



ПОГЛОЩЕНИЕ СУБЪЕКТА ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ: ПОНЯТИЕ И МЕХАНИЗМЫ РЕАЛИЗАЦИИ

Е. КОЛОМИЕЦ-ЛЮДВИГ,

старший преподаватель кафедры правового регулирования экономики
Киевского национального экономического университета
имени Вадима Гетьмана

SUMMARY

The article contains the author's definition of the term «takeover» and its correlation to the term «concentration». The peculiarities of takeover process within the bankruptcy procedure or restoration of solvency procedure are been analyzed. The issue also suggests the description of legal status of the participants of the «debt model» of the takeover, it contains the comparative analysis of the takeover target within the insolvency procedure and the ones of the target in ordinary conditions. The target's initiative of the insolvency procedure as the defence method against a hostile takeover has been described. The interrelations between privatization and takeover processes in the public sector of economy are been grounded.

Key words: takeover, rehabilitation, liquidation, privatization.

* * *

В статье представлено авторское определение понятия «поглощение», его соотношение с термином «концентрация». Проанализированы особенности поглощения субъектов хозяйствования с применением процедуры восстановления платёжеспособности должника или признания его банкротом. Предложена характеристика правового статуса участников долговой модели поглощения, проведена сравнительная характеристика полномочий объекта поглощения вне процедуры банкротства и объекта поглощения-должника. Рассмотрена инициация процедуры восстановления платёжеспособности должника как метод защиты от вражеского поглощения. Обоснована взаимосвязь процессов приватизации и поглощения предприятий государственной формы собственности.

Ключевые слова: поглощение, санация, ликвидация, приватизация.

Постановка проблемы. Установление контроля над конкурентом путём приобретения корпоративных прав, получение в собственность активов интересующего предприятия для расширения производства или образование его завершённого цикла, инвестирование в объекты, реализуемые по цене ниже рыночной, – все эти сделки можно объединить понятием «поглощение», которое приводит к укрупнению хозяйственной деятельности. В его основе экономическая природа, и ключевыми вопросами в данном случае будут правовое определение понятия «поглощение» и применение оптимальных правовых механизмов для приобретения интересующего объекта по максимально выгодной цене. Предлагаем рассмотреть участие в процедуре приватизации и восстановления платёжеспособности должника или признания его банкротом, как механизмы поглощения субъекта хозяйствования государственной.

Актуальность темы исследования. Процессы перераспределения капитала среди крупных хозяйствующих организаций сопряжены не только с установлением контроля над предприятиями частной формы собственности, но и с расширением бизнеса за счёт приобретения государственных или коммунальных предприятий – участников программы приватизации. Именно государственный сектор экономики ещё содержит пространство для концентрации

уже существующих промышленных союзов, холдингов и других объединений. Вопросы сделок, предметом которых являются объекты государственной собственности, исследовались такими украинскими учёными, как И. Селиванова, Д. Погребной, А. Педько, В. Кравчук, Е. Черненко. Аспекты, связанные с процедурой банкротства предприятий, отражены в работах И. Калинской, В. Козыревой, А. Гаврилишина, О. Подцерковного, Б. Полякова. Несмотря на широкое при-



менение на практике, поглощение предприятий, в частности государственной формы собственности, с применением процедуры восстановления платёжеспособности должника или признания его банкротом пока не стало предметом должного научно поиска.

Цель данной статьи – определение понятия «поглощение» и исследование особенностей применения процедур приватизации, санации и ликвидации в процессе поглощения субъекта хозяйствования.

Изложение основного материала.

Ассимиляция западной практики слияний и поглощений компаний в постсоветском пространстве произошла с очевидными особенностями как их нормативно-правового регулирования, так и практической реализации [1; 2]. Однако сохраняется научный интерес к определению самого процесса поглощения через уже существующие в понятийном нормативном аппарате термины.

Некоторые современные украинские правоведы [3] склонны ограничивать суть поглощения всего лишь «установлением контроля» над интересующим субъектом. Это в некотором смысле оправданный подход, поскольку с определением понятия «контроль» в нормативно-правовой базе недостатка нет: ст. 14.1.159 Налогового кодекса Украины [4; с. 68], п. 7 ст. 2 Закона Украины «Об акционерных обществах» [5; Ст. 384], ст. 1 Закона Украины «О защите экономической конкуренции» [6; Ст. 64], п. 3 р. I Порядка согласования приобретения юридическим или физическим лицом существенной доли в профессиональном участнике фондового рынка [7; п. 3].

Взяв за основу вышеуказанные аргументы и мировую практику определения поглощения как приобретения корпоративных прав или активов [8; с. 81], мы обнаружили следующее.

Положения ст. 22 Закона Украины «О защите экономической конкуренции», а именно п. 2а («*обретение контроля* непосредственно или через третьих лиц одним или несколькими субъектами хозяйствования над одним или несколькими субъектами хозяйствования, *путём* непосредственного или опосредованного *приобретения*, получения в собственность другим способом *активов* в виде целостного имущественного комплекса или структурного подразделения субъек-

та хозяйствования, получение в управление, аренду, лизинг, концессию или другим способом права пользования активами в виде целостного имущественного комплекса или структурного подразделения субъекта хозяйствования, в том числе приобретение активов ликвидируемого субъекта хозяйствования») и п. 4 («непосредственное или опосредованное приобретение, *получение в собственность* другим способом или получение в управление долей (акций, паёв), что обеспечивает достижение или превышение 25 или 50 процентного порога голосов в высшем органе управления соответствующего субъекта хозяйствования») раскрывают смысл понятия «поглощение» через ключевые, на наш взгляд, термины «приобретение» и «*получение в собственность*».

Принимая, что концентрация (лат. *concentratio* – сосредоточение вокруг центра) – это сосредоточение производства, капитала в одном месте или в одних руках [9], мы можем определить поглощение как один из видов концентрации субъектов хозяйствования, осуществляемый путём непосредственного или опосредованного получения в собственность или в управление корпоративных прав, обеспечивающих решающее влияние на управление или деятельность субъекта хозяйствования, а также получение в собственность, в пользование или в управление активов в виде целостного имущественного комплекса или структурного подразделения субъекта хозяйствования, в том числе приобретение активов ликвидируемого субъекта хозяйствования.

Положения ст. 22 указанного закона содержат исчерпывающий перечень способов поглощения активов (получение в собственность; получение в управление; получение права управления активами (аренда, лизинг, концессия и т. д.) и корпоративных прав (непосредственное или опосредованное приобретение или получение в собственность; получение в управление). Способ поглощения – это комплекс организационно-правовых мер, предпринимаемых физическим или юридическим лицом прямо или опосредованно с целью получения контроля над субъектом хозяйствования [3; с. 81].

Особый интерес, на наш взгляд, представляет поглощение субъекта хозяйствования – должника, против ко-

торого открыто производство о восстановлении его платёжеспособности или признании его банкротом. Долговые модели поглощений (скупка долгов или же «организация» новых обязательств с последующим приобретением активов предприятия) стали своеобразной национальной чертой процессов слияний и поглощений в постсоветском экономическом пространстве. Механизм поглощения в данном случае предполагает приобретение кредиторской задолженности, её консолидация и одновременное предъявление к погашению должником. Последнее зачастую оказывается неподъёмным для последнего обязательством, и таким образом возникают юридические основания для инициации процедуры восстановления платёжеспособности или признания банкротом. Как следствие – предприятие выходит из-под контроля и его собственников, и руководства. Приемлемые для установления контроля над субъектами хозяйствования любой организационно-правовой формы как государственной, так и частной собственности, данные способы поглощения стали широко применяться в связи с последним всемирным экономическим кризисом [10; с. 3-4].

В процессе исследование правовых особенностей поглощений с применением процедуры банкротства мы заметили, что отличительными чертами поглощения в данном случае будет, во-первых, своеобразный субъектный состав его участников и, во-вторых, практически абсолютная юридическая недееспособность объекта поглощения, т. е. должника. Рассмотрим детальнее обе позиции с учётом следующего.

В зависимости от стратегической цели поглощения к субъекту хозяйствования – должнику могут применяться или санация, или ликвидация. Например, если у должника есть право собственности на земельный участок, корпоративные права, лицензии (которые утрачиваются при ликвидации должника как юридического лица), то отдаётся предпочтение процедуре санации. План санации может включать и реструктуризацию активов должника, и продажу части имущества должника, и отчуждение имущества с погашением обязательств должника путём замещения активов (п. 2. ст. 29 Закона Украины «О восстановлении платёжеспособности



должника или признании его банкротом» (далее – ЗУ о банкротстве)) [11], а также продажу имущества должника как целостного имущественного комплекса (ст. 33 ЗУ о банкротстве). В случае последнего происходит отчуждение всех видов имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности должника, в т. ч. помеще-ния, сооружения, оборудование, сырьё, продукция, права требования, права на знаки, индивидуализирующие должника и его продукцию, и другие права, кото-рое могут быть переданы другим лицам. Таким образом, происходит поглощение путём приобретения активов.

Если цель поглощения – получение активов по существенно заниженной цене, применяется процедура ликвидации. Согласно ст. 42 ЗУ о банкротстве, все виды имущественных активов бан-крота, принадлежащие ему по праву соб-ственности или хозяйственного ведения, включаются в ликвидационную массу. После проведения инвентаризации и оценки имущества осуществляется про-дажа имущества должника – или на аук-ционе, или непосредственно юридиче-скому или физическому лицу. Главным критерием при выборе способа продажи будет получение максимально высокой цены за актив, что, однако, не исключает получения актива по цене, ниже рыноч-ной, по которой он мог быть реализован вне процедуры ликвидации. Продажа имущества должника оформляется дого-вором купли-продажи согласно дейст-вующему законодательству.

Проанализируем особенности субъ-ектного состава и статуса участников поглощения в процессе восстановления платёжеспособности должника или при-знания его банкротом.

При поглощении вне процедуры банкротства круг участников включает: 1) *инициатора поглощения* (финансово-промышленные группы, инвестицион-ные компании, собственники или управ-ленческий состав компаний); 2) соб-ственника активов или корпоративных прав, т.е. *объект поглощения*; 3) лиц, осу-ществляющих сопровождение сделки по поглощению; 4) органы государственной власти и местного управления (выдают документы разрешительного характера) [12; с. 26, 30, 37]. Все вышеперечислен-ные участники – независимые субъекты правоотношений, самостоятельно при-

нимающие те или иные решения в преде-лах законов.

Если же объект поглощения – долж-ник (как сторона производства по вос-становлению платёжеспособности) или банкрот, с его статусом происходит сле-дующее. В процессе реализации плана санации/ликвидации собственник иму-щества должника не имеет права огра-ничивать полномочия управляющего санацией относительно распоряжения имуществом должника. Более того, при определённых обстоятельствах санатор может даже отказаться от сделок, совер-шённых должником до введения санации (ст. 28 ЗУ о банкротстве). В случае про-цедуры ликвидации с дня назначения ликвидатора именно к нему переходят права руководителя (органов управле-ния) субъекта хозяйствования-банкрота (п. 3 ст. 41 ЗУ о банкротстве).

Таким образом, объект поглощения де-юре и де-факто недееспособен: все решения принимаются распорядителем имущества (управляющим санацией или ликвидатором соответственно), который и реализовывает от имени кредитора или инвестора (т. е. субъекта поглощения) план поглощения должника. Субъект поглощения действует через распоряди-теля имуществом, а ключевым органом, легитимирующим результаты поглоще-ния, выступает хозяйственный суд. Если процедура банкротства инициирована кредиторами с целью поглощения, объ-ект поглощения не сможет применить методы защиты от поглощений, доступ-ные вне статуса должника или банкрота. Исключение – своевременное иницииро-вание процедуры восстановления платё-жеспособности самим должником, пред-усмотренной п. 2 ст. 10 ЗУ о банкротстве. Данные действия можно трактовать как защиту от поглощения, когда кредитора-ми выступают компании, заинтересова-ные в сохранении должника как незави-симого субъекта хозяйствования.

В любой момент производства по делу о банкротстве стороны могут под-писать мировое соглашение, в частности, по сделкам, обеспеченным залогом (п. 2 ст. 35, п. 1 ст. 36 ЗУ о банкротстве). Од-ним из условий данного соглашения мож-ет быть обмен требований кредиторов на активы должника или на его корпоративные права (п. 4 ст. 37 ЗУ о банкрот-стве), получение контроля над которыми и есть, собственно, целью поглощения.

Таким образом, применение процеду-ры восстановления платёжеспособности должника (т. е. объекта поглощения) или признание его банкротом – выгодный и достаточно быстрый способ поглощения предприятий как государственной, так и частной формы собственности, пре-жде всего, неуспешных или небольших предприятий, отягчённых долговыми обязательствами, которые зачастую ис-кусственно создаются потенциальными субъектами поглощения [13].

В качестве примера проанализируем ситуацию с ОАО «Мелитопольский стан-костроительный завод им. 23 Октября» (далее – ОАО «МСЗ»). В данном случае продажа имущества предприятия-бан-крота происходила в соответствии с За-коном Украины «О приватизации госу-дарственного имущества» [14] и других нормативных актов по приватизации. По результатам аукциона в августе 2009 г. пакет акций (50% + 1 акция), принад-лежащий государству, был приобретён одним из крупнейших заказчиков пред-приятия-банкрота – ООО «Научно-про-изводственное предприятие «Днепроэ-нергосталь». Для монополиста по про-изводству некоторых видов станков, в числе клиентов которого были крупные металлургические предприятия Украины и России, ОАО «МСЗ» стал несколько неординарным активом [15].

Согласно договору купли-продажи предприятие обязывалось до 1 января 2010 г. ликвидировать задолженность по заработной плате, сохранить существу-ющее количество работников завода и его производственный профиль, а также ежегодно частично обновлять основные фонды и выплачивать кредиторскую за-долженность, существовавшую на мо-мент подписания указанного договора. Но уже в сентябре 2009 г. областной хо-зяйственный суд ввёл процедуру санации ОАО «МСЗ» сроком на 1 год. Началась распродажа оборудования по низким це-нам, сокращение руководящего состава, блокирование заказов завода, которые проходили только через учреждённое в декабре 2009 г. хозяйственное общество. Таким образом, искусственно создавался эффект «неработающего предприятия» [16].

Четыре месяца спустя комитет кре-диторов принял решение об обращении в суд с ходатайством об открытии ликви-дационной процедуры, так как должник



сознательно не выполнял план санации. Примечательно, что один из кредиторов позже отозвал свою подпись с указанного обращения, аргументируя следующим: 1) предприятие имеет большую территорию и существенную материальную базу; 2) значительная часть рабочих, интересы которых не соблюдаются, не владеют информацией о действиях комитета кредиторов; 3) предложенный план санации не предусматривает источников погашения долгов, очередность которого составлена с нарушением норм действующего законодательства (объяснение этому – кандидатура управляющего санацией от собственника предприятия, не заинтересованного в возвращении долгов); 4) по адресу должника уже зарегистрировано новое предприятие, из чего следует, что именно оно будет работать на оборудовании банкрота, а долги останутся непогашенными.

С учётом решения комитета кредиторов, оформленного протоколом от 25 февраля 2010 г., пояснения управляющего санацией и присутствующих представителей на судебном заседании суд принял решение о прекращении процедуры санации ОАО «МСЗ», признании его банкротом и открытии ликвидационной процедуры [17].

Таким образом, произошло поглощение государственного предприятия с применением сначала процедуры приватизации, а потом – процедуры банкротства. Если субъект хозяйствования относится к государственному сектору, доступ к его активам или корпоративным правам открывается только в процессе приватизации, когда государственное предприятие реорганизовывается в хозяйственное общество или же государственное имущество формирует уставный капитал и у государства возникают корпоративные права. Основная цель приватизации – переход (отчуждение) прав государства субъектам частного права, а приобретение корпоративных прав является одним из способов поглощения [16; с. 56, 51].

Выводы. Классические «прозападные» способы поглощения – путём приобретения активов или корпоративных прав интересующего предприятия, приобрели своеобразный постсоветский колорит: ключевое понятие «приобретение» остаётся, однако меняются его условия и цена – в связи с использованием

процедуры банкротства или участие в его приватизации. Процедура банкротства остаётся универсальным механизмом поглощения, приемлемым для субъектов хозяйствования как государственной, так и частной форм собственности. Приватизация – специальный механизм поглощения государственных и коммунальных предприятий.

Список использованной литературы:

1. Коломієць-Людвіг Є. П. Співвідношення понять злиття, приєднання та поглинання в західному й українському правовому полі / Є. П. Коломієць-Людвіг // Правове регулювання економіки. – 2009. – № 9. – С. 169-177.
2. Коломієць-Людвіг Є. П. Злиття та поглинання: аналіз зарубіжного правового досвіду та перспективи його застосування в Україні / Є. П. Коломієць-Людвіг // Зовнішня торгівля: право та економіка. – 2009. – № 5 (46). – С. 126-131.
3. Рябота В. В. Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств у Україні / В. В. Рябота. – К. : Видавничий дім «Киево-Могилянська академія», 2007. – 159 с.
4. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: у 3 т. / кол. авторів [заг. редакція, М. Я Азарова]. – Т. 1 – К. : Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2010. – 2389 с.
5. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50-51. – Ст. 384. – (зі змін. і допов.).
6. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64. – (зі змін. і допов.).
7. Про затвердження Порядку погодження набуття юридичною чи фізичною особою істотної участі у професійному учаснику фондового ринку або збільшення її таким чином, що зазначена особа буде прямо чи опосередковано володіти або контролювати 10, 25, 50 і 75 відсотків статутного (складеного) капіталу такого учасника чи права голови придбаних акцій (часток) в його органах управління : рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 13 березня 2012 р. № 394 //

Офіційний вісник України. – 2012. – № 36. – Ст. 1361.

8. Коломієць-Людвіг Є. П. Поглинання як юридична категорія в господарському праві / Є. П. Коломієць-Людвіг // Підприємство, господарство і право. – 2010. – № 1. – С. 79-83.

9. Борисов А. Б. Большой экономический словарь. – М. : Книжный мир, 2003. – 895 с.

10. Черкасенко М., Серебряков О. Злиття та поглинання (M&A): правові та податкові аспекти : матеріали семінару-практикуму, (Київ, 10 вересня 2009 р.) / InterGest Ukraine, Arzinger, Всеукраїнська мережа Ліга-Закон. – К. : Ліга БІЗНЕСІНФОРМ, 2009. – 50 с. С. 3-4

11. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 42-43. – Ст. 378. – (зі змін. і допов.).

12. Молотников А. Е. Слияния и поглощения. Российский опыт / А. Молотников. – 2-е изд., перераб., и доп. – Москва : Вершина, 2007. – 344 с.

13. Сваровский Ф. Съесть и не подавиться. Популярные способы поглощения предприятий / Ф. Сваровский [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.gaar.ru/biblio/corpfm/fusion/001.asp>.

14. Про приватизацію державного майна : Закон України від 04 березня 1992 р. № 2163-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 348. – (зі змін. і допов.).

15. «Днепроэнергогосталь» купила мелитопольский станкостроительный [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://day.zp.ua/news/17140.html>. Назва з екрана.

16. Пасишниченко Е. «Все – на защиту завода!» / Е. Пасишниченко // Рабочая газета № 57 от 30 марта 2010 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://rg.kiev.ua/page5/article17757/>.

17. Про визнання боржника банкрутом : матеріали справи № 16/68/07 // Постанова Господарського суду Запорізької області від 25 лютого 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8462734>.

18. Погрібний Д. І. Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації / Д. І. Погрібний. – Харків : Видавництво «ФІНН», 2009. – 168 с.