Российская Федерация¹
Круглый стол на тему «Стартапы, убийственные
поглощения и контроль за слияниями»
Комитет по конкуренции ОЭСР
11 июня 2020 года

Введение

Адаптация контроля за экономической концентрацией к новым экономическим реалиям на протяжении уже нескольких лет является первостепенной задачей многих антимонопольных органов, в том числе и ФАС России. Вызовы, связанные с глобализацией торговли, цифровизацией экономики, появлением все большего числа «прорывных» инноваций, ставят перед конкурентными ведомствами задачи пересмотра существующих инструментов контроля слияний.

Появление на рынке стартапов, предлагающих инновационные разработки и готовых в краткосрочной перспективе изменять архитектуру рынков, являются серьезным вызовом для крупных игроков, которые, совершенно справедливо, не хотят терять свою рыночную власть. Одним из решений данной проблемы является поглощение таких стартапов с умысленной целью прекращения их деятельности, другими словами, их «убийства». Данные практики становятся все более распространенными в таких секторах экономики, как информационные технологии, фармацевтика, биоинженерия, продовольствие и т.д. Антиконтурентная природа подобных сделок очевидна: они тормозят инновационное развитие отраслей, усиливают позиции доминирующих компаний, увеличивают экономическую концентрацию на соответствующем рынке.

Вместе с этим, такие сделки часто не попадают «в поле зрения» антимонопольных органов, поскольку не соответствуют «пороговым» критериям осуществления государственного контроля за экономической концентрацией. Изменение подходов к рассмотрению подобных сделок является насущной задачей.

Решение данной задачи видится еще более актуальным в связи с распространением новой коронавирусной инфекции COVID-19, которая, уже очевидно, существенным образом изменит архитектуру рынков. Недопущение повышения концентрации рынков и стимулирование их инновационного развития через отслеживание и блокирование «убийственных» поглощений, а

¹ Доклад подготовлен ФАС России совместно с Центром по конкурентному законодательству и политике БРИКС (The BRICS Competition Law and Policy Centre (BRICS Competition Centre))

также выставление эффективных условий совершения сделки могут стать важными мерами вывода национальных экономик из кризиса.

Законодательные аспекты контроля за слияниями

Государственному контролю за экономической концентрацией посвящена глава 7 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), в которой содержатся положения о сделках и действиях, приводящих к экономической концентрации на товарном рынке, которые подлежат контролю со стороны антимонопольных органов.

В соответствии со статьей 26 Закона о защите конкуренции «государственному контролю подлежат сделки, иные действия в отношении активов российских финансовых организаций и находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов либо в отношении голосующих акций (долей), прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций, а также иностранных лиц и (или) организаций, осуществляющих поставки товаров на территорию Российской Федерации в сумме более чем один миллиард рублей в течение года, предшествующего дате осуществления сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю».

Так, предварительное согласование сделок экономической концентрации необходимо, если: а) суммарная стоимость активов коммерческих организаций, участвующих в слиянии или присоединении (и участников их групп лиц), по последним балансам превышает 7 млрд руб., либо б) суммарная выручка указанных лиц от реализации товаров за календарный год, предшествующий году слияния (присоединения), превышает 10 млрд руб. Данное правило, однако, не распространяется на сделки, совершаемые одной группой лиц (например, сделки между основным и дочерним обществами; слияние хозяйственных обществ, более чем 50 % акций (долей) которых имеет право прямо или косвенно распоряжаться контролирующее лицо (участник группы)).

При принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией антимонопольный орган обязан провести анализ состояния конкуренции в соответствии с порядком, установленным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» и принять решение в соответствии с этими правилами. Стоит, отметить, что ФАС России анализирует состояние конкуренции не только на рынке, где происходит слияние/поглощение, но и на смежных рынках.

При принятии решения об одобрении той или иной сделки экономической концентрации ФАС России, с одной стороны, исходит из влияния конкретной

сделки на конкуренцию на данном рынке, а с другой стороны, учитывает возможные положительные эффекты на экономику, даже при негативном влиянии на конкуренцию.

При рассмотрении сделок экономической концентрации ФАС России использует современные динамические подходы, при которых анализируются последствия для рынков и потребителей, а не просто «арифметические» подходы, подразумевающие простое суммирование долей компаний.

В настоящее время ФАС России совместно с Ассоциацией антимонопольных экспертов работает над рекомендациями по рассмотрению сделок слияний и поглощений.

Новый подход ФАС России к оценке сделок экономической концентрации

В 2017 году ФАС России в рамках контроля экономической концентрации рассмотрела две знаковые сделки: приобретение компанией Bayer AG более 50% голосующих акций компании Monsanto; заключение соглашения о совместной деятельности на территории Российской Федерации между компаниями «Яндекс» и «Убер Интернэшнл».

Поглощение Bayer/Monsanto стало одной из первых сделок, в отношении которой ФАС России применила новый подход к оценке сделок экономической концентрации.

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.)² и окончательное одобрение слияния (20 апреля 2018 г.)³.

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

² <https://fas.gov.ru/news/23533>

³ <https://fas.gov.ru/news/24815>

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 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.

ФАС России провела рыночный анализ факторов сельскохозяйственного производства, относящихся к сделке, включая интегрированные агротехнологические решения для развивающихся рынков, которые были недавно сформированы в процессе текущих системных технологических и бизнес преобразований в сельскохозяйственном секторе.

Все эти рынки были проанализированы ФАС России в контексте усиливающейся глобализации мировой экономики и интеграции сельскохозяйственного производства в глобальные производственно-сбытовые цепочки. Это потребовало от ФАС России оценки не только «горизонтальных» отношений между конкурентами рынка, но и «вертикальных» взаимодействий между различными сегментами глобальных цепочек добавленной стоимости продуктов питания.

В контексте ускорения темпов инноваций в агротехнологическом секторе ФАС России оценила не только доли рынка сливающихся сторон, но и наиболее вероятные сценарии рыночных преобразований, включая изменения их конкурентной структуры и динамики в краткосрочной и среднесрочной перспективе.

Эти изменения вызваны продолжающимся системным сдвигом на рынках агротехнологий, который требует от компаний, если они хотят быть конкурентоспособными на мировом рынке, предоставлять комплексные решения для фермеров, которые включают в себя целевые решения по защите урожая, а также цифровые решения на основе анализ больших данных (в отношении почвы, климата и других агрономических параметров), собранных и обработанных на цифровых фермерских платформах.

Кроме того, в связи с высокой степенью глобализации российского сельскохозяйственного производства как с точки зрения экспорта сельскохозяйственной продукции, так и импорта факторов производства, вышеуказанные глобальные системные преобразования в сельскохозяйственном секторе передаются на российский рынок.

При оценке влияния сделки на конкуренцию на российском рынке ФАС России исходила из того, что объединенная компания обладает значительными возможностями, включая большие генетические данные; новейшие технологии ускоренной генетической селекции, позволяющие разрабатывать биотехнологические семена с прогнозируемыми характеристиками, не подверженными регуляторным ограничениям, нацеленные на контроль выращивания генетически модифицированных организмов; а также большие данные и алгоритмы для цифрового фермерства.

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 технологий⁴.

В случае, если бы ФАС России согласилась с предложенным участниками сделки «арифметическим» подходом, предполагающим суммирование долей компаний, антимонопольная служба была бы вынуждена согласовать эту глобальную сделку без выставления каких-либо условий, поскольку совокупные доли объединенной компании на релевантных рынках семян и средств защиты растений не превышали значений, установленных антимонопольным законодательством.

⁴ <https://fas.gov.ru/news/27312>

Впоследствии ФАС России применила новый подход к контролю сделок экономической концентрации и на рынках информационных технологий. В качестве примеров можно привести контроль сделок слияния Yandex.Taxi/Uber⁵ и Mail.Ru/Megafon⁶.

В первом случае ФАС России был проведен анализ рынка услуг по оказанию информационного взаимодействия пассажиров и водителей такси (рынок агрегаторов такси), а также ряд встреч с участниками российских рынков агрегаторов такси и таксомоторных перевозок.

Опрос участников рынка показал, что административные барьеры входа на рынок характеризуются как легкопреодолимые.

Учитывая, что рынок агрегаторов такси является достаточно молодым, на данном рынке происходят существенные изменения и модернизация, ФАС России пришла к выводу о том, что на данном рынке на текущий момент отсутствуют организации, которые бы занимали доминирующее положение, однако у Yandex, Uber присутствуют признаки доминирования, которое может возникнуть в будущем.

С целью улучшения условий для развития конкуренции на рынке агрегаторов такси, а также смежных рынков, ФАС России выдала предписание Yandex, Uber и их создаваемому совместному предприятию осуществить действия, направленные на оптимизацию взаимоотношений между агрегаторами, водителями такси и пассажирами. В частности, компаниям предписано обеспечить максимально полное и доступное информирование пользователей о юридическом лице, осуществляющем перевозку с сохранением истории поездок; не устанавливать запрет для партнеров, водителей и пассажиров на работу с иными агрегаторами услуг такси.

В рамках рассмотрения слияния ФАС России проводила консультации с конкурентными ведомствами Казахстана и Белоруссии на основании вейверов, полученных от компаний.

В рамках рассмотрения другой сделки на цифровых рынках – сделки слияния Mail.Ru/Megafon – ФАС России, в числе прочего, высказывала опасения о возможности получения объединенной компанией конкурентных преимуществ в результате слияния больших массивов данных. После проведения дополнительного анализа было установлено, что наборы больших данных компаний являются во многом пересекающимися. Кроме того,

⁵ <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=52562>

⁶ Решение ФАС России по результатам рассмотрения ходатайства ПАО «Мегафон» и ООО «Мейл.Ру Групп» от 31.03.2017. <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ag-6623-17/>

подобные наборы данных доступны и другим игрокам данного рынка. ФАС России одобрила данную сделку.

Таким образом, в последние годы в практике контроля экономической концентрации ФАС России наблюдаются серьезные позитивные сдвиги: антимонопольный орган акцентирует свое внимание на особенностях развития конкуренции, когда деятельность хозяйствующих субъектов связана с инновациями и высокими технологиями.

Угроза «убийственных поглощений» для российских рынков

Под «убийственными поглощениями» понимается поглощение недавно возникшего или потенциального конкурента с целью пресечь конкуренцию или появление на рынке прорывной технологии, способной изменить траекторию технологического развития отрасли. Согласно широко известному и активно обсуждаемому исследованию фармацевтических рынков⁷ не менее 6% сделок в отношении био- и фарма-стартапов являются «убийственными поглощениями». У стартапа в данной отрасли гораздо меньше шансов вывести свой продукт на рынок, если его разработка пересекается с теми, которые имеются в продуктовых портфелях или пайплайнах крупных фармацевтических компаний – последние просто не дадут возможность малой компании довести потенциально конкурирующий препарат до этапа массового производства и коммерциализации. Инновационная разработка будет либо отложена в долгий ящик, либо появится на рынке, но уже под брендом компании-приобретателя. Высокая степень монополизации отрасли и патентная «броня» способствуют применению стратегии «убийственных поглощений». Это, в свою очередь, подрывает перспективы технологического развития отрасли, в том числе снижает объем инвестиций в R&D и количество новых исследований.

Несмотря на то, что гипотеза «убийственных поглощений» эмпирически была подтверждена на отдельно взятом рынке – фармацевтическом, есть все основания предполагать ее применимость к другим высокотехнологичным отраслям. Как будет показано далее, в России отмечается устойчивая тенденция повышения венчурной активности, особенно в течение трех предшествующих лет, что поощряется институтами развития, финансируемыми государством (включая акселераторы и институциональные фонды венчурных инвестиций). При дальнейшем развитии инновационной активности стартапов российские рынки также могут столкнуться со стратегией «убийственных поглощений», в особенности со стороны цифровых

⁷ Cunningham, Colleen and Ederer, Florian and Ma, Song, Killer Acquisitions (12 September 2018, revised on April 19, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3241707>

и фармацевтических гигантов. Антимонопольное регулирование способно предложить механизмы противодействия указанной стратегии. Условием эффективности данных механизмов является модификация подхода к анализу сделок по экономической концентрации, фокус которого должен быть смещен в сторону оценки влияния сделки на технологическое развитие и инновации в отрасли.

Венчурный рынок и сделки со стартапами

Российский венчурный рынок демонстрировал устойчивую положительную динамику на горизонте с 2016 по 2019 год. Общий объем венчурной экосистемы России в 2018 году составил 662 млн долларов США, что на 61% больше, чем годом ранее. По итогам первого полугодия 2019 года рынок продемонстрировал двукратный рост по сравнению с первой половиной 2018 года, составив 348 млн долларов США⁸.

Рынок венчурных сделок за прошедший год показал как увеличение количества сделок (129 сделок в первом полугодии 2019 года против 87 сделок за тот же период 2018 года), так и более чем двукратный рост среднего размера сделки – 3,1 млн долларов США в первой половине 2019 года по сравнению с 1,5 млн долларов США в первом полугодии 2018 года⁹.

Основу венчурной экосистемы по-прежнему составляют сделки с компаниями из IT-сферы. Также интересны инвесторам стартапы, занимающиеся развитием био- и промышленных технологий, медицины, различные онлайн-платформы.

Вместе с тем сделки в отношении стартапов (в том числе так называемые выходы из инвестиций, при которых инвестор продает свою долю другому частному или институциональному инвестору либо крупному игроку на соответствующем рынке), как правило, не подлежат антимонопольному контролю. Одним из условий согласования сделки с антимонопольным органом, согласно российскому праву, является достижение пороговых значений стоимости активов компании-объекта сделки (стартапа) и ее группы лиц - сумма их активов должна превышать 400 млн рублей (что эквивалентно приблизительно 5,4 млн долларов США по текущему курсу). Это условие является обязательным наряду с другим пороговым значением - суммарной стоимостью активов не менее 7 млрд рублей приобретателя (и его группы лиц) и приобретаемого стартапа (и его группы лиц) или не менее 10 млрд рублей их суммарной выручки от реализации товаров за предшествующий сделке календарный год. Очевидно, что далеко не все стартапы имеют активы на

⁸ АО «РВК», РвС. «MoneyTree: навигатор венчурного рынка» за 2018 и первую половину 2019 года. С. 3, URL: https://www.rvc.ru/upload/iblock/003/MoneyTree_2019_rus.pdf

⁹ Там же. С. 5

сумму 400 млн рублей, даже с учетом активов всей группы лиц, в которую входит стартап, что вполне закономерно для компаний на ранних стадиях развития.

Вместе с тем сами сделки в отношении стартапов (особенно выходы из инвестиций, в которых стартап приобретает крупным игроком соответствующего рынка) способны существенно повлиять как на состояние конкуренции (в некоторых случаях - в отложенной перспективе), так и, что не менее важно, на траекторию технологического развития соответствующей отрасли.

В качестве примера можно привести следующую сделку: в октябре 2018 года компания «Яндекс.Такси» приобрела долю в размере 83,3% в сервисе по доставке наборов продуктов для приготовления блюд «Партия еды». Сумма сделки составила 13 млн долларов США. В течение года был завершён второй этап сделки и доля «Яндекс.Такси» в стартапе была доведена до 100% (сумма второго этапа сделки не раскрывалась). Сервис был переименован в «Яндекс.Шеф». Нужно отметить, что направление фудтех является перспективным для российского рынка: по прогнозам экспертов его объём к концу 2020 года превысит 170 млрд рублей¹⁰. На момент совершения сделки в российском сегменте доставки продуктовых наборов работали четыре крупных игрока: «Партия еды», «Шефмаркет», «Ужин дома» и Elementaree. Использование сильного зонтичного бренда «Яндекс», а также возможностей для маркетинга и логистических мощностей технологического гиганта с большой вероятностью усилит позиции сервиса «Яндекс.Шеф» в сегменте, в котором на текущий момент по-прежнему действует очень небольшое количество игроков. Более того, ожидания рынка о дальнейших поглощениях Яндексом стартапов в сегменте фудтех дают основания предположить, что компания намерена повторить в данном секторе свою стратегию экспансии на рынке сервиса вызова такси.

Другой пример - влияние поглощения стартапов на технологическое развитие - особенно характерен для высокотехнологичных отраслей, таких как биотехнологии, фармацевтика и геномная инженерия. Так, на мировом рынке инновационной биофармацевтики отмечаются две взаимодополняющие тенденции. С одной стороны, компании «Большой фармы» все чаще применяют стратегию build-to-buy, то есть инвестируют в перспективные, с точки зрения продуктового портфеля конкретной компании, научные идеи на ранних стадиях и впоследствии выкупают стартап. С другой стороны, стартапы с инновационными решениями все чаще становятся объектами поглощения «Большой фармой» из-за опасения последней, что прорывные

¹⁰ <https://www.kommersant.ru/doc/4250069>

технологии представляют угрозу для сложившейся в индустрии рентной модели. Таким образом, «убийственные поглощения» все чаще совершаются не в целях борьбы с конкуренцией на рынках, а для борьбы с новаторскими решениями, потенциально опасными для устоявшихся бизнес-моделей. Российский рынок биофармацевтики в настоящее время растет в основном за счет внутрикорпоративных R&D локальных отделений «Большой фармы», в меньшей степени – по модели венчурного инвестирования, но в будущем можно ожидать, что и в России будет распространена модель build-to-buy и «убийственных поглощений».

Все эти явления свидетельствуют в пользу необходимости пересмотра традиционных подходов к антимонопольному контролю сделок на высокотехнологичных рынках. Оценка влияния сделки на инновационное развитие отрасли также должна стать задачей органа, осуществляющего антимонопольный контроль. В качестве вспомогательных объективных критериев для такого контроля может стать, например, цена сделки.

Поправки в Закон о защите конкуренции в части контроля экономической концентрации

ФАС России в полной мере осознает необходимость адаптации антимонопольного регулирования к меняющимся экономическим реалиям. В условиях функционирования современных цифровых рынков должны измениться и подходы к контролю за экономической концентрацией, поскольку традиционные критерии, основанные на сумме выручки участников сделки и величине их активов, не могут отражать реального влияния сделки на экономические условия.

К настоящему моменту ФАС России подготовила комплексный проект поправок в российское антимонопольное законодательство, который, следуя сложившейся традиции, называется “пятым антимонопольным пакетом”. “Пятый антимонопольный пакет” в большей мере посвящен внедрению в антимонопольное законодательство инструментов и механизмов регулирования цифровых рынков.

Большой блок поправок касается контроля за экономической концентрацией. Среди предлагаемых новелл “пятого антимонопольного пакета” можно выделить следующие:

- внедрение нового критерия предварительного согласования сделок – объем сделки превышает 7 млрд рублей;
- обеспечение максимальной открытости информации о рассмотрении ходатайств;

- внедрение института доверенного лица (Trustee) для выполнения функций мониторинга исполнения предписания;
- увеличение сроков рассмотрения сделки экономической концентрации до 9 месяцев (в настоящий момент предельный срок составляет 3 месяца);
- определение дополнительных последствий неисполнения предписания антимонопольного органа, в случае, если оно приводит или может привести к ограничению конкуренции: право антимонопольного органа обратиться в суд с иском о разрешении использования на территории Российской Федерации результатов интеллектуальной деятельности, если выданное предписание было связано с осуществлением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности; право антимонопольного органа обратиться в суд с требованием о запрете (ограничении) оборота на территории Российской Федерации товаров, произведенных с использованием результатов интеллектуальной деятельности, лицом, которому было выдано предписание.

Принятие “пятого антимонопольного пакета” позволит ФАС России усовершенствовать свою правоприменительную практику при осуществлении контроля за экономической концентрацией на цифровых рынках. Данные поправки позволят ввести в поле антимонопольного контроля сделки, осуществляемые на цифровых рынках, в том числе и “убийственные” поглощения стартапов крупными корпорациями.