

Не так страшен закон, как его толкуют

02.09.2020

СТАТЬИ

Антимонопольные вопросы установления фактического контроля в сделках M&A и не только^[1]

В настоящее время ФАС России ведет активную деятельность по выявлению и пресечению установления контроля, полученного без соответствующего согласования. Инвесторы, конечно же, не хотят быть нарушителями, однако хотели бы быть своевременно проинформированы о правилах игры. Несмотря на достаточно конкретную позицию ФАС России, на практике возникают сложности с определением необходимости согласования сделок в некоторых случаях приобретения прав контроля. Каковы критерии определения фактически осуществляемого контроля, и в каких случаях приобретение миноритарного пакета акций (долей) или отдельных корпоративных прав, а также проведение экономического или административного контроля признаются установлением контроля с антимонопольной точки зрения? Читайте об этом в статье Анастасии Каюковой и Анастасии Сидоренко.

Контроль или не контроль — вот в чем вопрос

Установление прямого и косвенного контроля является одним из ключевых оснований для согласования сделок с ФАС России.

Как приобретаются права контроля? Европейская комиссия ^[2] выделяет три основных способа установления контроля для оценки экономической концентрации:

«классический» способ, который заключается в приобретении акций / долей или активов компании;

договорной способ, предполагающий заключение иных соглашений — например, соглашений об объединении ресурсов (pooling arrangements), а также долгосрочных организационных соглашений об их управлении;

установление контроля de facto.

Согласно российскому антимонопольному законодательству [\[3\]](#), контроль тоже может быть установлен как de jure, так и de facto. Очевидны и не вызывают сомнения случаи прямого или косвенного приобретения более чем 50 % голосующих акций (контрольного пакета) компании, а также право осуществлять функции директора (или иного исполнительного органа) компании [\[4\]](#).

Также на практике контроль может определяться посредством некоторых критериев отнесения субъектов к одной группе лиц [\[5\]](#), таких как, например:

право назначать директоров (единоличных исполнительных органов) или более 50 % совета директоров (либо иного коллегиального исполнительного органа) при условии, что основные вопросы деятельности контролируемого общества требуют простого большинства голосов в соответствующем коллегиальном органе управления;

право давать обществу обязательные для исполнения указания на основании его учредительных документов или в силу заключенного с ним договора.

Основную сложность представляют собой альтернативные способы приобретения прав, позволяющих определять условия осуществления компанией предпринимательской деятельности, указанные в качестве основания для предварительного согласования сделок в соответствии с п. 8–9 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, а также п. 6 ч. 1 ст. 7 Закона о

стратегических инвестициях. Наличие указанных прав является оценочным понятием и определяется исходя из анализа конкурентной ситуации, что на практике вызывает ряд вопросов в силу возможности их широкого толкования.

В каких случаях приобретение миноритарного пакета акций (долей) может повлечь за собой установление de facto control?

De facto контроль (фактический контроль) является самым неопределенным и сложным из указанных способов установления контроля. Понятие de facto control в российском законодательстве не используется. В Регламенте Еврокомиссии^[6] оно также не имеет строгого определения ^[7]. В то же время есть практика и разъяснения Еврокомиссии, устанавливающие критерии определения фактического контроля. В частности, фактическим контролем признается ситуация, когда инвестор, хотя и имеет миноритарный пакет акций, образует стабильное большинство при голосовании в органах управления компании и, с учетом посещаемости общего собрания, фактически позволяет оказывать решающее влияние на принятие решений.

За последние годы по инициативе ФАС России многие сделки были признаны недействительными ввиду нарушения процедуры их согласования в соответствии с Законом об иностранных инвестициях. В качестве примеров можно привести дела, возбужденные против компаний.

В качестве примера de facto control Еврокомиссия приводит дело IF P&C / TOPDANMARK (2013) ^[8], когда компания IF P&C, будучи акционером с 26,51 % голосующих акций в компании TOPDANMARK, на последних семи общих собраниях акционеров в каждом случае стабильно получала большинство голосов и тем самым фактически самостоятельно принимала стратегические решения.

Таким образом, к критериям фактического контроля можно отнести возможность заблаговременной оценки вероятности установления контроля на основе данных за

предыдущие периоды как достаточно высокой, а также вывод о наличии систематического осуществления контроля в будущем. При этом важно четко разделять ситуации, когда право на осуществление контроля действительно получено и способ его проведения может быть определен заранее, а не устанавливается в результате единовременного случайного стечения обстоятельств, как, например, назначение на общем собрании предложенных кандидатур директоров.

Экономический контроль кредитора над должником

Интересным представляется толкование некоторыми судами закона, согласно которому право на контроль может приобретаться не только посредством корпоративного управления, но и с помощью договорных (в том числе заемных) конструкций. Например, рассматривая дело «Нордавиа» / World Best Trade^[9], суд счел, что иностранный инвестор получил контроль над стратегической компанией, когда стал ее крупным кредитором и когда стоимость ее долга перед ним во много раз превысила собственные активы стратегической компании. Заявив, что такое долговое финансирование может позволить установить контроль, суд пришел к выводу о том, что для установления контроля также важна потенциальная возможность лица оказывать решающее влияние на органы управления общества по вопросам осуществления им предпринимательской деятельности. Говоря о потенциальной возможности в данной ситуации, суд, скорее всего, имел в виду то, что контролирующее лицо может и не осуществлять контроль, но иметь действительную возможность реализации такового.

Здесь важно отметить необходимость оценивать возможность установления и систематического осуществления контроля в будущем с достаточно высокой вероятностью его наступления (разумеется, исходя из оценки всех фактических обстоятельств). В частности, речь не может идти о безусловном наличии контроля при заключении обществом любых крупных или иных сделок, выходящих за пределы обычной хозяйственной деятельности общества, за исключением случаев, когда фактические

обстоятельства свидетельствуют о приобретении экономического контроля с достаточно высокой степенью вероятности его реализации.

Банковское или банкротное управление: контроль, который нужно согласовывать?

В рамках российского подхода кредитные и иные соглашения банков с должниками зачастую предусматривают условия, согласно которым при наступлении определенных обстоятельств (чаще всего, при нарушении платежной дисциплины или иных обязательств по соглашению с банком, нецелевом использовании кредитных средств, финансовой несостоятельности должника и т. д.) банк может получить право контроля над ними. В частности, таким правом могут быть предусмотрены роспуск действующего совета директоров или наблюдательного совета и назначение предложенных банком кандидатов; осуществление контроля над заключаемыми должником сделками и его финансовым состоянием; а также осуществление иных контрольных функций. При этом основная сделка заключается для выдачи кредита и получения банком процентов, а право контроля направлено на сохранение финансового состояния должника. Следовательно, эффекта экономической концентрации в строгом смысле слова нет, однако с формальной точки зрения установление банком контроля может повлечь за собой необходимость его согласования.

Аналогичный подход применяется и к процедурам банкротства. Например, в деле ООО «Морской специализированный порт „Витино“» Лондонским судом были назначены временные управляющие — граждане Великобритании, которые фактически приобрели косвенный контроль над стратегическим обществом по смыслу Закона о стратегических инвестициях. В данном случае ФАС России признала это действие незаконным, поскольку не было получено соответствующее согласие. В результате стороны заключили с ФАС России мировое соглашение, стратегическое общество передали в собственность российским лицам и закрыли дела по банкротству[10]. Однако это один из примеров подхода, согласно которому переход некоторых прав (в том числе контрольных) во временное управление на

период проведения соответствующих банкротных процедур в иностранной юрисдикции и, как следствие, сохранение финансового состояния компании для ее последующей продажи или передачи по иным основаниям влечет за собой необходимость получения соответствующего согласования в России (в том числе применения аналогичного подхода к необходимости согласования сделки по правилам экономической концентрации). Вместе с тем очевидно, что временно назначенный иностранным судом управляющий не ставит целью систематически контролировать должника в будущем, определять его решения и конкурентное поведение на рынке.

В свою очередь, подход Еврокомиссии [\[11\]](#) заключается в том, что описанные ситуации не всегда могут подпадать под понятие контроля, устанавливаемого для осуществления экономической концентрации. В частности, представляется разумным подход, когда экономической концентрации (и необходимости согласовывать сделку) не возникает при одновременном выполнении следующих условий:

- | вид деятельности приобретателя не предполагает наличия эффекта концентрации (если контроль устанавливается кредитными или финансовыми учреждениями, страховыми организациями, лицами, задействованными в банкротных процедурах, и т. д.);
- | владение акциями (долями) происходит на временной основе с целью их последующей перепродажи или отчуждения по иным основаниям в установленный срок;
- | право установления контроля приобретается только ради поддержания финансового положения, а не для того, чтобы прямо или косвенно определять конкурентное поведение.

Будут ли учитываться временно переданные права для определения установленного фактического контроля над стратегическим обществом в связи с принятием поправок к Закону о стратегических инвестициях?

Согласно недавним поправкам к Закону о стратегических инвестициях [12], при определении факта установления контроля иностранного инвестора должен учитываться весь объем принадлежащих ему прав, в том числе временно переданных третьему лицу (третьим лицам) на основании договоров доверительного управления имуществом, залога, репо, обеспечительного платежа, иного соглашения или сделки. «Учитываться будут и корпоративные права, например, право на голосование, которые на время переданы иному лицу», — подчеркнул заместитель руководителя ФАС России Андрей Геннадьевич Цыганов [13]. Таким образом, можно сказать, что с принятием указанных поправок временно переданные права иностранного инвестора в отношении стратегического общества должны учитываться при оценке необходимости согласования сделки данным иностранным инвестором (его возможности реализовать право осуществления контроля, иными словами, устанавливать фактический контроль), а не лицом, которому временно передано право управления.

Выводы

Несмотря на то что в настоящее время в российском законодательстве понятие *de facto control* не используется, рассмотренные случаи установления контроля в целом могут подпадать под общее понятие прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности. Вместе с тем возможность расширительного толкования указанных прав в отсутствие понятия и критериев фактического контроля создает неопределенность в заблаговременной оценке инвесторами необходимости согласовывать сделки. Изложенные подходы к рассмотрению случаев вероятного установления контроля миноритарными акционерами (участниками) обществ, экономического контроля кредиторов над должником, а также административного (во многом операционного) контроля банков и управляющих в рамках банкротных процедур достаточно часто встречаются на практике, однако вопросы определения конкретных критериев фактического контроля до сих пор остаются нерешенными *de lege lata* (с точки зрения действующего закона)¹⁴. На наш взгляд, для точного установления наличия

фактического контроля над компанией главными ориентирами для ФАС России все же остаются объем и содержание получаемых в отношении нее прав, которые должны однозначно свидетельствовать о возникновении возможности контролировать решения, принимаемые компанией в ходе осуществления предпринимательской деятельности.

[1] В статье рассмотрены некоторые вопросы, возникающие при приобретении фактического контроля как в результате заключения сделок, так на иных основаниях. Целью статьи не является рассмотрение всех возможных ситуаций фактического контроля, негативного контроля, контроля в случаях перехода прав на акции (доли) без совершения сделки или в силу наступления иных обстоятельств, не зависящих от сторон, а также прочих ситуаций.

[2] См.: The notion of control under the EU Merger Regulation. — <https://cli.co/8uNHWC8>

[3] См.: п. 8 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135 ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), а также ст. 3, 5 Федерального закона от 29.04.2008 № 57 ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон об иностранных инвестициях).

[4] Указанные критерии контроля прямо предусмотрены в п. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

[5] Согласно ст. 9 Закона о защите конкуренции.

[6] Council Regulation (EC) No 139/2004 as of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation). — <https://cli.co/VXs31cl>

[7] См.: ст. 3 EC Merger Regulation <https://cli.co/npRJu3e>

[8] <https://cli.co/FTB5LRB>

[9] <https://cli.co/tfIXAKT>

[10] <https://cli.co/D5okVPy>

[11] См. ч. 5 ст. 3 EC Merger Regulation <https://cli.co/FUTpPlo>

[12] См.: Федеральный закон от 31.07.2020 № 255 ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства“».

[13] <https://fas.gov.ru/news/30094>

[14] Следует отметить, что ФАС России ведет работу в данном направлении. Например, см. «Контроль за экономической концентрацией станет более прозрачным и предсказуемым» от 6 июля 2020 г., а также «ФАС подготовила разъяснения законодательства об иностранных инвестициях» от 7 сентября 2020 г. (<https://fas.gov.ru/news/30417>).

Анастасия

Каюкова старший юрист «АЛРУД»

Анастасия

Сидоренко младший юрист «АЛРУД»