруповою комунікацією. Тобто особа, якій адресована вимога, несе відповідальність за ігнорування пов'язаною з нею відносинами контролю особою обов'язку забезпечення обміну інформацією.

- (74) **Враховуючи викладене, Відповідач і компанія «[інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та компанії «[інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] були зобов'язані забезпечити внутрішньогруповий обмін інформацією на підставі статті 63 Закону на виконання Вимоги.**
- (75) Відповідач також зазначає, що *«компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] не може вимагати надання інформації від компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та її дочірньої компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] відповідно до корпоративного права Німеччини (згідно з параграфом 93 Закону про акціонерні товариства)».*
- (76) Зазначені заперечення ТОВ «БАСФ Т.О.В.» спростовуються наступним:
- (77) Відповідно до статті 1 Конституції України, Україна є **суверенна** і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. Суверенітет України поширюється на всю її територію (стаття 2 Конституції України).
- (78) Відповідно до статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Відповідно до статті 92 Конституції України виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва; правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання.
- (79) Відповідно до статті 2 Закону до відносин, які впливають чи можуть вплинути на економічну конкуренцію на території України, застосовується цей Закон.
- (80) Відповідно до частини другої статті 3 Закону якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що містяться у цьому Законі, то застосовуються правила міжнародного договору.
- (81) Отже, Закон про акціонерні товариства Німеччини не може регулювати правовідносини, які мають вплив на території України, а будь-які міжнародні договори щодо поширення його дії на правовідносини, пов'язані із захистом економічної конкуренції, не укладались. Виключно Україна має право встановлювати норми антимонопольного регулювання, що є складовою суверенітету та принципу невтручання. Крім того, положення Закону поширюються на будь-які дії або бездіяльність, які мають фактичний або навіть потенційний вплив на економічну конкуренцію на території України.
- (82) **Отже, зазначене не звільняє компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] та [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] від обов'язку забезпечити обмін інформацією з ТОВ «БАСФ Т.О.В.» відповідно до положень національного законодавства України.**
- (83) Відповідач зазначає, що *«відповідно до фінансової звітності Групи BASF за 2021 рік, компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] (кінцева материнська компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] є асоційованою компанією, а не дочірнім підприємством компанії «BASF S.E.», тобто компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] не вважається такою, що здійснює вирішальний вплив, а отже не контролює компанію [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].*
- (84) Зазначені заперечення ТОВ «БАСФ Т.О.В.» спростовуються таким:

- (85) Компанія [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] є власником 72,70% акцій компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом];
- (86) У розумінні статті 1 Закону контроль – це вирішальний вплив однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини, який здійснюється у будь-якій формі, на підставі якого утворюється єдиний суб'єкт господарювання - група.
- (87) Встановлення відносин контролю однієї або декількох осіб над іншими має правове значення виключно для встановлення та визначення таких осіб як єдиного суб'єкта господарювання, тобто фіксації самого факту існування групи.
- (88) Під поняттям «господарюючий суб'єкт» у сфері антимонопольного права мається на увазі будь-яка одиниця, що виконує господарську діяльність незалежно від організаційно-правової форми та способу фінансування⁵.
- (89) Відповідно до МСФЗ:
- 1) **консолідована фінансова звітність** – фінансова звітність групи, подана як фінансова звітність одного економічного суб'єкта господарювання;
 - 2) якщо суб'єкт господарювання **володіє прямо або опосередковано (через дочірні підприємства) 20 відсотками або більшою кількістю відсотків прав голосу** в об'єкті інвестування, то припускається, що суб'єкт господарювання має суттєвий вплив, доки не буде чітко доведено протилежне.
- (90) Консолідована фінансова звітність повинна представляти діяльність материнської компанії та її дочірніх підприємств як діяльність єдиного суб'єкта господарювання (групи). Підприємства, що контролюються материнською компанією, повинні розглядатися як дочірні. Контроль має бути заснований на володінні **більшістю акцій**, що голосують, проте контроль може існувати й за наявності угод з акціонерами або учасниками тієї ж групи⁶.
- (91) В цьому випадку компанія «[інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] володіє більшістю акцій компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом], що є контролем, у розумінні статті 1 Закону, а Відповідач не надав будь-яких доказів відсутності вирішального впливу компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом] на господарську діяльність компанії [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].
- (92) Тобто зазначені пояснення щодо неподання інформації не спростовують вчинення ТОВ «БАСФ Т.О.В.» порушення, передбаченого пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді подання інформації в неповному обсязі на вимогу державного уповноваженого Комітету у встановлений ним строк.

7. Остаточні висновки Колегії

- (93) Отже, доказами, зібраними у справі, доведено, що дії товариства з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» у вигляді подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України на вимогу державного уповноваженого

⁵ Див., зокрема: C-41/90. Klaus Höfner and Fritz Elser kontra Macrotron GmbH [1991] ECR).

⁶ Див. Директиву 2013/34/ЕС від 26 червня 2013 року)

Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 у встановлений ним строк є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

- (94) Відповідно до статті 51 Закону України «Про захист економічної конкуренції» порушення законодавства про захист економічної конкуренції тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

8. Визначення відповідальності Відповідача

- (95) Відповідно до частини другої статті 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» за порушення, передбачене пунктом 14 статті 50 цього Закону, накладається штраф у розмірі до одного відсотка доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.
- (96) Дохід (виручка) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за 2021 рік товариства з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» становить [інформація визначена, як інформація з обмеженим доступом].

Враховуючи викладене, керуючись статтями 7 і 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», статтями 48 і 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та пунктом 32 Правил розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, затверджених розпорядженням Антимонопольного комітету України від 19 квітня 1994 року № 5, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 6 травня 1994 року за № 90/299 (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р) (із змінами), Тимчасова адміністративна колегія Антимонопольного комітету України

ПОСТАНОВИЛА:

1. Визнати, що товариство з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» («Інформація, доступ до якої обмежено») вчинило порушення, передбачене пунктом 14 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді подання інформації в неповному обсязі Антимонопольному комітету України на вимогу державного уповноваженого Антимонопольного комітету України від 28.09.2021 № 128-29/01-14076 у встановлений ним строк.

2. За порушення, зазначене в пункті 1 резолютивної частини цього рішення, накласти на товариство з обмеженою відповідальністю «БАСФ Т.О.В.» штраф у розмірі 20 337 714 (двадцять мільйонів триста тридцять сім тисяч сімсот чотирнадцять) гривень.

Штраф підлягає сплаті у двомісячний строк з дня одержання рішення.

Відповідно до статті 56 Закону України «Про захист економічної конкуренції» протягом п'яти днів з дня сплати штрафу суб'єкт господарювання зобов'язаний надіслати до Антимонопольного комітету України документи, що підтверджують сплату штрафу.

Рішення може бути оскаржене до господарського суду міста Києва у двомісячний строк з дня його одержання.