■ УДК 346.54
• ШИФР ВАК 12.00.03

ОСОБЕННОСТИ КОНТРОЛЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ ПРИ ПРИОБРЕТЕНИИ ОСНОВНЫХ ПРОИЗВОДСТВЕННЫХ СРЕДСТВ И НЕМАТЕРИАЛЬНЫХ АКТИВОВ

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры конкурентного права
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина
(МГЮА), советник юридической фирмы ЮСТ

Дмитрий Игоревич СЕРЕГИН

■ **АННОТАЦИЯ**

В статье рассматриваются особенности антимонопольного контроля экономической концентрации путем приобретения основных производственных средств и нематериальных активов. Автор делает вывод, что терминология Закона о защите конкуренции расходится с терминологией четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации, что затрудняет осуществление антимонопольного контроля за сделками, опосредующими распоряжение исключительным правом на нематериальные активы.

■ **ABSTRACT**

The author analyzes the features of antimonopoly control of economic concentration through the acquisition of fixed assets and intangible assets. The author concludes that the terminology of the Competition protection law is inconsistent with the terminology of the fourth part of the Civil code of the Russian Federation, which complicates the implementation of antimonopoly control over the transactions relating to disposal of intellectual property rights on intangible assets.

Ключевые слова: конкуренция, товарный рынок, монополизация, недобросовестная конкуренция.
Keywords: competition, goods market, monopolization, unfair competition.

Введение

Пункт 21 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) определяет экономическую концентрацию как сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Представляется, что данное определение чрезмерно широкое, поскольку не уточняет ни характер влияния (позитивное или негативное), ни его механизм (обычные предпринимательские договоры также могут оказывать влияние на состояние конкуренции).

Как отмечается в литературе по конкурентному праву, контроль экономической концентрации осуществляется в целях недопущения усиления доминирующего положения и ограничения конкуренции[1]. Некоторые специалисты в качестве целей контроля экономической концентрации также рассматривают предотвращение антиконкурентных последствий горизонтальных, вертикальных или конгломератных слияний[2]. В отдельных случаях контроль экономической концентрации рассматривается как форма предупреждения злоупотреблений доминирующим положением[3].

Все изложенные точки зрения по-своему указывают на то, что контроль экономической концентрации является инструментом предупредительного воздействия на участников гражданского оборота с целью снижения рисков монополизации рынка, ограничения конкуренции и ущемления интересов других участников гражданского оборота.

Поэтому антимонопольный контроль осуществляется не за любыми сделками хозяйствующего субъекта, а только за теми, которые потенциально несут угрозу ограничения конкуренции вследствие укрупнения хозяйствующих субъектов, перераспределения прав, воплощенных в акциях или долях, а также иных прав, позволяющих контролировать производственные и торговые объекты. Частным случаем таких сделок является приобретение основных производственных средств и нематериальных активов (п. 7 ст. 28 Закона о защите конкуренции).

Для выделения сделок, несущих потенциальную угрозу конкуренции, Закон о защите конкуренции предусматривает определенный набор критериев, при удовлетворении которым сделка требует получения согласия антимонопольного органа.

Критерии отнесения сделок к объектам антимонопольного контроля экономической концентрации

Совокупность критериев, которые позволяют отнести сделку к объектам антимонопольного контроля экономической концентрации можно разделить на две группы: количественные и качественные.

1 См., например: Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе: учеб. пособие; под. ред. М.А. Кусаинова, А.Г. Сушкевича, А.М. Джумабаевой, В.В. Савченко, А.А. Акопян. М., 2019. С. 204.

2 Конкурентное право России. Учебник. под ред. И.Ю. Артемьева, С.А. Пузыревского, А.Г. Сушкевича. М., 2014. С. 340–341.

3 Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации. Курс лекций. М., 2010. С. 207.

Количественные критерии характеризуют финансовое состояние участников экономической концентрации и позволяют исключить из сферы антимонопольного контроля поведение хозяйствующих субъектов, которые в силу незначительного влияния на оборот товара и слабого рыночного потенциала не представляют угрозы для конкуренции.

Иными словами, эти критерии носят субъектный характер – они зависят от характеристик участников экономической концентрации. Такие же по своей форме сделки, совершаемые иными лицами, могут не потребовать получения согласия антимонопольного органа.

Качественные критерии, напротив, характеризуют непосредственно саму сделку и объем прав, которые переходят к покупателю. Данные критерии позволяют исключить антимонопольный контроль за сделками, которые в силу своей хозяйственной сущности не могут приводить к ограничению конкуренции.

Эти критерии можно также охарактеризовать как предметные – они зависят от предмета соответствующего договора. Заключение между лицами, которые удовлетворяют первому критерию, иных сделок не попадает под антимонопольный контроль.

Количественные (субъектные) критерии

Согласно ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции сделка требует получения согласия антимонопольного органа, если выполняется одно из следующих условий:

а) суммарная стоимость активов группы лиц покупателя и группы лиц объекта экономической концентрации (в данном случае – лица, отчуждающего основные производственные средства и нематериальные активы) превышает 7 млрд рублей, и при этом стоимость активов группы лиц самого объекта экономической концентрации превышает 400 млн рублей;

б) суммарная выручка группы лиц покупателя и группы лиц объекта экономической концентрации от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд рублей, и при этом стоимость активов группы лиц объекта экономической концентрации превышает 400 млн рублей.

Суммарная стоимость активов и выручка определяются суммарно по группе лиц указанных хозяйствующих субъектов, в том числе с учетом иностранных лиц.

При этом балансовая стоимость активов определяется по последнему балансу хозяйствующего субъекта, который для российских компаний, как правило, составляется один раз в год. Активы физических лиц, входящих в группу лиц покупателя и объекта экономической концентрации, не учитываются.

Качественные критерии

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции требуется предварительное согласие антимонопольного органа на получение в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств (за исключением земельных участков и не имеющих промышленного назначения зданий, строений, сооружений, помещений и частей помещений, объектов незавершенного строительства) и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), если балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки или взаимосвязанных сделок, превышает двадцать процентов балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, осуществляющего отчуждение или передачу имущества.

Таким образом, во-первых, данный критерий подразумевает, что предмет договора связан исключительно с двумя видами объектов гражданских: 1) основные производственные средства и 2) нематериальные активы.

Во-вторых, имеет значение характер передаваемых прав – согласие требуется на получение в собственность, пользование или во владение.

В-третьих, имеет значение также и балансовая стоимость передаваемого имущества или нематериальных активов – суммарно балансовая стоимость передаваемых объектов должна превысить 20 % балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов.

В-четвертых, эти основные производственные средства и нематериальные активы должны находиться на территории Российской Федерации.

Каждый из выделенных аспектов имеет определенные особенности в практической реализации.

Определение предмета договора

Закон о защите конкуренции не уточняет, что именно понимается под основными производственными средствами и нематериальными активами. В связи с этим данный критерий трактуется в соответствии с нормативами бухгалтерского учета данных объектов.

Согласно п. 5 ПБУ 6/01 (утв. Приказом Минфина России от 30.03.2001 № 26н «Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Учет основных средств» ПБУ 6/01») к основным средствам относятся: здания, сооружения, рабочие и силовые машины и оборудование, измерительные и регулирующие приборы и устройства, вычислительная техника, транспортные средства, инструмент, производственный и хозяйственный инвентарь и принадлежности, рабочий, продуктивный и племенной скот, многолетние насаждения, внутрихозяйственные дороги и прочие соответствующие объекты.

В составе основных средств учитываются также: капитальные вложения на коренное улучшение земель (осушительные, оросительные и другие мелиоративные работы); капитальные вложения в арендованные объекты основных средств; земельные участки, объекты природопользования (вода, недра и другие природные ресурсы).

Однако при этом ПБУ 6/01 не применяются в отношении:

- машин, оборудования и иных аналогичных предметов, числящихся как готовые изделия на складах организаций-изготовителей, как товары – на складах организаций, осуществляющих торговую деятельность;
- предметов, сданных в монтаж или подлежащих монтажу, находящихся в пути;
- капитальных и финансовых вложений.

Таким образом, в зависимости от конкретной ситуации одно и то же имущество может как относиться к основным производственным средствам, так и нет. Определяющим будет их отражение в бухгалтерском учете и бухгалтерской отчетности организации именно в составе основных производственных средств.

С другой стороны, земельные участки и не имеющие промышленного назначения здания, строения, сооружения, помещения и их части, объекты незавершенного строительства, могут учитываться организацией в составе основных средств. Однако, в силу положений Закона о защите конкуренции, сделки в отношении таких объектов не требуют получения согласия антимонопольного органа.

К нематериальным активам согласно п. 4 ПБУ 14/2007 (утв. Приказом Минфина России от 27.12.2007 № 153н «Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов» (ПБУ 14/2007)») относятся преимущественно объекты интеллектуальной собственности: произведения науки, литературы и искусства; программы для электронных вычислительных машин; изобретения; полезные модели; селекционные достижения; секреты производства (ноу-хау); товарные знаки и знаки обслуживания. Как нематериальный актив также может учитываться деловая репутация, возникшая в связи с приобретением предприятия как имущественного комплекса (в целом или его части).

Однако данный перечень не является исчерпывающим, и ПБУ 14/2007 позволяют относить к нематериальным активам иные объекты, прямо не упомянутые в документе.

Также как и в предыдущим случае правовое значение имеет не столько вид объекта, сколько его отражение в бухгалтерском учете и бухгалтерской отчетности организации как части нематериальных активов.

Один и тот же по своей правовой природе объект может учитываться по-разному. Например, согласно ПБУ 14/2007 объект интеллектуальной собственности может приниматься к учету в составе нематериальных активов организации только в том случае, если она является его правообладателем. Если же этот объект используется организацией на основании лицензионного договора, то как нематериальный актив он учитывается у правообладателя (лицензиара). В бухгалтерской отчетности Лицензиата учитываются только лицензионные платежи (как расходы), а право использования вообще не учитывается.

Характер передаваемых прав

Закон о защите конкуренции требует получения согласия антимонопольного органа, если сделка опосредует предоставление в собственность, пользование или во владение.

При этом очевидно, что предоставление в собственность означает основания возникновения права собственности, перечисленные в ч. 2 ст. 218 ГК РФ, но не те, которые указаны в ч. 1 данной статьи. Иными словами, под предоставлением в собственность понимается сделка, в результате которой меняется собственник вещи, то есть происходит переход права собственности.

Традиционное понимание правомочий собственника говорит нам, что владение и пользование наряду с распоряжением образуют юридическое содержание права собственности, и при этом под владением понимают факт обладания вещью в смысле осуществления физического или хозяйственного господства над нею; пользование заключается в извлечении из вещи ее полезных естественных свойств[4].

Таким образом, согласие антимонопольного органа потребуется, если в результате совершения сделки покупателю переходит право собственности или часть правомочий собственника: владение и пользование. Под антимонопольный контроль, соответственно, подпадают такие договоры, как купли-продажи, аренды, доверительного управления имуществом, простого товарищества и иные.

Если в результате заключения сделки не происходит смена собственника, и не передаются права владения и пользования, она не попадает под антимонопольный контроль. Например, договор залога не требует согласия антимонопольного органа, если только в соответствии со ст. 346 ГК РФ и условиями договора залогодержатель не получает право пользования предметом залога или фактически распоряжается предметом залога путем его передачи третьим лицам во временное владение или пользование.

В то же время при обращении взыскания на предмет залога, в отношении которого у залогодержателя отсутствовали указанные права, согласие потребуется. Но оно потребуется на приобретение самого заложенного имущества при его реализации в порядке, установленном ст. 350 и 350.1 ГК РФ, а не на заключение договора залога как такового.

Вызывает сомнения антимонопольного контроля за получением права владения имуществом, если при этом лицу не предоставляется право пользования им. Следует заметить, что Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» в редакции, которая действовала с 25.05.1995 по 09.10.2002, не пред-

4 Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 359.

усматривал антимонопольный контроль за передачей права владения. Целесообразность изменений, внесенных Федеральным законом № 122-ФЗ[5], представляется сомнительной, поскольку право владения имуществом само по себе лишено экономического содержания, оно ничего не привносит в гражданский оборот и не оказывает влияние на состояние конкуренции.

Кроме того, из буквального толкования закона следует, что согласие антимонопольного органа может потребоваться также при смене вида переданного права, то есть вместо права пользования имуществом лицо приобретает право собственности на него. В данном случае в экономических отношениях и ситуации на рынке также изменений не наступает, что позволяет усомниться в необходимости получать согласие на такие сделки.

Необходимо, однако, обратить внимание на то, что как право собственности в целом, так и входящие в его состав правомочия владения и пользования имеют своим объектом имущество, то есть объект материальный. Для нематериальных же активов п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции при его буквальном толковании оказывается фактически не применим.

Как следует из сказанного, к нематериальным активам относятся преимущественно объекты интеллектуальной собственности, в отношении которых лицу принадлежит исключительное право, а не право собственности. Хотя нельзя отрицать того, что исключительное право выполняет в отношении нематериальных объектов ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных[6], однако, как правомочия, составляющие исключительное право, так и формы распоряжения им отличаются от таковых для права собственности.

Из анализа научной литературы можно заключить, что среди российских правоведов отсутствует единство в оценке содержания ст. 1229 ГК РФ.

В.А. Зимин считает, что в содержание исключительного права входят только два правомочия – использование и распоряжение. Запрет, по его мнению, не является самостоятельным правомочием, а входит в состав права использования[7].

Есть авторы, признающие за исключительным правом только позитивное значение – разрешение, а не негативное в форме запрета[8]. С данной позицией не согласен В.И. Еременко, указывающий на прямое упоминание в ст. 1229 ГК РФ права запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которое выполняет «негативную» функцию[9].

Представлена в научной литературе и такая точка зрения, согласно которой в исключительном праве запрет играет главенствующую роль по отношению к другим правомочиям. Так, А.С. Фалалеев указывает на то, что основное назначение «исключительного права» – «исключительность» – это запрет третьим лицам использовать охраняемые объекты[10]. А.С. Ворожевич указывает на то, что возможность субъекта запрещать коммерческое использование его ОИС выступает «конституирующим исключительное право правомочием»[11].

Буквальное толкование ст. 1229 ГК РФ фактически определяет исключительное право через триаду правомочий: использование, распоряжение, запрещение, из которых лишь распоряжение опосредуется сделками и потенциально может входить в сферу антимонопольного контроля.

Согласно ст. 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом. Однако при этом ГК РФ прямо предусматривает лишь две формы распоряжения исключительным правом: 1) путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или 2) путем предоставления другому лицу права использования соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор).

В некоторых источниках высказывается мнение о том, что отчуждение является формой лицензии на использование объекта интеллектуальной собственности[12]. Тем не менее в терминологии Гражданского кодекса, отчуждение и лицензия – это разные формы распоряжения.

Согласно ст. 1234 ГК РФ по договору об отчуждении исключительного права одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в полном объеме другой стороне (приобретателю).

Предметом лицензионного договора в соответствии со ст. 1234 ГК РФ является предоставление правообладателем другой стороне (лицензиату) права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в предусмотренных договором пределах.

5 Федеральный закон от 09.10.2002 № 122-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

6 Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система: сб. статей. М., 2005. С. 37.

7 Зимин В.А. Правовая природа интеллектуальных прав по законодательству Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 120–121.

8 Близнец И.А., Леонтьев К.Б. Авторское право и смежные права: учебник / под ред. И.А. Близнеца. М.: Проспект, 2010. С. 56.

9 Еременко В.И. Об имущественных правах на произведения науки, литературы и искусства // Адвокат. 2010. № 9. С. 64–65.

10 Фалалеев А.С. Распоряжение исключительном правом автора на произведение: дис. … канд. юрид. наук. М., 2013. С. 14.

11 Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя: дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 76.

12 Фалалеев А.С. Распоряжение исключительным правом автора на произведение: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2013. С. 10–11.

Распоряжение исключительным правом может оформляться как договором отчуждения исключительного права или лицензионным договором, так иными договорами.

Однако в любом случае, такие договоры опосредуют либо переход исключительного права на объект интеллектуальной собственности, либо предоставление права использования этого объекта.

Вместе с тем проведенный анализ требует сделать неутешительный вывод о том, что терминология Закона о защите конкуренции не соответствует терминологии ГК РФ в части, касающейся интеллектуальной собственности: закон обязывает получать согласие на предоставление в собственность, пользование или во владение, в то время как распоряжение исключительным правом происходит путем его отчуждения либо путем передачи права использовать объект интеллектуальной собственности.

Оценка стоимости передаваемых активов

Согласно п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции согласие требуется, если балансовая стоимость имущества и нематериальных активов, передаваемых по договору, составляет более 20% суммарной балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов организации.

Следует отметить, что указанные величины определяются по последнему балансу, который был представлен в налоговый орган, аналогично тому, как определяется балансовая стоимость активов. Если с момента представления в налоговый орган баланса изменилась оценка основных производственных средств или нематериальных активов, либо стороны иначе определили их стоимость в договоре, для целей применения п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, все равно следует руководствоваться последним балансом, который был представлен в налоговый орган.

Следует также иметь в виду, что закон приравнивает к одномоментному приобретению основных производственных средств и нематериальных активов их приобретение «по частям», в результате нескольких взаимосвязанных сделок. В последнем случае необходимость получения согласия антимонопольного органа наступает начиная со сделки, в результате которой балансовая стоимость приобретенных активов начнет превышать 20 %. То есть лицо может приобрести 20 % активов без получения согласия антимонопольного органа, однако все последующие сделки, отвечающие критерию взаимосвязанности, требуется согласовывать с антимонопольным органом.

Если же приобретатель на момент сделки на законном основании уже приобрел более чем 80 % основных производственных средств и нематериальных активов продавца, то оставшееся имущество и нематериальные активы он может приобрести без получения согласия ФАС России до той поры, пока в налоговые органы не будет представлен новый баланс, и не изменится суммарная балансовая стоимость основных производственных средств и нематериальных активов организации.

В качестве критериев взаимосвязанности сделок ФАС России рассматривает[13]:

- сделки совершаются одновременно либо период времени между сделками незначителен;
- каждая сделка направлена на достижение одного результата или преследует одну и туже цель;
- сделки заключены в отношении однородного имущества либо имущества разнородного, но предполагающего его использование по одному назначению;
- приобретателем прав по сделкам является один и тот же хозяйствующий субъект (группа лиц);
- лицом, которое отчуждает права или передает права на имущество по сделкам, является один и тот же хозяйствующий субъект;
- один и тот же предмет сделок;
- сделки являются однотипными.

Следует обратить внимание, что в целях применения п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции балансовая стоимость приобретаемых объектов сопоставляется не с балансовой стоимостью активов (которая определяется как количественный критерий), а со стоимостью лишь той части активов, которые учтены в качестве основных производственных средств и нематериальных активов в соответствии с ПБУ 6/01 и ПБУ 14/2007, включая стоимость земельных участков и не имеющих промышленного назначения зданий, строений, сооружений, помещений и частей помещений, объектов незавершенного строительства.

Определение места нахождения основных производственных средств и нематериальных активов

Как уже упоминалось, под антимонопольный контроль попадают сделки в отношении основных производственных средств и нематериальных активов, которые находятся на территории Российской Федерации.

Определить место нахождения основных производственных средств, как представляется, не составляет труда – это место их фактического расположения как материальных объектов.

Но как определить место нахождения нематериальных активов, например, произведений литературы? Не книги, которая является экземпляром произведения и объектом вещного права, а именно самого произведения как объекта нематериального.

Нематериальные активы, будучи лишенными материального воплощения, не могут в принципе определяться с точки зрения нахождения в пространстве. Поэтому, представляется, что в данном случае корректным было бы исходить из того, действует ли исключительное право на соответствующий объект в России или нет.

13 См. разъяснение ФАС России от 02.06.2010 // URL: https://fas.gov.ru/documents/575939 (дата обращения: 19.11.2019).

С учетом изложенного следует сделать вывод о том, что в текущей редакции Закона о защите конкуренции корректное применение п. 7 ч. 1 ст. 28 к сделкам по приобретению нематериальных активов затруднено.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Аникин А. С. Содержание и осуществление исключительных прав: дис. … канд. юрид. наук. М., 2008.

2. Близнец И.А., Леонтьев К.Б. Авторское право и смежные права: учебник / под ред. И.А. Близнеца. М.: Проспект, 2010.

3. Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя: дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2015.

4. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система: сб. статей. М., 2005.

5. Еременко В.И. Об имущественных правах на произведения науки, литературы и искусства // Адвокат. 2010. № 9.

6. Зимин В.А. Правовая природа интеллектуальных прав по законодательству Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2015.

7. Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967.

8. Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе: учеб. пос. / под. ред. М.А. Кусаинова, А.Г. Сушкевича, А.М. Джумабаевой, В.В. Савченко, А.А. Акопян. М., 2019.

9. Конкурентное право России: учебник / под ред. И.Ю. Артемьева, С.А. Пузыревского, А.Г. Сушкевича. М., 2014.

10. Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации. Курс лекций. М., 2010.

11. Фалалеев А.С. Распоряжение исключительном правом автора на произведение: дис. … канд. юрид. наук. М., 2013.

Серегин Д.И. Особенности контроля экономической концентрации при приобретении основных производственных средств и нематериальных активов

Dmitry I. Seregin Features of Merger Control Through Acquisition of Fixed Assets and Intangible Assets