

Russian-European Centre for Economic Policy (RECEP)

Российско-Европейский Центр Экономической Политики (РЕЦЭП)

**Экономический анализ конструкции
"группа лиц" в контексте
антимонопольного регулирования**

С. Авдашева, А. Шаститко

2005 Moscow | Москва 2005



This project
is funded by the EU

Этот проект
финансируется ЕС



Tel (7-095) 926-0411
Fax (7-095) 926-0299
E-mail info@recep.ru
Web www.recep.ru
Russia 107996 Moscow, K-31, GSP-6
Kuznetsky most str., 21/5, entr.1



This project is implemented by the
Bureau of economic management
and legal studies
Этот проект реализует Бюро
экономического менеджмента и
правовых исследований

Российско-европейский центр экономической политики

**Экономический анализ конструкции «группа
лиц» в контексте антимонопольного
регулирования**

Авторы:

Авдашева С.Б.,

*Зав. сектором Фонда «Бюро экономического анализа»,
д.э.н., профессор ГУ-ВШЭ*

Шаститко А.Е.,

*Зам. генерального директора Фонда «Бюро экономического
анализа»*

д.э.н., профессор экономического факультета МГУ им.

М.В.Ломоносова

Содержание

Введение	3
1. Описание действующей конструкции «группа лиц»	4
2. Исходные условия анализа конструкции «группа лиц»	6
3. Сфера применения конструкции «группа лиц»	8
4. «Группа лиц» в контексте сравнительного анализа дискретных структурных альтернатив: вопросы теории	12
5. Опыт применения родственных конструкций в европейском антимонопольном законодательстве	14
6. Статистическое наблюдение за группами предприятий в практике Франции	18
7. «Группа лиц» в законопроекте «О защите конкуренции»	21
8. Выводы и предложения по использованию конструкции «группа лиц»	24

Введение

Данный материал подготовлен в рамках проекта Российско-европейский центр экономической политики и предназначается для участников дискуссии по проблемам совершенствования конкурентной политики в России, в том числе обсуждения проекта нового закона «О защите конкуренции». Основная цель работы состоит в том, чтобы наметить подходы к определению группы лиц как такого множества участников экономического обмена, которые характеризуются особыми имущественными и обязательственными (договорными) отношениями, которые влияют или могут повлиять на условия конкуренции на рынке. Поставленная цель предполагает решение двух взаимосвязанных вопросов:

- (1) вычленение существенных оснований определения группы лиц;
- (2) определение возможностей использования конструкции «группа лиц» в практике антимонопольного регулирования.

Понятие «группа лиц» входит в число ключевых, используемых в практике антимонопольного регулирования. Модернизация антимонопольной политики в России предполагает решение комплекса вопросов. В их числе изменения нормативно-правовой составляющей антимонопольной политики. Представленный вариант состоит из нескольких частей, которые соответствуют основным задачам, которые предполагается решить.

Во-первых, предполагается дать описание существующей конструкции «группа лиц» в действующем антимонопольном законодательстве. В рамках первого раздела предполагается также указать на проблемы, с которыми связано использование данной конструкции.

Во-вторых, будут обозначены основные исходные условия, существенные для последующего анализа возможностей корректировки конструкции «группа лиц».

В-третьих, предполагается очертить множество ситуаций, в которых возникает основание для применения рассматриваемой конструкции.

В-четвертых, будут рассмотрены подходы к поиску компромисса в части определения группы лиц с использованием «договорного», или обязательственного, признака.

В-пятых, предполагается рассмотреть зарубежный опыт применения синонимичных понятий.

В-шестых, будет предложены подходы к применению конструкции «группа лиц» в контексте проведения антимонопольной политики.

В качестве основы анализа будет использованы формулировки действующих нормативно-правовых актов. Вместе с тем в тексте будет также принято во внимание, что началось публичное обсуждение проекта нового закона «О защите конкуренции». Вот почему в завершении настоящего доклада будет проведен анализ норм

законопроекта, относящихся к группе лиц, изменению антимонопольного регулирования применительно к группе лиц, а также конструкции «коллективного доминирования».

1. Описание действующей конструкции «группа лиц».

Статья 4 действующего закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» раскрывает содержание данного понятия также как и родственного понятия «аффилированные лица». Во вставке 1 представлены формулировки указанной статьи, посвященные описанию содержания понятий «группа лиц» и «аффилированные лица».

Вставка 1. Группа лиц и аффилированные лица: законодательные рамки определения.

Группа лиц - группа юридических и (или) физических лиц, применительно к которым выполняется одно или несколько следующих условий:

1. лицо или несколько лиц совместно в результате соглашения (согласованных действий) имеют право прямо или косвенно распоряжаться (в том числе на основании договоров купли - продажи, доверительного управления, о совместной деятельности, поручения или иных сделок) более чем 50 процентами от общего количества голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица. При этом под косвенным распоряжением голосами юридического лица понимается возможность фактического распоряжения ими через третьих лиц, по отношению к которым первое лицо обладает вышеперечисленным правом или полномочием;

2. лицо или несколько лиц получили возможность на основании договора или иным образом определять решения, принимаемые другими лицом или лицами, в том числе определять условия ведения другими лицом или лицами предпринимательской деятельности, либо осуществлять полномочия исполнительного органа других лица или лиц на основании договора;

3. лицо имеет право назначать единоличный исполнительный орган и (или) более 50 процентов состава коллегиального исполнительного органа юридического лица и (или) по предложению лица избрано более 50 процентов состава Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления юридического лица;

4. физическое лицо осуществляет полномочия единоличного исполнительного органа юридического лица;

5. одни и те же физические лица, их супруги, родители, дети, братья, сестры и (или) лица, предложенные одним и тем же юридическим лицом, составляют более 50 процентов состава коллегиального исполнительного органа и (или) Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления двух и более юридических лиц или по предложению одних и тех же юридических лиц избрано более 50 процентов состава Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления двух и более юридических лиц;

6. одни и те же физические лица, их супруги, родители, дети, братья, сестры и (или) юридические лица имеют право самостоятельно или через представителей (поверенных) распоряжаться в сумме более чем 50 процентами голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал каждого из двух и более юридических лиц;

7. физические лица и (или) юридические лица имеют право самостоятельно или через представителей (поверенных) распоряжаться в сумме более чем 50 процентами голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал одного юридического лица, и одновременно данные физические лица, их супруги, родители, дети, братья, сестры и (или) лица, предложенные одним и тем же юридическим лицом, составляют более 50 процентов состава коллегиального исполнительного органа и (или) Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления другого юридического лица;

8. юридические лица являются участниками одной финансово - промышленной группы;

9. физические лица являются супругами, родителями и детьми, братьями и (или) сестрами;

Аффилированные лица - физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность;

1. аффилированными лицами юридического лица являются:

2. член его Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления, член его коллегиального исполнительного органа, а также лицо, осуществляющее полномочия

его единоличного исполнительного органа;

3. лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо;

4. лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 процентами общего количества голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал данного юридического лица;

5. юридическое лицо, в котором данное юридическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 процентами общего количества голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал данного юридического лица;

6. если юридическое лицо является участником финансово - промышленной группы, к его аффилированным лицам также относятся члены Советов директоров (наблюдательных советов) или иных коллегиальных органов управления, коллегиальных исполнительных органов участников финансово - промышленной группы, а также лица, осуществляющие полномочия единоличных исполнительных органов участников финансово - промышленной группы;

7. аффилированными лицами физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, являются:

8. лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное физическое лицо;

юридическое лицо, в котором данное физическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 процентами общего количества голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал данного юридического лица.

Комментируя приведенные выше формулировки, важно обратить внимание на несколько существенных моментов.

1. Группа лиц может состоять как из юридических, так и из физических лиц, которые в свою очередь определяются как хозяйствующий субъект. Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» гласит, что все нормы, относящиеся к хозяйствующему субъекту, относятся и к группе лиц. Иными словами, группа лиц признается хозяйствующим субъектом в экономическом смысле слова..

2. Используется принцип мягкой взаимодополняемости критериев, что означает возможность применения одного из перечисленных критериев (всего их представлено девять) для идентификации группы лиц.

3. Применяются не только имущественные, но и обязательственные (договорные) критерии. В связи с этим следует обратить внимание на второй признак группы лиц, который тесно связан с такими известными из экономической теории понятиями как вертикальная и горизонтальная интеграция, а также вертикальные и горизонтальные ограничения.

4. Если в качестве общего основания для квалификации лиц как аффилированных используется «способность оказывать влияние», то определение группы лиц в формулировке закона вообще лишено общего квалифицирующего критерия. В то же время такой общий критерий выделения группы лиц для целей антимонопольного регулирования достаточно очевиден – это способность осуществлять контроль над деятельностью компаний, предположительно входящих в группу лиц.

Практика правоприменения показывает, что правовая конструкция «группа лиц» нуждается в более четкой идентификации. О сложности поставленной задачи говорит тот факт, что в Европейском Союзе более 20 лет назад была предпринята попытка кодифицировать отношения в концепции, родственной понятию «группа лиц», причем о получении однозначно положительных результатов в плане вычленения общепризнанных критериев добиться пока не удалось. К данному вопросу мы вернемся в четвертом разделе.

2. Исходные условия анализа конструкции «группа лиц».

Принимая во внимание необходимость решения двух взаимосвязанных вопросов - вычленение существенных оснований определения группы лиц и определение возможностей использования конструкции «группа лиц» в практике антимонопольного регулирования - для достижения поставленных целей важно учитывать следующие исходные условия, которые являются базовыми для последующего анализа.

Во-первых, все аспекты изучения вопросов конструкции и применения нормы «группа лиц» в антимонопольном регулировании будут рассматриваться с точки зрения процесса принятия решений участниками экономического обмена, а точнее – в рамках логики индивидуального выбора. Данная логика построена на предположении о том, что все действующие лица преследуют собственные интересы с учетом ограничений, в числе которых не только цены, но и действующие правила, а также интересы других действующих лиц. Вместе с тем такая формулировка общего подхода потребует более четкого понимания того, каким образом соотносятся понятия «хозяйствующий субъект» и «группа лиц».

Во-вторых, общим фоном для вычленения и описания существенных характеристик конструкции «группа лиц» будет совокупность применяемых концепций, которые можно считать родственными понятию «группа лиц». В их числе «аффилированные лица», «основное и зависимое общество». Причем, для нас важна не только и даже не столько юридическая техника определения данных понятий, сколько определение места данной конструкции в правовой системе.

В-третьих, сложившееся в российской законодательной и правоприменительной практике понимание конструкции «группа лиц», в том числе соотношение с другими «похожими» понятиями создает эффект зависимости от предшествующего развития (path-dependency).

В-четвертых, применяемые в Европейском Союзе нормы, родственные предлагаемой конструкции группа лиц, с учетом того, что общепринятых норм относительно идентификации группы лиц, пока не существует.

В-пятых, применение метода сравнительного анализа дискретных институциональных альтернатив, который является одной из важнейших характеристик новой институциональной экономической теории, позволяет более четко поставить вопрос о тех компромиссах, которые необходимы при использовании рассматриваемой конструкции.

Поскольку сам по себе процесс принятия решений, так же, как и способ принятия решений, соотношение положения каждого из субъектов в процессе принятия решений, строго говоря, являются общим элементом в экономическом анализе всех обозначенных выше конструкций, то первое, на что необходимо обратить внимание, - в каких плоскостях следует проводить различие между используемыми понятиями, если только признается необходимость использования различных правовых конструкций.

Поставленный вопрос, строго говоря, является обратной формой постановки вопроса о соотношении различных фрагментов правовой системы, в частности, речь идет о конкурентном (публичном) праве, корпоративном праве, а также о гражданском праве. По мере усложнения отношений в рамках отдельных сфер отношений возникают

и более сложные сферы права, которые регламентируют данные отношения. С этой точки зрения в развитой правовой системе корпоративное право рассматривается не как часть гражданского права, а как относительно самостоятельная отрасль права. В этой связи нельзя не отметить, что в плане определения юрисдикций споры в сфере корпоративного управления относятся к компетенции арбитражных судов. В задачу данного аналитического материала не входит подробное описание множества корпоративных споров, которые оказываются в юрисдикции арбитражного суда.

Первый вариант подхода к построению понятийного аппарата для каждой области может быть основан на инвариантности определения упомянутых понятий. Однако, очевидно, что такого рода подход неприменим без значительных издержек потому, что указанные выше отрасли права регламентируют различные, хотя, безусловно, и взаимосвязанные, наборы отношений между действующими лицами. Причем, с экономической точки зрения, эти различия важны, в первую очередь не сами по себе, а тем, к каким результатам сопряженных решений (действий) участников экономического обмена они относятся. Поскольку взаимосвязанность решений сама по себе не является причиной неэффективного использования ресурсов, препятствием для новых комбинаций как средства экономического развития, в основе концепции «группа лиц» должны быть заложены, прежде всего, специфические риски, с которыми сопряжены взаимосвязанные решения.

Что касается сферы конкурентного, а в более узком понимании – антимонопольного права, то в первую очередь конструкция взаимосвязанных, или сопряженных, решений нескольких субъектов рассматриваются через призму влияния (или возможностей влияния) такого рода решений (или возможных решений) на условия конкуренции. Иными словами, речь идет о рисках неблагоприятного влияния на конкуренцию, которые, вместе с тем не предполагают запрета самого факта (набора обстоятельств, в том числе характеризующих структуру рынка). Вот почему, например, само по себе совместное доминирование, возможность включения правовой конструкции которого в новый закон «О защите конкуренции» активно обсуждается, не является нарушением антимонопольного законодательства и не влечет за собой каких-либо санкций. Правда, в этом случае важно сделать одну оговорку: отсутствие санкций не тождественно неизменности издержек антимонопольного регулирования, которые могут выражаться в необходимости выполнения участниками группы лиц различного рода требований (в том числе информационных) со стороны антимонопольного ведомства.

В свою очередь та же самая сопряженность в сфере корпоративного права рассматривается в первую очередь через призму последствий корпоративного управления (конечно же, в зависимости от объема данного понятия) и выражающегося в таких характеристиках функционирования корпораций как их стоимость (капитализация), а точнее – в защите интересов инвесторов и акционеров. В той мере, в какой антимонопольное регулирование совпадает по направленности с регламентацией отношений корпоративного управления, можно говорить и о совмещенности двух понятий.

Наконец, если говорить о конструкции «основное и зависимое общество», то основная идея состоит в том, чтобы с ее помощью определять распределение ответственности между основным и зависимым обществами в случае возникновения необходимости погашения обязательства каждого из этих обществ.

Понятно, что логически применение конструкции «аффилированные лица» далеко не всегда позволят однозначно ответить на вопрос, каким образом действия

аффилированных лиц повлияет на условия конкуренции на товарных рынках. В свою очередь если ставить вопрос о распределении ответственности между зависимым и основным обществом в контексте применения антимонопольного законодательства, то также возникнуть существенные трудности уже на уровне описания ситуации, что, в свою очередь, затруднит ее понимание.

Вот почему вполне целесообразной представляется использование *второго варианта*, в соответствии с которым родственные, но все же различные понятия относятся к разным сфере права. Тем самым в самой формулировке удастся сохранять контекст изучаемых отношений. Последнее, как представляется, позволит как снизить издержки правоприменения, так и обеспечить более последовательную кодификацию норм. Последовательность в кодификации норм позволит также сэкономить на транзакционных издержках, связанных с последующими изменениями в законодательстве. Предлагаемый подход отражает идею, суть которой сводится в тому, чтобы не пытаться с помощью одной конструкции регламентировать все многообразие взаимоотношений между юридическими и физическими лицами, когда возникает эффект или возможность взаимосвязанности решений.

Вместе с тем из сказанного не следует, что отсутствует возможность наложения подмножеств видов субъектов, которые представлены как группа лиц, и подмножества «аффилированных лиц».

3. Сфера применения конструкции «группа лиц»

В контексте антимонопольного регулирования достаточно сложно дать простое, компактное определение группы лиц (группы хозяйствующих субъектов), хотя и не так сложно указать на те аспекты, в которых возможно возникновение потребности в данном понятии. Опишем классы ситуаций, в которых это возможно.

Во-первых, в случае соглашений, которые ограничивают конкуренцию на рынках товаров. Причем, следует отметить, что такого рода соглашения отличаются большим разнообразием. В частности, их можно классифицировать по расположению субъектов относительно той или иной технологической цепочки товара (тогда речь идет, главным образом, о горизонтальных и вертикальных ограничениях). Что касается вертикальных ограничений, то следует также указать на множество форм, в которых они существуют (ограничение цен перепродажи, связанные продажи, количественные ограничения и ограничения по территории). Также есть возможность рассматривать ограничения с точки зрения степени жесткости, которая проявляется, в свою очередь в контролируемых параметрах, с одной стороны, и механизме принуждения, с другой. Понятно, что если директора конкурирующих компаний, а также директора технологически связанных компаний, участвуют в управлении, соответственно, «конкурента» или «смежника», то оснований говорить о том, что такого рода компании могут заключить соглашение, ограничивающее конкуренцию и наносящее ущерб потребителям, с одной стороны, и процессам создания стоимости, с другой, больше, нежели в случае, если компании в де-юре не связаны друг с другом отношениями собственности на компании, включая правомочиями управления. Однако следует учитывать, что непосредственное участие в принятии управленческих решений не является необходимым условием для того, чтобы квалифицировать то или иное множество субъектов как группу лиц. В этом случае достаточно указать на наличие

долгосрочных, воспроизводящихся договорных отношений, которые могут оказывать значительное влияние на условия конкуренции.

Во-вторых, в случае согласованных действий. Особенность данного класса ситуаций состоит в том, что группа лиц (хозяйствующих субъектов) может не быть связана не только имущественными, но и договорными отношениями, что не делает возможным применение таких характеристик, с помощью которого описывается множество хозяйствующих субъектов, признаваемых аффилированными лицами. В то же время применительно ко второму пункту особенно следует указать на возможность сопряженного использования двух понятий – «группа лиц» и «совместное доминирование». В связи с этим следует особо подчеркнуть, что ни одно из этих понятий не относится к признакам нарушения антимонопольного законодательства и является лишь одним из факторов, который может использоваться для распределения ограниченных ресурсов антимонопольного ведомства в плане мониторинга за конкурентной ситуацией на товарных рынках.

В-третьих, в случае злоупотребления совместным доминирующим положением, которое, строго говоря, соответствует соглашениям и согласованным действиям, о которых речь шла в первых двух пунктах. Необходимо отметить, что даже действующее до настоящего времени антимонопольное законодательство не исключает возможности применения санкций против лиц, осуществляющих антиконкурентные действия в качестве «экономической фирмы» (см также разделы 4 и 5). Поскольку согласно закону «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности», хозяйствующим субъектом выступает именно группа лиц, то участники этой группы могут рассматриваться как ответчики по делу о злоупотреблении доминирующим положением (ст.5 закона «О конкуренции»).

В-четвертых, в случае действий, а также соглашений с участием органов исполнительной власти, которые (действия или соглашения) ведут к такому ограничению конкуренции.

В-пятых, в процессе контроля сделок экономической концентрации. Поскольку сделки экономической концентрации предполагают изменения в распределении прав принятия решений между хозяйствующими субъектами и/или физическими лицами, то в той мере, в какой такого рода перераспределение может повлиять на конкурентную среду, такого рода сделки могут быть объектом внимания со стороны антимонопольных органов. Причем, это внимание может быть представлено как в форме предварительного контроля (для особо крупных сделок), так и в форме последующего контроля (для менее значимых, но все же могущих повлиять на условия конкуренции) сделок. Отметим, что именно данный класс ситуаций наиболее сильно сопряжен с вопросами корпоративного управления.

Конструкция «группы лиц» актуальна для применения антимонопольного законодательства в принципе, даже исключая все те дела, где группа лиц прямо выступает ответчиком или одним из ответчиков. Представление о группе лиц как едином участнике рынка меняет выводы о структуре и поведении участников рынка. В частности, использование данных о фактических участниках рынка в противоположность формально независимым предприятиям существенно корректирует оценки рыночных долей и концентрации.

Продемонстрируем это на примере детально изученного сектора, где характер распределения акционерного контроля достаточно хорошо известен – российских отраслей нефтедобычи и нефтепереработки. На рис. 1 и 2 приведены показатели

концентрации производства – индекс концентрации трех (CR3) и индекс Херфиндаля-Хиршмана (НИ), - как содержащиеся в докладах российского статистического органа (где в качестве участников рынка рассматриваются отдельные предприятия), так и рассчитанные для случая, когда в качестве участников рынка рассматриваются российские нефтяные компании (на основе тех же данных, содержащихся в отчетах Государственного комитета по статистике). Легко заметить, что показатели концентрации, рассчитанные по двум версиям, существенно различаются, причем это различие со временем растет по мере формирования новых бизнес-групп в нефтяном секторе. Мало того, мы видим, что в нефтедобыче использование данных Государственного комитета по статистике может приводить к неверным выводам не только о масштабах, но и о направлениях изменения концентрации производства.

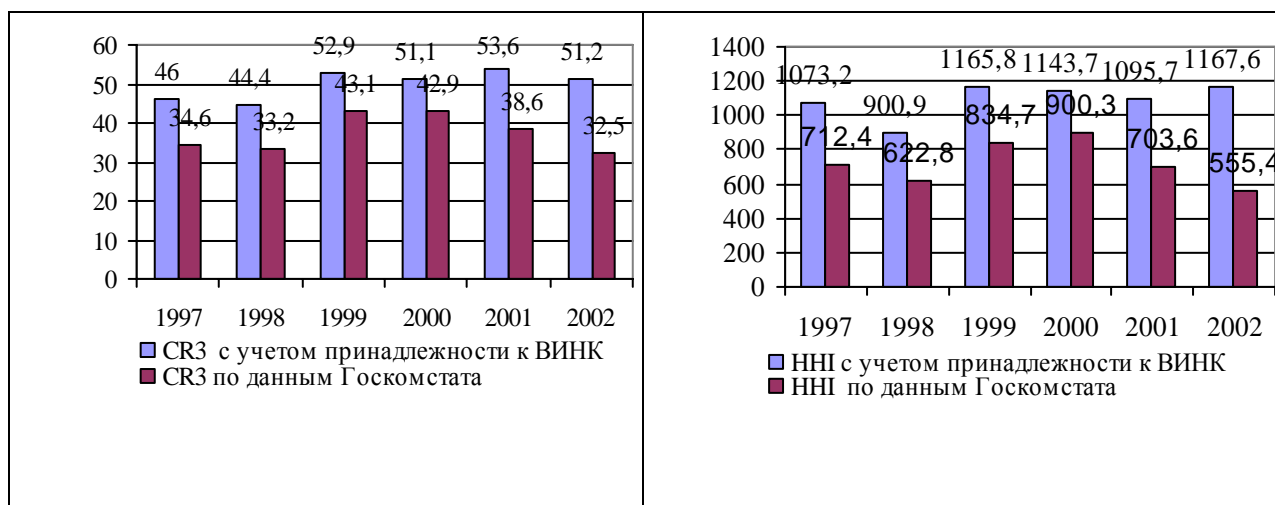


Рис.1. Показатели концентрации в нефтедобыче по данным Государственного комитета по статистике и с учетом принадлежности к ВИНК: 1997-2002

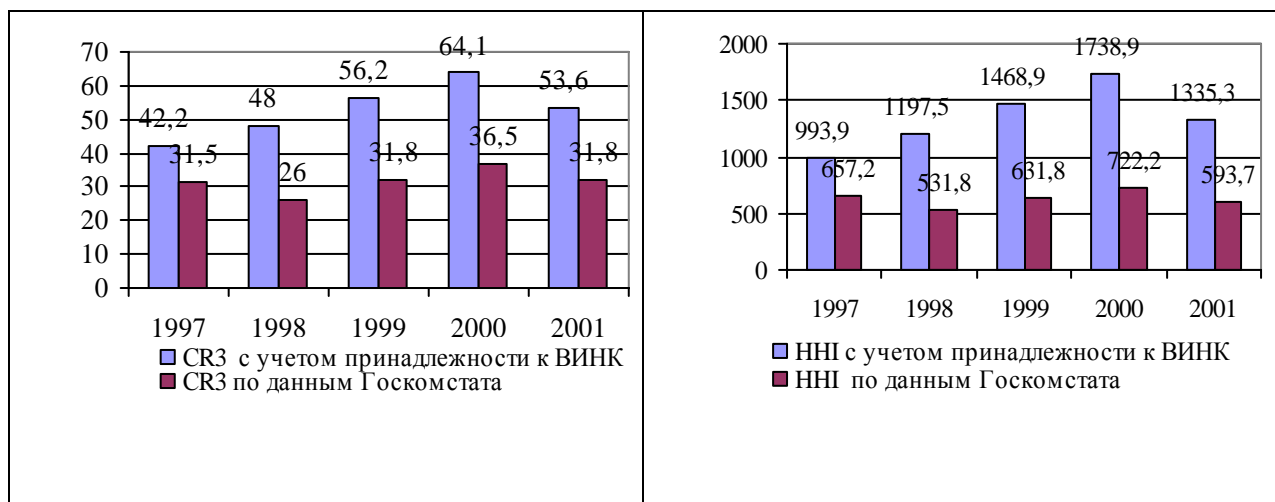


Рис.2. Показатели концентрации в нефтепереработке по данным Государственного комитета по статистике и с учетом принадлежности к ВИНК: 1997-2001

Применение понятия «группа лиц» в повседневной практике сталкивается по крайней мере с двумя сложностями. Первая сложность связана с множественностью оснований контроля и общей непрозрачностью контроля в российских бизнес-группах. И акционерные, и неимущественные связи внутри российских бизнес-групп характеризуются рядом отличительных особенностей, воздействующих на издержки определения границ фирмы (группы лиц).

В большинстве российских бизнес-групп акционерные связи непрозрачны. Очень редко материнская компания непосредственно владеет контрольным пакетом акций компаний дочерних. Гораздо чаще контрольным пакетом акций дочерней компании совместно владеют несколько фирм, аффилированных с материнской компанией. При этом выявление связи между материнской компанией и аффилированными с ней владельцами дочерней компании сопряжено со значительными информационными издержками.

Акционерные связи внутри типичного российского холдинга редко бывают стабильными. Даже при устойчивом контроле материнской компании над деятельностью дочерней формальные владельцы пакета акций последней могут часто меняться. Стимулом такой ротации формальных владельцев компаний служит в том числе стремление материнской компании снизить прозрачность структуры собственности и управления и создать, таким образом, российский аналог «отравленной пилюли» для потенциальных захватчиков¹.

Российские холдинги отличаются большим числом уровней контроля. Если принять управление дочерней компанией со стороны материнской за один уровень контроля, для российских бизнес-групп характерны структуры с пятым, шестым и даже седьмым уровнем контроля. Нельзя сказать однозначно, насколько уровни акционерных связей соответствуют уровням реального контроля. Не исключено, что в вертикальной цепочке, например, из семи компаний три встроены исключительно в целях снижения прозрачности организационной структуры.

В структуре российских холдингов активно используются формы как открытых, так и закрытых акционерных обществ и товариществ. В отличие от АО открытого типа, другие типы организационных структур предполагают более скромные обязательства по раскрытию информации, что делает их более удобным инструментом архитектуры контроля, но одновременно затрудняет оценку границ фирмы антимонопольными органами.

Важнейшая тенденция консолидации реальных прав собственности в промышленности на протяжении нескольких последних лет сопровождается процессом консолидации пакетов акций в руках либо собственников, либо аффилированных с ними компаний. Однако второй процесс существенно отстает от первого – консолидация пакета акций как переход их из рук множества распыленных владельцев в руки крупнейшего владельца происходит медленнее, чем концентрация фактического контроля над деятельностью компаний.

Помимо акционерных инструментов контроля, координация хозяйственных решений формально самостоятельных предприятий может осуществляться и на неимущественной основе – например, благодаря контролю над поставками ключевых ресурсов, или каналами сбыта конечной продукции..

Роль неимущественных инструментов контроля была исключительно высока в первые годы либерализации; по мере развития хозяйственной системы неимущественные инструменты контроля либо становятся основой для возникновения имущественных прав собственности (когда, например, безальтернативный поставщик

¹ Причем, следует отметить, что речь идет не только об обычных враждебных захватах, но и о недобросовестных корпоративных захватах, о чем более подробно см. «Выявление механизмов недобросовестных корпоративных захватов и выработка предложений по противодействию их использованию (с учетом мирового опыта). Под ред. Р.А.Кокорева, А.Е.Шаститко. Бюро экономического анализа. М.: Теис, 2004.

ресурсов скупает активы перерабатывающих предприятий) или постепенно утрачивают свою силу. Однако до настоящего времени роль неимущественных инструментов контроля в российской экономике остается выше, нежели в развитой рыночной экономике.

Примером специфичного для России неимущественного инструмента координации, на котором основывался целый ряд относительно устойчивых бизнес-групп, служит давальчество. Давальческая сделка, или процессинг – такая организация производства, в рамках которой промышленное предприятие осуществляет переработку независимого (хотя и не обязательно) поставщика сырья, которое расплачивается за услуги переработки либо деньгами, либо частью готовой продукции. В течение 1990-х годов из давальческого сырья производилась самая разная продукция – от сахара до цветных металлов². Результатом применения давальческой схемы служит фактическое установление контроля, приобретение фактических прав собственности на активы формально не принадлежащего поставщику сырья предприятия.

Сложная архитектура акционерных связей в России делает задачу определения участника рынка как хозяйствующего субъекта, нетривиальной.

Вторая сложность применения концепции «группа лиц» в случае принятия нового закона «О защите конкуренции» в той редакции, которая обсуждалась в последние месяцы, состоит в том, что для его определения в контексте антимонопольного регулирования фактически используется составной критерий, который относится, с одной стороны, к процессам координации (взаимосвязанности) решений, а с другой стороны, к изменению условий конкуренции в результате действий хозяйствующих субъектов. Данная сложность обусловлена тем набором квалифицирующих признаков, которые предлагаются в проекте данного закона.

4. «Группа лиц» в контексте сравнительного анализа дискретных структурных альтернатив: вопросы теории.

Основная задача данного раздела состоит в том, чтобы показать основание для поиска компромиссного решения относительно наполнения конструкции «группа лиц» реальным содержанием. С этой целью будет использован подход, который известен как «сравнительный анализ дискретных структурных альтернатив».

В экономической системе участники трансакций вступают друг с другом в договорные (контрактные) отношения, что так или иначе свидетельствует об общности интересов, а также ограничении возможностей каждого из участников как средства обеспечения взаимовыгодного обмена. Применение концепции группы лиц ко всем участникам экономического обмена делает данную концепцию слишком широкой. Вот почему принципиальное значение имеет ограничение множества отношений (как договорных, так и имущественных), которые могут представлять интерес с точки зрения антимонопольного регулирования.

В связи с этим полезным является вычленение трех базовых форм координации действий: механизма цен (рыночной), иерархической (внутрифирменной) и гибридной.

² Авдашева С. Давальческие контракты в российской промышленности и их влияние на положение перерабатывающих предприятий. Вопросы статистики, 1999, № 3, с.62-67.

Соотнося сказанное с существующими правовыми нормами, следует отметить, что в перечне видов хозяйствующих субъектов (в соответствии с проектом нового закона «О защите конкуренции») представлены коммерческие организации, некоммерческие организации (которые осуществляют приносящую доход деятельность), организации саморегулирования и индивидуальные предприниматели, что дает основание проводить различия между юридическим лицом и экономической фирмой. Очевидно, что экономическая фирма может состоять из множества, например, коммерческих организаций. В свою очередь экономическая фирма характеризуется особенностями процессов принятия решений, контроля, адаптации к изменяющимся обстоятельствам, которые могут быть охарактеризованы с помощью термина «иерархия» или одностороннего механизма управления транзакциями. В этом смысле экономическая фирма является той единицей, которая рассматривается как один субъект рынка. В этой связи концепция группы лиц имеет прямое отношение к выполнению функции правового аналога экономической фирмы.

Вместе с тем важно учитывать, что экономическая фирма, в которой доминирует односторонний механизм управления транзакциями и стороны транзакций не являются претендентами на остаточный доход и тем более на конечные права, не охватывает всего многообразия отношений, которые вместе с тем предполагают достаточно существенные ограничения. Непокрытое подмножество – так называемые гибридные формы, или гибридные институциональные соглашения. Гибридные институциональные соглашения – долгосрочные контрактные отношения, предполагающие сохранение автономности (формальной самостоятельности) сторон отношения, но предполагающие создание транзакционно-специфических мер предосторожности, препятствующих оппортунистическому поведению участников и обеспечивающих адаптацию к изменяющимся обстоятельствам в условиях неопределенности³. Важно отметить, что в рамках гибридных форм предполагается ограничение на возможности выбора, причем такие, которые могут вести к ограничению конкуренции, что в свою очередь обусловлено необходимостью обеспечения гарантий для собственников специфических активов. Напомним, что специфический актив – это вид активов, доход от использования которого в рамках одной конкретной транзакции устойчиво превышает доход от его использования в рамках любой другой в рамках любой другой транзакции

Гибридные формы многообразны. В частности, к ним относят: субконтракты, сети, кластеры, франчайзинг, коллективные товарные знаки, альянсы, а также партнерства и кооперативы⁴. Причем гибридные формы институциональных соглашений достаточно сильно различаются с точки зрения жесткости контроля. Именно гибридные формы институциональных соглашений представляют собой наиболее серьезный и сложный вызов конструкторам понятия «группа лиц», а также разработчикам нормативно-правовых актов в сфере антимонопольного регулирования, поскольку вопрос о проведении демаркационной линии между множеством хозяйствующих субъектов, входящих в группу лиц и множеством субъектов, которые, заключая друг с другом контракты (в том числе долгосрочные и/или с механизмом пролонгации), вместе с тем к группе лиц не относятся.

В представленном материале мы не предлагаем какого-либо обоснованного с теоретических позиций окончательного решения вопроса о проведения демаркационной линии между теми соглашениями в множестве гибридных соглашений, которые

³ Шаститко А.Е. Правило взвешенного подхода в контексте административной реформы и дерегулирования экономики. М.: Теис, 2005.

⁴ Menard C. The Economics of Hybrid Organizations // Journal of Institutional and Theoretical Economics. 2004. V.160. P.4-6.

относятся к достаточным условиям определения группы лиц и тем, которые к таковым соглашениям отнесены быть не могут. Отметим лишь, что повторяющиеся трансакции с одним и тем же набором участников, могут быть основаны на репутационных эффектах. Включение такого рода отношений как признака группы лиц значительно расширило бы спектр отношений, подпадающих под данное определение, поскольку особенность предложенного примера состоит в том, что взаимозависимость в данном случае в минимальной степени связана с созданием специализированного механизма управления трансакциями, который и является, строго говоря тем основанием, по которому мы можем судить о жесткости контроля. Еще раз укажем, что любое юридическое определение группы лиц представляет собой не что иное, как компромисс, рамки который на стадии институционального проектирования обозначить в явной форме.

5. Опыт применения родственных конструкций в европейском антимонопольном законодательстве

Европейское антимонопольное законодательство не содержит прямого аналога определения «группы лиц». Позиция Европейской комиссии по конкуренции изложена в ряде так называемых «интерпретирующих пояснениях», которые имеют статус подзаконного акта. Для целей нашего анализа наибольший интерес представляют два пояснения: «О концепции участника сделки экономической концентрации» (Commission notice on the concept of **undertakings concerned** under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, опубликовано в Official Journal OJ C 66 от 2 марта 1998) и «О самостоятельном (или «функционально полном») совместном предприятии» (Commission notice on the concept of **full-function joint ventures** under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings опубликовано в Official Journal OJ C 66 от 2 марта 1998)⁵.

В первом из указанных документов подчеркивается, что «ключевой для определения участника сделки служит концепция приобретаемого контроля» (п.7). Во втором документе специально указывается, что «необходимо определить концепцию экономической концентрации таким образом, чтобы выдвинутым критериям соответствовали только операции, которые ведут к устойчивым изменениям структуры участвующих в сделке хозяйствующих субъектов» (п.5).

Антимонопольный орган при анализе влияния сделки на конкуренцию будет анализировать данные не только о формальных участниках сделки, но в первую очередь о группе лиц, куда входят заявители. Этот принцип конкретизируется применительно к случаю материнской и дочерней компаний (пп.18-20):

«Если целевая компания поглощается группой через одну из дочерних компаний группы, в качестве участников сделки, в том числе для целей расчета оборота, рассматриваются целевая компания, с одной стороны, и группа, с другой.

Все компании внутри группы (включая материнские и дочерние компании и т.д.) составляют единую экономическую единицу, и следовательно они могут выступать

⁵ В прошлом 2004 г. законодательство, регулирующее антимонопольный анализ слияний в Европейском Союзе, претерпело существенные изменения. Однако по состоянию на начало апреля 2005 г. интерпретирующие пояснения по рассматриваемым вопросам не были заменены новыми редакциями.

только одним участником сделки. Материнские и дочерние компании внутри группы не могут рассматриваться в качестве отдельных участников сделки.

Статья 5 (4) Акта, регулирующего слияния, устанавливает, что именно оборот группы, к которой принадлежит участник сделки, должен использоваться при расчете оборота».

Особое место в Пояснениях комиссии по конкуренции занимает понятие «самодостаточного» или «функционально полного» совместного предприятия. Анализируется тот достаточно часто встречающийся случай, когда приобретающая контроль компания является исключительно «инструментальной» и составляет часть так называемого «корпоративного покров», и при этом не может быть квалифицирована как дочерняя по отношению к определенному материнскому обществу. В этом случае, типичном для России, совладельцами указанной компании-покупателя сами по себе могут быть участники группы лиц. Вопрос о том, рассматривается ли в качестве покупателя само совместное предприятие или его владельцы, решается на основе квалификации того, может ли совместное предприятие рассматриваться как «самодостаточное» («функционально полное») (пп.27-28):

«27. Если поглощение производится функционально полным (full-function)⁶ совместным предприятием, то есть совместным предприятием, обладающим достаточными финансовыми и другими ресурсами для осуществления бизнеса на постоянной основе, и уже действующего на рынке, Комиссия обычно рассматривает в качестве участников сделки целевую компанию, с одной стороны, и совместное предприятие (но не материнские компании совместного предприятия), с другой.

28. Напротив, если совместное предприятие может быть лишь инструментом поглощения со стороны материнских компаний, Комиссия будет рассматривать каждую из материнских компаний в качестве участника сделки. Применение этого принципа особенно важно в том случае, когда совместное предприятие создается специально в целях поглощения целевой компании, когда совместное предприятие не осуществляло самостоятельной деятельности, когда существующее совместное предприятие не является функционально полным или когда совместное предприятие представляет собой ассоциацию хозяйствующих субъектов. Тот же самый принцип применяется в том случае, когда существуют свидетельства того, что трансакции осуществляются фактически материнскими компаниями. Такими свидетельствами может служить вовлеченность материнских компаний в инициирование, организацию и финансирование операции. Далее, если поглощение ведет к существенной диверсификации деятельности совместного предприятия, это также может служить индикатором того, что фактическим участником сделки являются материнские компании. В этом случае участником сделки считаются материнские компании».

Специальный документ, посвященный «самодостаточным» совместным предприятиям, содержит критерии вывода об их «самодостаточности» (пп.11-15):

«Совместное предприятие должно на постоянной основе выполнять все функции автономной экономической единицы. Создание совместных предприятий, удовлетворяющих этому требованию, представляет собой устойчивое изменение в структуре участника сделки экономической концентрации. Такое совместное предприятие называется самодостаточным (full-function) предприятием.

⁶ Критерии определения функционально полного совместного предприятия содержатся в Пояснениях Комиссии «О концепции функционально полных совместных предприятий» (Notice on the concept of full-function joint ventures).

Это означает, что совместное предприятие должно выполнять функции, которые обычно осуществляет действующий на том же рынке хозяйствующий субъект. В этих целях совместное предприятие должно располагать менеджментом, ответственным за принятие оперативных решений, и иметь доступ к достаточным ресурсам, включая финансы, персонал, активы (материальные и нематериальные) в целях осуществления на постоянной основе вида деятельности, предусмотренного соглашением о создании совместного предприятия.

Совместное предприятие не является самодостаточным, если оно выполняет только специфические функции в рамках деятельности материнской компании, не имея доступа к рынкам. Такие совместные предприятия выполняют вспомогательные функции по отношению к деятельности материнских компаний...

Высокая доля материнских компаний на рынке факторов производства или рынке сбыта для совместного предприятия служит тем обстоятельством, который необходимо принимать во внимание, оценивая самодостаточность совместного предприятия, если эта высокая доля ведет к преобладанию материнских компаний в продажах или покупках совместного предприятия. Тот факт, что совместное предприятие рассчитывает почти исключительно на продажу продукции материнским компаниям или на покупку у них ресурсов, не влияет на признание самодостаточности совместного предприятия только в течение стартового периода его деятельности. Этот стартовый период обычно принимается не превосходящим трех лет, учитывая специфику рынка, на котором действует совместное предприятие.

Когда предполагаются продажи совместного предприятия материнским компаниям на постоянной основе, ключевой вопрос состоит в том, может ли совместное предприятие выполнять активную роль на рынке без учета этих продаж. Важным фактором в этой связи выступает пропорция распределения выпуска совместного предприятия между продажей материнским компаниям и другим покупателям. Другой важный фактор – соответствие условий реализации продукции материнской компании нормальным условиям сделок, заключаемых на рынке.

Совместное предприятие должно быть рассчитано на стабильное продолжительное функционирование. Свидетельством этого обычно служит надделение совместных предприятий со стороны материнских компаний достаточным объемом ресурсов упомянутых выше типов. Кроме того, соглашения о создании совместного предприятия часто содержат правила поведения в определенных условиях, например, при неудаче совместного предприятия или возникновении серьезных противоречий между материнскими компаниями. В договор могут включаться условия о расторжении соглашения о создании совместного предприятия или возможности для одной или нескольких материнских компаний выйти из состава совместного предприятия. Такие условия не препятствуют признанию совместного предприятия функционирующим на постоянной основе. Этот вывод применим и к случаю, когда договор ограничивает период деятельности совместного предприятия, если этот период достаточно продолжителен, чтобы оказать существенное воздействие на структуру участвующих в сделке хозяйствующих субъектов, или если соглашение предусматривает возможность продления деятельности совместного предприятия за пределы установленного срока. Напротив, совместное предприятие не признается функционирующим на постоянной основе, если оно создано для деятельности в течение короткого ограниченного времени».

Таким образом, европейское антимонопольное законодательство не определяет группу лиц как отдельную конструкцию, определяя необходимые нормы

антимонопольного регулирования *ad hoc*, оперируя не столько юридическими нормами, сколько экономическими критериями. Так, в отношении сделок слияния законодатель опирается на понятия «контроль» и «способность осуществлять самостоятельную деятельность». Хотелось бы специально отметить, что подход, применяемый Комиссией ЕС по конкуренции в отношении совместных предприятий, может быть распространен на инструментальные компании в принципе. В свою очередь, разграничение «самодостаточных» и «инструментальных» компаний содействует решению задачи определения конечного собственника. Данные же о конечном собственнике необходимы для возможности определить состав группы (подробнее о подходах к определению структуры группы мы обратимся в следующем параграфе).

Итак, в центре определения группы лиц в европейском антимонопольном законодательстве – понятие контроля. Признается возможность использования как акционерных, так и неимущественных инструментов контроля. Однако в практике антимонопольного регулирования фактически используются разные критерии определения группы лиц как хозяйствующего субъекта в разных случаях. Так, при квалификации необходимости предварительного антимонопольного контроля сделки экономической концентрации в качестве группы лиц рассматривается только совокупность предприятий, объединенных *имущественным контролем*. Если заявление о сделке экономической концентрации подает юридическое лицо X, то при расчете оборота «участника сделки» последнее понятие включает:

- (a) хозяйствующий субъект X;
- (b) хозяйствующие субъекты, по отношению к которым X прямо или косвенно:
 - (1) владеет более чем половиной акций или активов *и/или*;
 - (2) распоряжается более чем половиной голосующих акций *и/или* ;
 - (3) имеет возможность назначать более чем половину членов управляющего органа;
- (c) хозяйствующий субъект или физическое лицо, которое обладает в отношении X правами контроля, перечисленными в пункте (b);
- (d) хозяйствующие субъекты, в отношении которых обозначенный в пункте (c) хозяйствующий субъект обладает правами контроля, обозначенными в пункте (b);
- (e) хозяйствующие субъекты, в отношении которых любая комбинация участников, перечисленных в пунктах (a), (c), (d) может совместно использовать инструменты контроля, отмеченные в пункте (b)⁷.

В то же время при анализе самих сделок экономической концентрации и их влияния на конкуренцию учитывается возможность использования различных инструментов контроля, в том числе и неимущественного контроля, не основанного на распоряжении титулами собственности.

Насколько подход европейского экономического законодательства может быть реализован в России? Преимуществом описанного подхода является приоритет экономического содержания структурных связей между компаниями над юридической

⁷ Commission notice on **calculation of turnover** under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, published in Official Journal OJ C 66 02.03.1998.

формой, которую эти структурные связи принимают. Однако для практики России последовательный отказ от какого бы то ни было однозначного определения группы (для целей антимонопольного регулирования) чревато так называемой «правовой неопределенностью» и следующим за нею повышением затрат правоприменения. Вот почему целесообразным представляется компромиссный вариант, который может состоять в том, что закон «О защите конкуренции» даст по возможности краткое определение группы компаний (за основу может быть взято определение, содержащееся в «Методических рекомендациях по расчету оборота» Европейской комиссии по конкуренции), а пояснения по применению этой нормы будут включены в специальные методические документы.

Предлагаемый вариант разделяет все формы гибридной координации на два подмножества: те типы гибридной координации, которые создают возможность одностороннего иерархического контроля, включаются в понятие «группы», те же типы гибридной координации, которые не создают возможность одностороннего иерархического контроля, не рассматриваются в качестве причин формирования группы лиц. Необходимо отметить, что при этом мы неизбежно теряем из вида определенную часть инструментов взаимной координации поведения. Однако одновременно такой вариант сопряжен по крайней мере с двумя положительными результатами:

- Основания для определения группы становятся более определенными с аналитической точки зрения (даже если не всегда однозначными с точки зрения юридической формы);
- Мы получаем возможность крайне полезного с точки зрения применения антимонопольного законодательства разграничения «группы лиц» как объединения, возникшего на основании возможностей иерархического контроля и «совместного доминирования» как структуры рынка, создающей высокие стимулы к параллельному поведению.

Второй из аспектов будет подробнее рассмотрен ниже, поскольку в разработанном законопроекте «О защите конкуренции» эти два типа ситуаций смешаны, что приводит к упомянутой выше неопределенности относительно того, являются ли признаками группы только определенные типы координации или, кроме того, влияние указанных типов координации на конкуренцию.

6. Статистическое наблюдение за группами предприятий в практике Франции⁸

Опыт наблюдения за группами предприятий интересует нас постольку, поскольку используемые инструкции по заполнению и интерпретации статистических форм вобрали в себя принятую в ЕС классификацию оснований для возникновения группы лиц. Кроме того, в принятой классификации используются понятия и определения, которые могут успешно заимствоваться не только статистическими инструкциями, но и определенными отраслями законодательства. Целесообразно обратить внимание на сходство и отличия принятых критериев выделения группы в статистической практике Франции и антимонопольном законодательстве ЕС. Наконец, такая система наблюдения

⁸ Составлено на основе: Анализ роли интегрированных структур на российских товарных рынках. Под ред. Авдашевой С.Б., Астаповича А.З., Шаститко А.Е., Бюро экономического анализа, М.: Теис, 2000. Глава 2.

за группами компаний интересна в качестве образца, внедрение которого в практику статистического наблюдения за российскими предприятиями позволило бы существенно повысить обоснованность различных направлений государственной политики.

Основные положения, касающиеся организации постоянного наблюдения за деятельностью групп предприятий, были приняты в 1979 году. Первое обследование финансовых связей между предприятиями было проведено в 1980г. по данным на 31.12.1979г. Предоставляют информацию относительно своих финансовых связей с другими хозяйственными субъектами только достаточно крупные предприятия частного сектора любой сферы деятельности, с численностью занятых не менее 500 человек.

Согласно принятому в статистике Франции определению, **группа** представляет собой объединение хозяйственных единиц (предприятий или иных юридических лиц), деятельность которых зависит от единого центра принятия решений, именуемого «центром группы», посредством установления соответствующих отношений собственности.

Центр группы – это фирма, деятельность которой не контролируется прямо или косвенно со стороны другой компании и которая, в свою очередь, имеет под своим контролем хотя бы одну фирму.

Ядро или группа в узком смысле – это совокупность предприятий, прямо или косвенно контролируемых головной компанией не менее чем на 50%.

Группа в широком смысле – совокупность всех предприятий, контролируемых одним или несколькими центрами группы, независимо от степени данного контроля (т.е. от размеров участия центра в уставном капитале).

Дочернее предприятие – предприятие, не менее 50% уставного капитала которого прямо или косвенно принадлежит компании – центру группы.

Филиал – предприятие, контролируемое головной компанией более чем на 50%⁹.

По форме реализации контроль подразделяется на **прямой** (фирма А сама владеет контрольным пакетом акций фирмы В) и **косвенный** (фирма А владеет контрольным пакетом фирмы В через фирмы С и D), а по степени влияния на поведение компаний – на **полный и совместный контроль**, а также **существенное влияние**.

Критериями **полного контроля** являются:

(а) прямое или косвенное владение контрольным пакетом акций (контроль на основании права голоса).

(б) назначение головной фирмой основной части персонала органов управления и контроля в течение 2 лет подряд (фактический контроль).

(в) определяющее влияние на хозяйственную деятельность в соответствии с договором или учредительными документами (договорной контроль)¹⁰.

⁹ Обратим внимание на то, что данное определение филиала не совпадает с правовым определением филиала в России, а соответствует понятию «дочернего общества».

¹⁰ Таким образом, мы видим еще одну разновидность определения контроля: сравним его с принятой для целей антимонопольного законодательства необходимостью выполнения одного из трех условий: (1)

О совместном контроле говорят в том случае, когда имеет место распределение права контроля (пакетов акций) между сравнительно небольшим числом акционеров – так что присоединение владельца крупного пакета к любой из «коалиций» способно обеспечить принятие решений . (обычно связывается с распоряжением пакетом акций (или аналогичными правами контроля) в объеме, превышающим блокирующий, но ниже контрольного).

Существенное влияние подразумевает прямое или косвенное владение не менее 20% акций контролируемого предприятия.

Для характеристики корпоративной архитектуры внутри группы используются понятия «порядок контроля» и «степень контроля».

Порядок контроля определяет положение филиала по отношению к предприятию – центру группы. Контроль 1-ого порядка имеет место в том случае, если предприятие прямо контролируется центром группы. Контроль 2-ого порядка формируется тогда, когда предприятие контролируется одной или несколькими компаниями, являющимися прямыми филиалами центра группы.

Степень контроля компании А над компанией В исчисляется как суммарная доля в уставном капитале В прямых акционеров, контролируемых компанией А, плюс доля А в капитале В. Степень контроля совпадает с долей голосов на общем собрании акционеров (в %). Говорят, что компания В полностью контролируется компанией А, если степень контроля последней над первой превышает 50%.

Компания считается независимой ни от какой другой хозяйственной единицы, если 99% уставного капитала компании принадлежит единственному акционеру – физическому лицу. Иными словами, независимыми признаются только такие компании, которые не испытывают никакого влияния на процесс принятия решений других юридических лиц.

Между группами в широком смысле (число участников больше, чем только члены ядра группы) может существовать взаимопроникновение. Если исследование предполагает рассмотрение только не взаимопроникающих групп (каждая фирма принадлежит только к одной группе), следует ограничиться анализом предприятий, входящих в состав ядра групп.

Сводный отчет по результатам обследования финансовых связей позволяет выделить группы предприятий в экономике. Последовательность анализа такова:

- Идентификация компаний, потенциально являющихся центрами групп (контролирует хотя бы одно предприятие не менее чем на 50%), и зависимых от них фирм;
- Идентификация фактических центров групп (имеет контроль над другими, но сами не контролируются). В совокупности с фирмами, зависимыми от них, центры образуют группы предприятий;
- Составление общего перечня компаний, входящих в центры групп.

владение более, чем половиной акций или активов *и/или*; (2) распоряжение более чем половиной голосующих акций *и/или* ; (3) возможность назначать более чем половину членов управляющего органа;

Сравнение определения группы лиц в законе «О конкуренции...», с одной стороны, и подходы к определению группы лиц Комиссией ЕС по конкуренции, а также опыта наблюдения за группами во Франции, еще раз показывает, что:

- принятый в российском антимонопольном законодательстве перечень критериев квалификации группы лиц обладает специфическими свойствами; в чем-то он предполагает более широкую, а в чем-то – более узкую трактовку критерия принадлежности к группе;
- так, в европейской практике принято включать в группу лиц объекты **совместного контроля**, в то время как в российском законодательстве совместный контроль не упоминается¹¹;
- одновременно в европейской практике не принято выделять критерии для включения в группу лиц, связанные с контролем, основанным на «личной унии»¹².

7. «Группа лиц» в законопроекте «О защите конкуренции»¹³

В разработанном законопроекте по сравнению с действующим законом «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности», определение группы лиц приобретает существенно большее значение.

Как и в прежнем варианте закона, группа лиц фактически рассматривается как эквивалент хозяйствующего субъекта, что полностью соответствует концепции «экономической фирмы». Группа лиц, точно так же, как и хозяйствующий субъект, может быть признана виновной в нарушениях антимонопольного законодательства - злоупотреблении доминирующим положением и антиконкурентных соглашениях и согласованных действиях. Специально указывается, что все положения закона, относящиеся к хозяйствующим субъектам, распространяются и на группы лиц.

¹¹ К условиям принадлежности к группе лиц в соответствии с законом «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» относится: «лицо или несколько лиц совместно в результате соглашения (согласованных действий) имеют право прямо...распоряжаться более чем 50 процентами от общего количества голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица». Однако, как легко заметить, слово «совместно» употребляется здесь в смысле «в результате согласованных действий», в то время как в европейской практике в понятие совместного контроля вкладывается понимание *возможности оказывать существенное влияние* на поведение предприятия. В этом контексте понятие совместного контроля в европейском антимонопольном регулировании ближе понятию «контроля блокирующего собственника» в российской корпоративной практике.

¹² В частности, в соответствии с законом «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»: «Физические лица и (или) юридические лица имеют право самостоятельно или через представителей (поверенных) распоряжаться в сумме более чем 50 процентами голосов, приходящихся на акции (вклады, доли), составляющие уставный (складочный) капитал одного юридического лица, и одновременно данные физические лица, их супруги, родители, дети, братья, сестры и (или) лица, предложенные одним и тем же юридическим лицом, составляют более 50 процентов состава коллегиального исполнительного органа и (или) Совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления другого юридического лица».

¹³ Законопроект проанализирован по состоянию на 28 февраля 2005 г.

Определение группы лиц по сравнению с действующим законом «О защите конкуренции и ограничении монополистической деятельности» было дополнено еще одним квалифицирующим признаком: *«несколько лиц заключили между собой соглашение или осуществляют согласованные действия, дающее его участникам значительные технологические или торговые преимущества перед другими хозяйствующими субъектами на соответствующем товарном рынке»* (ст.4). Этим дополнением к группе лиц отнесены практически все формы гибридной координации, что на наш взгляд, является неоправданным расширением концепции «экономической фирмы» для целей антимонопольного регулирования. Более того, с очень небольшой натяжкой данное определение можно считать верным для любых двух компаний, вступивших в договорные отношения, поскольку по определению заключение сделки приносит выгоды ее участникам, по сравнению с тем случаем, когда сделка не была бы заключена (или по сравнению с теми компаниями, которые не заключили эту сделку).

Еще большие опасения вызывает тот факт, что данное определение группы лиц мало чем отличается от приводимого в той же ст.4 законопроекта определения соглашений и согласованных действий: *«...действия хозяйствующего субъекта на товарном рынке, экономический результат которых соответствует интересам данного хозяйствующего субъекта лишь в том случае, если иные хозяйствующие субъекты... действуют аналогичным образом»*. Несмотря на то, что с точки зрения новой институциональной экономической теории, как уже подчеркивалось выше, существуют основания для подобного подхода, он очевидно неоперационален с точки зрения потребностей применения антимонопольного законодательства.

При сохранении квалифицирующих признаков (с учетом сделанной выше оговорки), в законопроекте расширяется перечень норм, опирающихся на представление о группе лиц как экономической фирме. В частности, в ст.25 законопроекта, посвященной государственному контролю сделок экономической концентрации, устанавливается:

«[С предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется]

приобретение лицом (группой лиц) акций с правом голоса в уставном капитале акционерного общества, при котором такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 25 процентами указанных акций, если до этого приобретения такое лицо (группа лиц) не распоряжалось акциями данного акционерного общества или распоряжалось меньшим, чем 25 процентов акций, количеством акций с правом голоса в уставном капитале данного акционерного общества...;

приобретение лицом (группой лиц) долей с правом голоса в уставном капитале хозяйственного общества, при котором такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 50 процентами указанных долей, если до этого приобретения такое лицо (группа лиц) не распоряжалось долями данного хозяйственного общества или распоряжалось меньшим, чем 50 процентами долей, количеством долей с правом голоса в уставном капитале данного хозяйственного общества...;

приобретение лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее 25 процентами и не более 50 процентами акций с правом голоса в уставном капитале акционерного общества, акций с правом голоса в уставном капитале такого акционерного общества, в результате которого такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 50 процентами указанных акций;

приобретение лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее 50 процентами и не более двух третей долей с правом голоса в уставном капитале хозяйственного общества, долей с правом голоса в уставном капитале такого хозяйственного общества, в результате которого такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем двумя третями указанных долей;

приобретение лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее 50 процентами и не более 75 процентами акций с правом голоса в уставном капитале акционерного общества, акций с правом голоса в уставном капитале такого акционерного общества, в результате которого такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 75 процентами указанных акций».

Таким образом, перераспределение прав собственности внутри группы лиц как экономической фирмы выводится из-под режима государственного антимонопольного контроля сделок. По сравнению с действующим антимонопольным законодательством, которое выдвигает требования согласования сделок при перераспределении акций от одного юридического лица к другому, законопроект вносит радикальную новацию.

С экономической точки зрения эта новация опирается на четкую логику. Действительно, если права контроля над хозяйствующим субъектом переходят от одного к другому юридическому лицу внутри одной и той же группы, этот трансферт представляет собой не что иное, как внутрифирменную транзакцию – изменение внутренней архитектуры компании. Поскольку антимонопольное законодательство не требует предварительного согласования изменения системы внутрифирменного управления и принятия решений, эти требования не предъявляются также и к группе лиц.

Однако применение этой нормы вместе с неоднозначной квалификацией группы лиц – как заключившими соглашением, предоставляющее им преимущества, - создает опасность ошибок второго рода: компании заинтересованы в том, чтобы квалифицировать себя как группу лиц (во избежание затрат, связанных с предварительным согласованием сделок), даже если фактически они ведут себя на рынке как независимые «экономические фирмы».

Существуют несколько способов избежать возникающих в этой связи проблем. Первый состоит в том, чтобы сузить определение группы лиц до совокупности компаний, объединенных контролем на имущественных основаниях. Второй – в том, чтобы требовать от участников рынка полного раскрытия информации о структурных связях внутри группы лиц в том случае, если они считают, что заключаемые ими сделки не подпадают под контроль экономической концентрации. При этом на компании должно налагаться обязательства продолжать рассматриваться в качестве группы лиц для целей применения антимонопольного законодательства, если не будут предоставлены данные о существенном перераспределении контроля. Такой подход в определенном смысле представляет собой введение режима добровольной нотификации группы лиц, аналогичного добровольной нотификации соглашений. На наш взгляд, при совершенствовании закона «О защите конкуренции» должен применяться в первую очередь первый подход. Второй способ избежать ошибок при применении антимонопольного законодательства требует достаточно высоких затрат со стороны антимонопольного органа.

Наконец, независимо от выбранного пути применение норм о группе лиц требует разработки ряда методических документов как предназначенных для внутреннего

использования сотрудниками антимонопольного органа, так и рассчитанных на участников рынка.

8. Выводы и предложения по использованию конструкции «группа лиц»

Важнейшим условием эффективного применения конструкции «группа лиц» является обеспечение гарантий прав собственности, в том числе прав частной собственности, которые являются необходимым условием повышения прозрачности распределения прав контроля на компании вплоть до физических лиц.

Способ определения группы лиц, а также применение данной конструкции могут оказать как негативное, так и благотворное влияние на конкуренцию, и в особенности – на эффективность антимонопольного законодательства. Как слишком широкая, так и слишком узкая трактовка понятия «группы лиц» может создать неоправданные издержки применения антимонопольного законодательства и для антимонопольных органов, и непосредственно для участников рынков.

На наш взгляд, для предотвращения подобных проблем необходимо предпринять следующие меры:

1. Установить, что понятия «группа лиц» и «аффилированные лица» должны определяться отдельно в антимонопольном, налоговом, корпоративном и др. законодательстве. Признание совокупности компаний группой лиц для целей антимонопольного регулирования не должно, в общем случае, влечь автоматического признания их группой для целей налогового законодательства.
2. Сузить и уточнить определение группы лиц в российском антимонопольном законодательстве. Предлагается определить группу лиц аналогично европейскому антимонопольному законодательству, то есть как совокупность компании X, тех компаний, которые обладают возможностями контроля над X, а также компаний, которые контролируются X и материнской по отношению к ней компаний.
3. Дать в антимонопольном законодательстве (на уровне закона) определение контроля (возможно, непосредственно в определении группы лиц, аналогичное существующему в европейском антимонопольном законодательстве);
4. Включить в антимонопольное законодательство и практику его применения режим добровольной нотификации состава группы лиц и разработать соответствующие стандарты раскрытия информации;
5. Дополнить антимонопольное законодательство определением «инструментальной» компании и уточнить, что «инструментальная компания», в отличие от контролируемых ее компаний и физических лиц не может рассматриваться в качестве правоспособного субъекта.
6. Разработать методические рекомендации по идентификации группы лиц для внутреннего использования сотрудниками антимонопольного органа;

7. Разработать пояснения к концепции группы лиц, использованной в целях модернизации антимонопольного законодательства для участников рынка;
8. Внести изменения в российскую государственную систему сбора и обработки данных о предприятиях для создания режима статистического наблюдения за группами компаний.