

Контроль за экономической концентрацией: к вопросу о необходимости согласования с антимонопольным органом внесения изменений в устав корпорации

Аннотация. В статье автор анализирует, подпадают ли под контроль за экономической концентрацией действия участников корпорации по изменению ее устава с целью перераспределения корпоративного контроля над ней. Этот вопрос является актуальным, поскольку однозначный ответ на него отсутствует как в законодательстве, так и в правоприменительной практике. Автор, анализируя положения действующего законодательства и практику антимонопольной службы по согласованию сделок экономической концентрации, предлагает два полярных подхода к разрешению обозначенной проблемы. В статье обосновывается, что преимущественным является подход, распространяющий положения о контроле за экономической концентрацией на действия участников корпорации по внесению изменений в устав такой корпорации.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, экономическая концентрация, контроль за экономической концентрацией, сделки экономической концентрации, устав, изменения в устав, контроль за сделками слияния и поглощения.



**Алексей Дмитриевич
ШАДРИН,**

аспирант кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)
lab.kkonkpr@msal.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.95.7.139-146

ALEXEY D. SHADRIN,

Postgraduate student
of the Department of Competition Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
lab.kkonkpr@msal.ru

9, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

Merger control: revisiting of the need for clearance with the antimonopoly authority the amends to the charter of the corporation

Abstract. In the article, the author analyzes the issue of whether the actions of the corporation's participants to change its charter in order to redistribute corporate control over it fall under the merger control. This issue is relevant because there is no unambiguous answer to it both in legislation and in law enforcement practice. The author, analyzing the provisions of the current legislation and the practice of the antimonopoly service on the coordination of transactions of economic concentration, offers two approaches to solving

© А. Д. Шадрин, 2022

the identified problem. The article substantiates that the preferred approach is the one that extends the provisions on the merger control to the actions of the participants of the corporation to amend the charter of such a corporation.

Keywords: *antimonopoly regulation, merger control, economic concentration, charter, amendments to the charter, control over mergers and acquisitions.*

Контроль за экономической концентрацией является важным инструментом создания конкурентной рыночной среды. Полномочия ФАС России, предоставленные службе главой 7 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) являются мерой Ex ante-контроля, целью которой является предотвращение появления на товарных рынках хозяйствующих субъектов и их объединений, способных ограничить конкуренцию¹. Реализация чего, по мнению Константина Юрьевича Тотьева, осуществляется через систему публично-правовых обязанностей контролируемых и контролирующих лиц (включая субъектов экономической концентрации, антимонопольный орган и суд)².

Под контроль за экономической концентрацией подпадают сделки в отношении достаточно крупных хозяйствующих субъектов — балансовая стоимость активов которых (вместе с их группой лиц) превышает 800 млн рублей, при условии превышения показателя совокупной балансовой стоимости активов субъекта и объекта экономической концентрации (включая их группы лиц) в 7 млрд рублей или показателя их совокупной выручки в 10 млрд рублей за последний год.

При этом внимание антимонопольного органа обычно бывает приковано в большей степени к объектам и субъектам экономической концентрации, занимающим значительные доли на товарных рынках — которые превышают пороги, установленные частями 1 и 2 ст. 5 Закона о защите конкуренции для признания хозяйствующего субъекта занимающим доминирующее положение или близки к таковому. Ввиду этого проблема, рассматриваемая в настоящей работе, актуальна для компаний с высокими показателями выручки и балансовой стоимости активов.

На практике вопросы необходимости получения согласия антимонопольного органа возникают даже при совершении сделок с пакетами акций (долей), количественные пороги которых поименованы в ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции. В определенном смысле классическим примером является необходимость получения согласия антимонопольного регулятора на сделку по приобретению небольшого количества корпоративных прав участия при условии получения новым владельцем таких прав негативного контроля в отношении объекта экономической концентрации.

Зачастую такое согласие требуется, если устав объекта экономической концентрации предусматривает принятие большинства или основных, имеющих

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета. 27.07.2006. № 162.

² Тотьев К. Ю. Антимонопольный контроль за экономической концентрацией как система публично-правовых обязанностей по обеспечению конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 6. С. 50—61.

значение для осуществления хозяйственной деятельности таким субъектом, решений общего собрания участников (акционеров), квалифицированным большинством голосов, что предоставляет приобретателю даже небольшого пакета акций (долей) так называемое право вето — возможность заблокировать соответствующее корпоративное решение³. Частично вопросы необходимости получения согласия ФАС России на совершение сделок экономической концентрации при возникновении на стороне приобретателя правомочия по негативному контролю разрешены в разъяснении ФАС России от 11.06.2021 № 19 «Об особенностях осуществления государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией» (далее — Разъяснение № 19)⁴.

Однако в рамках настоящего небольшого исследования нас интересует несколько иной вопрос: требует ли согласования с антимонопольным органом изменение устава корпорации, которое в том числе связано с отказом от такого негативного контроля. Например, общим собранием корпорации принимается новая редакция устава, которая предусматривает общий, закрепленный в корпоративном законе порядок голосования взамен единогласного принятия всех корпоративных решений или правила о равенстве голосов всех участников корпорации и т.д.

Ни закон, ни разъяснения ФАС России не дают ответа на вопрос о необходимости согласования с антимонопольным регулятором внесения таких изменений. А между тем очевидно, что при изменении расстановки сил на общем собрании участников (акционеров) корпорации описанным выше образом расстановка сил на собрании меняется, и право оказывать влияние на хозяйственную деятельность объекта экономической концентрации получают другие участники объекта, а значит, прирастает и степень их эффективного контроля в отношении объекта экономической концентрации. Это свидетельствует о перераспределении контроля за осуществлением объектом экономической концентрации хозяйственной деятельности, а значит, и о перераспределении контроля за рыночной властью, которой обладает объект экономической концентрации. Предпримем попытку дать ответ на вопрос о необходимости получать согласие антимонопольного органа на внесение подобных изменений в устав.

Первое, что следует установить, переходя к исследованию, это основание, по которому изменение устава описанным нами образом требует согласия со стороны антимонопольного органа.

На наш взгляд, таким основанием является п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, т.е. приобретение лицом (группой лиц) в результате одной или нескольких сделок (в том числе на основании договора доверительного управления имуществом, договора о совместной деятельности или договора поручения) прав, позволяющих определять условия осуществления зарегистрированным на территории Российской Федерации хозяйствующим субъектом (за исключением

³ Бойко Т. С. Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. М. : Статут, 2019. С. 59—64.

⁴ Разъяснение ФАС России от 11.06.2021 № 19 «Об особенностях осуществления государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 11.06.2021 № 3) // СПС «КонсультантПлюс».



финансовой организации) предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа.

Это основание, по нашему мнению, является единственным подходящим из всех иных, предусмотренных ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, с точки зрения правового эффекта, который оказывается субъектом на объект экономической концентрации и на товарный рынок присутствия последнего. Также применение этого основания мы полагаем логичным и ввиду того, что согласно Разъяснению № 19 приобретение лицом прав негативного корпоративного контроля в отношении объекта экономической концентрации требует согласования именно по основанию п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции.

Как следует из содержания п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, согласованию с антимонопольным органом по нему подлежат только сделки, а не иные действия, в том числе сделки, в результате которых субъект экономической концентрации приобретает право осуществления функций единоличного исполнительного органа объекта экономической концентрации.

При этом согласно прямому указанию Разъяснения № 19 согласованию с ФАС России подлежит только заключение договора с управляющей организацией (управляющим), заключение же трудового договора с единоличным исполнительным органом — физическим лицом такого согласования не требует, поскольку «заключение трудового договора с генеральным директором российского общества не является сделкой, в результате которой приобретаются вышеупомянутые права».

Эта позиция является закреплением сложившейся практики антимонопольного органа, которая была подтверждена в том числе его разъяснением еще в 2010 г.⁵ При этом оба разъяснения не содержат подробного правового обоснования причины, по которой заключение трудового договора с генеральным директором юридического лица не является сделкой, подпадающей под контроль за экономической концентрацией.

Однако буквальное толкование разъяснений антимонопольного органа позволяет сделать вывод о том, что заключение трудового договора с генеральным директором не подпадает под контроль за экономической концентрацией, поскольку по своей правовой природе такой договор не является сделкой, ввиду чего и не подпадает под контроль за экономической концентрацией.

Мы не беремся в рамках настоящего исследования обсуждать подход ФАС России к оценке правовой природы трудового договора, отметим лишь, что высшие судебные инстанции Российской Федерации исходят из возможности применения к такому договору положений гражданского законодательства о сделках⁶.

Следовательно, если исходить из подхода антимонопольного органа о том, что действия, не обладающие «сделочной» правовой природой, не подпадают под

⁵ Разъяснения ФАС России от 07.09.2010 «Ответы на вопросы по применению Федерального закона «О защите конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью». П. 10 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность». П. 9, 13 // СПС «КонсультантПлюс».

контроль за экономической концентрацией по основанию п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции, то не подпадают под такой контроль и изменения, вносимые в устав корпорации. Такой вывод можно сделать, исходя из того, что изменения в устав согласно п. 4 ст. 12, ст. 37 и 38 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁷, а также п. 1 ст. 12, ст. 49, 62 и 63 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»⁸ принимаются решениями общего собрания участников (акционеров).

Правовая природа решений общих собраний является дискуссионной в отечественной доктрине⁹. В то же время, следуя формальной логике, сто́ит отметить: действующее российское законодательство исходит из того, что решения общих собраний обладают самостоятельной правовой природой — это следует из выделения положения о них в главу 9.1 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ)¹⁰. Спорность такого решения отмечает, например, Д. И. Степанов, указывая на то, что, возможно, сделки и решения общих собраний обладают разной правовой природой, однако как минимум, в вопросах их ничтожности должен применяться единый подход¹¹. В то же время Дмитрий Иванович в упомянутой работе пишет о том, что судебная практика по вопросу правовой природы решений общих собраний, скорее, солидарна позиции законодателя.

Следовательно, формальный подход к подпаданию под контроль за экономической концентрацией решений общих собраний корпораций о внесении изменений в их учредительные документы является вполне жизнеспособным и не вступает в противоречие с логикой самого регулятора, применимой к заключению корпорацией договора с физическим лицом, избранным для исполнения функций единоличного исполнительного органа такой корпорации.

В то же время такой подход, на наш взгляд, вступает в противоречие с целями контроля за экономической концентрацией, под который, согласно позиции ФАС России, изложенной в уже упоминавшемся нами Разъяснении № 19, подпадает приобретение лицом в отношении объекта экономической концентрации прав, которые однозначно свидетельствуют о возникновении у такого лица возможности контролировать решения, принимаемые объектом экономической концентрации в ходе осуществления им предпринимательской деятельности.

Перераспределение прав корпоративного контроля над корпорацией посредством изменения ее учредительных документов без согласования с ФАС России с применением изложенного выше формального подхода может расцениваться как действие, которое фактически замещает сделку по реализации корпоративных прав участия в корпорации, которая под контроль за экономической концентрацией подпадает.

⁷ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785

⁸ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

⁹ *Телешинин А. А.* Соотношение решения общего собрания и гражданско-правовой сделки // *Хозяйство и право.* 2020. № 4. С. 107—116.

¹⁰ Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹¹ *Степанов Д. И.* Недействительность корпоративных решений: статьи по проблемным вопросам. М. : Статут, 2021. С. 7—175.



Например, в корпорации с двумя участниками, доли которых распределены как 51 % к 49 %, устав которой предполагает принятие решения квалифицированным большинством, мажоритарный участник докупает пакет корпоративных прав до следующего порога на получение согласия со стороны антимонопольного регулятора (более чем 2/3 долей или 75 % акций), а после этой сделки изменяет устав таким образом, что принятие всех решений об осуществлении объектом экономической концентрации хозяйственной деятельности он может принять единолично. Второй участник молчаливо допускает такие действия, поскольку заинтересован в том, чтобы отойти от управления этим активом, но понимает, что его партнер может не получить согласия на совершение сделки по выкупу 100 % корпоративных прав объекта экономической концентрации или получение такого согласия сильно затян timer процесс совершения сделки по причинам высокой экономической концентрации, что не отвечает интересам этого условного миноритария.

Возможно подобное и в ситуации, когда между участниками корпорации нет подобной договоренности и миноритарный участник, желая сохранить право на распределение прибыли (дивиденды), устраняется от управления корпорацией посредством внесения изменения в устав такой корпорации без отчуждения в пользу другого участника (акционера) своих долей (акций).

Таким образом, мы получаем ситуацию, в которой действия участников рынка, формально не подпадающие под контроль за экономической концентрацией, фактически приводят к изменению расстановки сил на товарном рынке через изменение корпоративного контроля в отношении участника такого товарного рынка. Аналогичная ситуация возможна и при не подпадающей под контроль за экономической концентрацией смене директоров — физических лиц корпорации, с целью перевода сделки под согласование по внутригрупповым правилам, что снимает риск несогласования антимонопольным органом сделки по переходу долей (акций) объекта экономической концентрации от одного лица к другому.

Следовательно, формальный подход к разрешению вопроса о необходимости получения согласия антимонопольного органа не отвечает ни целям контроля за экономической концентрацией, ни в принципе целям Закона о защите конкуренции, одной из которых, согласно ч. 2 ст. 1, является создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Для контроля за экономической концентрацией, как и для любого антимонопольного контроля, значение имеют фактические изменения в состоянии конкурентной среды, возникающие в результате действий участников рынка на нем, а не формальная сторона совершаемых ими действий (отнесение этих действий к категории сделок, содержание и цель этих сделок), на что справедливо обращает внимание М. А. Егорова¹².

Ввиду изложенного, мы полагаем, что внесение изменений в устав корпорации, которые влекут перераспределение корпоративного контроля в отношении таковой, подпадает под контроль за экономической концентрацией, поскольку

¹² Егорова М. А. Влияние совершения последовательных сделок на антимонопольное регулирование экономической концентрации (компаративный анализ европейского и российского антимонопольного законодательства) // Юрист. 2016. № 4. С. 4—10.

такие действия по своему содержанию являются актами, направленными на изменение перераспределения контроля над участником товарного рынка, его поведением, а значит, и рыночной властью, которой он обладает в силу в том числе и занимаемой им рыночной доли. Исключение таких действий из-под контроля по формальным основаниям создает угрозу эффективному функционированию товарных рынков.

Нашу позицию мы можем подкрепить единичным решением Центрального аппарата ФАС России, принятым по вопросу согласования внесения изменений в устав корпорации как действия, подпадающего под контроль за экономической концентрацией¹³.

В то же время стоит отметить, что вопрос о необходимости согласования таких изменений должен решаться индивидуально применительно к каждой сделке, в том числе с учетом распределения долей (акций) участников (акционеров) корпорации и получения ими согласия антимонопольного органа на приобретение принадлежащих им таких акций (долей). Так, отдельного внимания заслуживают случаи, когда в результате изменения устава прекращается контроль со стороны того участника объекта экономической концентрации, которым приобретение принадлежащих ему акций (долей) было осуществлено с согласия антимонопольного регулятора по основаниям п. 5 или 6 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции.

Фактически в такой ситуации оценке будет подлежать глубина обязательной проверки со стороны ФАС России потенциальных корпоративных действий, которые могут быть совершены субъектом экономической концентрации, испрашивающим согласие на совершение сделки по любому из указанных оснований, а также соотношение этих оснований контроля за экономической концентрацией на основании п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции.

Практика ФАС России при анализе ходатайств о согласовании сделок экономической концентрации показывает, что регулятор уделяет значительное внимание содержанию учредительных документов объекта экономической концентрации и возможности их изменения после совершения сделки¹⁴. Ввиду изложенного считаем, что обозначенный выше вопрос лежит, скорее, в плоскости соотношения оснований контроля за экономической концентрацией. Изучение этого вопроса требует глубокого правового анализа, проведение которого выходит за рамки объема, отведенного для настоящего исследования.

¹³ Решение ФАС России № ME/59449/20 от 14.07.2020 // URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-stroitelstva-i-prirodnih-resursov/9833a37a-dd2b-4ba2-9eb4-612b9462530f/> (дата обращения: 12.06.2022).

¹⁴ Решения ФАС России от 21.04.2020 по делу № А40-315103/2018 ; от 21.12.2017 о продлении срока рассмотрения ходатайства // СПС «КонсультантПлюс».



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бойко Т. С.* Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. — М. : Статут, 2019. — 255 с.
2. *Егорова М. А.* Влияние совершения последовательных сделок на антимонопольное регулирование экономической концентрации (компаративный анализ европейского и российского антимонопольного законодательства) // Юрист. — 2016. — № 4. — С. 4—10.
3. *Степанов Д. И.* Недействительность корпоративных решений: статьи по проблемным вопросам. — М. : Статут, 2021. — 284 с.
4. *Телешинин А. А.* Соотношение решения общего собрания и гражданско-правовой сделки // Хозяйство и право. — 2020. — № 4. — С. 107—116.
5. *Тотьев К. Ю.* Антимонопольный контроль за экономической концентрацией как система публично-правовых обязанностей по обеспечению конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2017. — № 6. — С. 50—61.