

1

Изменения в Законе о защите конкуренции

1.1. Расширена сфера применения российского антимонопольного законодательства

Принципы так называемого экстратерриториального применения российского антимонопольного законодательства установлены в ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции. По общему правилу, публично-правовые предписания действуют в пределах границ территории, на которую распространяется суверенитет издавшего их государства, однако в отдельных случаях нормы публичного законодательства распространяют свое действие и на отношения, возникшие за рубежом. Одним из таких примеров как раз и является антимонопольное законодательство, которое, как правило, применяется к отношениям, возникшим за пределами территории государства, если они каким-либо образом влияют на состояние конкуренции в его пределах (так называемая доктрина эффекта). При этом ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции — это единственная норма, касающаяся его применения к отношениям «с иностранным элементом», и относилась она ранее только к соглашениям. В отношении иных юридических фактов, а также субъектов и объектов норм об экстратерриториальном применении российского антимонопольного законодательства в Законе о защите конкуренции не было.

В предыдущей редакции ч. 2 ст. 3 Закона были сформулированы два условия, при одновременном выполнении которых положения

Закона о защите конкуренции могли применяться к соглашениям¹, заключенным за рубежом: первое относилось к предмету соглашения [это должны были быть **российские** основные производственные средства или нематериальные активы, акции (доли) **российских** обществ либо права в отношении **российских** коммерческих организаций], а второе — к воздействию соглашений на состояние конкуренции в России (соглашения должны были или могли приводить к ограничению последней). Иными словами, если некое соглашение, заключенное между двумя иностранными компаниями, не имело своим предметом ничего из перечисленного в п. 1 ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, но приводило (могло привести) к ограничению конкуренции в России, оно не подпадало под действие российского конкурентного законодательства (например, соглашение между двумя конкурентами-иностранцами, не имеющими в России дочерних обществ, но импортирующими в Россию продукцию). Аналогичным образом к соглашению в отношении, например, акций российского общества, которое не могло в принципе ограничить конкуренцию в России (к примеру, соглашение между компаниями, входящими в одну группу лиц), нормы Закона о защите конкуренции также не должны были быть формально применимы.

Как только в 2006 г. был принят Закон о защите конкуренции, сразу же возникли споры относительно того, как трактовать п. 1 ч. 2 ст. 3, особенно в части сделок по приобретению так называемого «косвенного контроля» над российскими обществами [когда непосредственным предметом приобретения являлись акции иностранной компании, дающие возможность косвенно осуществлять контроль над принадлежащими последней акциями (долями) российских обществ]. В части положений об экономической концентрации ФАС выпустила разъяснение, опубликованное на ее официальном сайте

¹ Нельзя не отметить различий в терминологии, которую использует законодатель: для определения принципов экстерриториального применения Закона о защите конкуренции употребляется термин «соглашение», тогда как экономическая концентрация определена уже в следующей статье Закона (п. 21 ст. 4) как «сделки». Разумеется, последнее понятие более широкое, чем первое (презюмируется, что «соглашение» аналогично понятию договора). Тем не менее в настоящем параграфе с учетом его целей термины «сделки» и «соглашения» будут упоминаться как равнозначные.

в сети Интернет¹, которое связывало понятие «права в отношении российских коммерческих организаций», используемое в п. 1 ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, с понятием «права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта или осуществлять функции его исполнительного органа», указанным в п. 8 ч. 1 ст. 28 и п. 8 ч. 1 ст. 29 Закона.

Иными словами, сделка по приобретению акций иностранной компании, которая, в свою очередь, имела возможность прямо или косвенно контролировать российское общество, подпадала под контроль за экономической концентрацией (при условии выполнения для участников концентрации соответствующих количественных критериев). При этом в своем разъяснении ФАС указала, что только она может определять наличие второго критерия для экстратерриториального применения российского антимонопольного законодательства, а именно — оценивать воздействие (возможность воздействия) такой сделки на состояние конкуренции в России. Представляется, что данный подход не вполне соответствовал тексту ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, и в некоторых случаях стороны сделки могли бы и сами быть уверены в том, что их сделка не приводит и не может привести к ограничению конкуренции в России (например, уже упоминавшиеся «внутригрупповые» сделки).

Тем не менее данное разъяснение показало, что ФАС намеревается контролировать **любые** сделки по экономической концентрации, если они каким-либо образом перераспределяют контроль над российскими обществами, вне зависимости от их реального воздействия на конкуренцию в России. Следствием этого, очевидно, и явились изменения в ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, которые закрепили данный подход на законодательном уровне.

Буквальное толкование ч. 2 ст. 3 Закона в измененной редакции позволяет сделать вывод о том, что из двух ранее существовавших критериев экстратерриториального применения российского антимонопольного законодательства к соглашениям остался только один, а именно, критерий **предмета соглашения**. При этом он был несколько видоизменен: если ранее предметом соглашения могли быть акции/доли/имущество/права в отношении российских юри-

¹ <<http://www.fas.gov.ru/answers/11675.shtml>>.

дических лиц, то теперь компаниями — целью соглашения могут являться и **иностранн**ые юридические лица, если они осуществляют деятельность на территории Российской Федерации или оказывают иное влияние на состояние конкуренции в Российской Федерации. При этом наличие компании-цели, описание которой претерпело определенные изменения, по-прежнему необходимо: в отсутствие таковой сделка по слиянию двух иностранных компаний, даже «осуществляющих деятельность на территории Российской Федерации» или «оказывающих иное влияние на состояние конкуренции в Российской Федерации», формально под действие Закона не попадает.

При этом согласно новой редакции рассматриваемой статьи «оказывать влияние на состояние конкуренции» должны именно юридические лица, а не соглашения/действия (что, возможно, было бы логичнее), что следует из синтаксического построения предложения. Интересно, что отсутствие всего лишь одной запятой перед словами «или оказывают иное влияние» случайно или намеренно полностью изменило смысл рассматриваемого положения. Иными словами, все соглашения, даже если они заключены (по терминологии Закона — «достигнуты») за пределами России, но при этом прямо или косвенно касаются организаций (как российских, так и иностранных), непосредственно действующих на территории России или оказывающих какое-либо влияние на конкуренцию в России, будут подпадать под действие российского антимонопольного законодательства. При этом следует обратить внимание на несколько моментов.

Во-первых, не вполне ясно с точки зрения контроля за экономической концентрацией то, каким должен быть минимальный пакет акций, приобретаемый в иностранной компании, чтобы потребовалось согласование ФАС. Эта проблема связана с тем, что ст. 28 и 30 Закона о защите конкуренции, устанавливающие перечень сделок, подлежащих согласованию, используют понятия «акционерное общество» и «общество с ограниченной ответственностью». В связи с этим возникает вопрос: насколько эти понятия применимы к иностранным организациям? Ранее существовала аналогичная неясность применительно к определению группы лиц, в котором также используются указанные понятия. В литературе высказывались разные позиции по данному вопросу. Так, О.В. Денискова со ссылкой на ст. 66 ГК РФ полагает, что не всякое иностранное лицо может входить в группу лиц, а только такое, которое образовано в форме хозяйственного общества и товарищества; поэтому за пределами группы лиц

она предлагала оставлять английские компании и американские корпорации¹. Тем не менее сторонники данной позиции не учитывают, что согласно общей коллизионной норме организационно-правовая форма иностранного юридического лица определяется не согласно ст. 66 ГК РФ, а в соответствии с законодательством страны его инкорпорации (ст. 1202 ГК РФ)². Поэтому более правильным подходом, с точки зрения авторов, является такой, при котором под понятие хозяйственного общества и товарищества должны подпадать иностранные юридические лица, организационно-правовая форма которых, определенная в соответствии с их личным законом, соответствует составу признаков, содержащихся в ст. 66 ГК РФ.

Эту логику можно продолжить и применительно к рассматриваемой проблеме. Иными словами, если рассматривать организационно-правовую форму общества с ограниченной ответственностью как российское «изобретение» (в силу наличия такого специфического объекта гражданских прав, как доля в уставном капитале, не имеющего непосредственных аналогов в корпоративном законодательстве большинства стран), по всей видимости, к приобретению акций иностранной компании по аналогии нужно в большинстве случаев применять положения в отношении акционерных обществ, т.е. п. 1, 4 и 6 ч. 1 ст. 28 и п. 5 ч. 1 ст. 30 Закона о защите конкуренции (приобретение более 25%, более 50% и более 75% голосующих акций). Следуя этой логике дальше, п. 8 ч. 1 ст. 28 также должен применяться, в том числе к приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности **иностранной** организации, подпадающей под критерии, указанные в ч. 2 ст. 3 Закона.

Во-вторых, снова обращаясь к синтаксису, между двумя указанными в ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции условиями, т.е. (1) осуществлением деятельности на территории России и (2) оказанием влияния на конкуренцию в России, стоит союз «или», а не «и». Иными словами, эти условия являются альтернативными, и любого

¹ См.: Денискова О.В. Новая группа лиц в российском антимонопольном законодательстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6 // СПС «КонсультантПлюс».

² Подробнее см.: Хохлов Е.С. Проблема раскрытия «конечных бенефициаров» в практике антимонопольного органа // Корпоративный юрист. 2008. № 5.

из них достаточно для того, чтобы к соответствующему соглашению применялись российские антимонопольные запреты и ограничения.

Разберем подробнее каждое из этих условий.

Закон в принципе не уточняет, что означает термин **«осуществлять деятельность на территории Российской Федерации»**. Очевидно, что под это понятие должны автоматически подпадать все российские организации. Что касается иностранных организаций, то теоретически под данное определение можно подвести приобретение **любой** иностранной компании, имеющей **любую** выручку на территории Российской Федерации, тем более что количественные критерии для контроля за экономической концентрацией в действующей редакции ст. 27–30 Закона о защите конкуренции никак не «привязаны» к территории России (об этом более подробно см. параграф 1.10.1 настоящего комментария). При этом отдельную проблему составляет толкование того, что считать выручкой на территории Российской Федерации. Авторы склоняются к тому, что это должна быть выручка от операций, проводимых иностранной компанией и прямо или косвенно контролируемые ею лицами с российскими хозяйствующими субъектами. То есть «национальность» выручки определяется «национальностью» контрагента, даже если товар фактически импортируется в другую страну (подход, принятый для целей подсчета количественных критериев для контроля за экономической концентрацией в конкурентном праве ЕС). При этом, наоборот, если иностранная компания заключила договор поставки с другой иностранной компанией, не входящей с ней в одну группу лиц, но поставленный по такому договору товар впоследствии оказывается на территории России, то, представляется, что в таком случае выручка от реализации товара по данному договору не должна включаться в состав выручки на территории Российской Федерации. При этом, предугадывая возможные возражения в отношении такого подхода, авторы считают, что в тех случаях, когда такая схема поставки избрана именно с целью обхода нормы ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, в большинстве случаев можно говорить о наличии второго критерия — «оказания иного влияния на конкуренцию в России» (подробнее см. далее). Критерий осуществления деятельности, как представляется, должен быть как можно более определенным, чтобы в каких-то очевидных ситуациях хозяйствующие субъекты были уверены в том, что заключенное ими за рубежом со-

глашение должно оцениваться с точки зрения российского антимонопольного законодательства.

Второе условие — **«оказывает иное влияние на состояние конкуренции в Российской Федерации»** — вызывает еще больше вопросов. Если существовавший ранее аналогичный критерий требовал наличия ограничения или возможности ограничения конкуренции, то теперь, если буквально толковать данное положение, влияние на конкуренцию компаний — целей соглашений может быть любым (в том числе, парадоксальным образом, и положительным). Это представляется сомнительным с точки зрения сущности антимонопольного регулирования, которое направлено, в первую очередь, на борьбу именно с ограничивающими конкуренцию действиями и соглашениями. Кроме того, в Законе о защите конкуренции отсутствует понятие «влияние на конкуренцию», в то время как остались закрепленными «признаки ограничения конкуренции» (п. 17 ст. 4 Закона), на которые ранее могли опираться хозяйствующие субъекты, оценивающие, подпадает ли их соглашение под действие российского антимонопольного законодательства. Таким образом, хозяйствующим субъектам в настоящее время понять, влияет ли отдельно взятая компания-цель их соглашения на конкуренцию или нет, будет еще более затруднительным, чем раньше. Данное обстоятельство, по сути, безгранично расширяет полномочия российских антимонопольных органов, поскольку они получают возможность трактовать неопределенные положения закона расширительно. Следует в связи с этим отметить, что и выпущенное к ранее действовавшей редакции ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции разъяснение ФАС о том, что только она может оценивать воздействие сделки на состояние конкуренции в России, пока официально отменено не было.

Как указывалось выше, критерий влияния на конкуренцию является альтернативным, хотя в большинстве случаев не ясно, каким образом можно оказывать влияние на состояние конкуренции в России, не осуществляя деятельности на ее территории. Представляется, что наиболее очевидным рычагом такого влияния может служить наличие у иностранной компании-цели прямого или косвенного контроля над российским обществом или иностранной компанией, осуществляющей деятельность на территории РФ. При этом приобретаемый в иностранной компании пакет акций не должен быть контрольным, так как приобретение контрольного пакета в описываемой ситуации будет означать приобретение косвен-

ного контроля над российским обществом (организацией, действующей в России) и, соответственно, будет подпадать под первый критерий — осуществление деятельности в Российской Федерации. Также, с точки зрения авторов, понятием «оказывать иное влияние на конкуренцию» может охватываться описанная выше ситуация, когда иностранная компания не имеет выручки от операций с российскими организациями, но при этом, допустим, осуществляет определенную маркетинговую деятельность по продвижению товара своей торговой марки в России. Или ситуация, когда в соответствии с договором поставки между двумя иностранными компаниями поставщик, к примеру, будет иметь возможность каким-либо образом влиять на перераспределение товарных потоков в Россию и другие страны после передачи права собственности на товар покупателю, также можно рассматривать, как «оказывать иное влияние на состояние конкуренции в России».

Очевидно, в законе нельзя предусмотреть исчерпывающего перечня подобных случаев, поэтому важную роль здесь будет играть правоприменительная практика и позиция ФАС. К сожалению, авторы не могут гарантировать, что изложенная выше позиция будет разделяться ФАС в ее правоприменительной практике.

Важно также отметить, что к соглашениям в измененной редакции ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции также добавились **«действия»**, которые, даже будучи совершенными за пределами России, тем не менее также будут потенциально подпадать под антимонопольный контроль. Под «действиями», очевидно, следует понимать не только корпоративные события в смысле положений об экономической концентрации (например, создание или реорганизация юридического лица), но и односторонние сделки и вообще любые действия (включая, очевидно, пресловутые «согласованные действия»).

⇒ Подводя итог вышеизложенному, можно сделать вывод о том, что в результате внесенных изменений произошло существенное расширение сферы применения российского антимонопольного законодательства. Кроме того, можно с большой вероятностью предсказать, что применение новой редакции ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции на практике вызовет достаточно большие трудности.


По мнению авторов, трудности применения данных положений, в первую очередь, связаны с формальным подходом законодателя к

критериям экстратерриториального применения российского антимонопольного законодательства. Как указывалось выше, ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции, как в старой, так и в новой редакции, придает первостепенное значение **предмету** соглашений (действий), в то время как с точки зрения антимонопольного регулирования гораздо большее значение имеют **последствия** таких соглашений (действий) в виде ограничения конкуренции.

При этом в соответствии с традиционным подходом, выработанным законодательством большинства стран, для положений об экономической концентрации ограничение конкуренции (реальное или потенциальное) в результате совершаемой сделки по экономической концентрации презюмируется при условии выполнения сторонами сделки соответствующих количественных показателей (таких, как определенный размер выручки на территории соответствующего государства), вне зависимости от конкретного предмета соглашения, юрисдикции сторон соглашения и т.п. Иные соглашения хозяйствующих субъектов, напротив, должны оцениваться с точки зрения их реального воздействия на конкуренцию.

Таким образом, на наш взгляд, положения ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции нуждаются в серьезном пересмотре. Следуя вышеуказанной логике, критерий предмета соглашения из ч. 2 ст. 3 следует исключить полностью, положения об экономической концентрации должны быть дополнены с позиции придания им «экстратерриториального эффекта» (об этом см. подробнее параграф 1.10.1 ниже), а остальные положения Закона о защите конкуренции должны применяться к соглашениям или действиям, совершаемым за рубежом, только если они могут привести к ограничению конкуренции в Российской Федерации.

С учетом вышеизложенного примерная редакция ч. 2 ст. 3 Закона могла бы быть сформулирована следующим образом:

 «Положения настоящего Федерального закона применяются к сделкам по экономической концентрации, достигнутым за пределами территории Российской Федерации, если такие сделки приводят к последствиям, указанным в Главе 7 настоящего Федерального закона.

Положения настоящего Федерального закона применяются к иным соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым

1. Изменения в Законе о защите конкуренции

ими действиям, если такие соглашения или действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции в Российской Федерации».