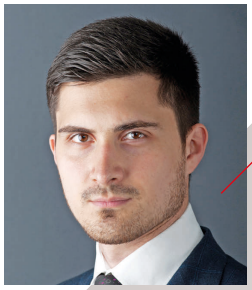
КОРПОРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ



Рудяков А.Н.

К.ю.н., ассоциированный партнер, заместитель руководителя практики корпоративного и договорного права юридической фирмы «ЮСТ»
rudyakov@yust.ru

Серегин Д.И.

К.ю.н., доцент кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), советник юридической фирмы «ЮСТ»
seregin@yust.ru

Получение согласия ФАС России на заключение сделок с акциями и долями

Получение согласия ФАС России на заключение сделок с акциями и долями

Российское антимонопольное законодательство предусматривает особый механизм контроля за сделками, в результате которых происходит перераспределение прав, воплощенных в акциях или долях. Целью контроля экономической концентрации является предупреждение случаев, когда перераспределение корпоративных прав может привести к усилению доминирующего положения на рынке и к ограничению конкуренции.

Механизм антимонопольного контроля за сделками заключается в том, что до их заключения покупатель обязан обратиться в антимонопольный орган с ходатайством и получить согласие регулятора.

Какие сделки с акциями и долями необходимо согласовывать с антимонопольными органами?

Первое, с чем приходится сталкиваться на практике, — это определение того, необходимо ли в принципе согласовывать сделку с антимонопольным органом. Такая необходимость возникает, если сделка соответствует определенному набору критериев, которые можно разделить на две группы:

- **финансовые критерии;**
- **критерии, относящиеся к последствиям сделки.**

Для определения критериев, которые применимы к конкретной сделке, прежде всего следует определить статус компании, голосующие акции (доли в уставном капитале) которой планируется приобрести (объект экономической концентрации, или ОЭК).

Если ОЭК является финансовой организацией, применяются специальные правила, установленные п. 3, 5—7 ч. 1 ст. 27 и ст. 29 Закона о защите конкуренции[1]. В ином случае применяются общие положения, а именно п. 1, 2, 4, 8 ч. 1 ст. 27, и ст. 28 Закона о защите конкуренции.

При этом под финансовой организацией понимается хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги, — кредитная организация, профессиональный участник рынка ценных бумаг, организатор торговли, клиринговая организация, микрофинансовая организация, кредитный потребительский кооператив, страховая организация, страховой брокер, общество взаимного страхования, негосударственный пенсионный фонд, управляющая компания инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов, специализированный депозитарий инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов, ломбард (финансовая организация, поднадзорная Центральному банку Российской Федерации), лизинговая компания (иная финансовая организация, финансовая организация, не поднадзорная Центральному банку Российской Федерации).

После того как статус ОЭК определен, необходимо установить, к какому виду сделок относится планируемая сделка. Если такая сделка связана с созданием объекта экономической концентрации или его реорганизацией, а равно с заключением соглашения о совместной деятельности на территории Российской Федерации, подлежит применению ст. 27 Закона о защите конкуренции.

Если сделка связана с приобретением голосующих акций (долей в уставном капитале) объекта экономической концентрации или его имуществом, применяется ст. 28 или ст. 29 Закона о защите конкуренции (с учетом статуса ОЭК, указанного выше)[2].

Финансовые критерии

В случае когда приобретаются акции финансовой организации, единственным финансовым критерием является стоимость активов по последнему балансу ОЭК. С учетом действующих нормативных актов[3] сделка с акциями (долями) финансовой организации потребует получения согласия антимонопольного органа, если стоимость активов ОЭК превышает:

- 31 млрд руб. — в отношении кредитных организаций;
- 3 млрд руб. — в отношении микрофинансовых организаций;
- 2 млрд руб. — в отношении негосударственных пенсионных фондов;

1 Федеральный закон от 26.07.2006 No 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).
2 Поскольку на практике чаще всего встречаются сделки по приобретению голосующих акций (долей в уставном капитале) объекта экономической концентрации, далее в настоящей статье будут рассмотрены условия согласования только таких сделок.
3 Постановление Правительства РФ от 18.10.2014 No 1072 «Об установлении величин активов финансовых организаций, поднадзорных Центральному банку Российской Федерации, в целях осуществления антимонопольного контроля».

- 1 млрд руб. — в отношении организаторов торговли;
- 500 млн руб. — в отношении обществ взаимного страхования, кредитных потребительских кооперативов;
- 200 млн руб. — в отношении страховых организаций (за исключением страховых медицинских организаций), страховых брокеров, профессиональных участников рынка ценных бумаг, клиринговых организаций, управляющих компаний инвестиционных фондов, управляющих компаний паевых инвестиционных фондов, управляющих компаний негосударственных пенсионных фондов, специализированных депозитариев инвестиционных фондов, специализированных депозитариев паевых инвестиционных фондов, специализированных депозитариев негосударственных пенсионных фондов, ломбардов;
- 100 млн руб. — в отношении страховых медицинских организаций.

Если же ОЭК не является финансовой организацией, установлены иные финансовые критерии. Так, сделка с акциями (долями) коммерческой организации потребует получения согласия, если выполняется одно из следующих условий:

а/ суммарная стоимость активов группы лиц покупателя и группы лиц ОЭК превышает 7 млрд руб., и при этом стоимость активов группы лиц самого ОЭК превышает 400 млн руб.;

б/ суммарная выручка группы лиц покупателя и группы лиц ОЭК от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд руб., и при этом стоимость активов группы лиц ОЭК превышает 400 млн руб.

Следует отметить, что, во-первых, финансовые показатели определяются по последним балансам, которые, как правило, составляются один раз в год.

Во-вторых, в зависимости от условий сделки в сумму активов группы лиц ОЭК могут включаться активы группы лиц продавца (в результате чего финансовые показатели группы лиц ОЭК могут существенно отличаться). Так, если в результате совершения сделки продавец сохранит право распоряжаться более чем 50% голосов, приходящихся на акции или доли ОЭК, он остается в группе лиц ОЭК, и его активы учитываются. Если после совершения сделки продавец выбывает из группы лиц ОЭК, его активы не учитываются.

Сделки, подлежащие согласованию

При условии соответствия финансовым критериям, указанным выше, с предварительного согласия ФАС России заключаются следующие сделки с акциями или долями.

Приобретение лицом (группой лиц) права распоряжаться голосующими акциями зарегистрированного на территории Российской Федерации акционерного общества, если количество таких акций в сумме с акциями, которыми покупатель уже распоряжается до заключения сделки, превышает следующие пороговые значения: 25, 50, 75%.

Приобретение лицом (группой лиц) права распоряжаться долями в уставном капитале зарегистрированного на территории Российской Федерации общества с ограниченной ответственностью,

если количество таких долей в сумме с долями, которыми покупатель уже распоряжается до заключения сделки, превышает следующие пороговые значения: 1/3, 1/2, 2/3.

Если указанные значения не превышаются, сделка не требует согласования с антимонопольным органом. Например, лицо, которому уже принадлежит 30% голосующих акций, имеет право приобрести без получения согласия антимонопольного органа еще 20% голосующих акций, поскольку сумма голосов составит ровно 50%.

Кроме того, при определенных условиях получение согласия российского антимонопольного органа потребуется, если предметом сделки являются акции или доли компании, зарегистрированной на территории иностранного государства.

Во-первых, это потребуется, если в результате сделки покупатель приобретет право косвенно определять условия осуществления предпринимательской деятельности в отношении зарегистрированного на территории Российской Федерации хозяйствующего субъекта.

Это возможно, например, если покупатель получит право распоряжаться более чем 50% голосующих акций иностранной компании, которая прямо или косвенно (через свои дочерние общества) распоряжается более чем 50% голосующих акций российской компании. То есть в данном случае будет иметь значение не предмет сделки, а ее правовые последствия — получение прав в отношении российской компании.

Во-вторых, согласие российского антимонопольного органа потребуется, если в результате заключения сделки покупатель получит право распоряжаться более чем 50% голосующих акций или долей в отношении иностранной компании, которая осуществляет поставки товаров на территорию Российской Федерации в сумме более чем 1 млрд руб. в течение года, предшествующего дате осуществления сделки.

При этом нормы Закона о защите конкуренции обладают не только экстерриториальным действием (и подлежат применению вне зависимости от территории совершения сделки), но и сверхимперативным характером (то есть применяются и в том случае, если иностранное право является применимым правом по сделке).

Исключения

В случаях, прямо предусмотренных Законом о защите конкуренции, указанные выше сделки не подлежат согласованию с ФАС России. К таким случаям относятся ситуации, когда:

а/ стороны сделки (продавец и покупатель) входят в одну группу лиц, при этом одна из сторон сделки имеет более 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале другой стороны;

б/ сделка совершается между лицами, входящими в одну группу лиц, и согласовывается в упрощенном (уведомительном) порядке, предусмотренном для совершения внутригрупповых сделок (ст. 31 Закона о защите конкуренции)[4];

в/ совершение сделки предусмотрено актами Президента Российской Федерации;

4 Особенности уведомительного порядка осуществления контроля за экономической концентрацией не рассматриваются в настоящей статье.

г/ совершение сделки предусмотрено актами Правительства Российской Федерации.

Какие документы необходимо представить в антимонопольный орган для получения согласия?

Антимонопольное законодательство не содержит требований к форме ходатайства, поэтому оно подается в свободной форме. Тем не менее в ходатайстве рекомендуется отразить следующую информацию:

- наименование, место нахождения заявителя и контактную информацию;
- повод для обращения в антимонопольный орган с указанием конкретной правовой нормы, которая предусматривает обязанность для обращения с ходатайством;
- краткое описание сделки, которая требует одобрения, с указанием ее предмета и сторон;
- просьбу дать согласие на заключение данной сделки.

Следует отметить, что с 2016 года ходатайство может быть подано В антимонопольный орган В электронной форме при условии его подписания усиленной квалифицированной электронной подписью. В соответствии с приказом ФАС России от 28.07.2016 No 1081/16 подача ходатайства В электронной форме осуществляется через «Личный кабинет», для получения доступа к которому заявитель должен создать учетную запись на официальном сайте ФАС России.

Одновременно с ходатайством требуется представить документы, которые характеризуют корпоративную структуру и хозяйственную деятельность покупателя и ОЭК. Нотариальное заверение требуется лишь для учредительных документов, для заверения остальных документов достаточного того, что они будут прошиты и заверены подписью уполномоченного лица и печатью организации.

Перечень документов, которые представляются в антимонопольный орган одновременно с ходатайством, установлен ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции и включает 20 пунктов.

Строго из закона следует, что данный перечень является исчерпывающим. Однако, во-первых, на подзаконном уровне установлены определенные требования к форме представления указанных в законе сведений. Приложением к приказу ФАС России от 17.04.2008 No 129 утверждена форма представления в антимонопольный орган сведений, предусмотренных ст. 32 Закона о защите конкуренции (далее — Форма).

Кроме того, закон позволяет антимонопольному органу для целей проведения анализа рынка запрашивать любые иные документы как у заявителя, так и у третьих лиц.

Как правило, сбор документов, перечисленных в ст. 32 Закона о защите конкуренции, не вызывает проблем на практике. Тем не менее специальных комментариев требуют несколько категорий документов.

В качестве документа, определяющего предмет и содержание сделки, обычно представляется проект договора, на основании которого покупатель приобретает акции или иную возможность распоряжаться голосами (п. 3 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции). Однако, если по тем или иным причинам проект

договора не может быть представлен, возможно представление справки, содержащей описание существенных условий и предмета такого договора.

Закон требует представления сведений о хозяйственной деятельности — о видах деятельности, о наименованиях видов продукции, об объеме продукции, произведенной, реализованной заявителем в течение двух лет, предшествующих дню представления ходатайства. (п. 4—6 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции).

Такие сведения представляются по форме, утвержденной приказом ФАС России от 17.04.2008 No 129 (Приложения 1—5 к Форме) в отношении заявителя, общества, акции или доли которого приобретаются, а также хозяйствующих субъектов, входящих с ними в одну группу и сведения о которых представляются одновременно с ходатайством. Если организация не вела в течение двух лет хозяйственную деятельность, рекомендуется представить незаполненные формы с указанием причин незаполнения.

Сведения, предусмотренные п. 12—15 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции, представляются путем заполнения соответствующих разделов Формы.

Вместе с тем, если сведения не могут быть представлены, к ходатайству прикладывается либо заявление о том, что лицо не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций, либо заявление о том, что лицо соответствующими сведениями не располагает.

Сведения о группе лиц (п. 16—17 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции) представляются по форме, утвержденной приказом ФАС России от 20.11.2006 No 293.

Такие сведения представляются в отношении группы лиц приобретателя и группы лиц общества, акции или доли которого приобретаются.

Ввиду того, что современные холдинги могут включать в себя значительное число юридических лиц, представление полного перечня группы лиц было бы избыточным для оценки влияния сделки на конкуренцию. Поэтому законом ограничены пределы раскрытия сведений о группе лиц. Так, в перечень группы лиц заявителя включаются:

- лица, находящиеся под контролем заявителя;
- лица, под контролем которых находится заявитель;
- лица, входящие в группу лиц с заявителем по иному основанию, кроме контроля, и осуществляющие деятельность на тех же товарных рынках, на которых осуществляют деятельность заявитель или лицо, акции (доли) которого приобретаются, а также находящиеся под их контролем лица.

Под контролем, согласно ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, понимается возможность лица прямо или косвенно определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1/ распоряжение более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;

2/ осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Кроме того, в перечень группы лиц не включаются физические лица, если они не являются индивидуальными

предпринимателями и не входят в одну группу лиц с хозяйствующим субъектом по признакам, указанным в п. 1—3, 5, 6 и 9 и ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции.

Пункт 18 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции предполагает представление сведений о физических лицах — конечных бенефициарах, под которым понимаются лица, в интересах которых осуществляется владение более чем 5% акций (долей) заявителя их номинальными держателями, в том числе о таких лицах, учрежденных в государстве, которое предоставляет льготный налоговый режим и (или) законодательством которого не предусматриваются раскрытие и предоставление информации о юридическом лице (офшорные зоны).

Порядок рассмотрения ходатайства антимонопольным органом

Обязанность представления в антимонопольный орган ходатайства о даче согласия на заключение сделки лежит на покупателе — лице, которое получает права распоряжаться голосами в акционерном обществе или обществе с ограниченной ответственностью.

В настоящее время в Российской Федерации сложилась двухуровневая система антимонопольных органов: 1) федеральный антимонопольный орган и 2) территориальные антимонопольные органы, подчиняющиеся федеральному антимонопольному органу. К компетенции ФАС России отнесены наиболее крупные сделки: ходатайство подается в федеральный антимонопольный орган, если суммарная стоимость активов покупателя и ОЭК превышает 15 млрд руб. или их выручка превышает 30 млрд руб. Если данная величина не превышается, ходатайство подается в территориальный антимонопольный орган по месту нахождения общества, акции или доли которого приобретаются.

Кроме того, федеральный антимонопольный орган может принять к своему рассмотрению любое ходатайство.

Законодательство предоставляет заявителю возможность воспользоваться процедурой предварительного обсуждения ходатайства до его официальной подачи. Целесообразность предварительного обсуждения ходатайства имеется в случае, если сделка может оказать негативное влияние на конкуренцию и риски отказа в даче согласия достаточно высоки.

Преимуществом данной процедуры является возможность предварительного согласования с антимонопольным органом условий, выполнение которых заявителем или иными заинтересованными лицами будет направлено на обеспечение конкуренции.

После поступления ходатайства в антимонопольный орган в течение десяти дней проверяется соблюдение заявителем требований к полноте представленных сведений. В случае неполноты представления сведений ходатайство считается непредставленным, а заявителю направляется соответствующее уведомление. После устранения нарушения заявитель имеет право снова обратиться с ходатайством, при этом пошлина за рассмотрение ходатайства заново не оплачивается.

В случае принятия ходатайства к рассмотрению решение должно быть принято в течение одного месяца. При рассмотрении ходатайства антимонопольный орган может принять два вида решений: окончательное, которым решается вопрос о возможности или невозможности заключения сделки, и промежуточное, которым вводится отсрочка в принятии окончательного решения по определенным причинам.

Во-первых, антимонопольный орган может продлить срок рассмотрения ходатайства на два месяца для получения дополнительной информации, необходимой для оценки воздействия сделки на рынок, если предварительно установлено, что сделка может привести к ограничению конкуренции.

Во-вторых, антимонопольный орган может потребовать от заявителя или иных заинтересованных лиц выполнения определенных действий, направленных на обеспечение конкуренции, и рассмотреть ходатайство по существу после выполнения выдвинутых требований.

В-третьих, если будет установлено, что сделка требует согласования в соответствии с Федеральным законом от 29.04.2008 No 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», антимонопольный орган приостанавливает рассмотрение ходатайства до прохождения предусмотренной данным законом процедуры.

При принятии решения по существу заявленного ходатайства антимонопольный орган оценивает главным образом тот эффект, который сделка окажет на состояние конкуренции на товарных рынках, которые затрагиваются сделкой.

Если сделка не приводит к ограничению конкуренции, например, если не увеличивается рыночная доля заявителя и его группы лиц, антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении ходатайства.

Напротив, если будет установлено, что сделка приведет или может привести к ограничению конкуренции (в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения), антимонопольный орган принимает решение об отказе в удовлетворении ходатайства.

Вместе с тем при выявлении рисков для конкуренции антимонопольный орган вправе принять решение об удовлетворении ходатайства с выдачей заявителю, объекту экономической концентрации и (или) лицам, входящим с ними в группу лиц, предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Такое предписание начинает действовать только в случае заключения сделки и может включать, в частности, требования об обеспечении доступа к производственным мощностям или к информации, о передаче прав на имущество или о запрете передачи прав на имущество, о предварительном информировании антимонопольного органа о намерении совершить предусмотренные определенные действия.

Например, по результатам рассмотрения ходатайства ПАО «КамАЗ» ФАС России выдала обществу предписание[5],

5 Http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/ats-72903-16.

в котором потребовала совершения таких действий, как:

- обеспечение исполнения всех краткосрочных и (или) долгосрочных контрактов, договоров купли-продажи дизельных автомобильных четырехтактных V-образных восьмицилиндровых двигателей мощностью от 450 л. с. и выше, а также их модификаций, действующих на дату совершения сделки;

- обеспечение сохранения технологической возможности производства указанной продукции, если на этот товар имеется спрос, в том числе со стороны головного исполнителя поставки продукции по государственному оборонному заказу и (или) исполнителя, участвующего в поставках продукции по государственному оборонному заказу;

- осуществление реализации продукции в соответствии с торгово-сбытовой политикой, предварительно согласованной с антимонопольным органом.

Указанное предписание по инициативе антимонопольного органа или по заявлению лица, которому оно выдано, может быть пересмотрено, если после выдачи предписания возникли обстоятельства, которые исключают возможность или целесообразность исполнения. Например, если произошло изменение продуктовых или географических границ товарного рынка, состава продавцов или покупателей, утрата хозяйствующим субъектом доминирующего положения.

Помимо изложенного антимонопольный орган может отказать в удовлетворении ходатайства, если:

- информация, представленная в антимонопольный орган, является недостоверной либо неполной и в отсутствие этой информации не может быть дана оценка рисков ограничения конкуренции;

- 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 ее предварительном согласовании.

Согласие антимонопольного органа на осуществление сделки действует в течение года с даты принятия решения. Если до истечения этого срока сделка не была заключена, в том числе относительно части приобретаемых акций, заинтересованное лицо вправе повторно обратиться с ходатайством.

Последствия заключения сделки без получения согласия антимонопольного органа

Для определения последствий нарушения порядка получения согласия антимонопольного органа необходимо установить момент, с которого такое нарушение считается состоявшимся. Этот вопрос имеет существенное значение, поскольку на практике процесс заключения договора с момента достижения сторонами согласия по существенным условиям до момента его исполнения занимает значительное время.

Требование о получении предварительного согласия на заключение сделки не означает, что до получения решения антимонопольного органа стороны не могут приступить к заключению договора и проведению процедур внутрикорпоративного одобрения.

Стороны имеют право совершить все действия, необходимые для заключения договора. Более того, стороны могут частично приступить к исполнению договора, если это исполнение не приведет к получению покупателем фактической возможности распорядиться голосами, которые приходятся на акции или доли. Часто для снижения рисков привлечения к ответственности в договор включают отлагательное условие, согласно которому договор или отдельные его условия вступают в силу после получения согласия ФАС России.

Порядок согласования сделок с ФАС России будет считаться нарушенным, если до даты принятия решения по ходатайству покупатель получил фактическую возможность распорядиться голосами, которые приходятся на приобретаемые акции или доли.

При этом стоит обратить внимание на то, что порядок будет считаться нарушенным даже в том случае, если ФАС России впоследствии одобрит сделку, хотя бы и на следующий день после ее исполнения.

За нарушение порядка получения предварительного согласия антимонопольного органа покупатель может быть привлечен к административной ответственности в соответствии с ч. 3 ст. 19.8 КоАП РФ в виде административного штрафа: на граждан в размере от 1500 до 2500 руб.; на должностных лиц — от 15000 до 20000 руб.; на юридических лиц — от 300000 до 500000 руб.

Кроме того, нарушением порядка согласования сделок с антимонопольным органом будет считаться исполнение договора без совершения действий, предусмотренных выданным предписанием.

Однако такие действия будут квалифицироваться как иное административное правонарушение и наказываться в соответствии с ч. 2.3 ст. 19.5 КоАП РФ: на должностных лиц накладывается штраф в размере от 12000 до 20000 руб. либо они подвергаются дисквалификации на срок до трех лет; на юридических лиц накладывается штраф от 300000 до 500000 руб.

Следует также отметить, что закон предоставляет антимонопольному органу право обратиться в суд с иском о признании недействительными сделок, заключенных с нарушением порядка получения предварительного согласия. Это право предоставлено ч. 1 ст. 34 Федерального закона «О защите конкуренции», однако может быть осуществлено только в том случае, если сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.