№ 02 (78) 2019 АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВО

Нуждаются ли сделки по приобретению негативного контроля в согласовании с ФАС?

25.02.2019 СТАТЬИ

Сделки по приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности, подлежат предварительному согласованию с антимонопольным органом. При этом, ни судебная, ни административная практика не дают однозначного ответа на вопрос, включаются ли в состав подобных прав права негативного контроля. В статье анализируется российский и зарубежный опыт согласования сделок по приобретению негативного контроля, а также предлагается подход к отнесению тех или иных прав к категории позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности, что позволяет сделать вывод о необходимости согласования определенных видов сделок с ФАС.

Права, позволяющие определять условия предпринимательской деятельности

Сделки, влекущие за собой приобретение прав контроля, то есть прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности по смыслу п. 8 ч. 1 ст. 28 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), условно можно разделить на две группы[1]:

1. те, стороной которых самостоятельно выступает компания как лицо, являющееся объектом экономической концентрации (к примеру, заключение корпоративных и иные договоров, на основании которых одно лицо получает право давать другому лицу обязательные для исполнения указания в отношении ведения предпринимательской деятельности или определять решения другого лица);

2. те, что совершаются в отношении третьих лиц, прямо или косвенно контролирующих объект экономической концентрации (к примеру, сделки по приобретению акций (долей) и иных прав в отношении юридических лиц, в том числе иностранных, владеющих акциями (долями) российских компаний, либо осуществляющих контроль над ними, если в результате указанных сделок приобретатель получает возможность косвенно влиять на предпринимательскую деятельность российских компаний).

Следовательно, под правами контроля в большинстве случаев понимается возможность влиять на бизнес компании и принимаемые ею решения.

Соотношение понятий «права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности» и «негативный контроль»

Единственное определение понятия «негативный контроль» содержится в п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о стратегических инвестициях [2]: «возможность <...> непосредственно или через третьих лиц препятствовать принятию решений органами управления хозяйственного общества <...> в случае, если в соответствии с законодательством Российской Федерации и (или) уставом хозяйственного общества такие решения принимаются квалифицированным большинством голосов или единогласно». Учитывая многообразие форм и вариантов возникновения негативного контроля, законодательно определить исчерпывающий перечень таких оснований невозможно.

Доктринальное определение негативного контроля сводится к правам блокировать решения органов управления компании. Данные права могут реализовываться посредством корпоративного (голосования или уклонения от голосования) и/ или договорного блокирования (наложения вето на определенные решения, например в силу корпоративного договора)[3]. При этом, любое ли блокирование нужно согласовывать с ФАС как приобретение прав определять условия осуществления предпринимательской деятельности компании?

На наш взгляд, о наличии негативного контроля, который обусловливает необходимость одобрения сделки, свидетельствуют следующие правомочия блокирования:

1. **Блокирование решений общего собрания акционеров (участников) в силу владения акциями (долями) обществ.**

По ряду вопросов законодатель, установив требование к их принятию квалифицированным большинством голосов или единогласно, прямо предусмотрел возможность блокирования и обозначил тем самым необходимость согласования подобных сделок с регулятором.

2. **Право вето, например, в силу корпоративного договора, по ключевым решениям по управлению юридическим лицом.**

При оценке возможности блокирования решений общего собрания акционеров (участников), не связанного с приобретением прямо или косвенно акций (долей) компаний, необходимо соблюдать границы разумности и учитывать, какое фактическое влияние сможет оказывать приобретатель на компанию в результате осуществления сделки и при решении каких вопросов он будет обладать правами вето. Например, наличие у лица права блокировать принятие решения общего собрания участников об утверждении какого-либо внутреннего документа нельзя однозначно толковать как негативный контроль в отношении компании, поскольку хозяйственная деятельность может осуществляться и без

такого документа.

Применительно к правам вето, нужно всегда учитывать степень влияния вопроса на деятельность общества. Так, право вето относительно привлечения дополнительного финансирования, утверждения бюджета или номинирования генерального директора, может являться существенным для деятельности компании, что, вероятнее всего, потребует одобрения со стороны ФАС.

Позиции ФАС и судов

По рассматриваемому вопросу ФАС занимает две диаметрально противоположные позиции. В одном из частных разъяснений ведомство указывает, что к приобретению лицом прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности, в числе прочего относится право блокирования решения органов управления российской компании либо иностранного юридического лица, владеющего более чем 50 % голосующих акций (долей) российской компании, путем приобретения акций (долей), установления такого права в соглашениях или другим образом.

В то же время в одном из решений ФАС наблюдается иной подход[4]. Согласно фабуле дела, заявитель подал ходатайство о предварительном согласовании сделки по приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности, в результате совершения сделки по приобретению 25,29 % акций иностранной компании, контролирующей российскую компанию, наделяющих заявителя правом вето в отношении целого ряда вопросов относительно деятельности российского хозяйственного общества. Антимонопольный орган установил, что приобретение права вето в отношении российского общества не является приобретением прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности в понимании п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции.

Некоторую ясность по вопросу согласования приобретения прав негативного контроля вносит судебная практика. Так, в деле «Фэримекс против Теленор»[5] суд фактически отнес права негативного контроля к тем, которые позволяют определять условия осуществления предпринимательской деятельности, указав, что право вето, реализуемое через номинированных директоров, является достаточным основанием для установления отношений между основным и дочерним обществами. Таким образом, наличие в совете директоров собственных директоров, которые имеют права блокировать ключевые решения, было признано судом свидетельством наличия у акционера возможности определять решения органа управления компании.

Опыт зарубежных стран

Интересен подход зарубежных стран, в частности Европейского союза [6], к вопросу о согласовании приобретения прав негативного контроля. Согласованию с антимонопольным органом в ЕС подлежат сделки, влекущие за собой установление контроля. Регламент Совета ЕС № 139/2004 о контроле над операциями по концентрации предприятий[7] определяет контроль как возможность оказывать решающее влияние (decisive influence) в результате приобретения акций или прав на использование активов общества, прав, позволяющих определять состав, порядок голосования или принятия решений органами управления компании. Сделки, влекущие за собой приобретение контроля, подлежат антимонопольному согласованию. При этом, как указывает Комиссия ЕС[8], возможность оказывать решающее влияние возникает также при негативном контроле.

Типичными случаями возникновения негативного контроля являются следующие:

1. когда 50 % акций находятся во владении одного акционера, а другие 50 % — во владении остальных акционеров;

2. когда миноритарный акционер уклоняется от голосования или голосует «против» при

принятии решения квалифицированным большинством голосов в органе управления.

Поскольку, обладая правом вето, лицо может блокировать принятие бизнес-решений, за ним презюмируется возможность оказывать решающее влияние на компанию. Соответственно, по законодательству ЕС приобретение негативного контроля влечет за собой необходимость согласования сделки.

В Великобритании также установлена необходимость согласовывать сделки по приобретению негативного контроля. Контроль определяется, в частности, через возможность оказывать материальное влияние (material influence), что очень похоже на используемый в рамках ЕС институт решающего влияния. В Германии антимонопольное законодательство предусматривает необходимость согласования сделки по приобретению негативного контроля, в частности при приобретении миноритарного пакета акций с блокирующими правами, если сделка обеспечивает возможность оказывать на компанию конкурентно значимое влияние (competitively significant influence).

Вывод

Однозначно сказать, что сделки, влекущие приобретение негативного контроля, не требуют согласования с ФАС нельзя вследствие того, что подобные сделки, в результате их совершения, наравне с приобретением акций (долей) компаний также могут наделять лиц, участвующих в сделке, определенной рыночной властью, возможностью согласовывать единую стратегию поведения на рынке, тем самым, оказывать влияние на состояние конкуренции в России. Однако, говоря о негативном контроле, необходимо учитывать критерий существенности, другими словами — критерий, который позволил бы отнести конкретную сделку к сделкам по приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности в понимании Закона о защите конкуренции.

Представляется целесообразным учитывать зарубежный опыт в части выявления критериев

существенности и анализировать необходимость согласования сделки с ФАС в зависимости от того, как в действительности принимаемые решения оказывают влияние на компанию и ее стратегию поведения на рынке и того, как подобная сделка может повлиять на состояние конкуренции в России.

[1] 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.

[2] Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ред. от 28.11.2018).

[3] Захаров А.Н. Проблемы применения «иных» оснований корпоративного контроля // Закон. — 2015. — № 4.

[4] Решение ФАС по ходатайству компании «Иточу Корпорейшн». — https://fas.gov.ru/documents/564300

[5] Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 02.03.2009 по делу № А75–2374/2008.

[6] Anna Tzanaki. The legal treatment of minority shareholdings under EU competition law: Present and future. — https:// www.academia.edu/14689457/The_Legal_Treatment_of_ Minority_Shareholdings_Under_EU_Competition_Law_ Present_and_Future

[7] Council Regulation (EC) No 139/2004 as of January 20, 2004 on the control of concentrations between undertakings.

[8] Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC), No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.

Ксения Тархова — консультант, Юридическая фирма АЛРУД

Александр Шипилов — младший юрист, Юридическая фирма АЛРУД

Артем Лачинов — младший юрист, Юридическая фирма АЛРУД

СТАТЬИ