

Российская Федерация
«Контроль за слияниями на динамических рынках»
Глобальный форум по конкуренции ОЭСР
6 декабря 2019 года

Краткое изложение

В последнее время во всем мире, в том числе и в России, наблюдается стремительное увеличение числа и масштабов сделок слияния, эффекты от заключения которых влияют на мировые рынки.

В России создание и реорганизация коммерческих организаций, формами которых являются слияния и поглощения, регулируется статьей 27 Федерального закона от 26.07.2016 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», где также указано, какие сделки должны осуществляться с предварительного согласия антимонопольного органа.

Положения о слияниях представлены и в других нормативных документах российского законодательства. Например, согласно главе 4 Гражданского кодекса РФ реорганизация юридических лиц в форме слияния, в случаях, предусмотренных законом, может быть осуществлена лишь с согласия уполномоченных государственных органов (п. 3 ст. 57 ГК РФ). При слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу (п. 1 ст. 58 ГК РФ).

Оценка слияний на динамических рынках носит комплексный и многофакторный характер. При этом текущая оценка таких слияний, а также их перспективная оценка (на горизонте 5-10 лет) может быть затруднена отсутствием у антимонопольного органа необходимой информации о перспективных технологиях и методах ведения бизнеса, основанных на данных технологиях, сторон слияний.

В настоящее время ФАС России не имеет достаточно действенного инструментария для обеспечения контроля исполнения условий предписаний иностранными хозяйствующими субъектами, что является необходимым элементом сбалансированной системы защиты конкуренции на динамических рынках в условиях цифровой экономики, в меньшей степени зависящей от государственных границ.

Данные выводы послужили одной из основ для разработки «пятого антимонопольного пакета», подготовленного ФАС России и направленного на адаптацию российского антимонопольного законодательства к изменениям, которые претерпевает экономика в процессе цифровизации и инновационного развития.

Введение

В последнее время во всем мире, в том числе и в России, наблюдается стремительное увеличение числа и масштабов сделок слияния, эффекты от заключения которых влияют на мировые рынки.

В России создание и реорганизация коммерческих организаций, формами которых являются слияния и поглощения, регулируется статьей 27 Федерального закона от 26.07.2016 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», где также указано, какие сделки должны осуществляться с предварительного согласия антимонопольного органа.

Положения о слияниях представлены и в других нормативных документах российского законодательства. Например, согласно главе 4 Гражданского кодекса РФ реорганизация юридических лиц в форме слияния, в случаях, предусмотренных законом, может быть осуществлена лишь с согласия уполномоченных государственных органов (п. 3 ст. 57 ГК РФ). При слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу (п. 1 ст. 58 ГК РФ).

Контроль за слияниями на динамических рынках агропромышленного комплекса

Внедрение цифрового земледелия в сельское хозяйство фактически должно завершить формирование современного сельского хозяйства, базирующегося на IT-платформах точного земледелия, позволяющих контролировать урожайность сельскохозяйственных культур, и включающего в себя высокопродуктивные биотехнологические семена, связанные с ними средства защиты растений, удобрения и другие средства производства.

Следует отметить, что разработка и внедрение в сельское хозяйство инновационных технологий сопровождается активными структурными преобразованиями в отрасли, для которых характерны высокие темпы консолидации активов мировыми компаниями, поставляющими рынку высокотехнологичную продукцию. Например, за период с 2016 по 2017 годы российским антимонопольным органом было рассмотрено и согласовано две глобальные сделки: объединение американских компаний Dow Chemical и DuPont, а также приобретение китайской госкорпорацией ChemChina швейцарской компании Syngenta.

Таким образом, подобные трансформации уже сейчас привели к созданию на этом рынке устойчивой олигополии, существование которой влечет за собой определенные риски, в том числе в контексте защиты конкуренции: повышение цен на семена; уменьшение разнообразия предлагаемых семян и биоразнообразия культивируемых культур; контроль со стороны

транснациональных компаний национального семеноводства, входящих ресурсов и доходности сельхозтоваропроизводителей.

Среди барьеров, которые смещают выбор покупателей семян в сторону импортных семян, являются их высокая производительность, устойчивость семян к определенным средствам защиты растений, доступность цены, возможность получения отсрочки платежа, а также получения консультационных услуг.

При оценке указанных выше сделок применялся традиционный подход – проводился перспективный анализ влияния сделок на рынки семян и средств защиты растений в результате горизонтальной интеграции. Указанный анализ показал, что в результате совершения данных сделок возникновения или усиления доминирующего положения на российских рынках присутствия продукции участвующих в сделке компаний не произойдет. Это послужило основанием для их согласования.

Вместе с тем меняющаяся модель ведения бизнеса, в том числе в сфере производства семян, которая основана на применении высокотехнологичных решений, защищенных патентами, «больших» данных, создании замкнутых систем, объединяющих под единым управлением несвязанные горизонтальным или вертикальным образом рынки и позволяющих максимизировать прибыль за счет использования доминирующего положения на одном из них, предопределяет необходимость изменения подходов к оценке таких сделок

Такой подход, по мнению ФАС России, предполагает:

- рассмотрение рынка инноваций в тесной взаимосвязи с рынками конечного продукта, реализуемого потребителям. При этом рынок инноваций рассматривается как мировой рынок;

- оценку имеющихся у компаний технологий и ноу-хау, позволяющих в краткосрочной и среднесрочной перспективе, за счет синергетического эффекта существенно увеличить свою долю на рынке, при этом предполагается оценка имеющихся технологий в контексте горизонтальной, вертикальной и конгломератной интеграции (например, наличие уникальных технологий, баз данных, позволяющих осуществлять ускоренную селекцию, создавать пакетные решения, в том числе IT-решения, влияющие на консолидацию спроса конечного потребителя и ограничивающие доступ потенциальных конкурентов как на рынок семян, так и на смежные рынки);

- оценку влияния предполагаемой сделки на рынок инноваций как с точки зрения возможности ограничения доступа потенциальных конкурентов

к инновационным продуктам, так и с точки зрения влияния на развитие инноваций на национальном рынке.

Данный подход апробирован при рассмотрении сделки *Bayer/Monsanto*.

Указанная сделка проходила на фоне процессов значительной мировой трансформации сельскохозяйственной отрасли, когда стала очевидна необходимость внедрения новых инновационных технологий в сельское хозяйство. В связи с этим данная отрасль экономики стала одной из наиболее технологизирующихся отраслей.

В 2017-2018 годах ФАС России рассмотрела слияние компаний «Байер АГ» (Германия) и «Монсанто Компани» (США) в два этапа: анализ конкуренции и наложение условий на объединяющуюся компанию (7 ноября 2017 г.)¹ и окончательное одобрение слияния (20 апреля 2018 г.)².

Это слияние влияет на рынки продукции, используемой сельскохозяйственными производителями, включая сельскохозяйственные культуры (семена), некоторые средства защиты растений, в частности неселективные гербициды, а также цифровые предложения для сельского хозяйства.

И Bayer, и Monsanto являются вертикально интегрированными агротехнологическими компаниями полного цикла, занимающимися исследованиями и разработками в области агротехнологии, а также дистрибьюцией и продажей своей продукции сельскохозяйственным производителям.

Первым этапом рассмотрения сделки стало решение ФАС России наложить условия на объединяющуюся компанию. Условия, выдвинутые 7 ноября 2017 года, содержали требования к «Байер АГ», направленные на создание условий для развития потенциальной конкуренции со стороны российских компаний.

В ходе рассмотрения сделки ФАС России организовала серию консультаций с соответствующими федеральными властями, а также научными и деловыми кругами и иностранными конкурентными ведомствами. ФАС России также встретилась со сторонами слияния, чтобы обсудить возможные негативные последствия, которые данное слияние может оказать на конкуренцию, а также средства, помогающие устранить их.

Учитывая, что технологические преобразования, включая цифровизацию во всем мире, стали ключом к пониманию конкурентной динамики в аграрном

¹ <https://fas.gov.ru/news/23533>

² <https://fas.gov.ru/news/24815>

секторе, ФАС России применила новые методологические подходы, разработанные в сотрудничестве с авторитетными научными институтами, для выявления потенциальных антиконкурентных последствий слияния как на российском, так и на мировом рынках.

После проведения глубокого рыночного анализа ФАС России пришла к выводу, что слияние может вызвать следующие антиконкурентные последствия:

- создание новых и усиление существующих барьеров для входа на соответствующие рынки (в том числе возникающих при внедрении закрытых цифровых агрономических платформ на российский рынок);
- усиление стимулов для антиконкурентных соглашений и соответствующих практик (учитывая уже высокий уровень концентрации в этом секторе, слияние может существенно сократить число участников рынка, обладающих всеми необходимыми техническими и информационными возможностями для эффективной конкуренции в новых технологических и экономических условиях);
- растущая вероятность злоупотребления рыночной властью (объединение инновационных технологий, данных и решений для платформ позволит объединенной компании быстро увеличить свою долю рынка до доминирующей позиции в краткосрочной перспективе).

Таким образом, ФАС России пришла к выводу, что слияние создает существенные риски ограничения конкуренции, и эти риски должны быть нивелированы в ходе рассмотрения слияния.

Требования, содержащиеся в условиях, наложенных ФАС России на Bayer AG, предусматривают передачу российским компаниям молекулярных средств селекции и гермоплазмы, необходимых для создания новых сортов и гибридов, благодаря которым объединенная компания занимает прочные позиции на российском рынке.

Кроме того, в целях развития конкуренции на рынках цифрового фермерства в предписании ФАС также содержатся обязательства по предоставлению российским компаниям, занимающимся разработкой сельскохозяйственного программного обеспечения и приложений, недискриминационного доступа к платформам цифрового фермерства, включая доступ к историческим данным, связанным с Российской Федерацией, а также к данным, которые будут собраны Bayer AG после того, как она коммерциализирует свои программные продукты на территории Российской Федерации. Доступ к таким данным является ключевым фактором для разработки и внедрения

российскими компаниями своих IT-разработок в области точного земледелия.

Обязательства Bayer AG также предполагают создание в Российской Федерации научно-исследовательского центра по биотехнологии растений, который обеспечит практическое обучение российских специалистов в области ускоренного скрещивания с привлечением высококвалифицированных специалистов, имеющих значительный опыт в этой области.

В апреле 2018 года ФАС России приняла решение одобрить слияние.

Учитывая глобальный характер данной сделки (она рассматривается в более чем тридцати юрисдикциях), при подготовке своего решения ФАС России активно сотрудничала с иностранными конкурентными ведомствами, используя вейверы, которые позволяют конкурентным ведомствам обмениваться конфиденциальной информацией с целью выработки общих подходов и синхронизации требований к участникам сделки.

Принимая во внимание тот факт, что для контроля за выполнением Bayer AG требований, содержащихся в предписаниях ФАС России, а также что специальные знания в области селекции и информационных технологий необходимы для эффективной передачи инструментов молекулярного разведения и гермоплазмы, был использован новый для российской практики механизм, который включает в себя вовлечение в процесс сторонней организации, на базе которой был создан Центр трансфера технологий³.

Контроль за слияниями на цифровых рынках

В настоящее время оценка влияния конкуренции на инновационные рынки является одной из самых сложных задач. Как суды, так и антимонопольные ведомства должны принимать решения при отсутствии общей позиции и методологии среди экономистов и отраслевых экспертов.

При рассмотрении сделок на цифровых рынках ФАС России анализирует те данные, которыми оперируют хозяйствующие субъекты на цифровых рынках, их долю на соответствующем товарном рынке, наличие у данных хозяйствующих субъектов сетевых эффектов, возможность влиять на товарные рынки и смежные товарные рынки в результате тех или иных антиконкурентных действий.

Например, в 2017 году при рассмотрении сделки по покупке компании Mail.Ru Group ФАС России проанализировала те данные, которыми

³ <https://fas.gov.ru/news/27312>

обладают стороны сделки и пришла к выводу, что они не уникальны и могут быть заменены данными из других источников. Таким образом, сделка не приведет к усилению доминирующего положения и ограничению конкуренции.

Также поведение данных компаний было проанализировано при рассмотрении ФАС России в мае 2019 сделки по созданию совместного предприятия в сфере электронной торговли между Alibaba Group, Российским фондом прямых инвестиций (РФПИ) и другими участниками. По результатам рассмотрения указанной сделки ФАС России выдала сторонам предписание сроком на пять лет, направленное на выравнивание и будущее формирование конкурентных условий на рынке электронной торговли Российской Федерации, а также связанное с предоставлением информации в антимонопольный орган о тех данных, которые собираются на электронных площадках сторон сделки.

Кроме того, в октябре 2019 года российским антимонопольным органом с предписанием было одобрено соглашение двух крупных российских агрегаторов такси, Яндекс.Такси и Ситимобил. Так, по условиям соглашения предполагается обмен между вышеупомянутыми агрегаторами обезличенной информации о водителях и количестве проведенных водителями в данных агрегаторах рабочих часах. В случае превышения определенного лимита рабочего времени в приложении одного агрегатора, водитель блокируется в данном агрегаторе на определенное время отдыха, а информация о превышении рабочего времени доступна и другому агрегатору (участнику соглашения), который впоследствии также может заблокировать данного водителя за превышение времени работы. Указанная процедура позволяет предотвратить ситуацию, при которой водитель бесконтрольно работает и превышает лимиты рабочего времени, переключаясь с одного агрегатора на другой, что способствует увеличению безопасности дорожного движения и перевозок пассажиров с помощью агрегаторов, а также уменьшению переработок водителей.

Более того, в ходе анализа указанного соглашения ФАС России установила, что агрегаторы такси (участники соглашения) могут намеренно отключать водителей, находящихся в определенных районах, с целью изменения соотношения пассажирского спроса и водительского предложения таким образом, что пассажирский спрос в этих районах существенно превысит водительское предложение, что в результате приведет к увеличению стоимости поездок в этом районе в этот период времени.

Следовательно, реализация соглашения в представленной редакции могла позволить сторонам Соглашения фактически осуществлять манипулирование

ценами на таксомоторные перевозки в определенных районах в определенный период времени. Кроме того, такое поведение может иметь негативные последствия для водителей и пассажиров, также являющихся участниками указанного рынка: необоснованно (ошибочно) отключенные водители могут потерять часть дохода, не полученного из-за такого отключения, пассажиры могут заплатить за поездку несправедливо повышенную цену, сформированную также из-за такого отключения.

Следовательно, для обеспечения условия для конкуренции на рынке агрегаторов такси ФАС России выдала участникам соглашения предписание, направленное на уменьшение экономических выгод для сторон соглашения вследствие их возможных антиконкурентных действий при его реализации, а также направленное на повышение информированности водителей агрегаторов такси (сторон соглашения) о возможности их отключения от того или иного агрегатора по причине переработки, о возможности водителя оспорить действия агрегатора по неправомерному (ошибочному) отключению данного водителя от агрегатора вследствие ошибки в расчете количества рабочих часов, о возможности водителя получить соразмерную компенсацию за простой от агрегатора в случае неправомерного (ошибочного) отключению данного водителя.

Заключение

Таким образом, оценка слияний на динамических рынках носит комплексный и многофакторный характер. При этом текущая оценка таких слияний, а также их перспективная оценка (на горизонте 5-10 лет) может быть затруднена отсутствием у антимонопольного органа необходимой информации о перспективных технологиях и методах ведения бизнеса, основанных на данных технологиях, сторон слияний.

Кроме того, в настоящее время ФАС России не имеет достаточно действенного инструментария для обеспечения контроля исполнения условий предписаний иностранными хозяйствующими субъектами, что является необходимым элементом сбалансированной системы защиты конкуренции на динамических рынках в условиях цифровой экономики, в меньшей степени зависящей от государственных границ.

Данные выводы послужили одной из основ для разработки «пятого антимонопольного пакета», подготовленного ФАС России и направленного на адаптацию российского антимонопольного законодательства к изменениям, которые претерпевает экономика в процессе цифровизации и инновационного развития.

Новеллы пятого антимонопольного пакета ввели новые подходы к контролю экономической концентрации.

В условиях функционирования современных «цифровых» рынков должны измениться и подходы к контролю сделок экономической концентрации, поскольку традиционные критерии, основанные на сумме выручки участников сделок или действий экономической концентрации и величине их активов могут не отражать реального влияния на экономические условия сделки, совершаемой в рамках экономической концентрации и связанной с распоряжением правами на результаты интеллектуальной деятельности.

С учетом изложенного в первую очередь должно быть введено новое условие контроля сделок экономической концентрации – если объем сделки превышает семь миллиардов рублей.

С учетом положительных примеров зарубежной практики предлагается четко определить в Законе о защите конкуренции правила привлечения доверенных лиц для выполнения функций по мониторингу и содействию исполнению предписания, выданного в рамках экономической концентрации, в том числе в связи с передачей прав на результаты интеллектуальной деятельности и технологий.

В целях защиты интересов участников рынков законопроектом предлагается определить дополнительные последствия неисполнения предписания антимонопольного органа, выданного в рамках контроля экономической концентрации и связанных с использованием и передачей прав на результаты интеллектуальной деятельности.