

СЛИЯНИЯ & ПОГЛОЩЕНИЯ

В УКРАИНЕ

Не конкурируем с умом, или Как защитить конкурентные преимущества приобретателя в M&A-соглашениях



Максим НАЗАРЕНКО
старший юрист
Sayenko Kharenko
(Украина)



Ольга ИВЛЕВА
юрист
Sayenko Kharenko
(Украина)

Обязательства не конкурировать (так называемые обязательства *non-compete*) широко используются в рамках слияний и поглощений (M&A-сделки). Они для того, чтобы защитить приобретателей от продавцов и нивелировать конкурентные преимущества последних.

С учетом того, что заключение соглашений, содержащих положения *non-compete*, без прохождения сторонами определенных процедур может в соответствии с антимонопольным законодательством Украины привести к значительным финансовым санкциям в отношении сторон, анализ подобных соглашений всегда требует привлечения специалистов в области конкурентного права.

Учитывая, что подобные соглашения между конкурентами – т.е. хозяйствующими субъектами, находящимися в состязательных отношениях в рамках одного рынка товаров (работ, услуг)¹, – представляют особую опасность для конкуренции, в данной статье будет детально рассмотрено регулирование вопроса заключения соглашений с обязательством не конкурировать между потенциальными и действующими конкурентами.

¹ Статья 1 Закона Украины от 11.01.2001 № 2210-III "О защите экономической конкуренции" с изменениями и дополнениями.

Общее понятие согласованных и антиконкурентных согласованных действий

Для того чтобы детально рассмотреть примеры различных обязательств *non-compete*, необходимо разобраться в том, что представляет собой такое обязательство в теории конкурентного права Украины.

В соответствии с действующим украинским законодательством, а именно со ст. 5 Закона Украины "О защите экономической конкуренции" (далее – Закон), любое согласованное конкурентное поведение хозяйствующих субъектов, и в том числе заключение каких-либо соглашений, представляет собой согласованные действия. При этом законодатель выделяет из множества таких действий *антиконкурентные согласованные действия* – приводящие или могущие привести к недопущению, устранению или ограничению конкуренции. Совершение антиконкурентных согласованных действий пря-

мо запрещено украинским законодательством².

Все остальные согласованные действия, не подпадающие под понятие антиконкурентных, украинским антимонопольным законодательством не запрещены. При этом единственным органом, уполномоченным, согласно Закону, определять, подпадают ли какие-либо согласованные действия под определение антиконкурентных или нет, является Антимонопольный комитет Украины (далее – АМКУ).

Для квалификации тех или иных согласованных действий АМКУ как антиконкурентных достаточно лишь самого факта их совершения (например, подписания договора или вступления его в силу) и теоретической возможности наступления негативных последствий таких действий для конкуренции.

Таким образом, даже при отсутствии реального нарушения прав и интересов конкурентов или потребителей участниками согласованных действий, в том числе в форме нанесения

ущерба, действия субъектов хозяйствования могут быть признаны антиконкурентными³. Проще говоря, если хозяйствующие субъекты сегодня заключили договор, который содержит в себе условия, подпадающие под определение антиконкурентных согласованных действий, то в этот же день у АМКУ возникают основания для привлечения таких субъектов к ответственности.

Однако законодатель все же предоставляет участникам согласованных действий определенную свободу.

Антиконкурентные согласованные действия могут быть разрешены АМКУ⁴, если их участники докажут, что такие действия способствуют:

- усовершенствованию производства, приобретению или реализации товара;
- технико-технологическому, экономическому развитию;
- развитию малых или средних предпринимателей;
- оптимизации экспорта или импорта товаров;



²Часть 4 ст. 6 Закона.

³Пункт 3 Обзорного письма Высшего хозяйственного суда Украины от 25.11.2009 № 01-08/627.

⁴Часть 1 ст. 10 Закона.

- разработке и использованию унифицированных технических условий или стандартов на товары;
- рационализации производства.

Квалификация согласованных действий в рамках *non-compete*

Понятие "*горизонтальные согласованные действия*" содержится в Типовых требованиях к согласованным действиям субъектов хозяйствования для общего освобождения от предварительного получения разрешения органов Антимонопольного комитета Украины на согласованные действия субъектов хозяйствования (далее – *Типовые требования*).

В соответствии с Типовыми требованиями, под горизонтальными согласованными действиями понимается *заключение субъектами хозяйствования соглашений в любой форме*, принятие объединениями решений в любой форме, любое другое согласованное поведение (деятельность, бездеятельность) субъектов хозяйствования, создание субъекта хозяйствования, объединения, целью или следствием создания которого является координация конкурентного поведения между субъектами хозяйствования, создавшими указанный субъект хозяйствования, объединение, или между ними и вновь созданным субъектом хозяйствования, или между ними и вновь созданным субъектом хозяйствования, или вступление в такое объединение, когда субъекты хозяйствования, в состав которых входят участники согласованных действий, конкурируют или могут конкурировать между собой на одном рынке товаров.

Таким образом, согласованные действия между действительными или потенциальными конкурентами, в том числе и сторонами сделок по купле-продаже бизнеса, являются горизонтальными. Поскольку стороны M&A-соглашений являются действительными или потенциальными конкурентами, далее в данной статье речь пойдет только о горизонтальных согласованных действиях.

Обязательство не конкурировать в договорах об отчуждении бизнеса

Представим себе ситуацию, при которой компания-нерезидент планирует выйти на определенный рынок на территории Украины. Как правило, для этого нерезидент приобретает действующий украинский бизнес.

Каким образом приобретатель может минимизировать риски со стороны потенциальных конкурентов, хотя бы на этом начальном этапе вхождения на рынок?

Естественно, что в договоре об отчуждении бизнеса зачастую содержится обязательство продавца не конкурировать с приобретателем на территории Украины на тех рынках, где приобретаемый бизнес действует на момент закрытия сделки. Логично, что данное положение позволяет приобретателю защитить себя от конкуренции со стороны продавца и связанных с ним лиц. Иначе говоря, покупая действующий бизнес, компания-покупатель приобретает не просто компанию, но и "облегченную" возможность выйти на рынок Украины с помощью опытного игрока рынка.

В тех же случаях, когда обязательство о неконкуренции не включается в соглашение, для приобретателя увеличивается риск того, что бизнес будет приобретен без ряда принадлежащих ему преимуществ.

Например, если продавец после продажи бизнеса, используя свои знания о рынке (сведения о ценах товаров, клиентах и т.д. и т.п.), открывает новое предприятие, для того чтобы продолжать заниматься той же деятельностью, что и проданный им бизнес, то очевидно, что покупатель не сможет в силу объективных причин эффективно конкурировать с продавцом.

Конкурентные же преимущества приобретателя, оплаченные им в ходе сделки, будут нивелированы или частично утрачены.

При этом следует понимать, что, несмотря на абсолютную целесообразность использования обязательства *non-compete* в договорах об отчуждении бизнеса, делать это следует в полном соответствии с действующим конкурентным законодательством Украины.

Как уже рассматривалось выше, соглашение о неконкуренции совершенно однозначно подпадает с точки зрения Закона под определение согласованных действий.

С учетом того, что полномочия определять, является ли заключение такого соглашения антиконкурентными согласованными действиями, принадлежат исключительно АМКУ, единственным возможным шагом, позволяющим минимизировать риски неблагоприятных последствий, связанные с заключением покупателем и продавцом бизнеса такого соглашения, является получение предварительного разрешения Антимонопольного комитета Украины на согласованные действия.

Данное не прямое требование, содержащееся в Законе, конкретизировано и в подзаконных актах.

В частности, п. 2.4 Типовых требований к согласованным действиям прямо указывает на необходимость получать разрешение АМКУ на горизонтальные согласованные действия, которые касаются ограничения, в том числе прекращения, производства товаров, работ, услуг или же реализации/приобретения товаров, работ, услуг.

Необходимо разграничивать ситуацию, при которых обязательство не конкурировать используется при приобретении бизнеса:

- а) новым игроком рынка, т.е. тем, кто до этого не осуществлял деятельности на территории Украины, и
- б) действующим игроком рынка, который с помощью приобретения бизнеса увеличивает свою рыночную долю за счет конкурента.

Так, во втором случае, в зависимости от многих факторов, в том числе и рыночной доли покупателя, такие действия могут быть квалифицированы как злоупотребление монопольным положением, что приведет к запрету осуществления согласованных действий Антимонопольным комитетом Украины.

В случае же выхода нового игрока на рынок вообще довольно спорно говорить об антиконкурентных согласованных действиях.

Так, в соответствии с положениями законодательства антиконкурентными являются согласованные действия, которые имеют или могут иметь негативные последствия для конкуренции, тогда как в данном случае выход на рынок нового игрока и одновременное прекращение деятельности старого априори не могут иметь негативного влияния на конкуренцию: ситуация аналогична замене футболиста во время матча.

В противовес украинскому, европейское конкурентное право трактует обязательство *non-compete* в договорах об отчуждении бизнеса как "вспомогательное ограничение" (*ancillary restraint*), неотделимое и необходимое для осуществления концентрации.

Таким образом, не требуется получения отдельного разрешения на соглашение об отсутствии конкуренции при отчуждении бизнеса: оно покрывается разрешением на концентрацию.

Отдельно следует отметить, что обращение за разрешением на согласованные действия – не единственное необходимое взаимодействие с АМКУ для совершения M&A-сделок: при пре-

вышении участниками сделки определенных финансовых показателей в соответствии с украинским законодательством для ее совершения необходимо получение разрешения АМКУ на концентрацию.

С учетом того, что зачастую при отчуждении бизнеса необходимо также получить отдельное разрешение АМКУ на согласованные действия (при наличии *non-compete obligation* в транзакционном документе), эти два процесса, как правило, идут параллельно. Однако установленные законодательством различные сроки рассмотрения заявлений о предоставлении разрешения на концентрацию (15 дней + 1 месяц) и на согласованные действия (15 дней + 3 месяца) могут привести к дополнительным сложностям для всех участников процесса.

Обязательство не конкурировать между действующими конкурентами

Следует сказать, что на практике область применения такого инструмента, как обязательство *non-compete*, не исчерпывается только M&A-соглашениями. Имеют место случаи применения обязательства не конкурировать и в других областях.

Рассмотрим условную ситуацию, при которой два конкурента на определенном рынке заключают некое "джентльменское соглашение" о неконкуренции, распределив регионы своих продаж.

Так, например, до заключения такого соглашения эти конкуренты осуществляли продажи на территории Киева и Киевской области, а после – первый из них будет продавать бытовую технику на территории города Киева, в то время как второй будет осуществлять продажи на территории всей Киевской области, кроме самой столицы. Интересно, что такое распределение рынков фактически считается картелем, однако в теории украинское законодательство такого понятия не содержит.

Данные действия будут подпадать под определение антиконкурентных согласованных действий в соответствии с подп. 3 п. 2 ст. 6 Закона как согласованные действия, касающиеся раздела рынков по территориальному принципу. Как указывалось выше, осуществление таких антиконкурентных действий запрещено украинским законодательством, однако может быть разрешено АМКУ на основании

соответствующего заявления участников согласованных действий.

Процедура получения разрешения АМКУ

Процедура получения разрешения АМКУ на согласованные действия определена Положением о порядке подачи заявлений в органы АМКУ о получении разрешения на согласованные действия субъектов хозяйствования (далее – Положение).

В соответствии с данным Положением участники антиконкурентных согласованных действий обязаны обратиться в АМКУ с заявлением на получение разрешения на такие действия. АМКУ в течение пятнадцати дней со дня получения документа проверяет соответствие заявления и документов, которые прилагаются к нему, требованиям законодательства и по результатам такой проверки:

- 1) принимает заявление к рассмотрению или
- 2) возвращает его заявителю с указанием недостатков, которые необходимо устранить для повторной подачи документа в АМКУ.

После проверки соответствия заявления и документов, которые прилагаются к нему, требованиям законодательства АМКУ начинает рассмотрение заявления по сути. Этот срок составляет три месяца со дня принятия заявления к рассмотрению. Если АМКУ не может предоставить разрешение на согласованные действия или необходимо провести углубленное исследование или экспертизу, он может начать рассмотрение дела о согласованных действиях и запросить у участников согласованных действий дополнительную информацию, необходимую для более детального изучения планируемых действий и их последствий для определенных рынков.

Срок рассмотрения такого дела не должен превышать трех месяцев со дня предоставления участниками согласованных действий всей информации, запрошенной АМКУ. По результатам рассмотрения заявления по сути или дела о согласованных действиях АМКУ разрешает или запрещает осуществление антиконкурентных согласованных действий.

Проведя исследование разрешений на согласованные действия, публикуемых на официальном сайте АМКУ, мы пришли к выводу, что большинство их выдается именно на согласованные действия в форме обязательств не конкурировать, которые содержатся в до-

говорах об отчуждении бизнеса или иных соглашениях.

Иными словами, АМКУ наработал достаточно серьезную практику рассмотрения заявлений о предоставлении разрешений на соглашения о неконкуренции.

Существуют типовые требования к согласованным действиям, для осуществления которых не нужно получать предварительное разрешение Антимонопольного комитета Украины на согласованные действия.

Так, как правило, если совокупная доля участников согласованных действий на задействованном рынке товара не превышает 5%, осуществление согласованных действий не требует получения разрешения АМКУ. Однако такое разрешение не касается горизонтальных согласованных действий относительно разделения рынка по территориальному принципу.

Таким образом, *non-compete obligation* между действующими конкурентами о разделении рынков по территориальному принципу требует получения предварительного разрешения Антимонопольного комитета Украины. При выявлении осуществления таких действий без разрешения соответствующего государственного органа участникам согласованных действий грозит штраф.

Штраф АМКУ за антиконкурентные согласованные действия

Совершение антиконкурентных согласованных действий без получения разрешения АМКУ может повлечь наложение штрафа до 10% от дохода (выручки) участников согласованных действий (с учетом отношений контроля) за последний финансовый год. Исторически суммы штрафов, применяемых АМКУ, как правило, достигали меньших значений, однако в последнее время в АМКУ наметилась тенденция увеличения штрафов за совершение антиконкурентных согласованных действий.

Так, например, в 2012 году ассоциация "Мебельшервпром" и 14 ее участников были оштрафованы суммарно на 419,0 млн. гривен (приблизительно 41 млн. евро) за совершение антиконкурентных согласованных действий в форме искажения результатов торгов. Нужно сказать, что действия участников вышеуказанной ассоциации с экономической точки зрения представляли собой не что иное, как соглашение о неконкуренции при распределении лотов на торгах.