

Трансграничные М&А в банковском секторе Украины: регуляторные аспекты

Как показывают последние тенденции в банковском секторе Украины, увеличение количества банков с долей иностранного капитала происходит, как правило, путем приобретения иностранным инвестором участия в существующем украинском банке, нежели вследствие создания нового (дочернего) банка. С точки зрения национальных регуляторных требований, процесс приобретения действующего украинского банка является более гибким и удобным для инвестора (в том числе, по временным параметрам), чем процедура создания дочернего банка в Украине «с нуля» (англ. «*greenfield*»). При этом, стандартные требования инвестора к объекту приобретения включают, как минимум, наличие у него (i) действующей лицензии Национального банка Украины (далее - НБУ) на осуществление банковских операций, и (ii) разрешения НБУ на отдельные виды банковских операций (в частности, на операции с иностранной валютой). Вместе с тем, покупка существующего украинского банка иностранным инвестором также подразумевает прохождение целого ряда взаимосвязанных разрешительных процедур в соответствующих государственных органах.

Согласно сложившейся практике, каждая сделка по приобретению иностранным инвестором участия в украинском банке предусматривает ряд предварительных условий (англ. «*conditions precedent*»), после исполнения которых становится возможен переход права собственности на долю (акции) в уставном капитале банка в пользу покупателя, осуществление оплаты цены покупки и других действий по завершению сделки (англ. «*closing*») (далее – «Завершение Сделки»).

В зависимости от характера и особенностей сделки, условиями ее завершения являются действия сторон и третьих лиц, которые, с точки зрения практики, можно объединить в следующие подгруппы:

- (1) *корпоративные действия, осуществление которых необходимо для имплементации решений сторон сделки* (в частности, принятие высшим органом управления банка решения об изменении наименования банка, назначении нового состава органов управления, обеспечение ведения основной деятельности банка в обычном режиме, координация действий сторон по завершению сделки через механизм наблюдателей со стороны покупателя и т.д.).
- (2) *действия сторон, связанные с реструктуризацией обязательств банка перед третьими лицами* (в частности, уступка продавцами или их связанными лицами в пользу покупателя договоров, обеспечивающих рефинансирование банка, а также гарантий, выданных по обязательствам банка, урегулирование вопросов рефинансирования с третьими лицами-независимыми кредиторами на период после Завершения Сделки и т.д.).
- (3) *действия сторон, связанные с необходимостью получения разрешений касательно Завершения Сделки в государственных регуляторных органах* (далее – «разрешительные процедуры»).

В числе прочего, под Разрешительными Процедурами, подразумевают необходимость получения разрешения (согласия) в органах, осуществляющих надзор за соблюдением конкурентного (антимонопольного) законодательства. В зависимости от государств регистрации / местонахождения участников сделки, географических границ задействованных товарных рынков и пороговых значений применимого законодательства в части экономической концентрации, разрешение антимонопольного органа может потребоваться как в юрисдикции регистрации банка-объекта приобретения, так и в юрисдикции покупателя. В силу исторически низких применимых пороговых показателей конкурентного законодательства Украины, предварительное разрешение Антимонопольного комитета Украины на концентрацию требуется в подавляющем большинстве сделок по приобретению украинских банков иностранными инвесторами.

Неотъемлемым условием для приобретения участия в украинском банке является обращение в органы соответствующих государств, осуществляющие надзор за финансовыми учреждениями / банками. Количество необходимых разрешений может варьироваться. Как минимум, покупателю необходимо будет получить соответствующее разрешение Национального банка Украины, а также (в случае когда покупателем является иностранный банк (иное финансовое учреждение) - центрального органа, осуществляющего надзор за финансовыми учреждениями в государстве регистрации покупателя. Дополнительно, в зависимости от юрисдикции, может возникнуть необходимость обращения продавца в аналогичный орган с целью получения разрешения на сделку по продаже банка. Кроме того, в отдельных случаях от покупателя может также требоваться получение разрешения уполномоченного государственного органа государства его регистрации на осуществление инвестиций за границу.

Ниже приведен анализ разрешительных процедур, требуемых для завершения сделки по приобретению участия в банке согласно законодательству Украины. Изложенный ниже перечень основывается на конкретном примере из текущей практики – сделки по приобретению 100% акций банка, зарегистрированного в Украине. Договор о приобретении акций заключен между компаниями – нерезидентами, каждая из которых представляет крупную международную финансово-банковскую группу.

1. Разрешение Антимонопольного комитета Украины

Государственным органом, осуществляющим надзор за соблюдением конкурентного законодательства в Украине, является Антимонопольный комитет Украины (далее – «АМК»). Согласно Закону Украины «О защите экономической конкуренции» от 11 января 2001 года № 2210-III (далее – «Закон о защите конкуренции») одним из направлений деятельности АМК является контроль над действиями, определяемыми законом как «экономическая концентрация» (далее – «Концентрация»).

(А) Общие положения касательно пороговых показателей, процедуры и сроков

Государственный контроль в данной сфере носит предварительный характер, и заключается в необходимости получения участниками планируемой сделки разрешения АМК до момента перехода права собственности на акции (доли) в уставном капитале банка-объекта приобретения. В частности, согласно части 2 статьи 22 Закона о защите конкуренции, одним из действий, подпадающим под определение Концентрации, является «*непосредственное или опосредованное приобретение, получение в собственность другим способом или получение в управление долей (акций, паев), обеспечивающее достижение или превышение 25 или 50 процентов голосов в высшем органе управления соответствующего субъекта хозяйствования.*»

Вместе с тем, даже если после завершения сделки приобретатель будет иметь возможность голосовать в высшем органе управления указанным количеством голосов, обращение в АМК является обязательным только при достижении следующих пороговых показателей:

- (i) все участники Концентрации владеют активами или продают товары (поставляют услуги) на сумму, более 12 миллионов Евро (в том числе, за пределами Украины); и при этом
- (ii) как минимум, двое из участников Концентрации владеют активами или имеют годовой оборот от реализации товаров (услуг) на сумму, больше 1 миллиона Евро (в том числе, за пределами Украины) каждый; и один из участников концентрации – на такую же сумму в Украине.

В то же время, если участником концентрации выступает коммерческий банк или страховая компания, определение объема активов и объема реализации товаров (услуг) такого участника осуществляется по специальным правилам.

Принимая во внимание особенности деятельности коммерческого банка, объем его активов и объем реализации банковских услуг определяется как одна и та же сумма, равная одной десятой

части стоимости активов такого банка. Для страховой компании правило одной десятой применяется только для расчета объема ее активов; сумма объема реализации страховых услуг будет соответствовать сумме доходов, полученных от страховой деятельности, которая определяется согласно национальным стандартам бухгалтерского учета.

Поскольку при определении указанных показателей действующее законодательство прямо ссылается на национальные стандарты бухгалтерского учета, возникает вопрос, можно ли применять такой порядок определения пороговых показателей, если участником концентрации выступает банк, зарегистрированный за пределами Украины (иностраный банк). С одной стороны, для целей антимонопольного законодательства, деятельность иностранного банка и структура его активов ничем не отличаются от банка, зарегистрированного в Украине. С другой стороны, действующее законодательство содержит специальное положение, согласно которому при расчете объема активов и объема реализации товаров (услуг) иностранных компаний и транснациональных корпораций правило одной десятой не применяется. Вместе с тем, несмотря на возможность коллизии указанных положений антимонопольного законодательства, АМК придерживается мнения, что для целей Концентрации определение объема активов и объема реализации товаров (услуг) банка, независимо от государства его регистрации, осуществляется по принципу одной десятой.

Указанные выше пороговые показатели не имеют значения, если доля какого-либо участника концентрации или общая доля участников концентрации, с учетом отношений контроля, на определенном товарном рынке превышает 35 процентов, и концентрация происходит на этом или смежном с ним товарном рынке. В таком случае, согласно изменениям в Закон о защите конкуренции от 31 мая 2005 года, обращение в АМК является также обязательным. В то же время, на сегодня состояние конкуренции в банковском секторе Украины таково, что достижение указанного процента присутствия на украинском рынке банковских услуг одним из участников концентрации или совместно участниками после завершения сделки, является практически невозможным.

Срок рассмотрения заявления в АМК с целью получения разрешения на Концентрацию составляет до 45 календарных дней и включает две стадии. На протяжении первых 15 дней АМК принимает решение о возможности ее рассмотрения по формальным признакам (полнота предоставляемых документов и информации согласно требованиям, установленным АМК). В случае отсутствия непосредственного отказа в принятии заявления со стороны АМК в течение 15 дней, заявление считается принятым. Последующие 30 дней – это срок для рассмотрения заявления по сути.

(Б) Определение границ рынка для целей концентрации

Определение товарного рынка, на котором состоится концентрация (задействованный товарный рынок), осуществляется участниками концентрации самостоятельно. В случае, если концентрация происходит в банковском секторе Украины, для целей определения границ задействованного товарного рынка следует исходить из особенностей данного вида деятельности. В частности, следует руководствоваться следующими критериями: (i) целевой потребителя конкретного вида банковских услуг; и (ii) принцип взаимозаменяемости конкретного вида банковских услуг.

Как показывает практика, для банковского сектора определение задействованного рынка как единого «рынка банковских услуг» неприемлемо, поскольку является слишком широким. Такое определение границ рынка не отображает разделения банковских услуг по критерию их целевого потребителя, а также не будет отвечать принципу взаимозаменяемости предоставляемых банковских услуг (к примеру, не являются взаимозаменяемыми с точки зрения потребителя банковские услуги на рынке заимствований, предоставляемых юридическим лицам, и на рынке потребительских кредитов для физических лиц). Таким образом, как минимум, услуги банка могут рассматриваться как корпоративные и розничные банковские услуги, предоставляемые физическим и юридическим лицам. Дополнительно, указанные рынки могут быть сегментированы в зависимости от валюты или на основе других критериев.

Для целей антимонопольного законодательства, географические границы задействованного товарного рынка могут определяться как пределами определенного региона (одна область или несколько областей) – региональный рынок, так и территорией всей Украины – общегосударственный товарный рынок. Согласно банковскому законодательству Украины, в зависимости от размера уставного капитала банка, банк может создаваться как региональный банк (осуществляющий свою деятельность на территории одной области Украины) либо как общегосударственный (осуществляющий деятельность на территории всей Украины). Таким образом, деятельность регионального банка будет осуществляться в пределах регионального рынка. Общегосударственный банк может предоставлять банковские услуги как в пределах общегосударственного товарного рынка, так и на региональном товарном рынке (например, в отношении какого-либо одного вида банковских услуг).

В то же время, принимая во внимание вышеупомянутую классификацию банков, а также условия лицензирования банковской деятельности в Украине, не предусматривается возможность определения географических границ какого-либо из задействованных рынков банковских услуг шире, чем территория Украины.

(В) Объем раскрываемой информации

Одним из наиболее проблемных моментов, связанных с подготовкой заявления в АМК, является определение исчерпывающего круга компаний и физических лиц, связанных отношениями контроля с непосредственным участником концентрации. Речь идет о связанных лицах, которые вследствие отношений контроля могут рассматриваться как единый субъект хозяйствования с точки зрения антимонопольного законодательства Украины.

Учитывая определение понятия «*контроль*»¹, установленное Законом о защите конкуренции, круг связанных лиц определяется исходя из критерия возможности осуществления решающего влияния на деятельность компании. Кроме того, указанное понятие контроля было расширено путем включения в круг связанных физических лиц близких родственников – супруг(а), родители, дети, братья, сестры (изменения в Закон о защите конкуренции от 31 мая 2005 года).

Законодательством Украины не установлено каких-либо ограничений касательно уровней отношений контроля, которыми ограничивается круг связанных лиц. Согласно сложившейся практике, в большинстве случаев АМК требует раскрывать информацию о лицах, осуществляющих контроль над непосредственным участником концентрации до последнего уровня отношений контроля. Иными словами, АМК трактует положение «с учетом отношений контроля» как необходимость предоставить информацию обо всей вертикали контроля до уровня конечного бенефициара либо того уровня, на котором ни один из участников следующего уровня не является держателем (собственником) контрольного пакета в уставном капитале компаний / количества голосов, обеспечивающего контроль над субъектом хозяйствования.

¹ Согласно ст. 1 Закона о защите конкуренции «*контроль* – это решающее влияние одного или нескольких связанных юридических и/или физических лиц на хозяйственную деятельность субъекта хозяйствования или его части, которое осуществляется прямо или через других лиц, в частности, вследствие: права владения или пользования всеми активами или их значительной частью; права, которое обеспечивает решающее влияние на формирование состава, результаты голосования и решения органов управления субъекта хозяйствования; заключения договоров и контрактов, которые предоставляют возможность определять условия хозяйственной деятельности, давать обязательные к исполнению указания или исполнять функцию органа управления субъекта хозяйствования; занимания должности руководителя, заместителя руководителя наблюдательного совета, правления, другого наблюдательного или исполнительного органа лицом, которое уже занимает одну или несколько из указанных должностей в других субъектах хозяйствования; занимания больше половины должностей членов наблюдательного совета, правления, других наблюдательных или исполнительных органов лицами, которые уже занимают одну или несколько из указанных должностей в другом субъекте хозяйствования. Связанными лицами являются юридические и/или физические лица, которые совместно или согласовано осуществляют хозяйственную деятельность, в том числе совместно или согласовано влияют на хозяйственную деятельность субъекта хозяйствования. В частности, связанными физическими лицами считаются супруги, родители, дети, братья и (или) сестры».

К сожалению, отсутствие формальных ограничений для определения группы участника концентрации приводит к проблеме нерационального увеличения объема раскрываемой информации о круге и деятельности связанных лиц, в том числе действующих на товарных рынках, отличных от рынков корпоративных и розничных банковских услуг. В связи с этим, целесообразным представляется проведение предварительных консультаций относительно объема подаваемой в АМК информации о группах участников концентрации, а также нормативное закрепление статуса таких консультаций в соответствующих регуляторных актах АМК.

2. Разрешительные процедуры в Национальном банке Украины

Завершение сделки по приобретению участия в украинском банке, как правило, предполагает несколько разрешительных процедур в Национальном банке Украины. Имеются ввиду как непосредственно разрешительные процедуры, являющиеся необходимыми для дальнейшего завершения сделки, так и регистрация изменений в уставные документы банка по результатам исполнения сделки.

(А) Получение разрешения НБУ на существенное участие в украинском банке

Согласно Закону Украины «О банках и банковской деятельности» от 7 декабря 2000 года № 2121-III, лицо, планирующее приобрести существенное участие в банке, обязано обратиться в НБУ для получения разрешения на такие действия, если вследствие приобретения такое лицо будет прямо или опосредовано владеть или контролировать 10, 25, 50 и 75 процентов уставного капитала банка (приобретет право голоса в указанных размерах в органах управления банка).

Разрешение НБУ не требуется, если лицо, уже владеющее существенным участием в банке планирует его увеличить, но это не приведет к превышению следующего порогового предела, а также если таким лицом до этого уже было получено разрешение на существенное участие в размере 75 процентов уставного капитала банка.

НБУ рассматривает и принимает решение о предоставлении разрешения на существенное участие либо отказе в течение 30 дней с даты получения всех необходимых документов.

Принимая во внимание требования Положения НБУ о порядке создания и государственной регистрации банков, открытия их филиалов, представительств и отделений от 31 августа 2001 № 375, в дополнение к ходатайству о предоставлении разрешения на существенное участие в банке заявитель обязан предоставить значительное количество документов / информации. Сложность заключается в том, что раскрыть информацию требуется не только о заявителе, но и о юридических и физических лицах, которые владеют 10 и более % в уставном капитале заявителя. В частности, относительно юридических лиц необходимо предоставить уставные документы, документ, подтверждающий регистрацию юридического лица, а также финансовую отчетность за четыре последних отчетных периода вместе с заключением аудиторской фирмы (аудитора) о подтверждении отчетности за последний отчетный период. Более того, НБУ устанавливает строгие требования к оформлению всех документов, предоставляемых нерезидентами (например, копии документов должны быть заверены нотариусом только по месту их выдачи).

Дополнительно, заявитель обязан предоставить документы, выданные другими регуляторными органами (если выдача таковых предусмотрена законодательством соответствующего государства), в частности:

- (1) разрешение АМК Украины на концентрацию;
- (2) справку, выданную налоговым органом страны регистрации юридического лица / местонахождения физического лица – заявителя о надлежащем выполнении им обязанностей как плательщика налогов;
- (3) письменное разрешение на участие иностранного инвестора в украинском банке, выданное заявителю соответствующим контрольным органом страны регистрации юридического лица / местонахождения физического лица – заявителя;

- (4) уведомление центрального банка / другого уполномоченного органа страны заявителя об осуществлении достаточного контроля за деятельностью банка (в случае, если заявителем является иностранный банк) и согласие на приобретение или увеличение существенного участия в банке на территории Украины.

Таким образом, подготовка полного пакета документов для получения разрешения на существенное участие в банке на территории Украины требует четкого планирования соответствующих сроков, в частности в связи с необходимостью получения разрешений антимонопольного органа и органа надзора за финансовыми (банковскими) учреждениями в юрисдикции покупателя до обращения в НБУ.

Банковское законодательство Украины не предусматривает упрощенной или ускоренной процедуры выдачи НБУ разрешения на существенное участие в украинском банке в зависимости от условий сделки.

(Б) Получение статуса банка с иностранным капиталом

Банковским законодательством Украины предусмотрена возможность получения украинским банком статуса банка с иностранным капиталом, если хотя бы один акционер (участник) банка, владеющий долей в размере более 10 процентов в уставном капитале, является нерезидентом.

Получение статуса банка с иностранным капиталом является безусловно обязательным в случае создания нового банка на территории Украины. До регистрации банка учредители обязаны обратиться в НБУ для получения предварительного разрешения на создание банка с иностранным капиталом.

В случае же, если состав акционеров (участников) уже действующего банка изменился таким образом, что позволяет рассматривать данный банк как банк с иностранным капиталом, анализ применимых норм банковского законодательства Украины свидетельствует о том, что обращение в НБУ с целью приобретения такого статуса является, правом, а не обязанностью. Обращение в таком случае осуществляется, как правило, от имени правления (совета директоров) банка. Несмотря на то обстоятельство, что статус банка с иностранным капиталом в настоящий момент не предоставляет каких-либо значимых преимуществ для украинского банка или его акционеров, правилом является обращение в НБУ с целью официального получения такого статуса украинскими банками, параллельно с получением инвестором разрешения НБУ на приобретение существенного участия в данном банке.

(В) Регистрация в НБУ изменений в учредительные документы банка

Основным этапом Завершения Сделки является проведение общего собрания акционеров (участников) с целью изменения состава акционеров (участников) банка и утверждения новой редакции устава банка. Как правило, проведение данного собрания совпадает с датой Завершения Сделки или имеет место немногим позже. Согласно сложившейся практики, в случае исполнения всех предварительных условий в дату Завершения Сделки покупатель производит оплату договорной цены (ее согласованной части), а продавец предоставляет покупателю выписку со счета в ценных бумагах, подтверждающую передачу права собственности на акции банка покупателю. Для целей минимизации рисков и обеспечения синхронизированного исполнения указанных действий (поставка против оплаты), передача ценных бумаг и осуществление платежа происходит через агента (банк), который одновременно выступает и торговцем ценными бумагами (брокером) по данной сделке.

Для обращения в НБУ с целью регистрации изменений в устав банка требуется предоставить корпоративные и финансовые документы банка, а также лиц, имеющих существенное участие в новых акционерах (участниках) банка. В то же время, подача каких-либо разрешений контролирующих органов страны регистрации / местонахождения нового акционера (участника) не требуется.

Кроме собрания акционеров (участников) банка, связанного с утверждением нового состава акционеров банка, в процессе Завершения Сделки могут быть запланированы собрания акционеров (участников) для утверждения нового названия банка или изменения состава органов управления банка на период до даты Завершения Сделки.

3. Вопросы, связанные с ре-брендингом банка

Не менее важными вопросами в процессе Завершения Сделки являются действия сторон, направленные на ре-брендинг банка. **Ре-брендинг** включает в себя своевременную смену наименования банка, а также прекращение дальнейшего использования банком торговой марки продавца и ее элементов в целях рекламы банка. Сюда включают также смену доменного имени банка в Интернете.

Основная цель процесса ре-брендинга банка – обеспечить простой и понятный для клиентов процесс изменения «лица» банка, что позволит потребителю банковских услуг воспринимать действующий банк как «новый», а также позволит обозначить связь банка с его новым мажоритарным акционером (участником) / группой акционера (участника).

(А) Смена наименования банка

Очевидно, что если приобретателем существенного контроля в банке является акционер, представляющий крупную международную банковскую или финансовую группу с широко известной торговой маркой, естественной стратегией является использование раскрытого бренда в новом наименовании банка. Нередко, вместе с брендом группы в наименование банка включается название страны местонахождения банка.

Разочарованием для иностранного инвестора является ныне действующее в Украине ограничение использования в наименовании банка слова «Украина» и его производных. Согласно изменениям в профильный закон от 16 мая 2005 года, такое право может быть предоставлено только государственным банкам. Вместе с тем, существует нормативно обоснованная точка зрения, что указанные ограничения не распространяются на банки, уже зарегистрированные на момент вступления в силу указанных изменений. Данное положение может служить аргументом в пользу возможности использования слова „Украина” в наименовании ранее зарегистрированного банка после изменения его наименования (при условии, что слово „Украина” использовалось в наименовании такого банка до вступления в силу указанного ограничения).

(Б) Использование торговой марки (бренда) группы в наименовании банка

Официальное наименование банка, зарегистрированного в Украине, излагается на украинском языке. Следовательно, для целей включения в название украинского банка слова (текста), являющегося частью торговой марки (бренда) группы акционера, для его написания следует использовать кириллицу (т.е. перевести/транслитерировать соответствующий текст на украинский язык). Использование в наименовании банка символов латинского алфавита вместо или одновременно с транслитерацией на украинский язык не предусмотрено.

(В) Использование текстового компонента торговой марки (бренда) латиницей в наружной рекламе и в доменном имени банка в зоне .ua

В соответствии с действующим законодательством Украины, на территории Украины допускается использование торговой марки (бренда), включающего в себя текст, изложенный символами латинского алфавита.

В то же время, самостоятельное использование в рекламных целях латинского эквивалента (перевода) наименования банка невозможно. Символы латинского алфавита допустимы к использованию в рекламе как перевод, расположенный рядом с украинским наименованием банка. Наименование банка на латыни не требует украинского эквивалента (перевода) только тогда, если оно является частью зарегистрированной торговой марки (бренда).

Правомерное использование торговой марки (бренда) украинским банком предполагает заключение лицензионного договора с собственником прав на такую торговую марку (бренд) (как правило, одна из холдинговых компаний группы акционера). Данный лицензионный договор может быть дополнительно зарегистрирован в Государственном патентном ведомстве Украины, хотя такая процедура и не является строго обязательной.

Дополнительно, лицензионный договор является необходимым в случае использования текстового элемента зарегистрированной торговой марки в доменном имени банка в зоне *.ua*. При регистрации доменного имени банка заявителю (т.е. банку) придется подтвердить регистратору наличие у него права на использование зарегистрированной торговой марки (бренда).