



Международная конкурентная сеть

Рабочая группа по слияниям – Подгруппа по уведомлению и процедуре

**Определение сделок по "слиянию компаний"
в целях антимонопольного контроля слияний**

6 Ежегодная конференция МКС

Москва, Россия

Май-июнь, 2007 г.

I. Введение

Рекомендованные Практики уведомления и контроля слияний МКС ("Рекомендованные практики")¹ содержат значимые методические рекомендации в части взаимодействия юрисдикций и порогов уведомления для определения сделок, которые являются должным объектом требований по уведомлению и контролю слияний. Поскольку это связано с основополагающими принципами, режим контроля слияния должен также определять тип сделок, которые потенциально подлежат уведомлению в качестве "слияний"². Хотя вопросы определения сделок по "слияниям", подлежащих антимонопольному контролю напрямую не рассматриваются в Рекомендованных практиках, это важнейшая проблема с точки зрения правоприменительной политики и фундаментальный вопрос в аспекте прозрачности процесса контроля слияний, как изложено в Рекомендованных практиках (раздел VIII (B), комментарий 1). В то время как точные технические термины могут различаться согласно применимому местному законодательству, наиважнейшие цели определения "рассматриваемых сделок" состоят в том, чтобы охватить те сделки, которые предполагают уведомление и контроль как "слияния" согласно применимым материальным нормам законодательства по слияниям, и, в то же самое время, обеспечить ясные и понятные стандарты, которые позволяют сторонам слияния с готовностью установить их обязательства в части подачи уведомления.

¹ The ICN's Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures

² В настоящем документе термин «слияние» направлен на обозначение различных типов приобретений и объединения предприятий, которые рассматриваются в целях контроля слияний как «подлежащие (антимонопольному) контролю»

II. Общие Принципы

Как общие принципы, законы и регламенты по контролю слияний направлены на корпоративные сделки, в которых два или более ранее независимых экономических предприятия объединены некоторым способом, который предполагает длительное изменение их организационной структур или структуры собственности одного и более из вовлеченных предприятий³. Типы подлежащих контролю корпоративных сделок, как правило, включают в себя некоторую форму слияния между двумя или более ранее независимыми предприятиями, посредством приобретения контроля или некоторой степени влияния одним предприятием над всем другим предприятием или его частью, или посредством сочетания всех или части коммерческих операций двух или более предприятий, направленных на то, чтобы создать новое коммерческое предприятие (например, укрупнения, объединения и создание совместных предприятий).

Степень экономической интеграции между сторонами и продолжительность отношений (оба критерия включены в понятие “длительного структурного изменения” в соответствии с Регламентом по слияниям ЕС), часто используются, чтобы отличить сделки "слияния" подлежащие контролю от совместной коммерческой деятельности, которая обычно является предметом контроля со стороны законов о конкуренции, направленных прежде всего на антиконкурентные соглашения между независимыми предприятиями, таких как Раздел 1 антитрестовского Закона Шермана в Соединенных Штатах и Статьи 81

сделки, в противоположность специфическим структурированным сделкам, подпадающим под применимое законодательство о предпринимательской деятельности

³ Поскольку потенциальные проблемы конкурентной среды как правило ограничены некоторыми формами объединения ранее независимых экономических единиц, структурные преобразования и реорганизации, происходящие в рамках одной группы лиц (например реструктуризация двух полностью контролируемых дочерних предприятий их общей

Соглашения о создании ЕС. Подлежащие контролю корпоративные сделки называют "сделками, приводящими к повышению экономической концентрации"⁴ в соответствии с Регламентом по слияниям ЕС и немецким Актом против ограничений конкуренции. В Великобритании, такие сделки именуются как "уместная ситуация слияния", в которой два или более предприятия "прекращают быть отдельными" согласно Акту о Предприятиях 2002 года.

Почти повсеместно режимы контроля слияния охватывают прямые приобретения одной компании другой, независимо от того структурирована ли сделка как приобретение 100 % акций продавца или 100 % активов продавца. Аналогичным образом режимы контроля слияния почти повсеместно охватывают приобретения акций или активов, не достигающих 100% порога в тех случаях, когда сделка в конечном итоге связана с приобретением "контроля" над коммерческим предприятием. Подлежащие контролю сделки могут включать как приобретение "единоличного контроля" одной фирмой над другой, так и приобретение "совместного контроля" фирмы со стороны двух или более компаний⁵. Законодательство многих юрисдикций также охватывает приобретения акций, которые хотя и не связаны с приобретением контрольного пакета акций, однако дают приобретающей компании потенциальную способность оказывать некоторую степень влияния на приобретаемую компанию.

Ниже изложена общая информация о том, каким образом в различных юрисдикциях решаются эти проблемы посредством определения тех типов корпоративных сделок, которые могут быть предметом контроля слияний. Хотя

материнской компанией или же двух подразделений одной и той же компании) как правило не подлежат антимонопольному контролю

⁴ в оригинале "concentrations" (прим. пер.)

⁵ «Совместный контроль» может иметь место, например, в тех случаях, когда сделка приводит к разделению акционерного капитала по принципу 50/50, при котором необходимо взаимное согласие для управленческих решений или же когда одна из сторон способна реализовать право вето в отношении предлагаемых действий. Сделки, которые предполагают переход от «совместного контроля» к «единоличному контролю» (или наоборот) могут также быть

специфическая терминология может различаться в разрезе законов о предпринимательской деятельности конкретной юрисдикции, представленная ниже информация сгруппирована в рамках трех разделов, которые соответствуют главным категориям подлежащих антимонопольному контролю сделок: приобретения акций, приобретения активов и совместные предприятия. Репрезентативные примеры законодательных и регулятивных подходов к этим проблемам в различных юрисдикциях приведены в Приложениях для получения дополнительной справочной информации.

III. Типы подлежащих контролю сделок по "слияниям"

A. Приобретения Акции

Приобретения акций (или других типов долевого участия в капитале и доходах компании, таких как проценты от участия в товариществе или компании с ограниченной ответственностью (LLC)) по общему правилу рассматриваются как "слияния" в целях контроля слияния в тех случаях, когда они предполагают приобретение "контроля" над объектом сделки. Таким образом, например, сделка, подлежащая контролю, возникает в тех случаях, когда покупатель получает контрольный пакет акций или долевого участия в целевом предприятии, который позволяет осуществлять "решающее влияние" в отношении ее деловых операций. Презумпционно приобретение "контроля" возникает в тех случаях, когда покупатель приобретает большинство акций целевой компании, такой, что покупатель получает права голоса, которые позволяют ему контролировать совет директоров целевой компании, менеджмент и/или осуществлять руководство коммерческой деятельностью компании. В ЕС квалифицированное изменение в

причиной перехода действий по установлению контроля в разряд подпадающих под антимонопольный контроль экономической концентрации

"контроле" может также быть связано с приобретением пакета акций, не обеспечивающих напрямую большинства, в тех случаях, когда такое акционерное или долевое участие тем не менее позволило бы покупателю - одному или вместе с другими акционерами - блокировать принятие стратегических решений, например, через осуществление прав вето, или других мер, которые позволяют покупателю *де факто* иметь решающее влияние на деятельность целевой компании.

Многие режимы контроля слияний также охватывают приобретения, которые не предполагают получение прямого большинства акций целевой компании, но при которых компания-покупатель может, однако, иметь потенциальную способность оказывать существенное влияние на деятельность компании. Во многих юрисдикциях, релевантное законодательство устанавливает определенные процентные показатели, которые обуславливают обязательность уведомления. В Японии, например, в ряде случаев уведомления требуются для приобретений пакетов акций превышающих 10 %, 25% или 50%. По канадским правилам уведомление требуется для приобретений более чем 20 % акций государственных компаний или более чем 35 % акций частных компаний.

Вместо того чтобы использовать критерии, основанные исключительно на процентной величине пакета акций, другие юрисдикции следуют подходу, основанному на дополнительной оценке того, могут ли миноритарные пакеты привести к "способности влиять" на квалифицирующем уровне. В Германии, например, Акт против ограничений конкуренции не только требует уведомления о любом приобретении 25 % или большего количества долей в капитале или прав голоса другого предприятия, но также и приобретений долей ниже указанного 25%-ого порога постольку, поскольку сделка позволяет покупателю осуществить "существенное с точки зрения конкуренции влияние" на целевую компанию. Точно также Методические рекомендации Офиса по справедливой торговле Великобритании по данному вопросу говорят о том, что приобретения

миноритарных пакетов акций в размере от 10 % до 15 % могут являться предметом контроля слияний до той степени, до которой такой пакет акций может давать возможность осуществления "материального влияния" на целевую компанию. Факторы, которые Офис по справедливой торговле принимает во внимание при определении данного обстоятельства, включают, в том числе, то, получает ли миноритарный акционер специальные права голоса или права вето, свое представительство в управляющих органах компании и/или финансовую взаимозависимость. Приобретение миноритарных долей также предполагает подачу уведомления в конкурентное ведомство в Южной Африке, если соглашение акционера (или другие подобные соглашения) наделяет покупателя способностью "существенно влиять" на деятельность целевой компании.

Законодательство Соединенных Штатов по общему правилу предполагает предварительное уведомление о любом приобретении акций, стоимость которого составляет более 59.8 миллионов долларов (ежегодно корректируется с учетом инфляции), независимо от итогового размера пакета акций. Приобретения миноритарных долей в размере 10 % или менее (15 % или менее для некоторых институциональных инвесторов, например банков и инвестиционных компаний) освобождены согласно Закону Харта-Скотта-Родио из-под действия требования об уведомлении, если приобретение осуществляется "исключительно в целях инвестиций" (то есть, имеют место т.н. пассивные инвестиции, при которых покупатель не имеет никакого намерения пытаться влиять на корпоративные дела целевой компании). Приобретения акции страховщиками ценных бумаг (андеррайтерами) "в обычном курсе" их бизнеса также освобождены из под действия уведомительных требований Закона Харта-Скотта-Родио независимо от ценности сделки.

Другие юрисдикции также устанавливают специальные правила в отношении приобретения акций финансовыми учреждениями в рамках "обычного

осуществления предпринимательской деятельности”. В ЕС приобретения ценных бумаг со стороны кредитных или финансовых учреждений с целью перепродажи в течение одного года в обычном курсе предпринимательской деятельности получают освобождение от требований уведомления, равно как и любая передача в полномочий по управлению компанией ликвидаторам в связи с процедурой банкротства. В Южноафриканской Республике законодательство также предусматривает освобождение для некоторых типов приобретений акции финансовыми учреждениями в контексте “обычного осуществления” финансовых операций.

В. Приобретения Актива

Сделки, в которых компания-покупатель приобретает все или наибольшую часть корпоративных активов компании-продавца, почти повсеместно рассматриваются как сделки, подлежащие контролю в целях контроля слияний. Законодательство многих юрисдикций также рассматривает как подлежащие контролю приобретения активов даже притом, что они не связаны со всеми или наибольшей частью активов компании-продавца. В этих случаях не вызывает сомнений, что имеет место факт изменения в структуре контроля активов. Скорее, релевантный вопрос здесь: имеют ли приобретенные активы достаточное экономическое значение для того, чтобы быть включенными в сферу контроля слияний. В соответствии с Регламентом по слияниям ЕС, например, приобретение активов будет рассматриваться как "как сделка, приводящая к экономической концентрации" в том случае, если эти активы составляют целое или часть юридического лица, которому может быть приписан определенный рыночный товарооборот. В Японии требуется уведомление о приобретениях активов, только если товарооборот, относящийся к приобретенным активам, превышает 1 миллиард иен.

Однако, как правило, не является необходимым с точки зрения правовой квалификации, чтобы приобретенные активы представляли фактически функционирующее предприятие или автономное коммерческое предприятие. Немецкий Акт против ограничений конкуренции, например, охватывает приобретения "существенной части активов другого предприятия", и сделка может квалифицироваться как сделка, приводящая к экономической концентрации, несмотря на факт, что приобретенные активы не составляют "существенную часть" активов компании-продавца в количественном отношении. Скорее, приобретения активов могут квалифицироваться как сделки, приводящие к экономической концентрации в соответствии с Актом против ограничений конкуренции, в тех

случаях, когда активы имеют самостоятельное значение в аспекте конкуренции в связи с производством или распределением на каком-либо релевантном рынке. Таким образом, например, сделки, подпадающие под антимонопольный контроль, могут включать приобретение единственного коммерческого предприятия (например, единственное розничное предприятие в цепочке производства продовольственных товаров), коммерческое предприятие, не образующее отдельного юридического лица (например, производственное подразделение), или права интеллектуальной собственности. Регламент по слияниям ЕС аналогично охватывает приобретения нематериальных активов (например, прав интеллектуальной собственности), если эти активы являются основой существующей экономической деятельности, которой может быть приписан рыночный товарооборот.

В Великобритании “релевантная ситуация слияния” возникает в тех случаях, когда “два или более предприятия прекращают быть различными организационными единицами”. Термин “предприятие” определяется как деятельность или часть деятельности “коммерческого предприятия”. Подлежащие контролю “предприятия” не обязательно должны быть отдельными юридическими лицами: сделка, подлежащая антимонопольному контролю, может возникнуть и в тех случаях, когда это предполагает передачу активов, достаточных для того, чтобы осуществлять предпринимательскую деятельность. Таким образом, в то время как приобретение бизнеса другим бизнесом как функционирующего предприятия неизбежно образует сделку, подлежащую контролю, предприятия могут также “прекратить быть различными организационно”, даже если только часть бизнеса продавца приобретена, при условии, что приобретенные активы включают те компоненты, которые необходимы, чтобы продолжить бизнес. Однако, приобретение активов само по себе не приводит к появлению

“предприятий, прекращающих различными организационно ”, если этот критерий минимальной “деловой деятельности” не соблюден.

В Соединенных Штатах, Закон Харта-Скотта-Родио и подзаконные нормы охватывают сделки по покупке активов в тех случаях, когда приобретаемые активы составляют более 50 миллионов долларов (цифра подвергается корректировке), но освобождают от контроля в форме уведомления различные категории приобретений активов, которые с большой долей вероятности не обладают значимостью с точки зрения конкурентной среды. Что также важно, приобретения активов “в рамках обычного ведения бизнеса” освобождены от контроля, и это выводит из-под действия режима контроля большинство приобретений новых товаров, текущих запасов и используемых товаров длительного использования. Приобретения “всех или большинства активов действующей организационной единицы” однако, исключены из определения сделок в рамках “обычного ведения бизнеса” и поэтому попадают под действие Закона Харта-Скотта-Родио, если преодолено пороговое значение в 50 миллионов долларов. Подобным же образом, приобретения некоторых недвижимых активов, таких как неразработанная земля, офисы или жилая собственность также освобождены от контроля согласно положениям Закона Харта-Скотта-Родио, поскольку государственные органы рассматривают такие сделки как действия, которые с крайне малой вероятностью могут повлиять на конкурентную среду. В Канаде некоторые приобретения финансовых активов, предпринятые в контексте финансовых операций, которые осуществляются в рамках обычной предпринимательской деятельности (то есть, сделки, связанные с секьюритизацией активов) также изъяты из-под действия контроля экономической концентрации в форме уведомления.

С. Совместные предприятия

Большинство режимов контроля слияния также включает в себя создание совместных предприятий как подлежащие контролю слияния. Учитывая довольно гибкое понятие того, что представляет собой "совместное предприятие", трудно делать обобщения в этой области. Как общее понятие, однако, совместные предприятия предполагают некоторое объединение ресурсов, направленное на то, чтобы создать новое коммерческое предприятие на более или менее постоянной основе. Квалифицирующие особенности совместных предприятий, подлежащих контролю - в противоположность простым совместным коммерческим операциям - включают экономическую интеграцию в части предпринимательской деятельности сторон (как, например, через внесение производительных активов во вновь создаваемое предприятие), устранение конкуренции между сторонами в области деятельности совместного предприятия, обусловленное внесением данных активов, и относительное постоянство объединенной деловой деятельности⁶.

В тех случаях, когда основные критерии удовлетворены, сделки по созданию совместного предприятия зачастую включаются в сферу действия применимых законодательных актов по контролю слияний со ссылкой на то обстоятельство, что создание совместного предприятия подлежащего контролю будет, как правило, сопряжено с передачей ценных бумаг или активов с правом голоса. Также это может осуществляться со ссылкой в отношении основополагающего совмещения ранее независимых коммерческих предприятий. Это также может быть реализовано посредством конкретного смыслового покрытия на уровне положений нормативных актов рассматриваемой юрисдикции.

В соответствии с правилами Закона Харта-Скотта-Родино, действующими в США, например, совместные предприятия охватываются режимом

⁶ Особенности взаимодействия в рамках совместных предприятий могут также являться предметом контроля в соответствующей юрисдикции в соответствии с конкурентным законодательством, которое направлено непосредственно на антиконкурентные соглашения; примером такого законодательства является Раздел 1 Акта против ограничений конкуренции Германии

антимонопольного контроля постольку поскольку одна или более из сторон совместного предприятия признается приобретающей активы или ценные бумаги с правом голоса, которые превышают оценочный порог в 50 миллионов долларов. Подобным же создание совместного предприятия подчинено требованиям режима уведомления слияний в Японии в тех случаях, когда это завершится приобретением акций новой компании или передачей активов родительских компаний новой компании, при условии соответствия пороговых значений, в целом применимых к приобретениям акций и активов соответственно.

В Великобритании создание совместного предприятия может подпадать под действие Акта о Предприятиях 2002 года в тех случаях, когда данная операция приводит к ситуации, в которой два или более предприятий “прекращают быть различными организационными единицами”. В ЕС совместные предприятия охватываются антимонопольным регулированием в соответствии с Регламентом по слияниям ЕС на основании общего определения “сделок, приводящих к усилению экономической концентрации”, которое включает сделки, предполагающие участие двух или более предприятий в создании автономного юридического лица, ведущего экономически значимую деятельность (также известного, как “полностью функциональное совместное предприятие”). Совместное предприятие должно представлять собой нечто большее, чем простое сотрудничество между компаниями. Скорее, чтобы рассматриваться как “сделка, приводящая к росту концентрации”, совместное предприятие должно образовать автономное юридическое лицо, ведущее экономическую деятельность, которое может на длительном основании действовать на рынке независимо от своих компаний-учредителей.

IV. Заключительные соображения

Темы, рассмотренные в Руководящих принципах и рекомендованных практиках уведомления и контроля слияний МКС, включают разработку процедур уведомления, которые будут способствовать:

- эффективному применению материальных норм законодательства по контролю слияний;
- эффективному распределению ресурсов правоохранительных (конкурентных) ведомств;
- четкому методическому руководству для сторон слияния по отношению к их обязанностям в части антимонопольного контроля экономической концентрации;
- а также предотвращению ненужных транзакционных издержек, связанных с процессом уведомления слияний.⁷

Достижение всех этих целей зачастую требует достижения сбалансированности могущих противоречить интересов. Эти самые цели - и потенциальные «точки напряженности» - являются также релевантными с точки зрения определения сделок по "слияниям", подлежащих контролю в соответствии с целями, установленными в законодательстве по контролю слияний.

Многие юрисдикции ввели в действие специальную правовые инструменты контроля слияний, которые отличны от правовых норм, регулирующих оценку конкурентного эффекта поведения предприятий в более широком ключе, для того, чтобы гарантировать что изменения в структуре собственности, могущие иметь последствия для общей ситуации на рынке, могут быть исследованы своевременно

⁷ С Руководящими принципами и рекомендованными практиками уведомления и контроля слияний МКС(The Guiding Principles Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures) можно ознакомиться в Интернете по адресу: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/publication/294>. В частности разделы Рекомендованных практик I (связь юрисдикций), II (пороговые значения) и VIII (транспарентность) могут быть полезными с точки зрения определения сделок по слияниям в целях антимонопольного контроля слияний

и быстро. Такие специфические правовые механизмы принудительного или добровольного характера облегчают применение права и могут увеличить уверенность в правовой стабильности и защищенности со стороны инвесторов. Однако, если категория сделок, которые потенциально могут быть квалифицированы как "слияния", требующие уведомления, определена слишком широко, в результате могут быть охвачены режимом контроля многие типы изменений в структуре собственности, которые вряд ли будут иметь ощутимое воздействие на конкуренцию. Таким образом, может возникнуть большее бремя на участников предпринимательской деятельности и конкурентные ведомства, чем представляется оправданным. При противоположной ситуации, определение "слияний компаний", являющееся слишком узким, может подразумевать, что в некоторых юрисдикциях сделки, которые вызывают потенциальные проблемы в аспекте конкуренции, нельзя оспорить или рассмотреть в административном порядке при слиянии компаний в соответствии с законодательством данной юрисдикции⁸. Юрисдикции, упомянутые выше должны проанализировать эти соображения с точки зрения юридического определения сделок по "слияниям", подлежащих контролю в соответствии с целями, которые установлены их законодательством по уведомлению и контролю слияний.

Очевидно что, сделки, посредством которых одно коммерческое предприятие приобретает контроль другого, или посредством которых два предварительно независимых предприятия как-либо иначе объединяют свои операции, должны рассматриваться как подлежащие контролю слияния компаний, в соответствии с общепринятой международной практикой. В то же самое время, определение, которое ограничено "изменением в управлении" посредством приобретения

⁸ IV Раздел Рекомендованных Практик, посвященный "Продолжительность осуществления процедур контроля", признает важность завершения рассмотрения слияний компаний в разумный и определяемый период времени. В противоположность этому, процедуры антимонопольного контроля в отношении слияний, которые не ограничены в

большинства акций компании, можно рассматривать в контексте приобретений долей в уставном капитале, так как это подпадает под приобретения миноритарных пакетов, которые, не давая прямого контроля, дают тем не менее приобретающей фирме способность влиять на управление и деятельность приобретаемой компании и таким образом затрагивать ее конкурентно значимое поведение.

В части приобретения активов главная проблема дефиниций- в противоположность приобретениям акций(долей) - связана не с "контролем" или "способностью влиять", а с тем, имеют ли приобретенные активы достаточное конкурентное значение для того, чтобы привести к ощутимой экономической концентрации на рынке. Это понятие часто включается в смысловой охват дефиниций посредством ссылки в части того, включают ли активы "предприятие" или коммерческую деятельность, которой может быть приписан товарооборот. Здесь вновь, однако, нужно иметь в виду, что определение, ограниченное приобретениями функционирующего коммерческого предприятия, (будучи четким) может быть не в состоянии охватить широкий диапазон сделок, обладающих потенциальным значением для конкуренции, то есть, например, связанных с передачей прав интеллектуальной собственности, таких как патенты и торговые марки.

В любом случае, определение подлежащих контролю сделок по "слиянию" должно обеспечить ясные и доступные для понимания стандарты, которые позволят сторонам слияния с готовностью исполнить их обязательства в части уведомления сделки. Относительно приобретений акции, объективные критерии, основанные на определенных процентных показателях пакета акций (например, 50 %, 25 %, 15 %) обладают преимуществом обеспечения ясного и однозначного руководства сторонам слияния. С другой стороны, как признали многие

части своей продолжительности, могут быть связаны с затянувшейся юридическую неопределенностью для заинтересованных компаний

юрисдикции, абсолютные процентные показатели могут преуменьшать ту степень, до которой акционер может влиять на целевую компанию. Это может происходить, например, через специальные права голоса (голосующие акции), соглашения акционеров или права вето, которые могут дать приобретающему лицу эффективный контроль над целевой компанией, несмотря на то, что при этом оно может обладать меньше чем 50 % акций целевого предприятия. Аналогично, как рассмотрено ранее, определения подлежащих контролю приобретений активов, которые ограничены активами, включающими полностью все функционирующее коммерческое предприятие, будучи легко устанавливаемыми, могут быть недопустимо узкими.

Вне зависимости от рассмотрения в аспекте приобретениям акций или же покупки активов, более субъективные критерии, будучи уместными с точки зрения эффективного применения правовых норм, нуждаются в формулировании в ясной и легко понятной манере, которая дает сторонам слияния адекватное руководство относительно их обязательств по уведомлению. Нарботки по обеспечению такого методического руководства включают, например, «Уведомление по концентрации» Европейской Комиссии, «Руководство по процедурам слияний компаний», опубликованное британским Офисом Справедливой Торговли, и «Информационный бюллетень о режиме контроля, сделок приводящих к усилению экономической концентрации, в Германии» Анти-картельного ведомства Германии (Bundeskartellamt).

Наконец, в рассмотрении этих проблем правовых дефиниций, важно различать определение «рассматриваемых сделок» для соблюдения требований уведомления слияний с одной стороны, и юрисдикции по сделкам в целях непосредственно рассмотрения сделок по слияниям по существу с другой. Во многих юрисдикциях, таких, например, как ЕС, большинство государств - членов и многих других странах эти определения являются смежными по смысловому охвату. Другими

словами, если сделка не может быть квалифицирована как "приводящая к увеличению экономической концентрации" в целях уведомления слияний и требований периодов ожидания, правоохранительное (конкурентное) ведомство испытывает недостаток в юрисдикционных полномочиях по сделке в целом - по крайней мере, согласно ее законодательству по контролю слияний. Напротив, другие юрисдикции, включая Соединенные Штаты, Канаду, Японию и Мексику, сохраняет юрисдикционные полномочия - и, соответственно, возможность оспорить – в отношении тех сделок, которые не подлежат предварительному уведомлению и не являются объектом регулирования в части требований периода ожидания.

Изложенная выше информация сосредоточена на том, каким образом сделки определяются юридически в целях антимонопольного уведомления слияний, вне зависимости от того, может ли правоохранительное (конкурентное) ведомство обладать более широкими полномочиями для того, чтобы рассмотреть и оспорить не уведомляемые сделки. Однако, признанным фактом является то, что смысловой охват юридических дефиниций может быть объектом воздействия со стороны материально-правовых составляющих различных юрисдикций.

ПРИЛОЖЕНИЕ

Примеры от Стран-Членов МКС

Австралия: Определение сделки, подлежащей антимонопольному контролю

В Австралии, *Закон о Торговой деятельности 1974 года*⁹ (далее Закон) явно не классифицирует, какие сделки являются подлежащими рассмотрению конкурентным органом в соответствии с нормами о слияниях Раздела 50 данного правового акта. Вместо этого, Раздел 50 содержит общий запрет любого прямого или косвенного приобретения акций или активов, которое имело бы эффект, или со значительной долей вероятности имело бы эффект, существенного уменьшения конкуренции¹⁰ на существенном рынке Австралии, штата, территории или области Австралии.

В контексте Раздела 50, "приобретение" означает "получение права собственности в отношении любого юридического или акционерного участия"¹¹, выраженного в акциях или активах.

В то время как Закон не содержит какого-либо требования в части обязательного уведомления слияния, большинство слияний компаний, которые могут вызвать проблемы в области конкурентной среды, notiфицируются сторонами слияния в добровольном порядке в австралийскую Комиссию по конкуренции и защите прав потребителей (ККЗП)¹² в целях получения 'неофициального' одобрения¹³. Альтернативно, стороны слияния могут решить продолжить осуществление сделки, не обращения по поводу получения

⁹ Act on Trade Practices 1974

¹⁰ Существенное уменьшение конкуренции включает в себя препятствование или затруднением конкуренции.

¹¹ См. *дело* TPC v Australian Iron&Steel Pty Ltd (1990) 22 FCR 305.

¹² Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)

¹³ Неофициальное согласие ККЗП не противодействовать слиянию или приобретению компаний не наделяет стороны слияния правовым иммунитетом и не выводит их из сферы юридически значимых действий ККЗП или третьих заинтересованных сторон согласно Разделу 50. Это, в сущности, письмо "об отсутствии действий". Однако, на практике, чрезвычайно редко в соответствии с Разделом 50 инициируется разбирательство в отношении приобретения, которое являлось предметом неофициального рассмотрения ККЗП, и не было оспорено.

неофициального одобрения, рискуя возможностью обращение со стороны ККЗП к Федеральному Суду для судебного запрета, разоблачения, или штрафов.

Нормы Закона, регламентирующие слияния, применяются как к прямым, так и опосредованным (например, через агента или свой филиал) приобретениям со стороны юридического или физического лица:

- собственности на территории Австралии, включая (но не ограничиваясь) акции в австралийских компаниях, австралийских компаний, местной интеллектуальная собственность, такой как торговые марки, и местных промышленных предприятий и оборудования. Подход ККПЗ состоит в том, что приобретение происходит (в отличие от соглашения или сделки) там, где собственность расположена; и
- собственности вне зависимости от места ее нахождения в том случае, если покупатель зарегистрирован в Австралии в качестве юридического лица, осуществляет предпринимательскую деятельность в Австралии, является австралийским гражданином, обычным резидентом Австралии.

Условия слияния распространяются на совместные приобретения акций или активов и приобретений, дающих как акционерный, так и иной юридический контроль над целевой компанией. Они не ограничены приобретениями посредством покупки, но также включают обмен, лизинг, наем или покупку в рассрочку, где покупаемое участие связано с возникновением прав собственности, а не просто владения. Однако, Закон также предполагает, что Раздел 50 не

применяется к приобретению активов посредством только залога или приобретения активов в обычном ходе осуществления бизнеса¹⁴.

Общий запрет в отношении приобретений, которые существенно уменьшают конкуренцию, предполагает отсутствие минимального порогового размера пакета акций, необходимого для целей применения Раздела 50. При определении того, будет иметь ли приобретение частичного пакета акций вероятный эффект существенного уменьшения конкуренции, рассмотрению подвергается уровень и характер пакета акций, те предпосылки, которые создаются им в части координирования деятельности координацию и ограничения, налагаемые на поведение фирмы другими поставщиками, импортерами и потенциальными участниками рынка¹⁵. ККПЗ принимает во внимание следующие факторы при рассмотрении того, какой уровень контроля устанавливается в ходе приобретения частичного пакета акций:

- распределение в структуре собственности остающихся акций и ценных бумаг, включая обычные и привилегированные акции, а также любые специальные акции;
- распределение прав голоса, включая любые специальные права голоса;
- то, являются ли другие акционеры активными или пассивными участниками на встречах компании;
- любые ограничительные соглашения или специальные выгоды, связанные с владением акциями;
- любые права на преимущественные права продажи акций или активов;
- любые другие контракты или договоренности между сторонами;

¹⁴ Эквиваленты этих правовых изъятий содержатся в Законе Харта-Скотта-Родио США (15USC § 18 (a)(1) в части приобретения «в ходе обычного ведения бизнеса» и 15USC § 18 (c)(2) в отношении приобретения не голосующих акционерных пакетов

¹⁵ См. Walker J, Chapter 7, Mergers, in Steinwall R ed. Butterworths Australian Competition Law (2000), Butterworths Sydney, стр.365.

- права и возможности по оказанию влияния со стороны любых крупных держателей долговых обязательств;
- состав совета директоров;
- учредительные документы компании.

В соответствии с Разделом 50 приобретения, предполагающие создание совместного предприятия рассматриваются в аспекте применимости режима антимонопольного контроля так же как и любые иные приобретения.

Ограничение сферы действия Раздела 50 только к приобретениям на существенном рынке было введено в законодательство для того, чтобы устранить из области исследования конкурентного органа малозначительные ситуации (*т.н. дела de minimis*). Австралийскими судами не рассматривалось понятие 'существенности' применительно к понятию 'рынка' в контексте Раздела 50, хотя посредством косвенных указаний, правовая интерпретация термина "существенный" представлено в других статьях Закона. В частности в контексте других статей Закон говорит о том, что "существенный" означает нечто большее, чем тривиальный, минимальный или номинальный. Руководящие принципы по слияниям ККПЗ устанавливают, что и количественные и качественные факторы учитываются при оценке того, существенен ли рынок. Например, в то время как рынок может быть маленьким относительно национальной экономики, он может являться существенным в контексте экономики штата или области и Акт был исправлен в 2001 году для того, чтобы расширить значение понятия 'рынок' в целях применения Раздела 50 к "области" Австралии. Альтернативно, способность к распространению за определенные границы рынка таких экономических параметров как цена и товар может быть крайне важной при оценке, например, в тех случаях, когда рассматриваемый товар является существенным, но маленьким

компонентом в производстве одного или большего числа изделий на крупных рынках, рынок данного товара можно считать существенным.

Европейский союз: Определение подлежащей антимонопольному контролю сделки

Регламент по слияниям ЕС (“Регламент по слияниям”) применяется "к сделкам, приводящим к росту концентрации". Усиление концентрации возникает в соответствии со Статьей 3 Регламента по слияниям в тех случаях, когда имеет место долгосрочное изменение контроля, связанное с:

- слиянием компаний двух или более независимых ранее предприятий или частей предприятий; или
- приобретением прямого или косвенного контроля, либо посредством покупки ценных бумаг или активов, целой или части другой компании; или
- созданием полноценно функционирующего совместного предприятия.

Регламент по слияниям применяется только к действиям, которые вызывают длительное изменение в контроле вовлеченных в сделку предприятий и в структуре затронутых сделкой рынков.

Слияния и приобретения контроля

Слияние компаний представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации в тех случаях, когда два или более независимых предприятия объединяются в единое предприятие и прекращают быть отдельными юридическими лицами.

Приобретение контроля также приводит к росту концентрации. Статья 3 (2) Регламента по слияниям предполагает, что контроль:

“будет представлен посредством прав, контрактов или любых других средств которые, как по отдельности отдельно, так и в комбинации, связанные с

соображениями в отношении уместного факта или закона, дают возможность оказания решающего влияния на предприятие, в частности посредством:

(а) права собственности или право на использование всех или части активов предприятия;

(b) права или контракты, которые дают решающее влияние на состав, голосующих членов или решения управляющих органов предприятия”.

Ключевой вопрос в аспекте оценки того, приводит ли сделка к росту концентрации - возникает ли возможность оказания решающего влияния на стратегическое коммерческое поведение предприятия. *Уведомление по концепции концентрации* Комиссии (“Уведомление по Концентрации”)¹⁶ содержит описание подхода, применяемого Комиссией к определению того, находится ли контроль (единоличный или совместный, юридический или *фактический*, прямой или косвенный) в сфере действия Регламента по слияниям. Это зависит от ряда юридических и/или фактических элементов. Как правило, контроль приобретается через приобретение акций, возможно в сочетании с соглашением акционеров в случаях совместного контроля, или через приобретение активов. Контроль может также быть приобретен на договорном основании, например через долгосрочные контракты, которые дают контроль покупателю в части менеджмента и ресурсов целевой компании таким образом, что на рынке происходит длительное

¹⁶ Commission notice on the concept of concentration under Council Regulation 4064/89 [1998] O.J. C66/5. Комиссия начала общественную консультацию по проекту консолидированного текста Уведомления (руководящие принципы применения правовых норм), который регламентирует вопросы, попадающие под юрисдикцию Регламента по слияниям ЕС. Проект Уведомления включает в себя уже существующее Уведомление по концепции концентрации. Та часть проекта Уведомления, которая регламентирует определение сделок, приводящих к росту концентрации, направлена на модернизацию, разъяснение и расширение охвата текущих методологических наработок Европейской Комиссии. Процесс консультации завершился 1 декабря 2006, и Комиссия намеревается издать заключительную версию Уведомления в 2007.

структурное изменение. Чисто экономические отношения могут также быть важны. В исключительных случаях, экономическая зависимость, проистекающая, например, из долгосрочных соглашений по поставке или кредитов в сочетании со структурными связями, может иметь решающее влияние.

Контроль может быть приобретен одной компанией, действующей самостоятельно (единоличный контроль) или несколькими компаниями, действующими совместно (совместный контроль). Контроль может также быть приобретен лицом, в тех случаях, когда это лицо уже контролирует (единолично или совместно) по крайней мере одну другую компанию, или альтернативно, объединением лиц (которые управляют другой компанией) и компаниями. Термин "лицо" в этом контексте распространяется на государственные органы, частные организации и физических лица, в тех случаях, когда такие физические лица выполняют дальнейшие экономические действия от своего собственного имени и под свою ответственность или если они контролируют, по крайней мере, одну другую компанию. Объект, над которым устанавливается контроль, может включать одну или более компаний, или часть компании, которые представляют собой юридические лица, или активы таких объектов, или же только некоторые из тех активов. Приобретение контроля над активами можно считать сделкой, приводящей к росту экономической концентрации, только если эти активы составляют целое или часть компании, *то есть* бизнеса с рыночным присутствием, которому может быть ясно приписан рыночный товарооборот.

Уведомление по Концентрации Комиссии описывает различные ситуации, связанное с изменениями в контроле, как юридическими, так и *фактическими*, проистекающими из различных фактических ситуаций. Едиличный контроль наиболее часто приобретается на юридическом основании в тех случаях, когда одна сторона приобретает большинство прав голоса компании. Едиличный

контроль может также быть приобретен в случае покупки миноритарного пакета акций, когда этот пакет акций дает определенные права, позволяющие акционеру определять стратегическое поведение компании. Также это имеет место в тех случаях, когда можно доказать посредством схем распределения голосов на предыдущих встречах акционеров, что миноритарный акционер, с очень большой долей вероятности, получит большинство поданных голосов. Контроль может также быть приобретен совместно двумя или более компаниями. В тех случаях, когда каждая из двух или более компаний имеет способность иметь решающее влияние на другую компанию, там присутствует совместный контроль. Совместный контроль существует, если акционеры достигли соглашения по главным решениям относительно управляемой компании. Решающее влияние в случае совместного контроля обычно означает власть в части блокирования действий, которые определяют стратегическое коммерческое поведение компании. Совместный контроль характеризуется возможностью возникновения ситуации взаимной блокировки, «тупика». Это включает такую ситуацию, в которой миноритарный акционер имеет право вето по решениям, которые являются существенными по отношению к стратегическому коммерческому поведению совместно управляемого юридического лица. Эти права вето должны даваться вне прав, обычно предоставляемых миноритарным акционерам, чтобы защитить их инвестиции. Например, они должны быть связаны с решениями относительно бюджета, делового плана, главных инвестиций или назначения старших сотрудников управления. Оценка создания совместно управляемых предприятий рассматривается ниже.

Сделка, приводящая к экономической концентрации, может также иметь место, в тех случаях, когда есть изменение в характере контроля. Это включает изменения от единоличного до совместного контроля, от совместного до

единоличного контроля, и в некоторых случаях, когда изменения в составе акционеров вызывают изменение в характере совместного контроля.

Внутренние изменения структуры, которые не связаны с изменением контроля предприятия, не являются сделками, приводящими к экономической концентрации в соответствии с Регламентом по слияниям.

Совместные предприятия

Статья 3 (4) Регламента по слияниям предполагает, что создание совместного предприятия образует сделку, приводящую к росту концентрации, в тех случаях, когда это данное СП осуществляет на длительном основании все функции автономной экономической единицы. Поэтому, два ключевых элемента должны быть выполнены в этом отношении: (i) должно иметь место приобретение совместного контроля двумя или более независимыми предприятиями и (ii), совместное предприятие должно быть "полностью функционирующим".

Европейская Комиссия дает описание природы совместного полностью функционирующего предприятия в ее *Уведомлении по концепции полностью функционирующих совместных предприятий*¹⁷. Согласно этому Уведомлению, совместное предприятие будет полностью функционирующим, если оно осуществляет функции, обычно выполняемые предприятием, действующим на рынке, на котором работает совместное предприятие. Чтобы соответствовать этому понятию, совместное предприятие должно:

- иметь достаточные активы, персонал и финансовые ресурсы, чтобы осуществлять свою деловую деятельность независимо;

¹⁷ Commission notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation 4064/89 [1998] O.J. C66/1. Данное Уведомление также инкорпорировано в проект Уведомления, упомянутый в ссылке 16

- иметь доступ к такому рынку и конкурировать на таком рынке, что оно не только «поглощает» определенную категорию деятельности родительских компаний (например, чистая научно-исследовательская работа, производство, распределение, или торговля не являются полностью функционирующими);
- быть способным играть активную и автономную роль на рынке в тех случаях, когда один или более родительских компаний производят закупки у совместного предприятия;
- добавлять существенную ценность к товарам или услугам, приобретенным у его родителей; и
- иметь достаточно длинную продолжительность существования, чтобы считать длительным изменение в структуре вовлеченных предприятий.

В то время как совместные предприятия, которые не являются полностью функционирующими (например, стратегические альянсы), не считаются приводящими к росту экономической концентрации в соответствии с Регламентом по слияниям, такие совместные предприятия могут тем не менее подпадать под действие норм Статьи 81 Соглашения о создании ЕС, которое запрещает определенные соглашения, ограничивающие конкуренцию.

Исключения

Статья 3 (5) Регламента по слияниям ЕС излагает три исключительных ситуации, в которых приобретение контрольного пакета не представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации. Они включают:

- приобретение ценных бумаг компаниями, нормальная деятельность которых включают сделки и дилерство по ценным бумагам за их собственный счет, если такое приобретение осуществляется в пределах этих видов коммерческой деятельности и если ценные бумаги, находятся во владении на временном основании. Приобретающая компания должна быть кредитным учреждением или другим финансовым учреждением или страховой компанией, ценные бумаги должны быть приобретены с целью их перепродажи, права голоса не должны осуществляться приобретающей компанией с целью контроля стратегического коммерческого поведения компании, и контрольный пакет акций должен быть продан в течение одного года;
- те случаи, когда контроль приобретается должностным лицом в соответствии с законодательством Государства – члена ЕС по ликвидации, банкротству, прекращению платежей и аналогичным процедурам; и
- те случаи, когда контроль приобретен компанией, единственная цель которой является приобретение акционерного (долевого) участия в других предприятиях без ее непосредственного или косвенного вовлечения в управление этими предприятиями.

Германия: определение подлежащей антимонопольному контролю сделки

Установленное законом определение

Сделка может подлежать антимонопольному контролю слияния в Германии, только если она представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации в пределах значения, установленного законом. Немецкое антимонопольное ведомство, Бундескартелламт, не может начать процедуру рассмотрения слияния, если сделка не соответствует этому определению. Описанные ниже сделки, рассматриваются как сделки, приводящие к росту концентрации в пределах значения Акта против Ограничений Конкуренции (Раздела 37 (1) (выделение добавлено):

Сделка, приводящая к экономической концентрации, возникает в следующих случаях):

1. приобретение всех или **существенной части активов** другого предприятия;
2. приобретение **прямого или косвенного контроля** одним или несколькими предприятиями над целым или частью одного или более других предприятий. Контроль должен быть реализован правами, контрактами или любыми другими средствами, которые (как отдельно так и в комбинации) имеют отношение к юридическим фактам и положениям применимого закона, которые дают возможность оказания решающего влияния на предприятие, с учетом всех фактических и юридическим обстоятельств, в частности посредством:
 - а.) права собственности или права использовать все или часть активов предприятия;

б.) прав или контрактов, которые предоставляют решающее влияние на состав, голосование или решения административных органов предприятия;

3. приобретения акций в другом предприятии, если акции (отдельно или в комбинации с акциями, уже находящимися в собственности предприятия), достигают:

а). 50 процентов или

б). 25 процентов

капитала или прав голоса другого предприятия. Акции, находящиеся в собственности предприятия, должны также включать акции, контролируемые другими предприятиями в пользу этого предприятия, а если владелец предприятия единоличный, то также любые другие акции, которыми он владеет. Если несколько предприятий одновременно или последовательно приобретают акции в другом предприятии до степени, упомянутой выше, это также будет считаться сделкой, приводящей к росту концентрации среди вовлеченных предприятий, в части тех рынков, на которых это другое предприятие работает;

4. любая другая комбинация предприятий, позволяющая одному или нескольким предприятиям непосредственно или косвенно оказывать **конкурентно значимое влияние** на другое предприятие.

Сделка, приводящая к экономической концентрации, также возникает, если участвующие предприятия уже осуществили слияние ранее и результаты сделки приводят к существенному укреплению существующей аффилированности предприятий (Акт против ограничений конкуренции, Раздел 37 (2)).

Интерпретация Установленного законом Определения

Существенная часть активов (Раздел 37 (1) Номер 1 Акта против ограничений конкуренции)

Существенная часть активов в пределах значения Раздела 37 (1), номер 1 Акта против ограничений конкуренции не ограничена теми частями активов, которые, в терминах количества, являются достаточно большими относительно полных активов продавца. Скорее, часть активов существенна в тех случаях, когда это имеет собственное значение в том, что касается производства, целей распределения и текущих рыночных условий. Также она существенна в тех случаях, когда очевидно, что есть производственная единица, которая может быть отделена от других активов продавца. Такой единицей может, например, быть торговое предприятие (*например*, розничная точка оператора цепи продовольствия) или коммерческое подразделение (*например*, индустриальное подразделение швейных машин технической фирмы), торговая марка или/и права на торговое наименование газеты.

Контроль (Раздел 37 (1) Номер 2 Акта против ограничений конкуренции)

Приобретение контроля означает возможность оказания решающего влияния на деятельность предприятия. Как правило, дело обстоит так, когда покупатель может значительно влиять на стратегические корпоративные решения или состав контролирующих и административных правлений целевого предприятия.

Контроль в пределах значения Раздела 37 (1) Номер 2 Акта против ограничений конкуренции может быть приобретен одним или несколькими предприятиями; нет необходимости в аффилированности покупателей. Это соответствует понятию совместного контроля, если предприятия способны, на основании их объединенной деловой политики, координировать и осуществлять их

собственные конкурентно значимые интересы относительно друг друга или в отношении контролируемого предприятия. Это может происходить, *например*, посредством пуловых соглашений, более строгих требований в части голосования на встрече акционеров, или потому что однородное влияние гарантируется на основе долгосрочных совместных интересов.

Изменение от совместного до единоличного контроля также представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации. Например: компании А и В контролируют 60 и 40 процентов акций соответственно в совместном предприятии. Все важные решения должны быть приняты большинством на уровне двух третей (то есть совместное предприятие совместно управляется А и В). Последующее приобретение Б 40 процентов акций А считается сделкой, приводящей к экономической концентрации, которая подлежит антимонопольному контролю в пределах значения Раздела 37 (1) Номер 2 Акта против ограничений конкуренции. То же самое применяется к изменению в контроле от трех до двух предприятий.

В случае компаний, внесенных в список на фондовой бирже, приобретение гарантированного большинства голосов на встрече акционеров представляет собой значимый случай приобретения контроля. Это, как правило, имеет место, когда можно заключить по отчетам о посещаемости трех последних встреч акционеров, что приобретенные права голоса достаточны для того, чтобы определять решения, принимаемые в ходе встреч акционеров. Даже если сделка не соответствует пороговому значению Раздела 37 (1) Номер 3 (а) Акта против ограничений конкуренции (*например* в тех случаях, когда пакет акций увеличен с 25 до 45 процентов), это тем не менее представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации.

Существенное влияние на конкуренцию (Раздел 37 (1) Номер 4 Акта против ограничений конкуренции)

Дополнительный пункт 37 (1) Номер 4 Акта против ограничений конкуренции регламентирует все комбинации предприятий, осуществленные посредством корпоративного права, которые, хотя и не соответствуют квалификационным требованиям Раздела 37 (1) 1-3 Акта против ограничений конкуренции, ограничивают конкуренция между затронутыми предприятиями до такой степени, при которой они более не будут независимо вести деятельность на рынке. Главная область применения этого дефинициального элемента осуществления существенного влияния на конкуренцию - приобретение долей в капитале незначительно ниже 25-процентного порога. В практике Бундескартелламта такие дела возникают главным образом на рынках, на которых приобретения, превышающие 25-процентный порог, вероятно, будут запрещены.

Оценка этого дефинициального элемента осуществляется посредством общего исследования сделки, принимая во внимание размер приобретаемой доли в капитале и любые другие обстоятельства. Значимым в этом отношении является предоставление прав назначения в наблюдательные или административные органы компании, предпринимательский интерес в этом участии, а также экономические отношения между компанией-покупателем и целевой компанией (*то есть* отношения конкурентов или поставщика и клиента). Чем ниже предполагаемый уровень доли в капитале, тем более существенный характер должны иметь другие обстоятельства, чтобы соответствовать критерию существенного влияния на конкуренцию. Наоборот, если количество приобретаемых акций или долей только незначительно ниже 25 процентов, уже незначительные факторы могут быть достаточны, чтобы установить наличие существенного влияния на конкуренцию.

Другие Проблемы

Совместные предприятия

Учреждение совместного предприятия не освобождено от немецкого контроля слияния. Общие принципы применяются к исследованию того, приводит ли сделка к увеличению экономической концентрации. То, подпадает ли учреждение совместного предприятия также под действие запрета на картели, не имеет никакого значения для применимости антимонопольных требований в части контроля слияния. Общие принципы Раздела 37 (1) Акта против ограничений конкуренции также применяются к более поздним соглашениям о партнерстве, составу акционеров, или количеству акций, находящихся в собственности отдельно взятых акционеров.

Напротив, исследование учреждения совместного предприятия при контроле слияния не препятствует рассмотрению этих действий в рамках норм, запрещающих картели, если, за пределами сферы контроля слияний, данное соглашение, вероятно, ограничит конкуренцию между вовлеченными компаниями.

Изъятие

Единственное изъятие из сферы действия дефиниции сделки в пределах значения контроля слияния - это так называемый “банковский пункт” (Раздел 37 (3) Акта против ограничений конкуренции). Если кредитные учреждения, финансовые учреждения, или страховые предприятия приобретают акции в другом предприятии для перепродажи, это не представляет собой сделку, приводящую к росту концентрации, постольку поскольку данные компании не осуществляют права голоса, связанные с владением акциями и при условии, что перепродажа происходит в течение одного года. Этот срок, по заявлению сторон, может быть

продлен Бундескартелламтом, если предприятия смогут доказать, что перепродажа не была возможна в пределах этого периода.

Япония: определение сделки, подпадающей под антимонопольный контроль

Совместные отношения

Антимонопольный Акт Японии запрещает предпринимательские действия, если эффект от них может существенно ограничить конкуренцию в какой либо области торговли. Акт регулирует деловые отношения в случае, если они могут иметь воздействие на рыночную конкуренцию путем формирования или укрепления отношений, в которых более чем одна компания совершает предпринимательские действия в единой форме путем владения, полностью или частично, долями, а также через слияние компаний или другие сделки (далее – «совместные отношения»).

Сделками между сторонами, которые могут образовать или усилить совместные отношения являются: (1) владение долями (Статья 10 Антимонопольного Акта), (2) взаимосвязанное управление (Статья 13), (3) слияние компаний (Статья 15), (4) совместные структурные подразделения (совместное создание структурных подразделений или приобретение структурных подразделений) (Статья 15-2), и (5) приобретение бизнеса (Статья 16). Простой союз, без владения долями, не рассматривается как формирование или усиление совместных отношений.

Слияния компаний, создание структурных подразделений и приобретение бизнеса

Что касается слияний, создания структурных подразделений и приобретения бизнеса (далее – «слияния и т.п.»), такого рода сделки рассматриваются в качестве формы усиления совместных отношений в том случае, если до совершения

указанной сделки стороны уже состояли в совместных отношениях (т.е. сделка совершена между компаниями, уже являющимися группой).

Стороны, активы которых превышают определенные пороги¹⁸, обязаны заранее уведомлять Комиссию по справедливой торговле Японии (далее КСТ Японии) о намерении осуществить сделку (Статьи 15, 15-2 и 16 Антимонопольного Акта). Сделки между материнской и дочерними компаниями, а также между самими дочерними компаниями не подлежат уведомлению, т.к. подобного рода сделки не формируют и не усиливают совместные отношения.

В случае создания структурных подразделений и приобретения бизнеса, «бизнес» означает весь бизнес или существенную часть бизнеса какой-либо компании (Статьи 15-2 и 16). Под «существенной частью» понимается не существенная часть создаваемой компании, а часть активов первоначальной компании. При этом, отделяемая часть бизнеса обязательно должна быть способной функционировать как отдельная бизнес единица, а также она должна иметь большую ценность для функционирования первоначальной компании.

Владение акциями

Что касается случаев владения акциями/долями, формирует или усиливает ли сделка совместные отношения, зависит от степени владения правом голоса¹⁹

В соответствии с существующим Руководством по слияниям и приобретениям в Японии, совместные отношения формируются или усиливаются, если:

- 1) пакет голосующих акций превышает 50%;
- 2) пакет голосующих акций превышает 25% и компания - приобретатель

¹⁸ Что касается слияний, стороны обязаны уведомлять КСТ Японии в случае, если общие активы одной компании (общие активы включают в себя общий объем активов определенной компании, её дочерних компаний и её материнской компании) превышают 10 миллиардов йен. (Финансовые показатели порогов при создании структурных подразделений и приобретении бизнеса являются такими же, как и при слияниях.)

¹⁹ Степень владения правом голоса означает количество акций, которыми обладает приобретающая сторона к общему объему существующих у компании голосующих акций.

является единственным основным владельцем;

3) пакет голосующих акций превышает 10%, и компания-приобретатель является одним из трех основных акционеров (в этом случае, формируются или усиливаются ли совместные отношения, определяется в зависимости от конкретной ситуации).

Если пакет голосующих акций превышает 10 %, 25 % или 50 %, стороны, активы которых превышают определенные пороги²⁰, в течение 30 дней после совершения сделки приобретения акций обязаны уведомить КСТ Японии (Статья 10 Антимонопольного Акта).

Взаимосвязанное управление

Что касается взаимосвязанного управления, требование о подаче уведомлений было отменено в 1998 году в связи с тем, что взаимосвязанное управление в большинстве случаев обеспечивается владением активами, и не имеет особого смысла рассматривать данную ситуацию саму по себе.

Совместные предприятия

Для достижения общих целей, совместное предприятие часто образуется путем использования инвестиций нескольких компаний. В Японии совместные предприятия рассматриваются в контексте владения активами. Если указанные инвестиции подпадают под перечисленные выше критерии, компания обязана подать нотификацию в КСТ Японии, какого бы типа не было совместное предприятие.

Подлежащие нотификации сделки и их изучение

Слияния, владение активами и другие сделки, которые формируют или усиливают совместные отношения, но не подпадают под перечисленные пороги, тем не менее являются предметом изучения со стороны Комиссии по справедливой торговле Японии.

²⁰ Стороны обязаны подать уведомление, если компания с активами более чем 2 миллиарда Йен и общими активами более, чем 10 миллиардов Йен приобретает пакет голосующих акций компании с общими активами в размере более 1 миллиарда Йен.

Южная Африка: Определение сделки, подпадающей под антимонопольный контроль

Подлежащие нотификации действия

В соответствии с Актом о конкуренции № 89 от 1998 года обязательному уведомлению о слиянии подлежат все слияния независимых компаний, осуществляющих деятельность на территории Южноафриканской Республики или оказывающих экономический эффект на указанной территории, если они соотносятся с порогами, определенными в Части 11 Акта и Общим распоряжением Правительства № 254 от 2001 года.

Если определено, что приобретение контроля происходит в результате предложенной сделки по слиянию компаний, или что такая сделка является промежуточным звеном более обширного слияния, стороны обязаны уведомить Комиссию по конкуренции («Комиссия») и получить разрешение Комиссии (в случае промежуточных слияний) или Конкурентного Суда (при больших слияниях) перед осуществлением такого рода сделки. Соответственно, типы сделок, которые являются потенциально подлежащими нотификации действиями, согласно Акту, включают в себя приобретение контроля над бизнесом или частью бизнеса, а также изменение типа контроля бизнеса.

Определение подлежащих нотификации сделок

Общим определением сделок, которые подлежат нотификации, являются слияния компаний. Понятие слияния компаний определено в Части 12 (1) Акта как действие, при котором одна или большее количество фирм непосредственно или косвенно приобретают или устанавливают прямой или косвенный контроль над частью или всем бизнесом другой фирмы. Такое слияние компаний может быть совершено, среди прочих, путем покупки или аренды долей, акций или активов

другой рассматриваемой фирмы, путем объединения или экономической комбинации.

Существует ограниченное число экономических сделок, результатом которых не является приобретение контроля, и в этом случае они не подлежат нотификации. Например, к таким сделкам относятся, *среди прочего*, перераспределение акций между филиалами, материнской и дочерними компаниями, а также сделки по уменьшению финансового риска с участием банков. Относительно последних, исключение действительно только в течение 12 месяцев и в случае неплатежа со стороны фирмы, которой была представлена финансовая помощь. Если прошло 12 месяцев и финансируемая фирма все еще находится под контролем, возникает обязательство об уведомлении.

Что касается схем, связанных с ценными бумагами, исключения базируются на понимании того, что банковский сектор в ЮАР очень серьезно контролируется и регулируется. Кроме того, подразумевается, что законодательные положения, содержащиеся в Акте о конкуренции, не имеют отношение к таким чисто банковско-финансовым сделкам как сделки с ценными бумагами, так как эти типы сделок редко оказывают эффект на конкуренцию. Исключения не имеют отношения к финансовым сделкам уменьшения риска и схемам с ценными бумагами, в которых не участвуют зарегистрированные банки. Это - разделительная линия.

Сделки, которые подпадают под определение слияния, но не соотносятся с пороговыми значениями, тем не менее, могут быть предметом рассмотрения со стороны Комиссии. Такие сделки считаются мелкими слияниями, и уведомление о них не является обязательным. Тем не менее, стороны могут сделать это в добровольном порядке, и плата за такого рода нотификации не взимается. С другой стороны, Комиссия имеет право в течение шести месяцев со дня совершения такого слияния обязать стороны осуществить нотификационные процедуры, если мелкие

слияния могут иметь своим результатом уменьшение или предотвращение конкуренции на соответствующем рынке, или же когда такого рода слияние не может быть оправдано общественной пользой.

Определение контроля

Приобретение прямого или косвенного контроля, в соответствии с Частью 12 Акта, относится к контролю, который фирма-приобретатель получает в результате совершения сделки, и который никогда не осуществлялся фирмой-приобретателем над всем бизнесом или его частью другой фирмы до момента слияния.

В соответствии с положениями Части 12 (2) Акта лицо может быть расценено как осуществляющее контроль над фирмой, если данное лицо, *среди прочего*,

(a) владеет более, чем половиной акционерного капитала *фирмы*;

(b) имеет право голосовать от имени большинства голосов на общем собрании акционеров *фирмы*, или же имеет возможность управлять голосованием большинства;

(c) способно назначать или накладывать вето на назначение большинства директоров *фирмы*, и

(g) имеет возможность существенно влиять на политику *фирмы* путем, который может быть сопоставим с манерой лица, которое в обычной коммерческой практике может осуществлять контроль в рамках положений пунктов от (a) до (f) Акта о конкуренции.

Эти случаи не являются исчерпывающими²¹. Пункты от (a) до (f) Части 12 (2) просто предусматривают самые общие встречающиеся случаи. Поэтому контроль *де-юре* (законный контроль, *то есть* 50 % плюс 1 акция) или *де-факто* (*то есть* меньше чем 50% плюс право вето по стратегическим вопросам приобретаемого

бизнеса), совместное управление или единоличное управление – все эти случаи рассматриваются в индивидуальном порядке²².

Приобретения, не подлежащие прямому контролю

Как уже обозначено выше, такие сделки подпадают под регулирующие акты. Часть 12 (2) (g) Акта о конкуренции охватывает их, и критерии оценки такого рода сделок изложены выше.

Миноритарное владение акциями

Определение слияния компаний охватывает также миноритарное владение акциями. Специальных критериев не существует, за исключением приобретения или создания контроля или же существенного влияния на другую компанию. Если миноритарии получают такого рода контроль или существенное влияние, это рассматривается в качестве слияния для целей нотификации и надзора.

Приобретение активов

Часть 12 устанавливает, что приобретение активов может стать слиянием. Данный принцип был подтвержден Конкурентным Судом – юридическим органом.

Общепринято, что должна быть, по крайней мере, некоторая коммерческая деятельность или торговля, связанная с приобретаемым активом/активами. Соответственно, если такого рода деятельности нет, то актив не подпадает под антимонопольный контроль.

²¹ Прецедентное право ЮАР трактует определение слияния и концепцию контроля очень широко. См. Bulmer SA Ltd and Distillers Corporation (SA) Ltd, Case 94/FN/Nov00, and Distillers Corporation (SA) Ltd/Bulmer SA, Case 08/CAC/May01.

²² Прецедентное право признает, например, политику «яркой черты» в отношении получения контроля, при которой если пройден порог «яркой черты», сделка подлежит рассмотрению и нотификации. См. Ethos Private Equity IV / Tsebo Outsourcing Group

Конкурентный Суд считает, что если приобретение какого-либо актива повлечет за собой увеличение доли фирмы на рынке или её производственной мощности, или же такого рода приобретение актива увеличит концентрацию на рынке, то это может рассматриваться как слияние для целей нотификации и надзора.

Нотификационные требования для совместных предприятий

Общепринято, что Часть 12 Акта о конкуренции также применяется в отношении совместных предприятий, результат создания которых меняет отношения контроля. Они могут быть расценены как слияния, если превышают пороговые значения или являются промежуточным звеном более глобальных слияний. Например, изменение контроля может быть рассмотрено в случае, если две или более независимые фирмы, являющиеся конкурентами на рынке производства или распределения определенного товара, решают передать свои активы во вновь созданное совместное предприятие. Передаваемые ими активы будут составлять сделку приобретения совместным предприятием, являющимся отдельным экономическим субъектом, контроля над бизнесом или его частью создающих его компаний.

Великобритания: определение сделки, подлежащей антимонопольному контролю

Великобритания использует двухэтапный добровольный режим контроля слияний компаний с двумя различными ведомствами для осуществления рассмотрения слияния компаний фаз I и II, так же как и судебного контроля специализированным судом²³. Офис по справедливой торговле (ОСТ) - ведомство фазы I, и Комиссия по конкуренции (КК) - ведомство стадии II, которое исследует более глубоко те дела, которые ОСТ считает связанными с перспективой существенного уменьшения конкуренции. Согласно Закону о Предприятиях 2002 г (далее Закон), ОСТ обязан передать слияние компаний на рассмотрение КК, если он полагает, что была создана 'релевантная ситуация слияния компаний', и что слияние компаний приводит (или может привести) либо к существенному уменьшению конкуренции в пределах какого-либо отдельного рынка или рынков в Великобритании. КК может исследовать только те дела, которые переданы ей ОСТ. Конкурентный апелляционный Трибунал может рассматривать апелляции по всем типам решений ОСТ и КК, независимо от результата (одобрение сделки, начало рассмотрения в Стадии II, применение средств правовой защиты, запрещение).

Поскольку Великобритания имеет добровольный режим уведомления, стороны не обязаны нотифицировать сделки в ОСТ.²⁴ Слияние компаний должно соответствовать всем трем из последующих критериев, чтобы образовать релевантную ситуацию слияния компаний:

²³ Competition Appeal Tribunal

²⁴ За исключением тех случаев, когда стороны сами взяли на себя обязательство поступить подобным образом

(1) Два или больше предприятия должны прекратить быть различными;

(2) Слияние компаний не должно было иметь место, или же КК должна быть поставлена в известность спустя не более чем четыре месяца от более поздней из тех дат, на которые слияние компаний стало независимым от условий или информация о слиянии компаний, стала достоянием общественности,; и

(3) Или:

- британский товарооборот приобретенного предприятия превышает 70 миллионов фунтов стерлингов (также известно как 'критерий товарооборота'); или

- предприятия, появившиеся в результате слияния компаний, приобретут или увеличат долю поставок (или закупок) на 25 % или большее количество в сфере оборота товаров или услуг в Великобритании или ее существенной части (также известно как 'критерий доли поставки')²⁵.

В то время как критерий товарооборота может охватывать своим действием сделку, в которой только целевая компания имеет существенные деловые операции в Великобритании, критерий доли поставки применяется только в тех случаях, когда **обе** стороны занимаются поставкой того же самого товара (товаров) или услуги (услуг) в Великобритании. Для возникновения релевантной ситуации слияния компаний, слияние может быть предложено (ождаться) или завершиться в течение четырех прошлых месяцев.

Если релевантная ситуация слияния компаний не была создана, ОСТ не будет исследовать, произошло ли существенное уменьшение конкуренции (или оно может ождаться).

Термин 'предприятие' определен в Законе как деятельность, или часть деятельности, компании. Однако, предприятие не должно быть самостоятельным

²⁵ Данный критерий является проверкой рыночной доли, поскольку группа товаров или услуг к которой применяется данный критерий должна не обязательно должна быть эквивалентной релевантному экономическому рынку

юридическим лицом; имеются в виду только те компоненты, которые необходимы, чтобы продолжить бизнес. Это может включать имущество и документы, вместе с выгодой существующих контрактов и/или гуд-вилла.

Как правило, два предприятия ‘прекращают быть различными’, если они становятся объектом общей собственности или контроля. Приобретение компании другим бизнесом как функционирующего предприятия обычно соответствует концепции ‘предприятий, прекращающих быть различными’. Предприятия могут прекратить быть различными, даже если приобретена только часть действующего бизнеса. Однако, приобретение имущества сам по себе не образует ‘предприятия, прекращающие быть различным’, если только не переданы часть или вся деятельность бизнеса.

Закон определяет три уровня контроля: материальное влияние, контроль стратегии (также известный как ‘фактический контроль’) и контрольный пакет акций (также известный как ‘де-юре контроль’)²⁶. Приобретение материального влияния или увеличения уровня контроля может образовать релевантную ситуацию слияния компаний, но дальнейшие приобретения лицом, которое уже имеет контрольный пакет акций, не приведет к возникновению релевантной ситуации слияния компаний. Однако, в тех случаях, в которых лицо приобретает контроль над предприятием в любых из трех смыслов через ряд сделок в пределах единого двухлетнего периода, Закон позволяет рассматривать их как произошедшие одновременно в день последней сделки.

Поэтому, те приобретения, которые не соответствуют по степени критериям прямого контроля, составляют изменение контроля. Закон не определяет специфические лимиты, в пределах которых эти сделки подлежат контролю.

²⁶ Глава 2 опубликованных Методических рекомендаций ОСТ «Слияния – Руководство по оценке по существу» (‘Mergers - Substantive assessment guidance’ (OFT 516)) описывает общий подход к определению того было ли изменение контроля, что определяется посредством индивидуализированного анализа.

Например, ОСТ может исследовать сделки на уровне приобретения пакета акций в области 15 % или выше, чтобы оценить мог ли бы их держатель существенно влиять на коммерческую политику компании. Тип фактов, которые ОСТ будет принимать во внимание, может включать права голоса, включая любой специальные права или права вето представительство в правлении, специальные условия в уставе компании и любые финансовые отношения.

Совместные предприятия могут подпадать под сферу действия режима слияния компаний, при соблюдении условия о том, что два или больше предприятия прекращают быть различными.

Соглашения и действия, которые приводят к слиянию компаний, так же как любые ограничения, которые непосредственно связаны с ним и необходимы для осуществления слияния (известны как ‘вспомогательные ограничения²⁷’), по общему правилу исключаются из антимонопольного исследования. Однако, это исключение может быть дезавуировано в тех случаях, если ОСТ полагает, что соглашение (или иные типы поведения) каким-либо иным образом нарушает нормы Главы 1 Закона о конкуренции 1998 года, применимые к антиконкурентным соглашениям (британский эквивалент статьи 81 Соглашение о создании ЕС).

²⁷ ancillary restrictions

Соединенные Штаты: Определение Контролируемой Сделки

По общему правилу, Закон Харта-Скотта-Родио (15 U.S.C. §18a) требует предварительного уведомления слияния компаний для приобретений “голосующих ценных бумаг” или "активов", если, в результате приобретения, приобретающее лицо будет обладать более 50 миллионов долларов (подвергается корректировке *) в активах или голосующих ценных бумагах приобретаемого лица. Если приобретение оценено в сумму между 50 миллионами долларов (также подвергается корректировке) и 200 миллионами долларов (подвергается корректировке), то должен также быть выполнен критерий «размера лица», при котором одна сторона имеет объем продаж или активы 100 миллионов долларов (подвергается корректировке) или более и другая сторона имеет продажи или активы 10 миллионов долларов (подвергается корректировке *) или более. Ссылка: 15 U.S.C. §18a (a) (2). (* Важное примечание: С 2005 года, пороги подведомственности корректируются ежегодно, чтобы отразить изменения в валовом национальном продукте. Чтобы узнать текущие пороги, см. <http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsr.htm>.)

Для приобретений голосующих ценных бумаг, охват режимом антимонопольного контроля не зависит от того, получен ли "контроль" над эмитентом: приобретения миноритарных пакетов акций могут подлежать нотифицированию, если они с получением приобретающим лицом более чем 50 миллионов долларов (подвергается корректировке) в голосующих ценных бумагах эмитента. Закон Харта-Скотта-Родио и правила подзаконных актов, однако, действительно освобождают приобретения, которые завершаются приобретением 10 % или меньшего количества голосующих ценных бумаг эмитента, если это сделано исключительно в целях инвестиций. (15 U.S.C. §18a (c) (9) и 16 CFR 802.9).

Типы приобретений актива, которые могут быть охвачены регулятивным режимом, включают приобретения нематериальных активов, таких как патенты.

Информирование антитрестовского органа в форме предварительного уведомления при слиянии компаний может требоваться при создании некоторых типов совместных предприятий. Правило 801.40 устанавливает определенные правила относительно создания корпоративных совместных предприятий, рассматривая такие действия как приобретения голосующих ценных бумаг предприятия учредителями. Правило 801.50 устанавливает определенные правила относительно создания некорпоративных совместных предприятий, типа товариществ и компаний с ограниченной ответственностью. В немногих случаях, в которых создание товарищества или компании с ограниченной ответственностью требует предварительного уведомления, лицом, осуществляющим слияние считается учредитель, который "контролирует" новое юридическое лицо, и это считается приобретением активов, которые ранее не находились в его собственности.

В то время как изменение контроля юридического лица по общему правилу не является предпосылкой для подконтрольности сделки, это является ключевым фактором в определении того, когда нужно сообщить о приобретении акционерной доли в не инкорпорированной организации. "Контроль" определен в Разделе 801.1 (b) правил Харта-Скотта-Родио. Для корпоративных объектов контроль определен как владение 50 % или более голосующих ценных бумаг эмитента или наличие контрактных полномочий по назначению 50 % или более директоров корпорации. В случае юридического лица, которое не имеет никаких голосующих ценных бумаг (например, товарищества или компании с ограниченной ответственностью), контроль означает право владения 50 % или более прибыли юридического лица, или право на 50 % или большее количество активов юридического лица в случае ликвидации. Понятие контроля также релевантно с точки зрения определения того,

какие объекты входят в группу приобретающих и приобретаемых лиц при вычислении того, выполнен ли установленный законом критерий размера лица. Это также релевантно в аспекте определения того, применяется ли освобождение из-под контроля в соответствии с Правилom 802.30 для сделок внутри одного лица (группы).²⁸

Многочисленные типы приобретений, которые были бы подчинены требованию о предварительном уведомлении слияния компаний в соответствии этими общими принципами контроля, в соответствии с Законом Харта-Скотта-Родино освобождены от требований по уведомлению и периоду ожидания. Эти изъятия в целом основываются на одной из двух широких концепций. Во-первых, сделки могут быть освобождены от действия положений Закона Харта-Скотта-Родино, потому что они относятся к такому типу, который маловероятно может вызвать существенные антитрестовские проблемы в Соединенных Штатах. Примеры этого изъятия включают освобождение для приобретения активов в ходе обычного осуществления бизнеса, приобретения некоторых типов недвижимого имущества (офиса и жилой собственности и гостиниц), и освобождения для приобретения голосующих иностранных ценных бумаг или иностранных активов, которые недостаточно сильно связаны с американской торговлей²⁹. Некоторые из этих изъятий оговорены Законом Харта-Скотта-Родино (см. 15 U.S.C. §18a (c)); другие были созданы федеральными антимонопольными агентствами в

²⁸ Освобождение в связи с приобретением "внутри лица (группы)" освобождает от контроля приобретения, где приобретающее лицо и по крайней мере одно из приобретаемых лиц входят в одну группу (являются теми же) с точки зрения контроля. Примеры освобожденных сделок включают: приобретающее лицо, которое уже обладает 50 % или больше голосующих ценных бумаг эмитента, приобретает остающиеся доли(акции) или слияние (или передача активов между) двух дочерних предприятий, управляемые одной родительской компанией

²⁹ Для приобретения иностранных активов, которые подлежат нотификации, активы должны были произвести продажи на более чем 50 миллионов \$ в Соединенные Штаты в предшествующем сделке бюджетном году. Для приобретения голосующих ценных бумаг иностранного эмитента подлежащих уведомлению, эмитент должен иметь любые 50 миллионов долларов в активах, расположенных в Соединенных Штатах или 50 миллионах долларов по объему продаж в Соединенных Штатах в предшествующем сделке бюджетном году. Дополнительное квалифицирующее требование заключается в том, что если приобретающее лицо является иностранным, то должен быть приобретен контрольный пакет эмитента.

соответствии с их законотворческим полномочием, чтобы освободить от антимонопольного контроля типы сделок, которые, вряд ли нарушат антимонопольные законы. (См. 15 U.S.C. §18 (a) (d) (2) (B); 16 CFR Часть 802.) Во-вторых, некоторые сделки, такие как слияние банков, освобождены из сферы действия требований по уведомлению Харта-Скотта-Родино, потому что они уже являлись предметом обязательного предварительного уведомления в целях защиты конкуренции со стороны другого федерального органа.

Таким образом, при определении того, требует ли любое специфическое приобретение предварительного уведомления в соответствии с Законом Харта-Скотта-Родино, важно исследовать и общие законодательные требования, и (исходя из того, что они применяются) освобождения, содержащиеся в Законе Харта-Скотта-Родино и антитрестовских правилах.