

Разъяснения ФАС России в отношении сделок экономической концентрации и антимонопольного комплаенса: Часть 1

27 сентября 2021 года

Летом 2021 г. Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации (далее – «ФАС») выпустила два разъяснения, которые имеют существенное значение для ряда вопросов, касающихся контроля за экономической концентрацией и антимонопольного комплаенса в России, в том числе в отношении:

- сделок и действий, подлежащих антимонопольному контролю, включая особенности согласования внутригрупповых сделок;
- оснований для признания сделок и их отдельных условий допустимыми;
- порядка рассмотрения ФАС ходатайств и принятия по ним решений;
- последствий несоблюдения требований об антимонопольном согласовании сделок;
- порядка установления ФАС соответствия внутренних актов об антимонопольном комплаенсе требованиям антимонопольного законодательства;
- рекомендаций по организации антимонопольного комплаенса;
- учета мер по организации антимонопольного комплаенса при рассмотрении вопроса о нарушении антимонопольного законодательства.

Хотя Разъяснения носят рекомендательный характер, их необходимо учитывать при анализе необходимости согласования сделок, составлении ходатайств и подготовке политик антимонопольного комплаенса, поскольку правоприменительная практика ФАС будет ориентироваться на позиции, изложенные в Разъяснениях.

Предметом настоящей части Обзора является Разъяснение № 19 от 11 июня

2021 года «Об особенностях осуществления государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией» (далее – «Разъяснения ЭК»), касающиеся антимонопольного согласования соглашений о совместной деятельности, подхода к оценке соглашений об отказе от конкуренции, ситуаций, в которых приобретение негативного контроля, приобретение акций (долей) не в результате совершения сделки или передача акций (долей) в залог требуют антимонопольного согласования, а также случаев, в которых внутригрупповые сделки не подлежат антимонопольному контролю. Все эти вопросы актуальны при совершении сделок слияний и поглощений и сделок по созданию совместных предприятий, в том числе требующих привлечения дополнительного финансирования и предварительной реструктуризации группы.

Разъяснению № 20 от 2 июля 2021 года «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства» (далее – «Разъяснения АК») будет посвящена вторая часть нашего Обзора.

Соглашения о совместной деятельности

Предварительное согласование

Согласно Разъяснениям ЭК для целей анализа необходимости предварительного согласования соглашения о совместной деятельности существенным является выполнение в совокупности следующих условий:

- соглашение представляет собой "соглашение о совместной деятельности";
- соглашение заключается между хозяйствующими субъектами-конкурентами;
- соглашение заключено в отношении совместной деятельности на территории Российской Федерации.

Соглашение о совместной деятельности

В соответствии с Разъяснениями ЭК соглашениями о совместной деятельности могут быть соглашения, заключенные как по российскому, так и по зарубежному праву, предполагающие, что стороны такого соглашения объединяют ресурсы и (или) осуществляют взаимные инвестиции для достижения целей совместной деятельности; стороны совместно несут риски, связанные с совместной деятельностью. Публичность информации об осуществлении совместной деятельности или создании совместного предприятия является дополнительным, но не определяющим критерием

наличия соглашения о совместной деятельности. Соглашение о совместной деятельности должно непосредственно регулировать деятельность сторон соглашения на рынке в рамках продвижения товаров, работ или услуг. В связи с этим не являются соглашениями о совместной деятельности и не подлежат антимонопольному согласованию по этому основанию: корпоративные договоры, регулирующие исключительно корпоративные вопросы (порядок голосования, порядок оплаты акционерами / участниками своих вкладов в общество и т.д.); синдицированные кредитные договоры; договоры управления залогом¹.

Участники соглашения о совместной деятельности – конкуренты

Соглашение о совместной деятельности подлежит антимонопольному согласованию, только если оно заключено между конкурентами. Наличие или отсутствие конкуренции между участниками соглашения устанавливается в первую очередь применительно к товарному рынку, являющемуся предметом соглашения, на территории Российской Федерации (далее – «затрагиваемый рынок»). ФАС может также учесть деятельность участников соглашения на глобальном рынке (если установлено, что географические границы затрагиваемого рынка выходят за пределы Российской Федерации) и на товарных рынках, являющихся смежными² по отношению к затрагиваемому товарному рынку (если у сторон соглашения о совместной деятельности есть возможность устранить или ограничить конкуренцию).

Антимонопольному согласованию подлежит соглашение о совместной деятельности как между фактическими, так и между потенциальными конкурентами. При этом тот факт, что участники соглашения конкурируют на товарных рынках других стран либо на иных рынках в Российской Федерации, не относящихся к предмету соглашения о совместной деятельности и не являющихся затрагиваемыми рынками, автоматически не влечет за собой признание их потенциальными конкурентами.

¹ Однако данные соглашения могут требовать антимонопольного согласования по иным основаниям, в частности, если они предоставляют кому-либо из их участников права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности.

² Смежные рынки по отношению к затрагиваемому товарному рынку - это рынки товаров (работ, услуг), которые, в частности: (а) используются для производства и транспортировки товаров (осуществления работ, оказания услуг), составляющих продуктовые границы затрагиваемого товарного рынка; либо (б) производятся (осуществляются, предоставляются) с применением товаров (работ, услуг), составляющих продуктовые границы затрагиваемого товарного рынка; либо (в) являются взаимодополняющими с товарами (работами, услугами), составляющими продуктовые границы затрагиваемого товарного рынка, при их потреблении.

При установлении факта наличия конкуренции между участниками соглашения о совместной деятельности оценивается не только их деятельность, но и деятельность их групп лиц.

Совместная деятельность на территории Российской Федерации

Совместная деятельность на территории Российской Федерации имеет место, в частности, в случаях когда участники соглашения о совместной деятельности:

- создают на территории Российской Федерации совместное предприятие или приобретают акции (доли) в существующем российском обществе;
- создают иностранное общество, имеющее в Российской Федерации дочернее общество, ведущее деятельность на затрагиваемом рынке, при условии, что данное общество будет тем или иным образом участвовать в совместной деятельности участников (либо приобретают акции (доли) в таком существующем иностранном обществе);
- создают иностранное общество, не имеющее дочернее общество в Российской Федерации, но для которого деятельность на территории Российской Федерации в соответствии с явно выраженными условиями соглашения будет основной (либо приобретают акции (доли) в таком существующем иностранном обществе);
- не создают совместное предприятие, но объединяют усилия по продвижению товаров или услуг на рынке (например, путем реализации совместных маркетинговых программ в Российской Федерации).

Момент получения согласования

В соответствии с Разъяснениями ЭК, антимонопольное согласование соглашения о совместной деятельности должно быть получено до момента заключения соглашения либо до возникновения у сторон прав и обязанностей по соглашению о совместной деятельности, если оно было поставлено под условие получения согласия ФАС на заключение соглашения. Однако в случае если соглашение о совместной деятельности предполагает создание нового юридического лица, согласие ФАС должно быть получено до его учреждения.

Отказ от конкуренции

Подход к согласованию отказа от конкуренции

Условие об отказе от конкуренции в сделках по приобретению акций, долей, прав, активов согласовывается совместно с самой согласовываемой с ФАС сделкой.

Если сама сделка не подлежит согласованию с ФАС в соответствии с требованиями статей 27 – 29 Закона о защите конкуренции, а допустимость предусмотренного ею условия об отказе от конкуренции не является очевидной, приобретатель может в добровольном порядке направить его в ФАС для проверки.

Критерии допустимости отказа от конкуренции

Согласно Разъяснениям ЭК положения об отказе от конкуренции могут быть признаны соответствующими требованиям антимонопольного законодательства при соблюдении в совокупности следующих условий:

- условия отказа от конкуренции соответствуют целям договора купли-продажи акций, долей, прав, активов (например, связаны с деятельностью приобретаемого хозяйствующего субъекта (бизнес-сегмента) и имеют своей целью обеспечение его эффективного и прибыльного функционирования, сохранности и эффективного вложения ресурсов, которые покупатель планирует внести в ходе его развития, а также окупаемости инвестиций, вложенных покупателем в объект приобретения);
- условия отказа от конкуренции не распространяются на иные товарные рынки помимо тех, на которых действует передаваемый (приобретаемый) хозяйствующий субъект/отчуждаемый бизнес-сегмент;
- предусмотрен или определен срок действия условия об отказе от конкуренции, который не должен превышать срок, необходимый для обеспечения возврата инвестиций покупателя, то есть сроки окупаемости инвестиционного проекта (как правило, порядка 5 лет), и сроки для получения прибыли (как правило, в течение 1 – 2 лет после того, как окупаемость инвестиционного проекта достигнута);
- условия отказа от конкуренции не должны предусматривать обмена информацией, который может облегчить поддержание картеля или осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий или иных антиконкурентных соглашений.

Данные критерии допустимости отказа от конкуренции используются ФАС или сторонами сделки самостоятельно, если согласование сделки с ФАС не требуется.

Негативный контроль как право, позволяющее определять условия осуществления предпринимательской деятельности

Негативный контроль

Ключевым для возникновения прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности, является возникновение отношений контроля между приобретателем и объектом экономической концентрации по результатам совершения сделки. Согласно Разъяснениям ЭК в отдельных случаях приобретение прав блокирования отдельных решений объекта экономической концентрации может привести к негативному контролю.

Необходимость согласования с антимонопольным органом права негативного контроля возникает лишь в тех случаях, когда приобретатель может оказывать решающее влияние на решения, принимаемые объектом экономической концентрации, при условии, что иные акционеры общества не обладают данным правом, например, заблокировать решение, в частности, по таким существенным вопросам, как

- назначение/досрочное прекращение полномочий единоличного исполнительного органа;
- принятие и изменение бизнес плана и стратегии ведения обществом бизнеса;
- совершение/изменение существенных условий/прекращение обычных для общества коммерческих сделок и т.д.

ФАС обращает внимание, что перечень существенных вопросов во многом зависит от вида деятельности хозяйствующего субъекта: для инвестиционной компании это могут быть также решения об участии в капитале других обществ, для IT компании это может быть предоставление лицензии на разработанные программные продукты.

Защита миноритарных акционеров

Согласно Разъяснениям ЭК вопросы, относящиеся к стандартным способам защиты миноритарного акционера, не приводят к приобретению негативного контроля над хозяйствующим субъектом и, соответственно, прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности таким хозяйствующим субъектом. К таким вопросам, в частности, относятся защита от размытия доли участия; продажа основной части бизнеса; реорганизация и ликвидация; изменение учредительных документов; назначение аудитора; сделки вне рамок обычной хозяйственной деятельности, в том числе на сумму свыше денежного порога, который существенно превышает обычную стоимость сделок для данного общества.

Приобретение акций (долей) не в результате совершения сделки

В Разъяснениях ЭК ФАС ответила на часто возникающий на практике вопрос о необходимости предварительного согласования приобретения акций (долей) в результате действий, которые приобретатель непосредственно не контролирует (например, если доля акционера (участника) увеличивается в результате выкупа обществом акций другого участника и их последующего погашения, либо если в результате выхода участника из общества либо предъявления акционерами акций к выкупу соотношение голосов между участниками общества меняется).

ФАС разъяснила, что приобретение акций (долей) в результате таких действий требует антимонопольного согласования в случае, если приобретатель получает право определять условия осуществления предпринимательской деятельности объекта экономической концентрации и превышаются установленные Законом о защите конкуренции пороговые значения (далее – «пороговые значения»). Приобретатель должен обратиться за антимонопольным согласованием незамедлительно с момента, когда он узнал или должен был узнать о приобретении им прав определять условия предпринимательской деятельности.

В случае если в результате рассмотрения такого ходатайства ФАС установит, что приобретение способно привести к ограничению конкуренции, и данное ограничение нельзя устранить путем выдачи предписания, ФАС вправе предписать приобретателю или объекту экономической концентрации произвести отчуждение принадлежащих им акций (долей) таким образом, чтобы контроль приобретателя над объектом экономической концентрации был исключен. Срок такого отчуждения будет установлен в решении ФАС.

Залог акций (долей)

ФАС разъяснила, в каких случаях при превышении пороговых значений антимонопольного согласования требует договор залога акций или доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Ключевым является факт получения залогодержателем возможности осуществления прав голоса по заложенным акциям (долям):

- по общему правилу, договор залога акций не требует антимонопольного согласования, поскольку по умолчанию права голоса по заложенным акциям осуществляет залогодатель³;
- по общему правилу, договор залога доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью требует антимонопольного согласования, поскольку по умолчанию права голоса по заложенной доле в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью осуществляет залогодержатель⁴.

Иной вывод может следовать исходя из условий конкретного договора залога (например, если стороны не использовали правила по умолчанию и договорились об ином).

Кроме того, предварительного согласования с ФАС при превышении пороговых значений может потребовать:

- реализация залогодержателем предоставленного ему по договору залога права давать предварительное согласие на голосование залогодателем по определенным вопросам, касающимся деятельности объекта экономической концентрации, например, в случае нарушения условий обеспечиваемого обязательства, если в результате этого залогодержатель приобретает негативный контроль над обществом;
- приобретение акций (долей) в результате обращения взыскания на предмет залога в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства.

³ Пункт 2 статьи 358.15 ГК РФ.

⁴ Абзац 2 пункта 2 статьи 358.15 ГК РФ.

Сделки, не подлежащие антимонопольному контролю

ФАС разъяснил, что исключение из обязанности предварительного согласования сделок, установленное статьями 27 – 29 Закона о защите конкуренции для внутригрупповых сделок, применяется не только к сделкам между основным обществом и дочерним обществом, в котором основное общество напрямую владеет более 50% голосующих акций (долей), но и к следующим сделкам:

- между основным обществом и косвенным дочерним обществом, в котором основное общество владеет более 50% голосующих акций (долей) через одно или несколько юридических лиц;
- между «сестринскими» обществами, в которых одно и то же основное общество имеет более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли);
- между обществами, более чем 50% голосующих акций (долей) которых имеет право косвенно (через одно или несколько юридических лиц) распоряжаться одно и то же контролирующее лицо.

* * *

Пожалуйста, обращайтесь к нам при возникновении каких-либо вопросов.

МОСКВА



Алена Кучер
ankucher@debevoise.com



Анна Максименко
avmaximenko@debevoise.com



Елена Ключарева
emkluchareva@debevoise.com

ЛОНДОН



Тимоти Макайвер
tmciver@debevoise.com