

МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ щодо застосування поняття контролю

1. Ці методичні рекомендації розроблені Антимонопольним комітетом України відповідно до Законів України «Про Антимонопольний комітет України» та «Про захист економічної конкуренції».

Методичні рекомендації мають на меті забезпечити єдність підходів у застосуванні поняття контролю, що міститься в абзаці четвертому статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Правильне та однозначне застосування цього поняття є необхідним для визначення складу суб'єкта господарювання – групи юридичних та/або фізичних осіб під час визначення становища суб'єкта господарювання на товарному ринку, розслідувань у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, зокрема, зловживання монополюючим (домінуючим) становищем, антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання, надання дозволів на концентрацію, узгодженні дії суб'єктів господарювання, дослідження ринків.

Методичні рекомендації не містять норм права та мають рекомендаційний характер.

I. ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ

2. У цих методичних рекомендаціях терміни використовуються у таких значеннях:
Активи¹ - ресурси, контрольовані підприємством у результаті минулих подій, використання яких, як очікується, призведе до отримання економічних вигод у майбутньому;

Бізнес-план - документ, що визначає основні напрями діяльності акціонерного товариства;

Бухгалтерський облік¹ - процес виявлення, вимірювання, реєстрації, накопичення, узагальнення, зберігання та передачі інформації про діяльність підприємства зовнішнім та внутрішнім користувачам для прийняття рішень;

Бюджет - розподіл прибутку і збитків господарського товариства;

Вирішальний вплив - можливість однієї чи декількох пов'язаних юридичних та/або фізичних осіб приймати рішення стосовно господарської діяльності іншої особи, приймати рішення стосовно господарської діяльності іншої особи, які впливають на загальні умови участі суб'єкта господарювання у товарному обороті;

Господарська діяльність² - діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність;

Господарська операція - дія або подія, яка викликає чи може викликати зміни в структурі активів та зобов'язань, власному капіталі підприємства;

Договір³ - домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків;

¹ Закон України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність", ст.1.

² Господарський кодекс України, ст.3.

³ Цивільний кодекс України, ч.1 ст. 126.

Закон - Закон України «Про захист економічної конкуренції»;

Звітність¹:

фінансова - звітність, що містить інформацію про фінансовий стан та результати діяльності підприємства;

консолідована фінансова - фінансова звітність, яка відображає фінансове становище, результати діяльності та рух грошових коштів юридичної особи та її дочірніх підприємств як єдиної економічної одиниці;

Інформація⁴ - відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (зокрема, листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо, фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості);

Кінцевий бенефіціарний власник (контролер) – фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі⁷.

Комітет – Антимонопольний комітет України;

Контрольний пакет акцій - пакет із більше ніж 50 відсотків простих акцій акціонерного товариства⁶.

Контролююча особа - юридична чи фізична особа, що чинить або може чинити вирішальний вплив на господарську діяльність іншої особи, замкнутий ланцюжок контролю, один із членів якого чинить або може чинити вирішальний вплив на господарську діяльність іншої особи, що не є членом цього замкнутого ланцюжка контролю. Якщо вирішальний вплив на господарську діяльність певної особи однаковою мірою одночасно чинять або можуть чинити дві чи більше осіб, зокрема пов'язаних осіб, кожна з них розглядається як контролююча особа;

Концентрація – концентрація суб'єктів господарювання (ст. 22 Закону);

Ланцюжок контролю - група фізичних та/або юридичних осіб, поєднаних відносинами контролю, кожний із членів якої є контролюючою особою або підконтрольною особою стосовно лише одного іншого члена групи (рис.1);

Міноритарний учасник (акціонер) – учасник (акціонер), який не має корпоративних прав, що забезпечують більшість голосів у вищому органі управління товариства;

Мережа контролю - сукупність ланцюжків контролю, що мають спільну контролюючу особу (спільних контролюючих осіб) (рис.1);

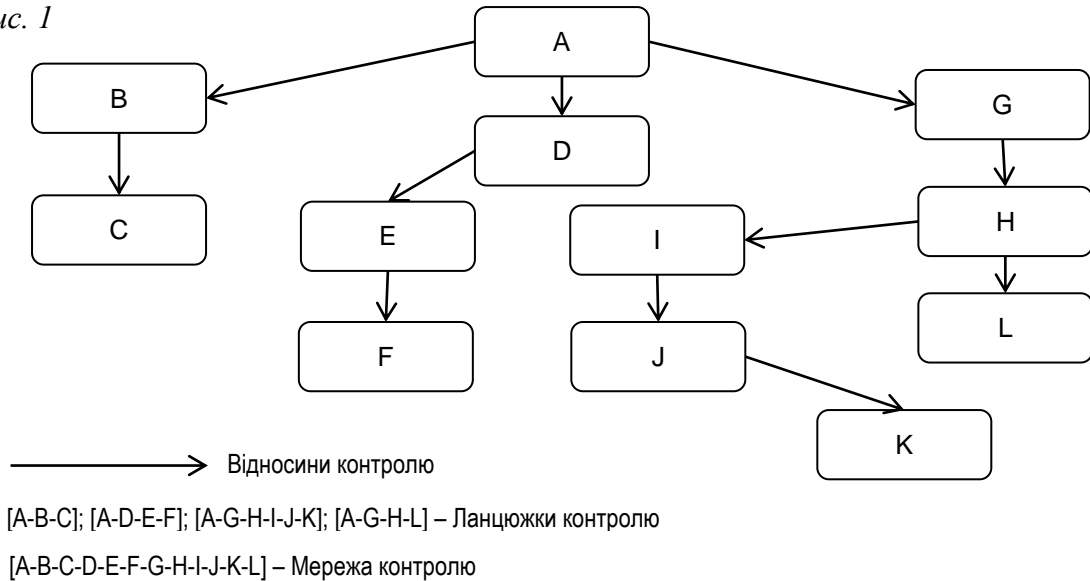
¹ Закон України "Про бухгалтерський облік та фінансову звітність", ст..1.

⁴ Закон України "Про захист економічної конкуренції», ст. 1.

⁶ Цивільний кодекс України, ч.1 ст.202.

⁷ Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», п.20 ч.1 ст.1

Рис. 1



Опціон на акції - договір, який надає утримувачеві право (але не зобов'язує) підписатися на акції підприємства з фіксованою ціною або ціною, яку можна визначити на конкретний період⁵.

Особа – фізична особа або юридична особа;

Підконтрольна особа - юридична особа, що здійснює господарську діяльність, вирішальний вплив на яку чинить або може чинити інша фізична, юридична особа чи група осіб; також замкнутий ланцюжок контролю, на господарську діяльність одного з членів якого чинить або може чинити вирішальний вплив інша фізична чи юридична особа, що не є членом цього замкнутого ланцюжка контролю;

Пов'язані особи⁴ - юридичні та/або фізичні особи, які спільно або узгоджено здійснюють господарську діяльність, в тому числі спільно або узгоджено чинять вплив на господарську діяльність іншої особи;

Порушення – порушення законодавства про захист економічної конкуренції;

Правочин³ - дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків;

Суб'єкт господарювання - юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізична особа, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, у тому числі яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою; група суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими; органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю в частині їх діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності⁴;

Установчі документи суб'єкта господарювання² - рішення про утворення суб'єкта господарювання або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, статут (положення) суб'єкта господарювання.

⁵ Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 34 «Платіж на акції», затверджене Наказом Міністерства фінансів України від 30.12.2007 № 1577, п 1.4.

³ Цивільний кодекс України, ч.1 ст.202.

⁴ Закон України "Про захист економічної конкуренції», ст. 1.

² Господарський кодекс України, ч.1 ст.57.

II. ЗМІСТ ПОНЯТТЯ КОНТРОЛЮ

3. Поняття контролю зазвичай застосовується до вертикальних відносин між двома або більше особами. Основне питання, яке має бути вирішене для з'ясування наявності або відсутності контролю, полягає у визначенні, чи діють ці особи незалежно одна від одної та чи може одна особа впливати на іншого суб'єкта господарювання та визначати його поведінку настільки, що це дозволяє здійснювати на такого суб'єкта господарювання вирішальний вплив у розумінні законодавства про захист економічної конкуренції.

4. Наявність відносин контролю може мати вирішальне значення при вирішенні, зокрема, таких питань:

- чи сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів осіб, пов'язаних відносинами контролю, перевищує порогові показники для подання заяви про надання дозволу на концентрацію (відповідно до статті 24 Закону);

- чи є придбання однією особою часток (акцій, паїв) іншої концентрацією або ж внутрішньою реструктуризацією (тобто, придбанням у межах однієї групи суб'єктів господарювання, пов'язаних відносинами контролю) (пункт 3 частини третьої статті 22 Закону);

- чи слід додавати ринкову частку однієї особи до ринкової частки іншої під час досліджень структури ринку;

- чи відбуваються певні узгоджені дії між особами, які насправді є частиною єдиного суб'єкта господарювання, і що, таким чином, не обмежує конкуренцію на ринку;

- чи здійснює третя особа контроль над сторонами у певній справі про порушення або чи здійснюють вони контроль над однією чи декількома іншими особами, щоб мати правильне розуміння стану конкуренції на ринку.

5. Поняття контролю відповідно до Закону (стаття 1) може відрізнитись від поняття контролю, що застосовується в інших законодавчих актах (наприклад, щодо оподаткування). Розуміння контролю в інших галузях права не є вирішальним для визначення поняття контролю за Законом, норми якого для цілей регулювання відносин із захисту економічної конкуренції мають спеціальний характер і підлягають переважному застосуванню.

6. Під час з'ясування відносин контролю за участю іноземних суб'єктів господарювання (зокрема, при оцінці злиття, яке відбулося за межами України) слід враховувати, що право відповідної іноземної юрисдикції може містити особливі норми, які можуть вплинути на висновок щодо набуття одним суб'єктом господарювання контролю над іншим (наприклад, не відомі українському праву види юридичних осіб, відсутність вимог щодо мінімального кворуму для правомочності загальних зборів учасників (акціонерів), обмеження на укладення акціонерних угод, особливості укладення значних правочинів товариств тощо).

2.1. Набуття контролю

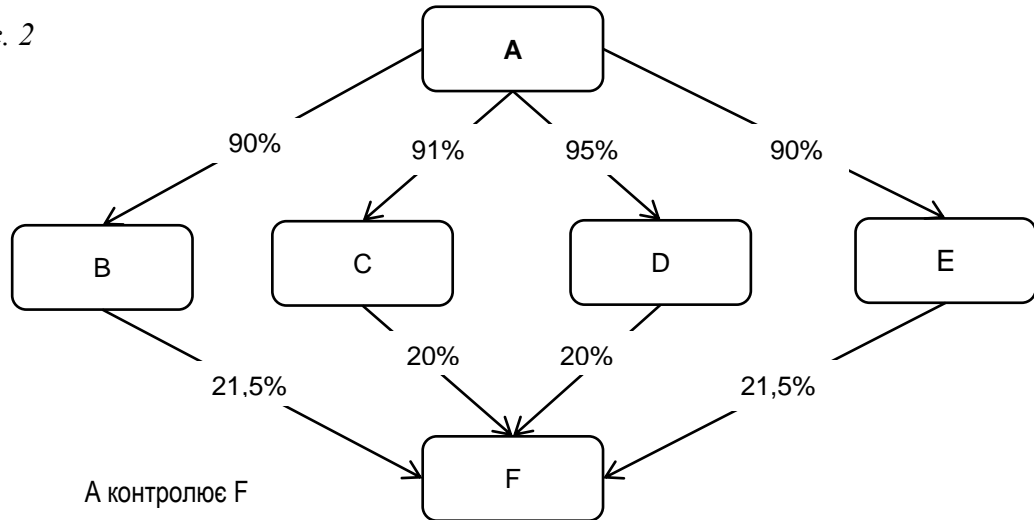
7. Особи, які мають права, що забезпечують контроль, як правило, набувають контроль безпосередньо.

Можливі випадки, коли формальний власник контрольного пакету акцій (контрольної частки) відрізняється від особи, яка фактично має реальну можливість здійснювати права, що забезпечуються таким контрольним пакетом акцій, наприклад, у випадках коли одна особа придбає контрольний пакет акцій (контрольну частку) у суб'єкті господарювання за допомогою іншої особи та має змогу здійснювати контроль через неї. Ця особа формально є власником прав, але фактично діє виключно в якості посередника.

У цьому випадку контроль здійснюється опосередковано особою, яка фактично має можливість здійснювати контроль над іншою особою (пункт 2 частини другої статті 22 Закону) через інших осіб (зокрема, через довірену особу, представника).

Контроль, що здійснюється через інших суб'єктів господарювання, може належати особі (особам), що здійснюють контроль над такими суб'єктами господарювання (рис. 2)

Рис. 2



Іншими обставинами, що свідчать про встановлення непрямого контролю, можуть бути окремо чи в сукупності такі чинники, як володіння акціями, договірні відносини, джерело фінансування або родинні зв'язки, які слід оцінювати в кожному випадку окремо.

Приклад:

Під час розгляду заяви про надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання було встановлено, що між компаніями «В» (принципал) і «R» (агент) був укладений агентський договір, відповідно до якого агент від імені, в інтересах та за рахунок принципала здійснює пошук інвестиційного проекту з розвитку об'єктів інфраструктури, видобутку нафти і газу, геотермальних проектів, мінеральних виробництв.

У зв'язку з тим, що компанія «R» знайшла інвестиційний проект (товариство «К»), який зацікавив компанію «В», між компаніями «В» і «R» було укладено додаткову угоду № 1 до вищезгаданого агентського договору, відповідно до якої компанія «В» надала право компанії «R» підписувати документи від імені принципала, включаючи договори, здійснення платежів за договорами стосовно інвестиційного проекту, тощо. При цьому в додатковій угоді №1 було зазначено, що **купівля здійснюється на ім'я агента, але від імені принципала.**

У подальшому компанія «R» придбала 65 відсотків акцій компанії «К» (єдиного учасника товариства «К») за рахунок коштів, отриманих від компанії «В» на підставі агентського договору.

Наступного дня між компаніями «В» і «R» було укладено договір про управління активами та майном. Відповідно до зазначеного договору інвестиційний проект перебував в управлінні компанії «R» до моменту погашення компанією «В» залишку повної вартості проекту. Відповідно до зазначеного договору «протягом строку дії цього договору потенційний власник (компанія «В») **повністю виключений** із будь-якого керівництва, управління та контролю над проектом у будь-якій формі».

Однак, на позачергових загальних зборах учасників товариства «К» було призначено новий склад наглядової ради та ревізійної комісії товариства, до складу яких увійшли особи, які займають посади директора та головного бухгалтера у суб'єктах господарювання, пов'язаних відносинами контролю з компанією «В».

У зв'язку із цим Комітет зробив висновок про набуття контролю групою компанії «В» над товариством «К».

2.2. Набуття контролю через інститути спільного інвестування

8. Певні особливості має набуття контролю через інститути спільного інвестування (корпоративний або пайовий фонд). Комітет має аналізувати суб'єктів господарювання, що їх використовують, в кожному випадку окремо.

В інститутах спільного інвестування інвестори, будучи співвласниками активів, як правило, не здійснюють контроль над ними ані окремо, ані колективно.

Учасники пайового фонду не мають права впливати на діяльність компанії з управління активами. Учасники корпоративного фонду через загальні збори можуть здійснювати цей вплив через обрання (заміну) компанії з управління активами та укладення договору з нею.

Інвестиційні фонди, як правило, набувають акції та права голосу, які надають контроль над господарськими товариствами - об'єктами інвестування.

9. Зазвичай, контроль здійснюється інвестиційною компанією, яка створила інститут спільного інвестування, оскільки сам фонд, як правило, є лише інвестиційним інструментом; у менш поширених випадках контроль може здійснюватися безпосередньо фондом.

Інвестиційна компанія – засновник корпоративного фонду, може здійснювати контроль через володіння часткою, що забезпечує вирішальний вплив в загальних зборах, що дає змогу призначати посадових осіб інвестиційних фондів та компанії з управління активами та укладати правочини (наприклад, консультативні угоди).

Відповідно до законодавства, інвестиційна компанія – засновник пайового фонду здійснює контроль над ним через посадових осіб компанії з управління активами та шляхом укладання правочинів (наприклад, договори про управління активами корпоративного фонду, договір між корпоративним фондом і зберігачем активів корпоративного фонду).

10. В окремих випадках контроль може виникати у випадках, коли компанія з управління активами інститутів спільного інвестування (далі - інвестиційна компанія) не володіє інвестиційним фондом, але частками обох володіють (здійснюють довірче управління) одні й ті ж особи, в тому числі фізичні.

Договори з інвестиційною компанією мають особливе значення у випадках, якщо інвестиційний фонд не має власних ресурсів та персоналу для управління суб'єктами господарювання – об'єктами інвестицій, а діяльність фонду контролюється фізичними особами, пов'язаними з компанією з управління активами.

За цих обставин інвестиційна компанія, як правило, набуває непрямого контролю, передбаченого пунктом 2 частини другої статті 22 Закону, через можливість визначати спосіб здійснення прав, які безпосередньо належать інвестиційному фонду.

Приклад:

АМКУ надав дозвіл ПАТ «Закритий недиверсифікований корпоративний інвестиційний фонд «Т» (далі – «ПАТ «Т»)) на придбання частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю «Б», що забезпечує перевищення 50 відсотків голосів у вищому органі управління товариства.

При цьому управління активами ПАТ «Т» здійснює ТОВ «КУА». Разом з цим, ТОВ «КУА» також здійснює управління активами ПАТ «ЗНВКІФ «Г», ПАТ «ЗНВКІФ «УФН», ПАТ «ЗНВКІФ «П», ПАТ «ЗНВКІФ «Р».

Відповідно до умов договорів про управління ТОВ «КУА» зобов'язане брати участь в управлінні діяльністю юридичної особи, акції (частки, паї) якої належать до складу активів ТОВ «ЗНВКІФ «Т», ПАТ «ЗНВКІФ «Г», ПАТ «ЗНВКІФ «УФН», ПАТ «ЗНВКІФ «П», ПАТ «ЗНВКІФ «Р».

Комітет зробив висновок, що це може забезпечувати можливість ТОВ «КУА» здійснювати вирішальний вплив на господарську діяльність відповідних суб'єктів господарювання і, як наслідок, про існування між ними відносин контролю.

2.3. Засоби контролю

11. Норма статті 1 Закону визначає контроль як вирішальний вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання чи його частини. Отже, не обов'язково, щоб вирішальний вплив існував або здійснювався фактично, якщо підконтрольний суб'єкт господарювання усвідомлює, що цей вплив може бути здійснено в будь-який час. Проте можливість здійснення такого впливу має бути реальною.

12. Стаття 1 Закону передбачає, що можливість здійснювати вирішальний вплив на суб'єкт господарювання може існувати на основі прав, договорів чи в інший спосіб, як окремо, так і в сукупності. Таким чином, контроль може виникати на основі прав чи фактично, набуваючи форму одноосібного чи спільного контролю, та поширюватися повністю або частково на один або декілька суб'єктів господарювання.

2.3.1. Контроль шляхом придбання акцій (часток, паїв)

13. Найпоширенішим способом набуття контролю є придбання акцій (часток, паїв), інших активів господарських товариств, в тому числі у поєднанні з угодою учасників такого придбання (у випадках набуття спільного контролю).

2.3.2. Контроль на підставі договору

14. Контроль може набуватися на підставі договору (угоди, контракту), що призводить до виникнення права, що забезпечує вирішальний вплив на керівний орган та ресурси суб'єкта господарювання, подібного до права, що виникає у випадку придбання акцій, прав голосу та активів.

15. При цьому такі договори (угоди, контракти) мають дозволяти особі, що здійснює контроль, визначати умови здійснення господарської діяльності або надавати обов'язкові для виконання накази, або виконувати функції керівного органу суб'єкта господарювання. Контроль на підставі договорів може набуватися, зокрема, у формі права, що забезпечує вирішальний вплив на формування, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання, або обіймання більш ніж половини посад членів наглядової ради, ради директорів або інших наглядових та виконавчих органів суб'єкта господарювання особами, які займають одну чи більше таких посад в іншому суб'єкті господарювання.

Приклад:

Компанією А був укладений договір управління майном з власником єдиного майнового комплексу (готелю), відповідно до якого власник готелю надав управителю (компанії А) одноосібні і виняткові права, повноваження і свободу дій щодо нагляду, керування та контролю всіх видів діяльності готелю протягом всього терміну дії договору управління майном, зокрема:

- встановлення всіх ставок, тарифів, знижок та інших умов та політики користування готельними номерами та іншими об'єктами обслуговування та послугами готелю;
- збір виручки від управління готелем, а також стягнення податків з гостей готелю та перерахування їх компетентному державному органу;
- здійснення розрахунків з постачальниками за товари і послуги, а також здійснення інших операційних або капітальних витрат в процесі експлуатації готелю;
- планування та ведення бухгалтерського обліку;

- контроль та розпорядження всіма банківськими рахунками, які пов'язані з управлінням готелем;
- встановлення всіх правил і принципів кадрової політики;
- виконання технічного обслуговування і ремонту в готелі тощо.

У зв'язку з цим, Комітетом було зроблено висновок про набуття компанією А контролю над готелем шляхом одержання активів у вигляді єдиного майнового комплексу в управлінні на підставі договору.

16. Окрім передачі контролю над управлінням та ресурсами, такі договори (угоди, контракти) мають характеризуватися достатньо тривалим строком дії (як правило, без можливості дострокового розірвання договору стороною, яка надає права за договором). Тільки довгострокові договори (угоди та контракти) можуть призвести до структурних змін на ринку. Прикладами таких договорів (угод, контрактів) можуть бути організаційні договори відповідно до корпоративного права або інші види договорів, наприклад, у формі договору оренди підприємства, що надає орендареві контроль над управлінням та ресурсами, незважаючи на те, що права власності та корпоративні права на підприємство не передаються. Відповідно до статті 1 Закону, контроль також може полягати у праві на використання всіх активів суб'єкта господарювання або їх значної частини. Такі договори також можуть призвести до спільного контролю, якщо як власник активів, так і суб'єкт господарювання, що контролює управління, мають право вето на стратегічні ділові рішення.

17. Договори комерційної концесії (франчайзинг) самі по собі не надають правовласнику (франчайзеру) контролю над діяльністю користувача (франчайзі) у розумінні статті 1 Закону. Франчайзі зазвичай використовує підприємницькі ресурси за власний рахунок, навіть якщо основна частина активів може належати франчайзеру.

Крім того, суто фінансові угоди, такі, як операції продажу та зворотної оренди з правом викупу орендарем активів наприкінці строку оренди, як правило, не змінюють контроль над управлінням та ресурсами.

2.3.3. Інші способи набуття контролю

18. Пункт 2 частини другої статті 22 Закону передбачає, що контроль також може бути набутий іншими способами. При цьому вичерпного переліку таких способів не існує, і вирішальну роль у набутті контролю можуть відігравати виключно економічні відносини.

У деяких випадках до набуття фактичного контролю може призвести стан економічної залежності. Наприклад, важливі довгострокові договори поставки або позики, разом із структурними зв'язками можуть забезпечувати одній зі сторін договору вирішальний вплив на господарську діяльність іншої. У таких випадках слід проаналізувати, чи є такі економічні зв'язки, в сукупності з іншими обставинами, достатніми для довгострокової зміни контролю.

19. Набуття контролю може відбуватись, навіть якщо воно не є заявленим наміром сторін, або якщо покупець залишається пасивним, і набуття контролю здійснюється внаслідок дій третіх осіб або сторонніх подій. Наприклад, відносини контролю можуть змінитися через отримання контрольного пакету акцій (контрольної частки) особою як наслідок відступлення іншим учасником своєї частки товариству або в порядку спадкування.

2.4. Особливості контролю над державними та комунальними підприємствами

20. Для вирішення питання підконтрольності державних або комунальних підприємств (установ) уповноваженому органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, до сфери управління якого належить відповідне підприємство, має братися до уваги уся сукупність повноважень органу влади щодо впливу на господарську діяльність

такого суб'єкта (зокрема, можливість впливати на оперативно-господарську діяльність підприємства).

21. Підконтрольними державному органу / органу місцевого самоврядування є казенні підприємства та інші суб'єкти права оперативного управління (наприклад, комунальні некомерційні підприємства; установи), адже закон прямо передбачає повноваження органу влади втручатися в оперативно-господарську діяльність таких підприємств, визначати межі розпорядження підприємством закріпленим за ним майном, вилучати у суб'єкта надлишкове майно і майно, що використовується не за призначенням. Додатковою ознакою підконтрольності казенних підприємств є субсидіарна відповідальність держави в особі органу, до сфери управління якого входить казенне підприємство, за зобов'язаннями такого підприємства.

22. Суб'єкти права господарського відання (унітарні державні та комунальні комерційні підприємства), а також господарські товариства, частка держави/територіальної громади (в особі уповноваженого органу влади) у статутному капіталі яких становить понад 50 % акцій (часток), в силу положень законодавства можуть за певних обставин вважатися підконтрольними відповідному органу влади, але кожен такий випадок має аналізуватися окремо, в тому числі шляхом визначення змісту повноважень уповноваженого органу влади та статуту підприємства. При цьому має братися до уваги ступінь самостійності підприємства у здійсненні оперативно-господарської діяльності (прийнятті господарських рішень), укладенні значних правочинів, а також повноваження органу влади щодо затвердження стратегічних, фінансових та інвестиційних планів суб'єкта; фінансування такого підприємства, тощо.

23. Повноваження органів влади щодо суб'єктів господарювання, що обмежуються загальним захистом інтересів суспільства (наприклад, закриття підприємства у зв'язку із шкідливими викидами), не становлять контроль у значенні Закону, якщо такі повноваження не дозволяють державі або територіальній громаді в особі уповноваженого органу здійснювати вирішальний вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання (його оперативно-господарську діяльність).

Приклад:

Під час розгляду в Комітеті справи про порушення у вигляді здійснення концентрації суб'єктів господарювання без дозволу було встановлено наступне.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення Товариства АВС» підтримано пропозицію Міністерства промислової політики щодо утворення Товариства АВС, доручено Мінпромполітики затвердити статут Товариства АВС та здійснити організаційні заходи, пов'язані з його утворенням.

Відповідно до Постанови КМУ, засновником Товариства АВС є Мінпромполітики, внесок якого до статутного капіталу Товариства АВС формується шляхом передачі до нього 100 відсотків акцій, що належать державі у статутних фондах Товариства А та Товариства Б.

Виходячи із того, що відповідно до Положення про Міністерство промислової політики Мінпромполітики не здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, а лише координує господарську діяльність суб'єктів господарювання, що входять до сфери його управління, Комітет встановив, що Мінпромполітики не пов'язано відносинами контролю із Товариствами А і Б.

24. У разі, коли суб'єкти господарювання, які належать до сфери управління того самого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, мали незалежні повноваження щодо прийняття рішень, які обидва суб'єкти або принаймні один з них втрачає у зв'язку з реструктуризацією, має місце зміна відносин контролю. Проте, якщо

відповідні особи і після реструктуризації здійснюватимуть самостійні повноваження щодо прийняття господарських рішень, зміна відносин контролю не відбувається.

2.5. Контроль та корпоративне право

25. Хоча законодавство і може надавати певні повноваження здійснювати контроль іншим, крім акціонерів, особам (наприклад, арбітражним керуючим, службовим чи посадовим особам органів державної влади та місцевого самоврядування), поняття контролю у розумінні статті 1 Закону не пов'язане з такими формами впливу, оскільки Закон зосереджується на *вирішальному* впливі, що здійснюється на основі прав, активів, контрактів або за допомогою інших подібних засобів.

Призначення незалежних посадових осіб товариства (наприклад, незалежних директорів - членів наглядової ради акціонерного товариства) за особливими процедурами відповідно до законодавства не виключає можливості виникнення контролю, якщо акціонери беруть участь у їх обранні.

Приклад:

Комітет розглянув заяву про надання дозволу ТОВ «В» на придбання акцій ПАТ «Ч», що забезпечувало **перевищення 25 відсотків** голосів у вищому органі управління товариства.

Після придбання акцій ПАТ «Ч» у розмірі 45 відсотків статутного капіталу товариства ТОВ «В» стало найбільшим акціонером товариства. Іншим основним акціонером ПАТ «Ч» була компанія "Е" з часткою 25 відсотків у статутному капіталі товариства.

На загальних зборах акціонерів ПАТ «Ч», що відбулись після прийняття рішення Комітетом, зокрема, було прийнято рішення про обрання нового складу наглядової ради товариства. В результаті голосування на посади більшості членів наглядової ради ПАТ «Ч» були обрані особи, які обіймають такі ж посади у суб'єктах господарювання, пов'язаних відносинами контролю з ТОВ «В».

У зв'язку з цим Комітетом було зроблено висновок, що група суб'єктів господарювання, до складу якої входить ТОВ «В», набула контроль над ПАТ «Ч».

2.6. Об'єкт контролю

26. Об'єктом контролю може бути один або декілька суб'єктів господарювання, а також частини суб'єктів господарювання, або активи таких суб'єктів господарювання-юридичних осіб, або тільки деякі з цих активів.

При цьому, встановлення контролю, передбачене частиною другою статті 22 Закону, у випадках набуття у власність чи одержання в користування частини активів суб'єкта господарювання має місце у разі, коли відповідні активи складають сукупність майна, необхідну та достатню для здійснення господарської діяльності, тобто, виробництва, реалізації, придбання товарів.

27. Особливості мають випадки, коли суб'єкт господарювання передає здійснення власної діяльності, наприклад, надання послуг або виробництво продукції, на виконання субпідрядникам (аутсорсинг) (наприклад, аутсорсинг ІТ-послуг спеціалізованим ІТ-компаніям). Загальна характеристика договорів аутсорсингу полягає в тому, що виконавець послуг аутсорсингу повинен надавати замовникові послуги, які той раніше виконував самостійно. Звичайний аутсорсинг не передбачає передачу активів чи працівників виконавцеві послуг аутсорсингу. Такий договір аутсорсингу схожий на звичайний договір на обслуговування, і навіть якщо постачальник послуг аутсорсингу отримує право керувати активами та працівниками замовника, контроль не виникає, якщо активи та працівники будуть використовуватися виконавцем послуг виключно для обслуговування замовника.

28. Ситуація може відрізнятись, якщо виконавець послуг аутсорсингу, на додаток до виконання певної діяльності, що раніше здійснювалася замовником самостійно, також отримує пов'язані активи та / або персонал замовника. У такому разі виконавець набуває контроль тільки, якщо такі активи становлять цілісну або значну частину активів суб'єкта господарювання – замовника, тобто бізнес із доступом до ринку, коли активи, що раніше були призначені для виконання діяльності замовником самостійно, надають можливість виконавцеві послуг аутсорсингу також надавати послуги і третім особам – постійно або протягом певного часу після їх передачі. Це відбувається, зокрема, коли замовник передає активи структурного підрозділу або дочірньої компанії, яка вже займається наданням послуг третім особам. Якщо обслуговування третіх осіб ще не розпочалося, передані активи (у випадку виробництва) мають включати виробничі потужності, виробничі ноу-хау (або принаймні мають дозволяти у найближчому майбутньому нарощувати такі можливості), і якщо немає існуючого доступу до ринку, - забезпечувати виконавцеві послуг аутсорсингу можливість виходу на ринок протягом короткого періоду часу.

29. Передача ліцензій (патентних ліцензій) призводить до набуття контролю, тільки якщо така ліцензія є безстроковою або видається на тривалий термін (як правило, не менше 1 року). При цьому активи, які передаються за такою ліцензією (патентною ліцензією), повинні містити принаймні ті основні елементи (наприклад, ноу-хау), які дозволяють набувачеві вийти на ринок у термін, необхідний для початку фактичної реалізації товарів на ринку після юридичного створення господарського товариства. Для відповідної оцінки можуть братися до уваги достовірні бізнес-плани та загальні особливості ринку.

Приклад:

У Комітеті розглянуто заяву про надання дозволу компанії «Р» на придбання активів **медіапроекту «А»**, до складу якого входили:

- право власності на знаки для товарів та послуг;
- право власності на промисловий зразок;
- право адміністрування доменних імен та веб-сайту «А»;
- ліцензійний договір про передачу виключних майнових прав на використання всіх об'єктів прав інтелектуальної власності, включаючи фотографічні твори, дизайн, тексти авторських статей, примірники номерів журналу як збірники об'єктів прав інтелектуальної власності, що були опубліковані в журналі «А»;
- ліцензійний договір про передачу виключних майнових прав на використання текстів, фотографічних творів, а також будь-яких інших графічних об'єктів, в тому числі творів виконаними способами подібними до фотографії, які були розміщені на веб-сторінках та в базах даних веб-сайту «А», а також текстів авторських статей, які були розміщені на веб-сторінках та в базах даних цього сайту;
- передача прав засновника друкованого засобу масової інформації журналу «А».

Комітет дійшов висновку, що зазначена сукупність майнових прав становить об'єкт контролю, передбачений пунктом 2 частини другої статті 22 Закону «Про захист економічної конкуренції».

2.7. Контроль, що здійснюється однією юридичною або фізичною особою (одноосібний контроль)

30. Одноосібний контроль набувається, якщо тільки одна особа має вирішальний вплив на іншу особу - суб'єкта господарювання або його частину, коли інтереси контролюючої особи не можуть ігноруватися та порушуватися підконтрольною особою - суб'єктом господарювання.

2.7.1. Види одноосібного контролю

31. Можна виділити два типові випадки, у яких особа має одноосібний контроль:

1) особа, що здійснює одноосібний контроль, має повноваження визначати стратегічні комерційні рішення підконтрольного суб'єкта господарювання (*позитивний одноосібний контроль*). Ці повноваження набуваються, наприклад, шляхом набуття більшості прав голосу у керівному органі підконтрольного суб'єкта господарювання або шляхом укладання правочинів, що дозволяють надавати обов'язкові для виконання іншим суб'єктом господарювання вказівки (стаття 1 Закону).

Приклад:

Комітетом розглянуто заяву про надання дозволу компанії «К» на набуття, разом із компанією «В», опосередкованого контролю над компанією «F».

Заявлена концентрація здійснювалась шляхом реалізації умов Протоколу про наміри щодо капіталу, відповідно до умов якого до питань виключної компетенції компанії «К» належало прийняття рішень стосовно господарської діяльності компанії «F», зокрема щодо:

- внесення змін до статуту чи інших важливих установчих документів будь-якого суб'єкта господарювання, що пов'язаний відносинами контролю із компанією «F» (надалі – Група F);
 - прийняття річного бюджету Групи F;
 - порушення справ про добровільне оголошення банкрутом будь-якої компанії Групи F;
 - рішень які стосуються акціонерного капіталу чи змішаних цінних паперів будь-якої компанії Групи F;
 - призначення на посаду чи усунення з посади Головного виконавчого директора, Головного фінансового директора або юрисконсульта Групи F;
 - укладання будь-яких договорів придбання, партнерства, асоціації, спільного підприємства, участі в прибутках, консолідації чи злиття з будь-якою іншою особою чи з метою підписки для придбання будь-яких акцій, всіх або значної частини будь-яких зобов'язань чи активів;
 - будь-яких суттєвих змін в діяльності Групи F;
 - оголошення про виплату чи виплати будь-яких дивідендів чи подібного розподілу капіталу будь-якої компанії Групи F, окрім тих, які перебувають у стовідсотковому володінні Групи F.
- Виходячи із вищезазначеного, Комітетом встановлено, що компанія «К» набула опосередкований одноосібний контроль над компанією «F».

2) одноосібний контроль виникає у випадку коли лише один акціонер (учасник господарського товариства) має право вето на стратегічні рішення суб'єкта господарювання, проте не може такі рішення самостійно приймати (*негативний одноосібний контроль*). За таких умов цей учасник (акціонер) не може ігноруватися іншими учасниками (акціонерами) і має змогу заблокувати будь-яке стратегічне рішення.

Такий стан справ становить одноосібний контроль лише у випадку відсутності інших акціонерів, які мають такий самий рівень впливу, а акціонер (учасник товариства), який здійснює негативний одноосібний контроль, здатний *самостійно* заблокувати будь-яку дію суб'єкта господарювання, на яку поширюється його негативний одноосібний контроль.

Приклад:

Комітетом розглянуто заяву про надання дозволу компанії «L IS L» на набуття контролю над компанією «МЕТАЛУРГ» (далі – «Компанія») шляхом: збільшення компанії «L IS L» частки у статутному капіталі компанії «МЕТАЛУРГ» у розмірі, що забезпечує перевищення 25 відсотків голосів у вищому органі управління Компанії (25 відсотків + 1 акція) та набуття права вето з ключових питань діяльності Компанії.

Між поточними мажоритарними акціонерами компанії «МЕТАЛУРГ» було укладено акціонерний договір (далі – «договір») метою якого була фіксація домовленостей мажоритарних акціонерів щодо діяльності Компанії, в тому числі фінансування та розподілу дивідендів,

діяльності органів управління, укладення договорів купівлі-продажу, виконання реальних зобов'язань, а також питань конфіденційності та відмови від конкуренції.

Учасники заявлених дій домовились консолідувати свої металургійні та гірничо-видобувні підприємства (далі – Активи) під контролем Компанії з метою збільшення її капіталізації, підвищення ефективності управління Компанією та Активами і, в результаті, – отримання збільшеної вартості від них.

В договорі також зазначено, що:

«Рада директорів складається з двох (2) директорів та включає одного (1) Директора А та одного (1) Директора В.»;

«Раді директорів доручено управляти Компанією.

Кожен директор має один (1) голос. Відповідно до статті **, всі рішення Ради директорів приймаються одностайним голосуванням на зборах Ради Директорів, на яких представлені або присутні директори. Якщо під час голосування отримана рівна кількість голосів, рішення передається Наглядовій Раді»

«Всі рішення Загальних Зборів приймаються на зборах, де присутні або представлені сто відсотків (100 %) акціонерів класу «А» та акціонерів класу «В»;

«Якщо процедури для скликання та проведення Загальних Зборів, як це встановлено законодавством або цим Статутом, не виконуються, дійсне рішення Загальних Зборів може бути прийнято лише на зборах, якщо на таких зборах представлений весь випущений капітал та таке рішення прийняте одностайно».

Крім того, «L IS L» набувало право вето на прийняття рішень з питань стратегічного розвитку та інших найважливіших питань діяльності компанії «МЕТАЛУРГ». На підставі аналізу зазначених положень договору Комітет зробив висновок, що він призводить до встановлення компанією «L IS L» контролю над компанією «МЕТАЛУРГ».

32. Типовим випадком негативного одноосібного контролю є ситуація, коли один учасник господарського товариства (акціонер) володіє 50 відсотками прав голосу суб'єкта господарювання, а решта 50 відсотків належить кільком іншим акціонерам. Іноді статут суб'єкта господарювання вимагає кваліфікованої більшості для прийняття стратегічних рішень, що фактично може забезпечувати право вето лише одному акціонеру, в тому числі міноритарному.

2.7.2. Юридичний одноосібний контроль

33. Одноосібний контроль набувається на правових підставах, як правило, у випадках, коли особа набуває більшість прав голосу у вищому органі управління іншого суб'єкта господарювання. Особа, яка має більшість голосів, зазвичай може визначати будь-які важливі рішення господарської поведінки підконтрольного суб'єкта господарювання. Це стосується, зокрема, і звичайної діяльності суб'єкта господарювання, його управління, використання активів та нагляду. За відсутності інших обставин, набуття частки (паїв, акцій), що не забезпечує отримання більшості голосів, зазвичай, не надає повного одноосібного контролю.

34. Якщо статутом суб'єкта господарювання передбачається необхідність наявності кваліфікованої більшості голосів для прийняття стратегічних рішень, придбання простої більшості голосів може й не надавати повноважень одноосібно визначати зміст таких рішень. В такому випадку слід проаналізувати сукупність повноважень власника такого контрольного пакету акцій (контрольної частки).

Наявність більшості голосів (акцій) може бути достатньою для виникнення у набувача права блокування та, таким чином, негативного контролю, або для забезпечення спільного контролю (див. нижче).

35. Одноосібний контроль може виникнути на підставі правових норм, які забезпечують учаснику господарського товариства (акціонеру) особливі права.

Законодавством держави, в якій зарубіжна компанія є резидентом, може бути передбачена наявність акцій зі спеціальними правами, що дозволяють акціонеру, який не має більшості голосів у вищому органі управління товариства, визначати стратегічну комерційну поведінку компанії (наприклад, повноваження призначати більше половини членів наглядової чи адміністративної ради або право блокувати будь-яке рішення).

Одноосібний контроль також може здійснюватися особами, які хоча й не володіють контрольною часткою (контрольним пакетом акцій) господарського товариства, проте мають право управління товариством відповідно до законодавства (наприклад, повні учасники командитного товариства).

Приклад:

Фізична особа А., повний учасник командитного товариства В., володіє 50% часткою В. Вкладник товариства В. особа С. також володіє часткою у розмірі 50% від складеного капіталу товариства. При цьому, відповідно до норм Цивільного кодексу України фізична особа А., як єдиний повний учасник командитного товариства, здійснює одноосібне управління товариством В., а отже здійснює над ним одноосібний контроль.

2.7.3. Фактичний одноосібний контроль

36. Фактичний одноосібний контроль може набуватися особою, яка хоча й не має контрольного пакету акцій (контрольної частки у господарському товаристві), проте у зв'язку з постійно малою кількістю зареєстрованих на загальних зборах товариства учасників (за наявності передбаченого законодавством кворуму), має відносну більшість голосів.

Відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства», загальні збори акціонерного товариства мають кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які сукупно є власниками більш як 50 відсотків голосуючих акцій (частина друга статті 41); рішення загальних зборів акціонерного товариства приймаються простою більшістю голосів акціонерів, які зареєструвалися для участі в загальних зборах (частина третя статті 43).

Таким чином, будь-який акціонер, в тому числі міноритарний (що володіє, як правило, більш ніж 25% акцій), може мати фактичний одноосібний контроль у разі, коли він має постійну відносну більшість голосів на загальних зборах, а частина акціонерів не бере участі у загальних зборах, що є їх постійною практикою.

Приклад:

Якщо акціонер А. володіє 35 % акцій, а постійну участь у загальних зборах беруть акціонери що володіють 58% голосів, то в такому випадку для прийняття рішень на загальних зборах достатня наявність 29% акцій + 1, а отже А. має одноосібний контроль.

37. У подібних ситуаціях доречним є перспективний аналіз попередньої структури голосування. З огляду на це, враховуються передбачувані зміни присутності акціонерів, які можуть виникнути в майбутньому. Додатково аналізується становище інших акціонерів та оцінюється їх роль у кожному окремому випадку. Під час такої оцінки, зокрема, розглядаються питання:

- чи розподілена решта акцій (часток) між багатьма іншими акціонерами (учасниками), де жоден не має значного пакету акцій («розпорошені частки»),
- чи мають інші значні учасники товариства (акціонери) структурні, економічні або сімейні зв'язки з великим міноритарним акціонером (пов'язані юридичні або фізичні особи) або
- чи мають інші акціонери стратегічний або суто фінансовий інтерес у суб'єкті господарювання, над яким здійснюється контроль.

38. Опціон на акції сам по собі не може забезпечувати одноосібного контролю, за винятком випадків, коли опціон буде реалізовано найближчим часом у відповідності з обов'язковим для сторін договором або положеннями законодавства.

39. Крім випадків набуття фактичного одноосібного контролю на основі прав голосу, такий контроль може набуватися також шляхом набуття контролю над активами (чи їх частиною), на підставі договору або в інший спосіб.

2.8. Спільний контроль

40. Спільний контроль виникає, коли дві або більше юридичні та/або фізичні особи мають можливість здійснювати вирішальний вплив на господарську діяльність суб'єкта господарювання, діючи лише спільно, коли рішення щодо підконтрольного суб'єкта господарювання залежать від згоди учасників (акціонерів) (див. ст. 1 Закону, визначення поняття «контроль»). На відміну від одноосібного контролю, спільний контроль допускає виникнення ситуації, коли лише частина осіб, які здійснюють спільний контроль (одна чи декілька), мають змогу відхиляти запропоновані стратегічні рішення. Таким чином, для визначення комерційної політики суб'єкта господарювання ці акціонери повинні досягати спільного розуміння та співпрацювати.

41. Можливість зміни домовленостей між міноритарними акціонерами виключає спільний контроль. У зв'язку із цим недостатньо існування угод між двома або більше сторонами, коли вони не мають стратегічного права вето. Наприклад, у випадку господарського товариства, де кожен з трьох учасників (акціонерів) володіє однією третьою частиною статутного капіталу (акцій), і кожен з яких обирає одну третину членів ради директорів, такі учасники (акціонери) не мають спільного контролю, якщо рішення приймаються на основі простої більшості. Адже, пропозиція кожного учасника (акціонера) може бути відхилена, якщо інші два акціонери досягнуть згоди між собою щодо голосування проти. Однак, якщо необхідно прийняти рішення на підставі, наприклад, більшості у 70 відсотків голосів, усі три акціонери повинні досягти згоди, щоб прийняти взагалі будь-яке рішення. Тільки два акціонери не можуть вирішити щось у господарському товаристві без згоди третього акціонера. У цьому випадку кожен учасник (акціонер) повинен надати згоду, а спільна стратегія має бути визначена усіма трьома акціонерами. Таким чином, підконтрольний суб'єкт господарювання контролюється усіма трьома його акціонерами спільно.

2.8.1. Рівні права щодо голосування або призначення в органах, що приймають рішення

42. Найбільш чітка форма спільного контролю існує, коли є лише два засновники (учасники), між якими однаково розподілені права голосу у господарському товаристві. У цьому випадку у них немає потреби на укладення формальної угоди про встановлення спільного контролю.

43. Однак якщо учасники (акціонери) укладають угоду щодо встановлення спільного контролю, така угода повинна визначати рівні права учасників (акціонерів). Це може бути досягнуто шляхом встановлення однакової кількості представників в органах управління для кожного учасника та визнання того, що жоден з них не має вирішального голосу. Рівність також може бути забезпечена, коли обидва учасники (акціонери) мають право призначати однакову кількість членів до органів, що приймають рішення у підконтрольному суб'єкті господарювання (див. ст. 1 Закону (визначення «контроль») та п. 2 (б) ч. 2 ст. 22 Закону).

2.8.2. Права вето

44. Спільний контроль може існувати, навіть коли немає формальної рівності між двома учасниками (акціонерами) у голосуванні або у представництві в органах, що приймають рішення, або у випадках з більш, ніж двома учасниками (акціонерами), наприклад, коли міноритарні акціонери мають додаткові права, які дозволяють їм накладати вето на рішення, що є важливими для стратегічної комерційної поведінки суб'єкта господарювання. Права вето можуть передбачатися у статуті суб'єкта господарювання або надаватися за згодою його учасників. Самі права вето можуть бути чинними за наявності певного кворуму, необхідного для прийняття рішень зборами акціонерів або виконавчим органом господарського товариства, тією мірою, якою учасники (акціонери) представлені в такому органі. Крім того, стратегічні рішення можуть підлягати схваленню органом, наприклад, наглядовою радою, де представлені міноритарні акціонери, які забезпечують кворум, необхідний для прийняття таких рішень.

Приклад:

Комітетом розглянуто заяви про надання дозволу на концентрації, які полягали:

- у набутті компанією «G» разом із компаніями «E» та «F» права вето стосовно господарської діяльності компанії «L»;
разом з цим, компанія «G» придбавала акції компанії «L», у розмірі 13,5 відсотка статутного капіталу компанії.

- у набутті компанією «E» разом із компаніями «G» та «F» права вето стосовно господарської діяльності компанії «L»;
разом з цим, компанія «E» придбавала акції компанії «L», у максимальному розмірі 6,75 відсотка статутного капіталу компанії.

Відповідно до умов укладеного акціонерного договору, компанії «E» та «G» набували право вето щодо питань виключної компетенції, які стосуються прийняття рішень стосовно господарської діяльності компанії «L».

При цьому, після здійснення заявленої концентрації акціями компанії «L» будуть володіти:

- компанія «F» у розмірі близько 80 відсотків статутного капіталу;
- компанія «G» у розмірі близько 14 відсотків статутного капіталу;
- компанія «E» у розмірі близько 7 відсотків статутного капіталу;

На підставі аналізу положень Акціонерного договору Комітет дійшов висновку, що компанії «F», «G» та «E» здійснюватимуть спільний контроль над компанією «L».

45. Права вето повинні бути пов'язані із прийняттям стратегічних рішень щодо господарської діяльності суб'єкта господарювання і мають виходити за межі права вето, яким міноритарні акціонери наділені відповідно до законодавства для захисту своїх фінансових інтересів як інвесторів (наприклад, у випадках внесення змін до статуту, зміни статутного капіталу чи ліквідації товариства). Отже, право вето, що лише перешкоджає продажу або ліквідації господарського товариства, не створює для відповідного міноритарного акціонера ситуації спільного контролю.

46. Права вето, які стосуються прийняття рішень щодо таких питань, як:

- бюджет;
- бізнес-план;
- великі інвестиції;
- призначення вищого керівництва,

як правило, надають міноритарному учасникові (акціонерів) можливість спільного контролю.

47. Набуття спільного контролю не вимагає, щоб набувач фактично здійснював вирішальний вплив на повсякденне управління суб'єктом господарювання. Важливим елементом є те, що права вето є достатніми для забезпечення пріоритетності інтересів

засновників (учасників) у стратегічній діловій поведінці підконтрольного суб'єкта господарювання. Можливість здійснення такого впливу і, отже, просто існування таких прав є достатньою. Наприклад, керівництво суб'єкта господарювання буде змушене брати до уваги інтереси такого контролюючого міноритарного учасника (акціонера) щодо повсякденної діяльності, бо інакше ризикуватиме звільненням.

2.8.2.1. Призначення вищого керівництва та визначення бюджету

48. Для визначення наявності спільного контролю важливим є право вето стосовно рішень про призначення та звільнення з посади вищого керівництва підконтрольного суб'єкта господарювання та затвердження бюджету. Повноваження щодо спільного визначення структури (складу, посад, періодичності і порядку проведення виборів тощо) вищого керівництва, наприклад, членів виконавчого органу або наглядової ради, як правило, надають власникові таких прав можливість здійснювати вирішальний вплив на комерційну політику суб'єкта господарювання (див. також ст. 1 Закону, визначення поняття «контроль»). Те саме стосується рішень щодо бюджету, оскільки бюджет визначає межі діяльності суб'єкта господарювання та, зокрема, інвестиції, які він може здійснити.

2.8.2.2. Бізнес-план

49. Бізнес-план, як правило, містить детальні відомості про цілі суб'єкта господарювання разом із заходами, що необхідно вжити для досягнення цих цілей. Наявність в міноритарного учасника (акціонера) права вето на затвердження цього типу бізнес-плану може бути достатньою для здійснення спільного контролю навіть за відсутності у такого учасника (акціонера) будь-якого іншого права вето. Натомість наявність права вето стосовно затвердження бізнес-планів, що містять лише загальні заяви щодо ділових цілей суб'єкта господарювання, є лише одним з елементів загальної оцінки спільного контролю, але самостійно не є достатньою для здійснення спільного контролю.

2.8.2.3. Інвестиції

50. Важливість права вето на інвестиції при встановленні спільного контролю залежить:

- від розміру інвестицій, що підлягають затвердженню засновниками. Якщо розмір інвестицій, що вимагають схвалення учасниками (акціонерами), надзвичайно високий, право вето може бути ближче до інструменту звичайного захисту інтересів міноритарного акціонера, ніж до права, що надає можливість спільного рішення щодо комерційної політики суб'єкта господарювання;

- від того, наскільки інвестиції є важливою характеристикою ринку, на якому активно діє підконтрольний суб'єкт господарювання. Інвестиційна політика суб'єкта господарювання, як правило, є важливою складовою оцінки наявності спільного контролю.

Водночас, можуть існувати ринки, де інвестиції не відіграють значної ролі у ринковій поведінці суб'єкта господарювання, наприклад, ринки де застосовується ручна праця (виробництво дорогоцінностей), деякі ринки природних монополій.

2.8.2.4. Права щодо конкретних ринків

51. Окрім типових прав вето, зазначених вище, для встановлення спільного контролю значення можуть мати і інші права вето, пов'язані з конкретними рішеннями, важливими в контексті господарської стратегії на конкретному ринку, на якому діє суб'єкт господарювання. Так, велике значення матиме право вето щодо рішень про використання суб'єктом господарювання певної технології у разі, якщо технологія є ключовою особливістю його діяльності, або щодо рішень стосовно нових виробничих ліній, що будуть

розроблені суб'єктом господарювання, який діє на ринку, що характеризується диференціацією продуктів та значним рівнем інновацій.

2.8.2.5. Особливості оцінки прав вето

52. Для набуття спільного контролю не вимагається, щоб міноритарний учасник (акціонер) мав одночасно всі права вето, зазначені вище. Може бути достатньою наявність навіть одного такого права. Існування спільного контролю залежатиме від змісту права вето, а також важливості цього права в контексті конкретної господарської діяльності суб'єкта господарювання.

53. Оцінюючи відносну важливість кількох прав вето, належних одночасно міноритарному учасникові (акціонерів), слід розглядати такі права у сукупності. При цьому, такий аналіз може змінити кваліфікацію ситуації, яка виглядала як випадок одноосібного контролю, на випадок спільного контролю (і навпаки).

54. Право вето, що не стосується господарської стратегії, призначення вищого керівництва, визначення бюджету або бізнес-плану господарського товариства, не може вважатися таким, що надає спільний контроль його власникові.

2.8.3. *Спільне здійснення прав голосу*

55. Дві або більше особи, кожна з яких придбає міноритарні частки суб'єкта господарювання, можуть набути спільний контроль над ним у випадку, коли міноритарні частки сукупно забезпечують засоби для контролю над господарським товариством, а сукупна кількість голосів таких осіб є достатньою для здійснення контролю. Спільне голосування може відбуватися на підставі юридичного договору, укладеного такими міноритарними учасниками (акціонерами) з цією метою, або може існувати фактично.

56. Правові засоби забезпечення спільної реалізації прав голосу можуть бути забезпечені за допомогою контролюючої компанії, до якої міноритарні акціонери передають свої права, або за договором, за яким вони зобов'язуються діяти спільно (договір про пул).

57. У випадку спільного контролю не може бути вирішального голосу лише одного з учасників (акціонерів), оскільки це призвело б до одноосібного контролю над суб'єктом господарювання.

2.8.4. *Нерівноцінна роль учасників (акціонерів)*

58. Спільний контроль не виключає того, що один з учасників (акціонерів) має особливі знання та досвід щодо діяльності підконтрольного суб'єкта господарювання. У такому випадку інший учасник (акціонер) може відігравати незначну роль або зовсім не брати участь у поточному управлінні підконтрольним суб'єктом господарювання, якщо його присутність серед учасників (акціонерів) мотивована міркуваннями фінансової, довгострокової стратегії, іміджем бренда або загальною політикою підприємства. Тим не менш, для здійснення спільного контролю такий учасник (акціонер) завжди повинен зберігати реальну можливість блокувати рішення, прийняті іншим засновником (учасником), на основі рівності у правах голосу або у правах на призначення до органів, що приймають рішення, або правах вето, пов'язаного зі стратегічними питаннями.

III. ЗМІНА КОНТРОЛЮ

3.1. Загальні підходи

59. Зміни у відносинах контролю суб'єктів господарювання та в структурі ринку відбуваються, як правило, у разі вчинення відповідних правочинів без обмеження дії у часі (безстроково).

Водночас, довготривала зміна контролю відбувається також, коли основні правочини хоча й укладаються на обмежений період часу, проте передбачають їх продовження (пролонгацію). Зміна контролю може виникати навіть у випадках, коли правочини передбачають певну кінцеву дату їхньої дії, якщо такий період достатній для того, щоб призвести до довготривалих змін у структурі ринку.

60. Формою зміни контролю (набуття нового контролю) є зміна якості контролю (впливу). Зміна якості контролю має місце у разі:

- а) переходу від одноосібного до спільного контролю та навпаки;
- б) зміни кількості чи сукупності характеристик (ідентичності) контролюючих учасників (акціонерів).

Зміна якості контролю не відбувається у разі переходу з негативного до позитивного одноосібного контролю (наприклад, у разі збільшення пакету акцій з блокуючого до контрольного). Адже, така зміна не впливає ані на стимули негативно контролюючого акціонера, ані на характер структури контролю.

Зміни лише розміру частки тих самих контролюючих акціонерів, без змін у їх повноваженнях щодо суб'єкта господарювання та у складі структури контролю суб'єкта господарювання, не є зміною якості контролю.

3.2. Вступ контролюючих учасників

61. Зміни в якості контролю можуть відбуватися також шляхом вступу одного або декількох нових контролюючих учасників (акціонерів) (незалежно від того, чи замінюють вони існуючих контролюючих учасників (акціонерів)) або шляхом зменшення кількості контролюючих учасників (акціонерів).

62. Поява нових контролюючих учасників (акціонерів) може бути пов'язана з переходом від одноосібного до спільного контролю або ж із заміною існуючого учасника (акціонера) у господарському товаристві.

63. У разі переходу від одноосібного до спільного контролю відбувається нове набуття контролю учасником (акціонером), який входить до підконтрольного суб'єкта господарювання. Крім того, нове набуття контролю істотно змінює правову ситуацію для контролюючого учасника (акціонера), що залишився: якщо раніше він міг визначати стратегічну поведінку підконтрольного суб'єкта господарювання самостійно (у випадку одноосібного контролю) або не був змушений брати до уваги інтереси окремих інших учасників (акціонерів), тепер він буде повинен враховувати інтереси одного або декількох інших контролюючих учасників (акціонерів), і буде змушений постійно співпрацювати з новим акціонером (акціонерами).

64. Якість контролю над суб'єктом господарювання визначається сукупністю характеристик всіх контролюючих учасників (акціонерів). Природа спільного контролю полягає в тому, що, оскільки кожен учасник (акціонер) самостійно має можливість блокування стратегічних рішень, учасники (акціонери), які здійснюють спільний контроль, повинні враховувати інтереси один одного і мають співпрацювати для визначення стратегічної поведінки господарського товариства. Отже, природа спільного контролю не

вичерпується суто математичним додаванням прав вето, що здійснюються кількома учасниками (акціонерами), але визначається складом спільно контролюючих учасників (акціонерів).

65. Одним із найбільш очевидних сценаріїв, що призводять до вирішальної зміни характеру структури контролю спільно контрольованого суб'єкта господарювання, є ситуація, коли у господарському товаристві, спільно контрольованому його конкурентом та інвестиційною компанією, інвестиційна компанія замінюється на іншого конкурента такого суб'єкта господарювання. У цьому разі структура контролю та стимули підконтрольного суб'єкта господарювання можуть цілком змінюватися не тільки через вступ нового контролюючого учасника (акціонера), але також внаслідок зміни поведінки іншого учасника (акціонера).

3.3. Зменшення кількості контролюючих учасників

66. Зменшення кількості контролюючих акціонерів є зміною якості контролю, якщо вихід одного або кількох контролюючих акціонерів призведе до переходу від спільного до одноосібного контролю. Вирішальний вплив, що здійснюється спільно, суттєво відрізняється від вирішального впливу, що здійснюється одноосібно, оскільки кожний із спільно контролюючих акціонерів повинен враховувати потенційно різні інтереси інших таких акціонерів.

IV. ПОРЯДОК ДОСЛІДЖЕННЯ ВІДНОСИН КОНТРОЛЮ

67. Дослідження відносин контролю передбачає, зазвичай, наступні етапи:

- виявлення наявності ознак вирішального впливу;
- виявлення чинників, що забезпечують такий вплив (зміни якості впливу);
- виявлення відносин контролю;
- встановлення складу суб'єкта господарювання-групи осіб.

Порядок і етапи дослідження та визначення контролю, їх обсяг, зміст та послідовність проведення, зазначені в цих Методичних рекомендаціях, можуть змінюватися залежно від обставин, які виникають при дослідженні наявності контролю.

68. Виявлення ознак вирішального впливу може здійснюватися шляхом з'ясування:

1) можливості прийняття однією чи декількома пов'язаними юридичними чи фізичними особами рішень стосовно господарської діяльності іншої особи - суб'єкта господарювання, які впливають на загальні умови участі цього суб'єкта господарювання у товарному обороті, зокрема рішень щодо:

- встановлення ціни, асортименту товарів, обсягів попиту та пропозиції, обсягів реалізації товарів чи їх придбання, інших умов придбання або реалізації товарів;
- визначення обсягів виробництва, ринків товарів, напрямів техніко-технологічного розвитку, інвестицій;
- визначення джерел постачання, кола продавців, покупців або споживачів;
- укладення правочинів, умов прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань.

- можливості однієї особи не допускати прийняття іншою особою, що здійснює господарську діяльність, рішень, зазначених в абзацах другого – шостому цього пункту;

2) кола осіб, які мають можливості, зазначені в підпункті 1 цього пункту стосовно певної особи – суб'єкта господарювання;

3) кола осіб, які, у тому числі спільно, мають можливості, зазначені в підпункті 1 цього пункту, стосовно певної особи, що займається господарською діяльністю.

69. Дослідження засобів набуття вирішального впливу однією особою стосовно іншої особи може здійснюватися шляхом з'ясування наявності:

- прав безпосередньо чи через інших осіб володіти чи користуватися всіма активами чи їх значною частиною;
- прав, повноважень, які безпосередньо чи через інших осіб забезпечують вирішальний вплив на формування складу, результати голосування та рішення органів управління суб'єкта господарювання;
- прав, повноважень безпосередньо чи через інших осіб давати обов'язкові до виконання вказівки з питань визначення умов господарської діяльності або виконувати функції органу управління юридичної особи, зокрема внаслідок укладення договорів і контрактів або в інший спосіб;
- суміщення посади керівника, заступника керівника наглядової ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу юридичної особи;
- прав, повноважень безпосередньо чи через інших осіб призначати більше половини посад членів наглядової ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів юридичної особи;
- зобов'язань, зокрема грошових, торгових зобов'язань, зобов'язань з виконання умов фінансової підтримки;
- інших засобів набуття вирішального впливу (у разі необхідності).

70. При з'ясуванні питань наявності ознак і засобів набуття/зміни якості вирішального впливу для осіб - суб'єктів господарювання, зокрема для підприємств, об'єднань підприємств, у разі необхідності аналізуються:

- установчі документи та зміни до установчих документів підприємства, об'єднання підприємств. Протоколи ведення та рішення установчих та загальних зборів господарських товариств, рішення учасників або власників підприємств у іншому вигляді;
- угоди між засновниками (учасниками, акціонерами) господарського товариства;
- правочини цього підприємства, об'єднання підприємств з юридичними та/або фізичними особами та документи про їх виконання;
- документи перевірок фінансової діяльності підприємства, об'єднання підприємств;
- документи про облік та звітність підприємства, об'єднання підприємств;
- зобов'язання [зокрема умови фінансової підтримки підприємства, об'єднання підприємств, за переліком вексельних зобов'язань (за умовами погашення векселів)];
- основні напрями, плани діяльності підприємства, об'єднання підприємств та документи про їх виконання;
- директивні та розпорядчі документи органів управління та посадових осіб підприємства, об'єднання підприємств з питань, зазначених у пункті 66, та документи про їх фактичне виконання;
- пояснення посадових осіб, інші підтвердні документи щодо можливості вирішального впливу на господарську діяльність підприємства, об'єднання підприємств;
- за необхідності – практика господарських операцій суб'єктів господарювання за відповідний період.

71. При з'ясуванні наявності ознак та засобів набуття/зміни якості вирішального впливу для господарських товариств додатково аналізуються:

- документи про засновників (учасників) господарських товариств;
- угоди між засновниками (учасниками, акціонерами) господарського товариства;
- рішення установчих та загальних зборів господарських товариств, наглядової ради або інших органів управління;
- документи про наглядову раду, правління, інші наглядові та виконавчі органи господарських товариств, про їх персональний склад. Документи про функції та компетенцію

виконавчих органів господарських товариств, які покладено на ці органи загальними зборами господарських товариств;

- документи ревізійної комісії господарських товариств, інших наглядових органів;
- права, передані загальними зборами господарських товариств до компетенції наглядового або виконавчого органу господарських товариств (наглядова рада, правління або інший орган, передбачений статутом);
- персональний склад наглядового органу господарських товариств (наглядової ради або іншого органу) та порядок його формування;
- інші факти, відповідно до установчих документів, документів перевірок фінансової діяльності господарського товариства і документів обліку та звітності господарських товариств, які можуть мати вирішальний вплив на їх господарську діяльність.

72. При з'ясуванні ознак і засобів набуття/зміни якості вирішального впливу для осіб, які мають постійне місцезнаходження (місце проживання) за межами України (нерезиденти України) використовуються фактичні дані, документи та інформація, що передбачені національним законодавством, відповідають вимогам міжнародних стандартів, зокрема вимогам міжнародних стандартів бухгалтерського обліку, і інформаційно рівноцінні документам та інформації, зазначеним у пунктах 70 і 71, в тому числі торгівельні (банківські) реєстри, щорічні звіти акціонерних товариств, угоди між засновниками (учасниками, акціонерами) господарського товариства.

73. Конкретні форми та шляхи аналізу фактичних даних, зазначених у пунктах 70 - 72, з метою з'ясування ознак і засобів набуття/зміни якості вирішального впливу, визначаються в кожному випадку окремо.

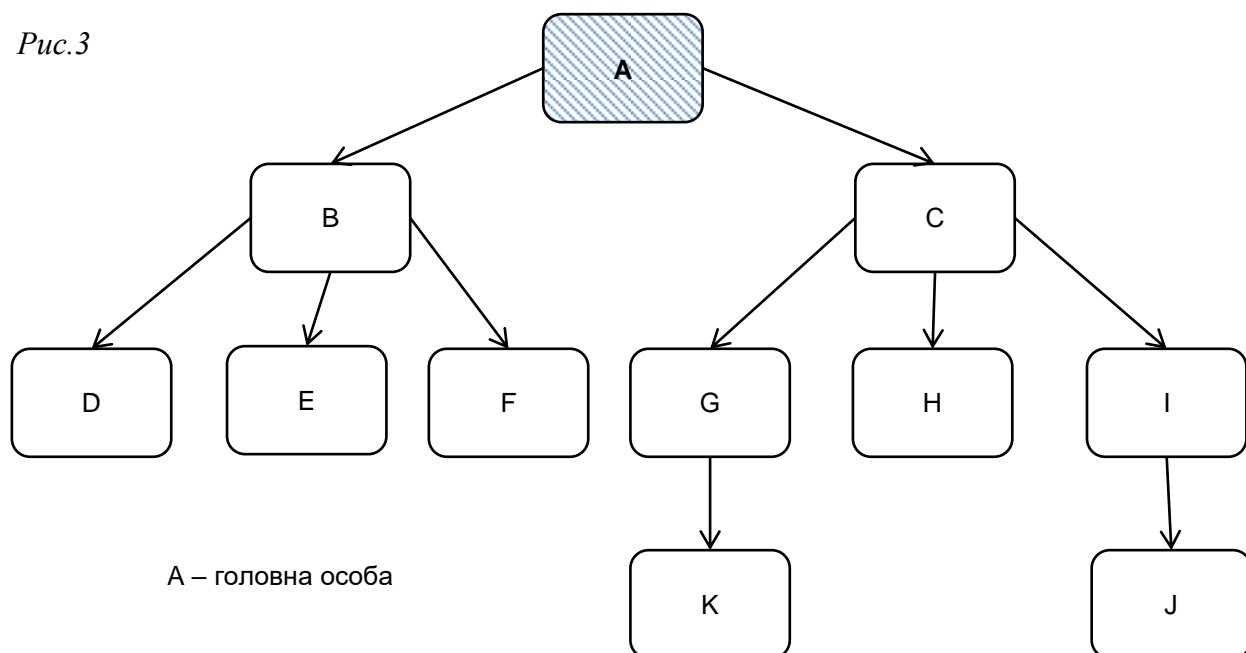
74. Для визначення відносин, які можуть забезпечувати контроль певної особи, доцільна така послідовність дій:

- визначається обсяг та структура активів особи, стосовно якої визначаються відносини контролю; визначаються особи, що мають права володіння та користування цими активами в цілому або їх частинами, зміст та обсяг цих прав володіння і користування;
- встановлюється склад органів управління товариством та порядок його формування;
- виявляються та аналізуються укладені договори і контракти, які дають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління юридичної особи, окремо для кожної особи;
- встановлюються особи, які обіймають посади керівника, заступника керівника наглядової ради, правління, іншого наглядового чи виконавчого органу юридичної особи, які суміщають зазначені посади в інших юридичних особах; аналізуються їх повноваження;
- складається перелік прав, що дозволяють призначати більше половини посад членів наглядової ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів юридичної особи особами, які вже обіймають одну чи кілька із зазначених посад в іншій юридичній особі;
- визначається перелік інших умов вирішального впливу на господарську діяльність особи, зокрема таких, що виникають із зобов'язань, у тому числі з торгових зобов'язань, із зобов'язань, що виникають внаслідок умов фінансової підтримки, умов погашення векселя і таке інше;
- при необхідності здійснюється поглиблене дослідження можливостей осіб здійснювати вирішальний вплив на господарську діяльність особи, стосовно якої визначаються відносини контролю.

75. У разі висновку про наявність контролю певної особи над іншою особою, що здійснює господарську діяльність, з'ясується питання, чи є ця контролююча особа підконтрольною іншим особам.

Якщо така контролююча особа є водночас підконтрольною іншій особі, визначення відносин контролю між особами, що контролюють одна одну і в такий спосіб пов'язані з особою, щодо якої первісно визначаються відносини контролю (встановлення ланцюжка контролю), здійснюється до виявлення головної особи (а у випадках, коли це можливо, – до кінцевого бенефіціара) у відповідному ланцюжку контролю, тобто, особи, яка не контролюється іншими особами – суб'єктами господарювання (рис. 3).

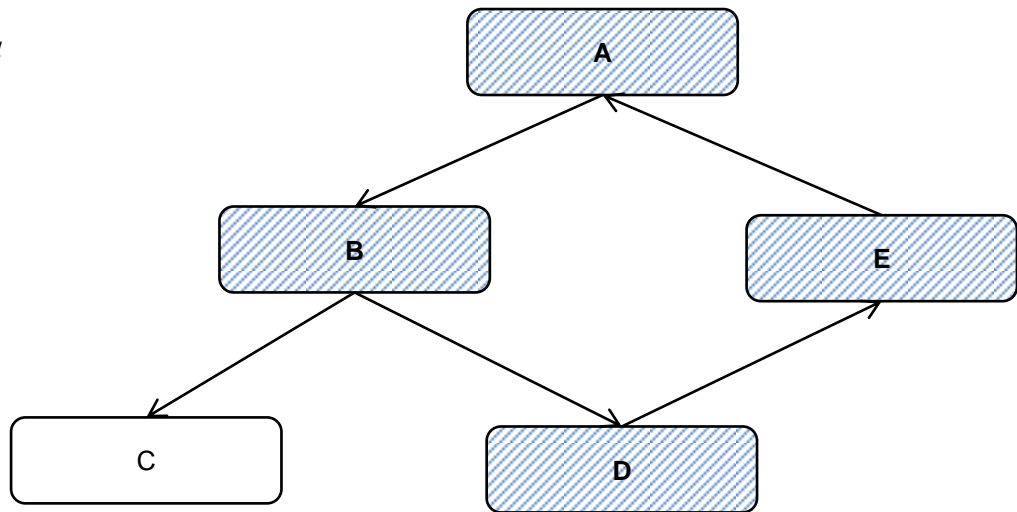
Рис.3



76. Після виявлення головної особи в ланцюжку контролю встановлюються всі ланцюжки контролю, до яких належить відповідна головна особа (встановлення мережі контролю).

77. У разі встановлення замкнутого ланцюжка контролю (рис. 4) при визначенні мережі контролю виявляються всі інші ланцюжки контролю, в яких будь-які члени відповідного замкнутого ланцюжка контролю є контролюючими або підконтрольними особами.

Рис. 4

**[A-B-D-E]** - Замкнутий ланцюжок контролю

78. Сукупність осіб - суб'єктів господарювання, що належать до однієї мережі контролю, становить єдиний суб'єкт господарювання як групу осіб.