

Российская Федерация
«Принятие решений по слияниям: выбор между запретами и
разрешениями с предписанием»
29 ноября 2016 года
Рабочая группа ОЭСР № 3

Количество сделок, попадающих под контроль Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации (далее – ФАС России), с каждым годом становится все меньше. Десять лет назад в ФАС поступало около 6000 ходатайств и 44 000 уведомлений. Однако после изменения антимонопольного законодательства (последовательного внедрения четырех антимонопольных пакетов), а также с момента отмены уведомительного контроля слияний (30 января 2014 года) эти цифры значительно уменьшились (1 793 ходатайств (pre-merger notifications) и 165 уведомлений (post-merger notifications) в 2015 году). Вместе с тем, все большее внимание в антимонопольном ведомстве за последнее время уделяется качеству выносимых решений по ходатайствам хозяйствующих субъектов о слияниях и проводимому для вынесения таких решений анализу рынка.

Ниже предлагается рассмотреть положения российского антимонопольного законодательства, касающиеся вынесения решений о слияниях действующих на территории Российской Федерации хозяйствующих субъектов.

1. Подлежащие контролю слияния

В статье о создании и реорганизации коммерческих организаций Федерального закона от 26.07.2016 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) указано, что с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляются:

1) слияние коммерческих (за исключением финансовых) организаций, если суммарная стоимость их активов или бухгалтерский баланс по состоянию на последнюю отчетную дату перед предоставлением ими ходатайства превышает семь миллиардов рублей, или если их суммарная выручка от реализации товаров за предшествующий календарный год превышает десять

миллиардов рублей;

2) присоединение одной или нескольких коммерческих (за исключением финансовых) организаций к иной коммерческой (за исключением финансовой) организации, если суммарная стоимость их активов превышает семь миллиардов рублей, или если их суммарная выручка от реализации товаров за предшествующий календарный год превышает десять миллиардов рублей;

3) создание коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается акциями и/или имуществом, которые являются основными производственными средствами и/или нематериальными активами другой коммерческой организации (при наличии прочих определенных условий, установленных ст.27 Закона о защите конкуренции);

4) сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций, в том числе акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью, а также юридических лиц, учрежденных за пределами Российской Федерации (при наличии прочих определенных условий, установленных ст.28 Закона о защите конкуренции).

2. Виды решений, выносимых при рассмотрении ходатайств о сделках

В течение тридцати дней с даты получения ходатайства антимонопольный орган обязан его рассмотреть и сообщить в письменной форме заявителю о принятом решении с указанием мотивов.

По результатам рассмотрения ходатайства о даче согласия на осуществление сделки, антимонопольный орган может принимать следующие итоговые решения¹:

1) об удовлетворении ходатайства, если сделка не приведет к ограничению конкуренции;

2) об удовлетворении ходатайства на осуществление сделки и об одновременной выдаче лицам, участвующим в сделке, или создаваемому лицу предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции;

¹ Кроме этих решений, антимонопольный орган может принимать решения о продлении срока рассмотрения ходатайства в установленных Законом о защите конкуренции случаях.

3) о продлении срока рассмотрения ходатайства о слиянии в связи с определением условий, после выполнения которых заявителем и (или) иными участвующими в таком слиянии лицами антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении этого ходатайства, и определением срока выполнения таких условий (но не более девяти месяцев);

4) об отказе в удовлетворении ходатайства, **если сделка приведет или может привести к ограничению конкуренции (в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения заявителя либо лица, созданного в результате сделки)**, или если антимонопольный орган обнаружит, что информация в представленных документах и имеющая значение для принятия решения является недостоверной, либо если заявителем не представлены имеющиеся у него и запрошенные антимонопольным органом сведения, необходимые для принятия решения об ограничении конкуренции;

5) об отказе в удовлетворении ходатайства, если в отношении сделки в соответствии с Федеральным законом "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" принято решение об отказе в их предварительном согласовании.

Указанное в пункте 2) решение об удовлетворении ходатайства о сделке и об одновременной выдаче **предписания** принимается антимонопольным органом в случае, **если заявленная сделка приведет или может привести к ограничению конкуренции**. При этом задача предписания и содержащихся в нем условий состоит в том, чтобы обеспечить устранение или сведение к минимуму антиконкурентных последствий горизонтального, вертикального или конгломератного слияния.

Антимонопольный орган по заявлению лица, которому выдано предписание, а также по собственной инициативе может пересмотреть содержание или порядок его исполнения в связи с возникновением обстоятельств, наступивших после его вынесения и исключающих возможность и (или) целесообразность исполнения предписания. К таким обстоятельствам относятся изменение границ товарного рынка, состава продавцов или покупателей, утрата доминирующего положения хозяйствующим субъектом.

При этом изменение предписания не может ухудшать положение лица, которому выдано такое предписание.

Решение о продлении срока рассмотрения ходатайства с выставлением условий для дальнейшего рассмотрения, указанное в пункте 3), принимается антимонопольным органом, если слияние либо создание новой коммерческой организации приведет или может привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения лица, создаваемого в результате таких действий.

После выполнения условий, указанных в пункте 3) настоящей статьи, заявитель представляет в антимонопольный орган документы, подтверждающие их выполнение. В течение тридцати дней с момента получения указанных документов в случае подтверждения выполнения в срок таких условий антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении ходатайства либо решение об отказе в его удовлетворении.

Условия, которые могут содержать решения, указанные в пунктах 2) и 3), могут включать:

1) порядок доступа к производственным мощностям, инфраструктуре или информации заявителя и иных лиц, участвующих в слиянии, присоединении или создании коммерческой организации;

2) порядок предоставления другим лицам прав на объекты охраны промышленной собственности заявителя и иных лиц, участвующих в слиянии, присоединении или создании коммерческой организации;

3) требования к заявителю и иным лицам, участвующим в слиянии, присоединении или создании коммерческой организации, о передаче имущества другому лицу, об уступке прав требований и (или) обязательств заявителя и (или) иных лиц другому лицу;

4) требования к составу группы лиц заявителя и иных лиц, участвующих в слиянии, присоединении или создании коммерческой организации.

3. Вынесение решений антимонопольным органом

Сделки могут оцениваться в качестве:

1) Горизонтального слияния. Для этого устанавливаются рынки, на которых хозяйствующие субъекты действуют в качестве конкурентов, и

анализируется, приводит ли сделка к горизонтальному слиянию (т.е. возникает ли необходимая степень организационной и экономической общности). В случае обнаружения такой общности антимонопольный орган проводит перспективный анализ состояния конкуренции на рынке;

2) Вертикального слияния. Для этого выявляются рынки, на которых действуют (или потенциально могут действовать) в качестве продавца или покупателя участвующие в сделке хозяйствующие субъекты. Также проверяется наличие доминирующего положения любого из хозяйствующих субъектов на любом их рынков, и анализируется вероятность исключения иных хозяйствующих субъектов с какого-либо рынка в результате слияния;

3) Конгломератного слияния. Для этого выявляются рынки, на которых такие хозяйствующие субъекты находятся в состоянии потенциальной конкуренции, и определяются негативные последствия в случае устранения потенциальной конкуренции в результате слияния.

Воздействие сделки оценивается в соответствии с Законом о защите конкуренции, согласно которому при рассмотрении ходатайств (уведомлений) и вынесения решения об одобрении/запрете сделки антимонопольный орган проводит анализ и оценку состояния конкурентной среды на соответствующих товарных рынках.

Анализ и оценка состояния конкурентной среды на товарных рынках проводится в целях установления доминирующего положения заявителей, иных лиц, а также в целях подтверждения того, что действия, заявленные в ходатайстве (уведомлении), могут привести или привели к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения заявителя или иных лиц.

Для анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующих субъектов и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции при принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией используется документ «Порядок проведения анализа конкуренции на товарном рынке», разработанный на основании Федерального закона от 26 июля 2006 года N 135-ФЗ "О защите конкуренции» и прошедший экспертизу сформированной

Министерством экономического развития Российской Федерации экспертной группы, включающей в себя представителей бизнеса.

Проведение данного анализа состоит из следующих этапов:

- а) определение временного интервала исследования рынка;
- б) определение продуктовых границ рынка;
- в) определение географических границ рынка;
- г) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке в качестве продавцов и покупателей;
- д) расчет объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке;
- е) определение уровня концентрации рынка;
- ж) определение барьеров входа на рынок;
- з) установление доминирующего положения (при его наличии) хозяйствующих субъектов;
- и) оценка состояния конкуренции на рынке;
- к) составление аналитического отчета.

В случае, если для целей исследования необходим учет условий, которые в будущем сложатся на рассматриваемом товарном рынке (например, после совершения действий, за которыми осуществляется антимонопольный контроль), то проводится перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке, в ходе которого выявляется состояние конкуренции, существующее на момент проведения исследования, и анализируется воздействие, которое окажут подконтрольные действия на состояние конкуренции.

4. Практика ФАС России по рассмотрению сделок

А) запреты сделок:

ОАО «Газпромбанк»

В 2011 году ФАС не разрешила Газпромбанку приобрести в доверительное управление 50,9% голосующих акций Московской объединенной электросетевой компании (МОЭСК), поскольку это могло привести к ограничению конкуренции в отрасли.

Законодательство об электроэнергетике запрещает «совмещение деятельности по производству и купле-продаже электрической энергии с деятельностью по передаче электрической энергии и оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике», что дало ФАС России основания отказать в удовлетворении сделки.

Стоит отметить, что в целом опыт предписаний ФАС в электроэнергетике (в частности, по приобретению энергоактивов компанией «Газпром» и по приобретению активов «Интер РАО») зачастую заканчивался компромиссом между ведомством и компаниями — например, в сфере генерации электроэнергии, когда антимонопольный орган выдавал предписания о необходимости согласования заявок по отпуску электроэнергии на рынок и предоставлять регулярные отчеты в ФАС, и компании принимали на себя эти условия.

Б) согласования с предписанием:

Как отмечалось ранее, задача содержащихся в предписаниях ФАС России условий состоит в том, чтобы устранить или свести к минимуму антиконкурентные последствия слияний. В этой связи ФАС России может выставлять к компаниям структурные и поведенческие требования.

Рассмотрим опыт ФАС России в установлении **поведенческих условий** при удовлетворении ходатайствах о сделках:

«OSV Chambery International»

В мае 2016 года Федеральная антимонопольная служба рассмотрела ходатайство компании «ОСВ Шамбери Интернэшнл» (место нахождения: Франция; основной вид деятельности – производство стекловолокна), входящей в одну группу лиц с компанией «Owens Corning», о приобретении доли в уставном капитале ООО «Альстром Тверь» (место нахождения: Российская Федерация; основной вид деятельности – производство и реализация стеклохолста и иных нетканых материалов) в размере 99%.

В ходе рассмотрения данного ходатайства ФАС России установила, что ООО «Альстром Тверь» выпускает стеклохолст шириной 4 метра и более, являющийся сырьем для производства линолеума шириной 4 метра, который, согласно проведенному ФАС России опросу, невозможно заменить иным видом

товара для производства линолеума шириной 4 метра. В случае совершения заявленной в указанном ходатайстве сделки, доля группы лиц компании «ОСВ Шамбери Интернэшнл» на рынке стеклохолста Российской Федерации составила бы более 35%², и при определенных условиях компания могла бы ограничивать конкуренцию на указанном товарном рынке. На основании изложенного, ФАС России выдала компании «ОСВ Шамбери Интернэшнл» предписание о совершении действий по обеспечению конкуренции на российском рынке стеклохолста, а именно, в течение трех лет в предварительном порядке информировать антимонопольный орган:

- об увеличении экспортных отгрузок стеклохолста, если это приводит к сокращению объемов поставок на территорию Российской Федерации более чем на 5%;

- об увеличении цен хозяйствующими субъектами более чем на 15% с обоснованием причин такого увеличения;

- о планируемом сокращении мощностей.

Кроме того, компания обязалась информировать ФАС России об объемах производства на территории Российской Федерации стеклохолста и его реализации, а также фактических средневзвешенных ценах за единицу стеклохолста у хозяйствующих субъектов во временном и территориальном разрезе.

Полярные Авиалинии и Якутия

В июле 2016 года Федеральная антимонопольная служба согласовала ходатайство АО «Авиакомпания «Якутия» на приобретение 100% акций АО «Полярные авиалинии». ФАС России провела анализ состояния рынка авиаперевозок за 2015 год, который показал, что АО «Авиакомпания «Якутия» и АО «Полярные авиалинии» осуществляют перевозки по 15 воздушным линиям. В результате совершения сделки совместная доля указанных хозяйствующих субъектов по данным направлениям приближалась к 100%.

² Согласно регламенту ФАС России об установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта, критерии признания положения доминирующим содержатся в Законе о защите конкуренции; в соответствии с данными критериями пороговое значение занимаемой хозяйствующим субъектом доли на рынке составляет 35%.

В результате рассмотрения сделки Федеральная антимонопольная служба на основании принятого решения об удовлетворении указанного выше ходатайства предписала АО «Авиакомпания «Якутия»:

- в предварительном порядке уведомлять Управление Федеральной Антимонопольной службы по Республике Саха (Якутия) об изменениях маршрутной сети по указанным направлениям АО «Авиакомпания «Якутия» и АО «Полярные авиалинии»;

- в течение трех лет с момента совершения сделки не менее чем за 30 дней до установления новых тарифов, уведомлять Федеральной антимонопольной службы об изменении тарифов на перевозки пассажиров по вышеуказанным маршрутам, если новый тариф будет превышать предыдущий более чем на 10% с предоставлением финансово-экономического обоснования повышения тарифа за указанный период.

Что касается установления ФАС России **структурных** требований к компаниям при удовлетворении ходатайств о сделке, подобные решения в России на практике пока выносятся достаточно редко, несмотря на их эффективность, подтвержденную мировой практикой. В качестве примера из недавнего опыта можно привести дело о слиянии двух крупнейших российских розничных сетей – М-Видео и Эльдorado, подавших в ФАС ходатайство о слиянии и получивших от органа разрешение с условиями (conditional clearance). Поскольку в ряде регионов, как обнаружило ведомство, доля объединенной компании после слияния могла бы превысить 50%, ФАС сделала желавшим осуществить слияние компаниям предписание закрыть магазины одной из сетей в 35 регионах, в том числе в Москве и Московской области, и отдать освободившиеся площади конкурентам. Получив решение антимонопольного органа, участники сделки оценили ее целесообразность с учетом выданного антимонопольным органом предписания и отказались от планов слияния.

В заключение стоит отметить, что стремление к совершенствованию вынесения решений по слияниям российским антимонопольным ведомством стимулируется, в числе прочего, политикой открытости и прозрачности ФАС. Все ходатайства, поступающие от юридических лиц, а также решения антимонопольных органов, вынесенные по результатам их рассмотрения,

размещаются в единой и открытой широкой публичной базе решений ФАС России³, создание которой было предусмотрено Дорожной картой по развитию конкуренции и совершенствованию антимонопольного законодательства, утвержденной Правительством Российской Федерации.

³ <http://solutions.fas.gov.ru/>