

УДК 34

## Отдельные вопросы правового регулирования сделок экономической концентрации в ЕС и США

**Борзило Евгения Юрьевна**

Кандидат юридических наук, профессор,  
кафедра вещных прав,

Российская школа частного права,

103132, Российская Федерация, Москва, ул. Ильинка, 8/2;

e-mail: borzilo@rambler.ru

### Аннотация

Статья содержит обзор и анализ критериев оценки сделок, относящихся к сделкам экономической концентрации в ЕС и США, и объединенных под общим обозначением «слияния». Автор опирается на специальные подзаконные акты, изданные в данных юрисдикциях специально для целей определения допустимого и недопустимого слияния. Автор приводит определения различных видов слияний. Анализ проводится отдельно применительно к горизонтальным, вертикальным и конгломератным слияниям. Автор приходит к выводу о единстве подходов к рассматриваемым сделкам, что связано с общностью опосредуемых ими правоотношений.

### Для цитирования в научных исследованиях

Борзило Е.Ю. Отдельные вопросы правового регулирования сделок экономической концентрации в ЕС и США // Вопросы российского и международного права. 2015. № 10. С. 30-39.

### Ключевые слова

Сделки, экономическая концентрация, конкуренция, ограничение конкуренции, вертикальные слияния, горизонтальные слияния, конгломератные слияния.

## Введение

Законодательство о конкуренции всех стран содержит отдельный блок правил, регулирующих порядок совершения сделок между крупными хозяйствующими субъектами или сделок с объектами, обладающими большой стоимостью. Эти правила не применимы к сделкам, совершаемым в ходе обычной предпринимательской деятельности, – только к наиболее крупным сделкам, совершение которых может оказать негативное влияние на конкуренцию. Сделки данной категории и называют сделками экономической концентрации.

### Юридическое понятие «концентрация» в ЕС и США

В ЕС юридическое понятие «концентрация» содержится в Регламенте по слияниям РС ЕС № 139/2004; оно основано на дефиниции «смена контроля». Согласно Регламенту, концентрацию необходимо определить таким образом, чтобы она охватывала все сделки, приводящие к долговременной смене контроля над хозяйствующими субъектами и/или над рынком. К таким сделкам следует относить:

- приобретение хозяйствующим субъектом, под контролем которого находится хотя бы один хозяйствующий субъект, либо одним или несколькими хозяйствующими субъектами посредством договора,
- приобретения ценных бумаг или имущества прямого или косвенного контроля над другими хозяйствующими субъектами;
- слияние двух и более ранее не зависящих друг от друга хозяйствующих субъектов [Council regulation, 2013].

С правовой точки зрения при определении сделок экономической концентрации в европейском понимании основным является термин «контроль». Он может появиться как в результате обладания правами, так и из заключения договора или иных обстоятельств, которые вместе или по отдельности предоставляют хозяйствующему субъекту возможность оказывать определяющее влияние на другого. В законодательстве и практике ЕС также присутствует категория «фактический контроль». Режим фактического контроля может возникать в двух случаях:

1) когда два и более организаций, сохраняя за собой статус самостоятельных юридических лиц, устанавливают на основании организационного договора общее управление экономической деятельностью;

2) когда два и более предприятий создают двойную зарегистрированную (листинговую) компанию (a dual listed company – DLC) – особую корпоративную структуру, в которой две корпорации функционируют как единственный операционный бизнес через юридическое соглашение.

Авторы отмечают, что фактически все двойные листинговые компании международные и имеют налоговые преимущества для корпораций и их акционеров [Guidelines on the assessment, 2008] .

По правилам ЕС концентрация не имеет места при:

– обычных хозяйственных операциях финансовых организаций (банки, страховые компании и др.), в ходе которых они принимают ценные бумаги на свои счета или на счета третьих лиц. Дополнительным условием здесь является то, что данные организации не осуществляют права голоса по таким ценным бумагам или осуществляют их только в связи с планируемым отчуждением таких ценных бумаг, которое должно состояться в течение не более чем года с момента получения ими ценных бумаг;

– назначении конкурсного управляющего, ликвидатора или аналогичного должностного лица в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве) государства-участника ЕС.

В американском праве отсутствует полный аналог юридического понятия «концентрация», существующего в европейском законодательстве. Основным нормативным актом, регулирующим подобные сделки, является закон Клейтона (Act to supplement existing laws against unlawful restraint and monopolies and for other purposes, Clayton Act). Статья 7 закона Клейтона запрещает слияния, а также и приобретения акций корпораций, если такие сделки могут повлечь за собой ограничение конкуренции. В 1950 г. закон Селлера-Кефопера внес поправки в ст. 7 закона Клейтона, запретив, наряду с приобретением акций, и приобретение активов корпораций, если такие сделки негативно влияют на конкуренцию. Далее изменения были внесены в закон Клейтона актом Харта-Скотта-Родио (1976 г.), ст. 2 которого ввела в действие

ст. 7А в закона Клейтона, содержащую в том числе процедуру контроля над слияниями.

## **Анализ нормативных правовых актов ЕС и США**

Из анализа нормативных правовых актов ЕС и США можно сделать вывод, что все категории сделок, вне зависимости от типа или вида сделки, обозначаются слияниями, т. е. законодатель и правоприменитель основываются на экономическом содержании сделок, а не на их типологии.

Слияния можно подразделить на:

– горизонтальные, т. е. совершаемые между конкурентами. Такая интеграция может повлечь за собой возникновение или усиление доминирующего положения на рынке;

– вертикальные, которые осуществляются между хозяйствующими субъектами, действующими на разных стадиях одного и того же производства. Результатом вертикального слияния является вертикальная интеграция и расширение возможностей хозяйствующего субъекта за счет диверсификации производства;

– конгломератные, участниками которых являются хозяйствующие субъекты, действующие в различных сферах производства. Последствия таких сделок идентичны зачастую последствиям вертикальных слияний.

В ЕС разработаны различные нормативные акты, применимые к разным типам слияний.

Так, руководство по горизонтальным слияниям предусматривает неисчерпывающий перечень факторов, которые подлежат анализу Комиссией ЕС для определения допустимости сделки. К критериям относятся:

– в первую очередь доли на рынке участников слияния. Заслуживающей пристального анализа считается сделка, в результате которой совокупная доля приобретателя превысит 15% или 25%. Значимость доли как показателя доминирующего положения на рынке во многом зависит от того, какова структура рынка. Так, например, для American Cyanamid / Shell Комиссия ЕС сочла, что анализ, построенный только

на доле на рынке, недостаточно показателен для высокотехнологичного рынка;

– перспективы развития конкуренции (потенциальная конкуренция). Если рынок относится к категории развивающихся, и потенциал конкуренции на нем велик, вероятность запрета горизонтального слияния невелика;

– уровень конкуренции между участниками слияния. Чем более взаимозаменяемы товары, тем больше вероятность, что в результате сделки экономической концентрации цена на них вырастет. Вероятность согласования такой сделки крайне низка;

– влияние покупателей на поставщиков и рынок в целом;

– возможность потребителя найти других поставщиков. Если в результате сделки покупатели потеряют возможность выбора поставщика, эффект от сделки будет оценен как негативный. В России этот фактор рассматривается в контексте определения доминирующего положения, соответственно в приведенных выше случаях он не повлиял на решение антимонопольного органа о согласовании сделки;

– входные барьеры. Чем выше входные барьеры, тем больше вероятность того, что сделка между конкурентами приведет к ограничению конкуренции;

– эффективность [Егорова, 2015].

Приведенные критерии также частично применимы и к вертикальным и конгломератным слияниям, что будет показано дальше.

Горизонтальные слияния могут приводить возникновению коллективного доминирующего положения или усилению рыночной концентрации, что в этом случае будет синонимами. В такой ситуации вероятность будущего сговора между участниками рынка увеличивается. Здесь действуют правила, применимые к антиконкурентным соглашениям действий: олигополистическая структура рынка, его информационная прозрачность являются их предпосылками, а значит, допущение такой ситуации на рынке потенциально может привести к ограничению конкуренции, что нежелательно [Sullivan et al., 2003, 736-746].

В отличие от горизонтальных, вертикальные слияния, как правило, несут меньше антимонопольных рисков, поскольку напрямую не устраняют конкуренцию, а

лишь усиливают рыночный потенциал отдельных участников. При их рассмотрении важно определить, каковы цели интеграции, и не приведет ли сделка к ограничению конкуренции на одном из смежных рынков, где действуют ее участники.

При оценке непосредственно вертикальных слияний критерий потенциальной конкуренции имеет намного большее значение, чем при горизонтальных. В США основы оценки потенциальной конкуренции были заложены в рамках дела *US v. Penn-Olin Chem. Co* [378 US 158, 1964]. Производитель химикатов создал совместное предприятие со своим покупателем «Olin Matheson» для строительства завода США и последующей реализации произведенной продукции. Обе компании оценивали возможность самостоятельного выхода на новый географический рынок, однако решили, что совместное предприятие имеет больше шансов на успех. При рассмотрении данного дела Верховный Суд США отметил необходимость выяснить, могла ли каждая из компаний самостоятельно освоить новый для себя рынок. Суд указал, что если бы даже одна компания стала действительным участником рынка, а вторая – потенциальным, слияние не должно было быть одобрено. В рамках данного дела суды решили, что обе компании вряд ли бы смогли достигнуть такого результата самостоятельно.

Аналогичная мотивировка впоследствии была применена в деле *FTC v. Procter&Gamble* [386 U.S. 568, 1967], когда было запрещено приобретение последним производителя отбеливателей (49%) со ссылкой на то, что сам Procter&Gamble мог стать новым участником рынка, а также развита в концепции «опорных» фирм: приобретение компании с небольшой долей на рынке и последующее ее расширение более эффективно для конкуренции, чем приобретение одного из лидеров рынка.

Схожий принцип содержится и в европейском законодательстве, где оценка производится в соответствии с руководством по негоризонтальным слияниям. [Guidelines on the assessment, 2008] Для негоризонтальных слияний ключевой вопрос – приведет ли сделка к тому, что приобретатель или новое юридическое лицо смогут препятствовать входу на рынок новых хозяйствующих субъектов либо вытеснять действующих.

В соответствии с руководством по негоризонтальным слияниям эти эффекты вряд ли возникнут в том случае, когда хозяйствующие субъекты, участвующие

щие в интеграции, не имеют значительной власти на рынке, соответственно, как и в случае с горизонтальными слияниями, доля на рынке – фактор очень существенный.

Руководство по негоризонтальным слияниям предоставляют ориентир для определения тех типов сделок, которые не будут иметь негативного влияния на конкуренцию: таким ориентиром являются доля менее 30% в результате сделки, а индекс Герфиндаля-Гиршмана менее 2000. В этом случае «глубокого изучения» при обращении за согласованием сделки проводиться не будет, если также отсутствуют следующие обстоятельства:

- участником слияния является компания, чей рост ожидается в ближайшем будущем, например за счет инноваций;
- состав акционеров или состав органов управления участников слияния существенно совпадают;
- существуют признаки координации их поведения на рынке.

Конгломератные слияния являются частным случаем негоризонтального слияния. К ним, как указано выше, относятся те сделки, которые нельзя отнести к обеим предыдущим категориям: это и не сделки между конкурентами на одном и том же рынке, и не сделки между продавцом и покупателем. В большинстве случаев такие сделки не приводят к ограничению конкуренции. Однако диверсификация деятельности дает компании определенные преимущества, позволяя гибко формировать свою ценовую политику, тем самым также предоставляя определенную власть на рынке, именуемую «портфельной властью», которая позволяет за счет экономии масштаба сохранять свое положение на одном рынке и усиливать на другом. В качестве практической реализации этого принципа можно привести дело Procter & Gamble/Gillette [Procter & Gamble, 2005], где участвовали американские корпорации, действовавшие в том числе и на территории ЕС. Каждый из них производил и распространял широкий ассортимент продукции, поэтому возникали опасения в том, что результатом сделки станет ограничение конкуренции, в частности, связанные продажи. Сделка была одобрена Комиссией ЕС не в последнюю очередь потому, что у конкурентов обеих компаний ассортимент продукции был очень широк, а влияние на рынок покупателей-торговых сетей было очень велико.

## Заключение

Подводя итог обзору, можно сделать следующие выводы. Как в США, так и в ЕС на законодательном уровне и на уровне судебного правоприменения существует схожая система критериев, которая основана не на правовых характеристиках или структуре сделок, а на их последствиях для рынка. И для горизонтальных и негоризонтальных слияний можно выделить несколько общих критериев, наличие которых позволяет сделать вывод о том, что сделка не получит согласование. К таким критериям относится в первую очередь: значительная доля хозяйствующего субъекта на рынке в результате слияния, усиление концентрации рынка, которое упрощает возможность сговора, а также сокращение возможности покупателя выбрать поставщика.

## Библиография

1. 378 US 158. 1964. URL: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/378/378.US.158.503.html>
2. 386 U.S. 568. 1967. URL: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/386/386.US.568.342.html>
3. Егорова М.А. Содержание понятия «экономическая концентрация» в Европейском союзе // Юрист, 2015. № 13. С. 4-10.
4. Council regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings // Official Journal of the European Union. 2004. L. 24. P. 1-22.
5. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings // Official Journal of the European Union. 2008. C. 265. P. 6-25.
6. Procter & Gamble / Gillette (Case COMP/M.3732). 2005. URL: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732\\_20050715\\_20212\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732_20050715_20212_en.pdf)
7. Sullivan Th. et al. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems. Lexis Nexis, 2014. 1198 p.

## Merger control regulation in the EU and the USA

**Evgeniya Yu. Borzilo**

PhD in Law, Professor,  
Department of proprietary rights,  
Russian School of Private Law,  
103132, 8/2 Ilinka str., Moscow, Russian Federation;  
e-mail: borzilo@rambler.ru

### Abstract

The article provides an overview and analysis of the criteria used for assessing transactions that are considered to be economic concentration transactions in the EU and USA and are usually referred to as "mergers". The author of the article conducts research on the basis of special sub-legal acts issued in these jurisdictions specifically for the purposes of determining permissible and impermissible mergers. The author gives definitions of various types of mergers. The analysis is performed separately for horizontal, vertical and conglomerate mergers. In the USA and the EU at the legislative level and at the level of judicial enforcement there is a similar system of criteria which is based not on the legal characteristics or structure of transactions, but on their consequences for the market. The author of the article points out that it is possible to lay down some general criteria for horizontal and non-horizontal mergers the presence of which means that the transaction will not be approved. These criteria include the following: a significant share of the economic entity in the market as a result of the merger, increased market concentration which simplifies the possibility of collusion.

### For citation

Borzilo E. Yu. (2015) Otdel'nye voprosy pravovogo regulirovaniya sdelok ekonomicheskoi kontsentratsii v ES i SShA [Merger control regulation in the EU and the USA]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 10, pp. 30-39.

## Keywords

Transactions, economic concentration, competition, restraint of competition, vertical mergers, horizontal mergers, conglomerate mergers.

## References

1. *378 US 158* (1964). Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/378/378.US.158.503.html>
2. *386 U.S. 568* (1967). Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/386/386.US.568.342.html>
3. Council regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (2004). *Official journal of the European Union*, 24, pp. 1-22.
4. Egorova M.A. (2015) Soderzhanie ponyatiya "ekonomicheskaya kontsentratsiya" v Evropeiskom soyuze [The content of the concept of "economic concentration" in the European Union]. *Yurist* [Lawyer], 13, pp. 4-10.
5. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2008). *Official journal of the European Union*, 265, pp. 6-25.
6. *Procter & Gamble / Gillette (Case COMP/M.3732)* (2005). Available at: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732\\_20050715\\_20212\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732_20050715_20212_en.pdf)
7. Sullivan Th. et al. (2014) *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems*. Lexis Nexis.