

УДК: 34.346.09

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Развитие процедур государственного контроля за сделками M&A

Д. А. Гаврилов,

Московский государственный
юридический университет
им. О. Е. Кутафина, Адвокатское
бюро «Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»,
г. Москва

К. С. Нагорский,

Адвокатское бюро «Егоров,
Пугинский, Афанасьев
и партнеры»,
г. Москва

Аннотация

В статье авторы рассматривают ключевые изменения, которые предлагается внести в антимонопольное законодательство в части контроля за сделками M&A, дают свою оценку и комментарии данным изменениям, в том числе в соотношении с зарубежным правовым порядком.

Ключевые слова: антимонопольный контроль, сделки, экономическая концентрация.

Development of merger control procedures

D.A. Gavrilov,

Kutafin Moscow State Law
University, Egorov, Puginsky,
Afanasiev & partners law offices,
Moscow

K.S. Nagorskiy,

Egorov, Puginsky, Afanasiev &
partners law offices,
Moscow

Annotation

In article authors present their analysis of key changes in antitrust legislation which are proposed today in sphere of merger control regime and share with their own view on these changes, including with comparison with foreign antitrust legislation.

Keywords: antitrust control, mergers, economic concentration.

Для современной правоприменительной практики характерен рост числа сложных и неоднозначных сделок, которые связаны с согласованием с антимонопольным органом крупнейших, в том числе трансграничных, сделок, потенциально затрагивающих множество юрисдикций и взаимосвязанных рынков, цифровые технологии¹.

Такая практика, на наш взгляд, является вызовом для регулятора, требуя от него всестороннего анализа подобных сделок на предмет их допустимости,

¹ Сделка Байер — Монсанто (<https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-agropromyshlennogo-kompleksa/ia-28180-18>), сделка Яндекс — Убер (<https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ag-82029-17>), сделка ИнБев — Эфес (<https://solutions.fas.gov.ru/ca/kontrolno-finansovoe-upravlenie/ad-73688-17>). (Дата обращения: 20.08.2018).

и одновременно — для регулируемых субъектов, обязывая их предельно полно подготовить правовые и экономические аргументы в пользу наличия оснований для получения необходимого согласования со стороны антимонопольного органа и донести эту аргументацию до регулятора. Особенно это актуально для сделок в высокотехнологичных отраслях экономики, на цифровых рынках, где с необходимостью модернизации правовых инструментариев антимонопольного контроля столкнулись многие ведущие правовые порядки, что отмечается исследователями [1]. Более того, некоторые ученые, в частности А. Ю. Иванов, в связи с этим полагают, что адаптация антимонопольного регулирования к нуждам цифровой экономики — это фундаментальный вопрос выживаемости российской экономики в новом технологическом укладе [2].

Пятым антимонопольным пакетом (далее — Законопроект) предложен ряд перспективных поправок, направленных на развитие процедуры государственного контроля за сделками М&А. Часть этих поправок были инициированы Ассоциацией антимонопольных экспертов. Проанализируем основные из них.

1. Введение новых «пороговых значений» как критерия обязательности согласования сделки с антимонопольным органом

В настоящий момент в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)² согласованию подлежат сделки и иные действия при превышении следующих пороговых значений:

- суммарная балансовая стоимость активов сторон сделки (их групп) — 7 млрд руб. или их выручка — 10 млрд руб.;
- суммарная балансовая стоимость активов группы лиц объекта экономической концентрации — 400 млн руб.

Такой же подход к критериям для согласования сделок заложен и в Регламенте Европейского совета от 20.01.2004 № 139/2004 (далее — Регламент

№ 139/2004)³: суммарная выручка сторон превышает 5 млрд евро, а выручка в ЕС каждого из как минимум двух участников сделки превышает 250 млн евро.

В Законопроекте предлагается ввести альтернативный критерий в виде величины цены сделки. Таким образом, если классические пороги в виде активов и (или) выручки не превышают установленные показатели, но цена планируемой сделки превышает 7 млрд руб., то предполагается необходимость получения согласия ФАС России на ее совершение.

Сходный критерий для согласования закреплен в национальном антимонопольном законодательстве Германии⁴ и Австрии⁵, он называется встречным предоставлением (исполнением). Однако сумма сделки там не является единственным критерием. Так, помимо суммы сделки учитывается общемировая выручка обеих сторон, и для таких сделок устанавливаются пониженные пороги по национальной выручке, а деятельность приобретаемого предприятия должна быть в значительной степени связана с Германией или Австрией соответственно. Текущая версия Законопроекта не содержит таких положений.

В США, напротив, цена приобретаемого актива установлена в качестве самостоятельного критерия⁶: согласованию подлежат сделки, в результате которых лицо будет владеть акциями или активами на определенную сумму, вне зависимости от активов или продаж приобретателя и приобретаемого лица. Данный критерий в законодательстве США именуется критерием размера сделки. Однако законодатель США говорит не о цене сделки, а о стоимости приобретаемых акций.

На наш взгляд, такой критерий может быть целесообразным для случаев, когда, например, речь идет о приобретении крупным игроком условного вчерашнего стартапа, уже имеющего существенный потенциал, влекущий по итогам сделки рост экономической концентрации, увеличение рыночной силы приобретателя. Вместе с тем мы не исключаем, что потребуется выработать единообразные критерии к расчету цены

² Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3434.

³ Регламент Европейского совета № 139/2004 от 20.01.2004 «О контроле над слияниями предприятий». Доступно по ссылке: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0802-20140101&from=EN> (Дата обращения: 20.08.2018).

⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Доступно по ссылке: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>

⁵ Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017. Доступно по ссылке: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_01522/index.shtml // Bundesgesetzblatt I Nr. 56/2017.

⁶ Закон Харта — Скотта — Родино. — *Прим. авт.*

сделки, чтобы указанный критерий был однозначно измеряем и не порождал коллизий в правопримени- тельной практике. Например, сейчас непонятно, как будет рассчитываться сумма сделки: будет ли оце- ниваться рыночная стоимость приобретаемых акций/ активов или будет браться цена, указанная в догово- ре. Также пока непонятно, будет ли рассматриваться одна сделка или несколько взаимосвязанных сделок для подсчета данного порога. Полагаем, что такие подходы необходимо закрепить в подзаконном акте.

II. Уточнение процессуальных сроков рассмотрения ходатайств

На протяжении долгого периода времени в науке и практике обсуждались вопросы достаточности дей- ствующих сроков рассмотрения ходатайств о согласо- вании сделок экономической концентрации.

Напомним, что текущая редакция Закона о защи- те конкуренции предусматривает, что ходатайство может рассматриваться регулятором в течение мак- симум 12 месяцев (30 дней на рассмотрение + 2 ме- сяца на дополнительное рассмотрение + 9 месяцев на определение условий, после выполнения которых сделка подлежит одобрению), плюс продление на не- определенное время до принятия решения по Закону о стратегических инвестициях⁷.

Законопроект предлагает с согласия Правитель- ства Российской Федерации в случае совершения трансграничных сделок продлевать сроки рассмо- трения ходатайств до 5 лет. Как следует из обсуж- дения Законопроекта, поправки вводятся на случай рассмотрения сложнейших трансграничных сделок, затрагивающих множество юрисдикций и представ- ляющих существенную сложность для антимоно- польного анализа.

Однако в Евросоюзе срок рассмотрения ходатай- ства занимает значительно меньше времени. В рам- ках т. н. Этапа I срок рассмотрения ходатайства зани- мает 25 рабочих дней, по итогам которого Комиссия⁸ выдает решение о том, что сделка: 1) не требует со- гласования; 2) не вызывает серьезных вопросов и под- лежит одобрению; 3) вызывает серьезные сомнения относительно совместимости с рынком и подлежит расследованию Комиссией (т. н. Этап II). В некоторых

случаях данный срок может быть продлен до 35 рабо- чих дней.

В рамках Этапа II Комиссия проводит полноцен- ный анализ сделки в течение 90 рабочих дней с воз- можностью продления до 105 рабочих дней в случае предложения сторонами commitments за пределами установленного срока. Дополнительно возможно продление еще на 20 рабочих дней. Таким образом, общий срок рассмотрения ходатайства может за- нимать 125 рабочих дней, т. е. около полугода, зна- чительно меньше предлагаемых Законопроектом сроков.

Не исключаем, что предлагаемый подход к основа- ниям для приостановления (продления рассмотрения) ходатайств может быть дополнительно детализиро- ван с точки зрения видов соответствующих сделок либо случаев, когда такое приостановление необхо- димо. Вместе с тем в целом мы исходим из того, что пределы процессуальных сроков должны отвечать содержанию связанных с ними процессуальных дей- ствий и основаниям для их совершения. В связи с этим всесторонний анализ рисков роста экономиче- ской концентрации от совершаемых сделок и соответ- ствующее расследование, получение позиций заинте- ресованных сторон могут быть проведены в разумные сроки, достаточные для принятия обоснованного ре- шения по сделке. С данной точки зрения полагаем, что дискуссия о возможном увеличении предельных сроков рассмотрения ходатайства в целом по соот- ветствующим мотивированным основаниям является уместной.

III. Commitments

В Законопроекте предлагается ввести процедуру на- правления заявителем письменного предложения в ФАС России с перечнем обязательств об осуществ- лении им действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Полагаем, что здесь уместна определенная ана- логия с Законом о стратегических инвестициях⁹. Мы исходим из того, что это должны быть обязательства, принимаемые на себя заявителем (группой лиц), при

⁷ Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществ- ления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, име- ющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ, 05.05.2008, № 18, ст. 1940.

⁸ Европейская комиссия. — *Прим. авт.*

⁹ Согласно ст. 11 данного Регламента Правительственная комис- сия по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации может принять решение о согласо- вании сделки при наличии соглашения с заявителем об обеспече- нии выполнения заявителем обязательств. Примерный перечень таких обязательств устанавливается ст. 12, но при этом является открытым. — *Прим. авт.*

условии соблюдения которых сделка может быть одобрена. Соответственно такие условия должны быть пропорциональны возможному антимонопольным рискам, возникающим в результате совершения сделки, и быть направлены на обеспечение конкуренции.

С другой стороны, данная процедура, на наш взгляд, аналогична процедуре commitments, закрепленной в европейском правовом порядке. Так, согласно Регламенту № 139/2004 Комиссия может включить в решение по сделке обязательства (commitments), принятые на себя заявителем.

В соответствии с Регламентом Европейской комиссии № 802/2004 (далее — Регламент № 802/2004)¹⁰ commitments должны содержать объект обязательств, условия их применения и обоснование, почему они снимают значительные препятствия для эффективной конкуренции.

В связи с этим считаем возможным процессуально регламентировать алгоритм подачи таких письменных предложений с точки зрения содержания, порядка рассмотрения их регулятором, в том числе их фиксации в принимаемых решении и/или предписании службы. На текущий момент Законопроект уже предполагает, что такие письменные предложения могут быть рассмотрены в рамках процедуры устных слушаний.

IV. Очное рассмотрение ходатайства

Законопроектом предлагается ввести институт очного рассмотрения ходатайства. Основаниями для таких «устных слушаний» являются:

- принятие заключения по обстоятельствам рассматриваемого ходатайства¹¹;
- получение от сторон сделки письменных предложений о содержании обязательств об осуществлении ими действий, направленных на обеспечение конкуренции;
- назначение очного рассмотрения по собственной инициативе регулятора.

Данное предложение отчасти закрепляет складывающуюся практику проведения подобных устных

совещаний регулятора с участниками сделки в отдельных сложных делах. Отметим, что предлагаемый подход является прогрессивным и, по нашему мнению, будет способствовать всестороннему рассмотрению ходатайств, даст возможность участникам сделки дать необходимые устные пояснения по возникающим вопросам. В связи с этим уместно привести аналогию с процедурой рассмотрения регулятором антимонопольных дел в составе Комиссии, которая за годы своего существования зарекомендовала себя с положительной стороны.

Безусловно, требует регламентации содержание предлагаемой процедуры «устных слушаний», и здесь отчасти вновь уместна аналогия с процедурой рассмотрения дел, которая может быть взята за основу.

Так, в частности, подлежит обсуждению возможность участия в таких слушаниях лиц, которые представили возражения по поводу рассматриваемой сделки, как это допускается в действующей редакции Закона о защите конкуренции¹², органов власти, чья позиция может быть запрошена антимонопольным органом, как это предлагается в Законопроекте, и экспертов, привлеченных регулятором.

Такая регламентация может быть дана в том числе в отдельном подзаконном нормативном правовом акте антимонопольного органа.

Стоит также отметить, что конструкция «устных слушаний» закреплена в европейском антимонопольном законодательстве. В частности, ст. 18 Регламента № 139/2004 предусматривает, что в ряде случаев¹³ перед принятием окончательного решения Комиссия должна предоставить лицам, участвующим в сделке, возможность представить свою позицию по возражениям против них. Более подробно процедура «устных слушаний» регулируется главой IV Регламента № 802/2004.

В частности, выделяются следующие категории лиц, имеющих право на участие в слушаниях:

- заявитель по ходатайству;
- иные вовлеченные в сделку лица (например, продавец или объект экономической концентрации);

¹⁰ Регламент Европейской комиссии № 802/2004 от 21.04.2004 «О реализации Регламента Европейского совета № 139/2004 о контроле над слияниями предприятий». Доступно по ссылке: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0802-20140101&from=EN> (Дата обращения: 20.08.2018).

¹¹ См. подробнее: раздел V настоящей статьи. — *Прим. авт.*

¹² Так, согласно ч. 3 ст. 33 Закона о защите конкуренции заинтересованные лица вправе представить в антимонопольный орган сведения о влиянии сделки на состояние конкуренции при размещении регулятором информации о такой сделке в сети Интернет. — *Прим. авт.*

¹³ Имеются в виду следующие решения по сделкам: 1) отзыв решения о согласовании (если при принятии решения Комиссии была представлена недостоверная информация/сторона допустила нарушение обязательств); 2) решение о согласовании сделки (в т. ч. с возложением обязательств) и т. д. — *Прим. авт.*

■ третьи лица (покупатели, поставщики, конкуренты), проявившие достаточный интерес (в частности, члены административных органов или органов управления сторон сделки, ассоциации покупателей) и другие.

Перед принятием окончательного решения по сделке Комиссия должна заслушать заинтересованные лица. Для этого сторонам, а также иным вовлеченным лицам направляются письменные возражения по сделке, на которые они могут дать письменные пояснения. При этом в таких пояснениях сторон может содержаться предложение Комиссии заслушать лиц, способных подтвердить факты, на которые ссылается сторона.

После этого Комиссия по запросу заявителя по сделке/иных вовлеченных лиц должна предоставить право презентовать свою позицию в рамках официальных устных слушаний. В частности, «устные слушания» предполагают возможность задавать вопросы выступающим лицам, должны вестись протоколы слушаний, а сами слушания не являются публичными.

V. Направление заключения по обстоятельствам рассматриваемого ходатайства

Законопроект по аналогии с антимонопольными делами вводит возможность выдачи заявителю, а также иным лицам, участвующим в сделке, заключения по обстоятельствам рассмотренного ходатайства (далее — Заключение) до принятия окончательного решения по сделке. Заключение выдается регулятором только тогда, когда сделка приводит или может привести к ограничению, недопущению или устранению конкуренции.

При этом устанавливаются требования к содержанию заключения, включающие:

- фактические и иные обстоятельства, установленные регулятором в ходе рассмотрения ходатайства, в том числе в рамках проведения анализа состояния конкуренции;
- описание доказательств в подтверждение предварительных выводов антимонопольного органа;
- предлагаемые условия, которые могут быть установлены в отношении заявителя и иных лиц, участвующих в сделке, для целей обеспечения конкуренции.

Как видно из гипотезы рассматриваемой нормы, Заключение выдается только в особых случаях, требующих более глубокого и тщательного анализа сделки

и состояния конкуренции в результате ее совершения. Такие случаи ставят регулятора перед выбором между принятием решения об отказе в согласовании сделки и согласованием с выдачей структурного/поведенческого предписания.

В связи с этим направление такого заключения, безусловно, является прогрессивным шагом, направленным на открытость процедур рассмотрения ходатайств. Получение подобных заключений участниками сделки может предоставить возможность подготовки дополнительных экономических и правовых аргументов, обосновывающих допустимость такой сделки, т. е. шанс доказать регулятору наличие оснований для принятия положительного решения как такового, стимулировать выработку участниками сделки собственных предложений по добровольному принятию на себя обязательств по обеспечению конкуренции. Помимо этого, такая практика делает более прозрачной работу самой службы, поскольку участники сделки будут понимать, на основании каких документов и информации было принято то или иное решение.

Важно отметить, что согласно Законопроекту направление заключения является основанием для проведения устных слушаний, т. е. гарантией для сторон презентовать перед регулятором свои аргументы в пользу одобрения сделки.

VI. Введение института доверенного лица (trustee)

Законопроект также предлагает введение фигуры доверенного лица, которое в соответствии с установленными правилами выполнять функции по мониторингу и содействию исполнению предписания. Такое лицо должно быть независимым, обладать специальными знаниями в сфере, в которой совершается сделка, и будет назначаться службой по согласованию с заявителем по ходатайству.

Круг вопросов, которые подлежат мониторингу, будет определяться антимонопольной службой. При этом само доверенное лицо сможет знакомиться с материалами рассмотрения ходатайств, в т. ч. с коммерческой и иной охраняемой законом тайной.

Полагаем, что доверенное лицо может быть необходимо, но только в тех случаях, когда нужен постоянный экспертный мониторинг исполнения масштабных структурных предписаний (например, о передаче технологий).

Например, в деле Байер — Монсанто ФАС России выдала предписание о заключении договора

об организации Центра технологического трансфера (далее — ЦТТ) с НИУ ВШЭ, который фактически будет выполнять функции доверенного лица. В дальнейшем ЦТТ должен: 1) формировать перечень потенциальных получателей трансфера; 2) участвовать в качестве наблюдателя в переговорах Байер с конечными получателями трансфера; 3) осуществлять мониторинг исполнения Байер требований по трансферу, содержащихся в предписании и т. д.

В европейском законодательстве имеются аналогичные положения о trustee. Так, согласно Регламенту № 802/2004 стороны при обсуждении commitments по сделке могут предложить независимого trustee, который будет содействовать Комиссии в надзоре за соблюдением сторонами условий commitments. Комиссия может также самостоятельно назначить такое лицо, включив соответствующие положения в обязательства, налагаемые на стороны при согласовании сделки.

Подобные принципы, на наш взгляд, в частности, принцип независимости trustee, важно закрепить и в отечественном правовом порядке. ■

Литература

1. Цариковский А. Ю., Галимханова Н. Ф., Иванов А. Ю. и др. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. М.: НИУ ВШЭ, 2018. 311 с.
2. Иванов А. Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. № 2. С. 106—119.
3. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К. Н. Алешин, И. Ю. Артемьев, Е. А. Большаков и др.; отв. ред. И. Ю. Артемьев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 1024 с.
4. Румак В. В цифровой сфере ограничений традиционного мира не существует, и это необходимо учитывать [Интервью с А. Н. Голомолзиным] // Закон. 2017. № 12. С. 6—15.
5. Тотьев К. Ю. Антимонопольный контроль за экономической концентрацией как система публично-правовых обязанностей по обеспечению конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 6. С. 50—61.

Сведения об авторах

Гаврилов Денис Александрович: кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Контактная информация:

Адрес: 119017, г. Москва, ул. Большая Ордынка, д. 40, стр. 5

Тел.: +7 (495) 935-80-10

E-mail: denis_gavrilov@epam.ru

Нагорский Кирилл Станиславович: младший юрист АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Контактная информация:

Адрес: 119017, г. Москва, ул. Большая Ордынка, д. 40, стр. 5

Тел.: +7 (495) 935-80-10

E-mail: kirill_nagorskiy@epam.ru