

УДК 346.7

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Институт вейверов (отказ от конфиденциальности) и перспективы его применения в России

**К. В. Тархова,
А. О. Артёменко,**
Юридическая фирма АЛРУД,
г. Москва

Аннотация

Одним из условий эффективности деятельности антимонопольных органов является обмен конфиденциальными сведениями, который в зарубежной практике нередко осуществляется с применением института отказа от конфиденциальности (вейверов). В статье представлен анализ зарубежного опыта применения вейверов, сформулированы предложения по совершенствованию действующего антимонопольного законодательства и правоприменительной практики ФАС России в части, относящейся к реализации института вейверов.

Ключевые слова: вейвер, отказ от конфиденциальности, антимонопольное регулирование, международное сотрудничество, обмен информацией, Федеральная антимонопольная служба, конкуренция, экономическая концентрация.

Waivers of confidentiality and perspectives of their enforcement in Russia

**K. V. Tarkhova,
A. O. Artemenko,**
ALRUD Law Firm,
Moscow

Annotation

One of the essential conditions of effective activity of the competition authorities is the exchange of confidential information, which is rather often performed in the foreign practice via implementation of waivers of confidentiality.

Analysis of the foreign practice of implementation of waivers of confidentiality, proposals for the development of the competition legislation and FAS Russia enforcement practice in part related to implementation of waivers of confidentiality are formulated in the current article.

Keywords: waiver, waiver of confidentiality, competition law/antimonopoly regulation, international cooperation, interchange of information, Federal Antimonopoly Service, competition, economic concentration.

Актуальность темы вейверов и предпосылки ее возникновения

В условиях современного развития бизнеса и экономики в практике антимонопольных ведомств различных государств все чаще встречаются вопросы, для решения которых необходимо проведение полноценного анализа в целом ряде юрисдикций. В силу того, что антимонопольные органы по общему правилу могут рассматривать только те вопросы, которые находятся в компетенции соответствующего государства, в зарубежной правоприменительной практике был разработан институт отказа от конфиденциаль-

ности, который получил широкое применение как при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, так и при анализе сделок экономической концентрации, таким образом, как отмечают в зарубежной литературе, став обычным ограничением абсолютно характера конфиденциальности сведений [1].

Такой широкий спектр применения данного института обусловлен, в частности, тем фактом, что по всему миру действует большое количество транснациональных корпораций, сделки между которыми, а также нарушения антимонопольного законодательства которыми могут оказать влияние на конкуренцию на территории нескольких государств. В качестве примера данной тенденции можно привести дело в отношении компании Google, возбужденное ФАС России по заявлению компании Yandex, по такому составу, как злоупотребление доминирующим положением на рынке. По результатам рассмотрения данного дела компания Google была признана виновной в нарушении антимонопольного законодательства, компании был назначен штраф в размере более 438 млн руб. за запрет производителям мобильных устройств, работающих на операционной системе Android и устанавливающих Google Play по умолчанию, предустанавливать на устройства конкурирующие приложения [2]. Расследование по данному делу параллельно велось также и антимонопольными ведомствами в иных юрисдикциях, в частности, Европейская комиссия назначила Google штраф, составляющий 4,34 млрд евро¹. Данный пример иллюстрирует возможность возникновения нарушений антимонопольного законодательства в целом ряде юрисдикций, что вызывает необходимость проведения анализа нарушения на глобальном уровне.

Также с учетом современного развития экономики, комплексного и глобального характера деятельности хозяйствующих субъектов антимонопольным органам в отдельных случаях не хватает ресурсов, чтобы наиболее полно проводить анализ воздействия сделок или нарушений антимонопольного законодательства на состояние конкуренции.

Следует отметить, что данная проблема активно обсуждается ФАС России, и в качестве одного из вариантов ее решения И. Ю. Артемьевым было предложено создать Экспертный центр БРИКС по кооперации антимонопольных органов. В то же время следует полагать, что наиболее эффективная работа данного центра может быть обеспечена за счет введения детального регулирования института отказа от конфиденциальности в российское антимонопольное право².

В качестве еще одного варианта решения рассматриваемой проблемы в проекте изменений в Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и иные нормативно-правовые акты (так называемый пятый антимонопольный пакет) предлагается наделить антимонопольный орган полномочиями направлять полученные в рамках осуществления своей деятельности (в частности, при рассмотрении сделок экономической концентрации и при проведении расследований) документы и сведения в другие органы государственной власти, а также знакомить с документами и сведениями привлекаемых экспертов при условии подписания ими соглашения о неразглашении полученных сведений. Такое решение имеет свои положительные стороны, однако неприменимо к вопросу международного сотрудничества антимонопольных органов.

Таким образом, учитывая существующие тенденции, следует полагать, что в современных условиях становится все более явной необходимость введения в России полноценного регулирования института отказа от конфиденциальности, достоинства которого отмечались и представителями ФАС России, в частности, А. Ю. Цариковским, статс-секретарем, заместителем руководителя ФАС России, охарактеризовавшим в ходе своего доклада о международной практике расследования картелей отказ от конфиденциальности как «самый выгодный инструмент международного сотрудничества»³. Более того, как отмечают исследователи, за счет выдачи отказа от конфиденциальности антимонопольные органы проводят более высококачественный анализ и принимают сопоставимые решения, что в конечном счете служит не только интересам антимонопольных органов, но и самих хозяйствующих субъектов, предоставляющих отказ от конфиденциальности [3].

Учитывая вышеизложенное, следует полагать, что институт отказа от конфиденциальности может сыграть важную роль в качественном развитии антимонопольного законодательства России. В связи с этим авторы полагают, что для обеспечения наиболее эффективного использования данного института необходимо предварительно выработать понимание наиболее важных черт данного института в зарубежной практике его применения, а также проанализировать наиболее актуальные для российской действительности аспекты его функционирования.

¹ Еврокомиссия оштрафовала Google на 4,34 млрд евро // <https://fas.gov.ru/news/25484> (Дата обращения: 30.07.2018).

² Глава ФАС России предложил создать Экспертный центр БРИКС по кооперации антимонопольных органов // <https://fas.gov.ru/publications/15424> (Дата обращения: 30.07.2018).

³ Презентация ФАС России «Расследование картелей. Международная практика» / Слайд 7 // Электронный ресурс: fas.gov.ru/attachment/138343/download?1504613614 (Дата обращения: 25.06.2018).

Отказ от конфиденциальности в зарубежной антимонопольной практике

В последние годы применение отказов от конфиденциальности получает все большее распространение в зарубежной антимонопольной практике, в частности, данный инструмент широко применяется такими органами, как Европейская комиссия, Федеральная торговая комиссия США, Бюро по конкуренции Канады и пр.

Отказы от конфиденциальности предоставляются антимонопольным органам самими хозяйствующими субъектами, в отношении которых рассматривается дело, или же сторонами планируемой сделки экономической концентрации, что позволяет повысить информированность задействованных ведомств касательно статуса рассмотрения и предпринимаемых действий в иных юрисдикциях, избежать возникновения несоответствия или даже противоречия проводимых анализов и принимаемых решений. Такой подход позволит избежать принятия как решений, ставящих соответствующий хозяйствующий субъект в максимально невыгодное положение с точки зрения разрозненности требований антимонопольных ведомств, так и взаимоисключающих исполнимость решений друг друга (например, антимонопольный орган А требует обеспечить дальнейшую деятельность определенного бизнеса, в то время как антимонопольный орган Б требует полное отчуждение соответствующего бизнеса в целях минимизации антиконкурентных последствий).

Для хозяйствующих субъектов предоставление отказа о конфиденциальности также может иметь положительное значение, а именно, данное действие позволяет избежать необходимости направлять одну и ту же информацию нескольким органам. Кроме того, отказ от конфиденциальности создает условия для принятия антимонопольными органами наиболее эффективных решений за счет более полного и качественного изучения необходимых сведений. В результате чего ими будут приняты согласующиеся/ не противоречащие друг другу решения, что позволит избежать обозначенных выше возможных негативных последствий.

Для лучшего понимания конструкции отказа от конфиденциальности и его применения в зарубежной практике представляется целесообразным рассмотреть основные черты отказа от конфиденциальности.

1. Добровольность предоставления.

Принятие решения о выдаче отказа от конфиденциальности находится исключительно на усмотрении сторон, предоставляющих соответствующий отказ, и антимонопольные ведомства не должны никоим образом принуждать стороны к этому [4].

Принятие решения о непредоставлении отказа от конфиденциальности стороны могут обосновать, в частности, отсутствием уверенности в возможности гарантировать конфиденциальность (например, в США не допускается какой-либо обмен информацией с антимонопольным органом иностранного государства, которое владеет акциями в уставном капитале компании, для которой данная информация или результаты расследования в целом будут коммерчески значимы), а также в силу различий в законодательном регулировании в соответствующих государствах [5].

2. Объем передаваемых сведений определяется непосредственно в тексте отказа от конфиденциальности.

На практике отказ от конфиденциальности может как предоставляться в фактически неограниченном объеме (т.е. в отношении любых сведений, направляемых в антимонопольный орган), так и быть ограничен, например, предоставлением сведений, имеющих отношение к конкретному вопросу, в связи с которым и возникла необходимость направления отказа от конфиденциальности, способом обмена информацией (телефонные переговоры, обмен документами и т.д.), а также иным образом, предусмотренным в тексте отказа от конфиденциальности.

3. Сохранение режима конфиденциальности в отношении сведений в объеме, не раскрываемом соответствующим отказом от конфиденциальности.

В силу того обстоятельства, что предоставляемые сведения, как правило, имеют серьезное коммерческое значение, для предоставляющих отказ от конфиденциальности хозяйствующих субъектов имеет принципиальное значение, чтобы режим конфиденциальности указанных сведений во взаимоотношении с третьими лицами был соблюден. Именно поэтому, как было указано выше, стороны могут обосновать решение о непредоставлении отказа от конфиденциальности отсутствием у антимонопольного органа возможности обеспечить режим конфиденциальности, на что соответствующий антимонопольный орган может, в свою очередь, направить сведения, подтверждающие, что режим конфиденциальности будет надлежащим образом обеспечен (например, хранение соответствующих сведений в специальном хранилище для конфиденциальных документов).

В качестве важной формы обеспечения режима конфиденциальности можно привести пример из модельного отказа от конфиденциальности, изданного Федеральной торговой комиссией США, согласно которому в случае получения запроса третьих лиц о предоставлении доступа соответствующих сведений в соответствии с Законом США о свободе информации антимонопольный орган обязуется предоставить сведения исключительно в том объеме, который тре-

буется в силу закона. В случае же инициирования судебного разбирательства в связи с непредоставлением соответствующих запрашиваемых сведений антимонопольный орган помимо самостоятельного участия в данном процессе также информирует об этом предоставивший отказ от конфиденциальности хозяйствующий субъект в письменном виде [6].

Представляется, что такого рода регулирование играет положительную роль в защите конфиденциальности предоставляемых сведений, что, несомненно, оказывает важное влияние на принятие хозяйствующим субъектом решения о предоставлении отказа от конфиденциальности.

Следует отдельно отметить, что, несмотря на защиту конфиденциальности сведений, антимонопольный орган, как правило, не несет ответственность за разглашение сведений иным антимонопольным органом, получившим соответствующие сведения по отказу от конфиденциальности.

4. Дополнительные условия предоставления отказа от конфиденциальности.

Хозяйствующий субъект может поставить предоставление отказа от конфиденциальности под какие-либо дополнительные условия, которые он считает необходимыми для обеспечения наибольшей защиты своих интересов. В частности, хозяйствующий субъект может видеть необходимость в направлении ему уведомлений о намерении антимонопольного органа запросить или отправить те или иные документы или сведения. В то же время антимонопольные органы нередко не принимают соответствующее условие, поскольку такого рода предварительное уведомление может противоречить самому назначению обмена информацией между антимонопольными органами [4].

Таким образом, зарубежной правоприменительной практике известно много черт отказа от конфиденциальности, наиболее актуальные из которых были раскрыты в настоящем разделе и которые, по мнению авторов, следует учитывать при разработке комплексного регулирования данного института в России, что позволит обеспечить наиболее эффективное его применение на практике.

Применимость института вейверов в России

Проанализировав особенности применения института отказа от конфиденциальности в зарубежных юрисдикциях, следует подчеркнуть, что, несмотря на недостаточное его регулирование, применение данного института известно и практике ФАС России. Так, отказ от конфиденциальности был впервые предоставлен в 2009 г. с целью обеспечения взаимодействия

между ФАС России и Европейской комиссией в рамках рассмотрения сделки по приобретению компании Sun Microsystems компанией Oracle Corporation [7]. В дальнейшем ФАС России также использовала отказ от конфиденциальности. В частности, одной из наиболее крупных из рассмотренных в последней практике ФАС России сделок можно считать сделку между компаниями Bayer AG и Monsanto Company. Существенные результаты при рассмотрении данной сделки, как отметил руководитель ФАС России И. Ю. Артемьев, были достигнуты именно благодаря обеспеченной за счет предоставленных отказов от конфиденциальности возможности осуществления активного сотрудничества между антимонопольными ведомствами различных юрисдикций⁴. В качестве еще одного примера успешного применения института отказа от конфиденциальности в последней практике можно привести рассмотрение ФАС России сделки между компаниями Uber Technologies Inc. и Yandex.Taxi, одними из крупнейших такси-агрегаторов на российском рынке. Во многом благодаря институту отказа от конфиденциальности, позволившему обеспечить правильный диалог и сотрудничество между антимонопольными ведомствами и сторонами сделки, ФАС России смогла выработать инновационный подход к анализу рынка, принимающий во внимание влияние агрегатора на рынок такси в целом, и сделать правильные выводы о влиянии совместного сотрудничества сторон сделки на российский рынок [8].

Несмотря на наличие как предпосылок для применения данного инструмента, так и непосредственной практики правоприменения, четкое регулирование данного инструмента в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» отсутствует.

Следует полагать, что в целях наиболее точного и правильного применения отказа от конфиденциальности на практике определенные вопросы требуют обязательного закрепления в антимонопольном законодательстве, а именно, упомянутые выше известные зарубежным правовым системам черты отказа от конфиденциальности, а также следующие немаловажные аспекты.

1. Ограничение круга уполномоченных на предоставление отказа от конфиденциальности лиц.

Отказ от конфиденциальности должен предоставляться исключительно хозяйствующими субъектами, являющимися непосредственными сторонами рассматриваемого антимонопольным органом дела или же сделки экономической концентрации, в связи с которыми требуется предоставление отказа от конфиденциальности.

⁴ <https://fas.gov.ru/news/24956> (Дата обращения: 25.06.2018).

Если в ФАС России будет направлен отказ от конфиденциальности со стороны третьих лиц, такого рода отказ от конфиденциальности не должен иметь юридическую силу, поскольку он, будучи несогласованным с непосредственно задействованными хозяйствующими субъектами, не позволяет обеспечить защиту интересов последних, а также дает возможность для потенциального злоупотребления. В частности, вместе со сведениями от третьих лиц может быть передана и иная конфиденциальная информация, в отношении которой отказ от конфиденциальности не предоставлялся. Соответственно, предоставление зарубежным антимонопольным ведомствам каких-либо материалов, в том числе направленных третьими лицами, должно быть поставлено под условие предоставления отказа от конфиденциальности непосредственными сторонами рассматриваемого дела/сделки.

Такого рода ограничение позволит обеспечить защиту интересов хозяйствующего субъекта, деятельность которого фактически анализируется, а также минимизировать риск возможного злоупотребления со стороны антимонопольных органов при обмене конфиденциальными сведениями.

2. Ограничение круга уполномоченных на рассмотрение конфиденциальных сведений антимонопольных органов.

В силу сущности отказа от конфиденциальности право на рассмотрение конфиденциальных сведений должно предоставляться исключительно тем антимонопольным органам, в юрисдикции которых на момент предоставления отказа от конфиденциальности находится дело или же сделка экономической концентрации, в связи с которыми предоставляется отказ от конфиденциальности.

Такого рода ограничение позволит, во-первых, избежать излишней загрузки антимонопольных органов, создаваемой делами или сделками, которые либо уже не находятся у них на рассмотрении (в частности, дела, по результатам рассмотрения которых уже приняты решения по существу), либо вовсе не входят в их компетенцию. Во-вторых, как указывается в руководящих принципах Международной конкурентной сети (ICN) [9], подобные ограничения обеспечат результативность и эффективность процесса рассмотрения дела при условии снижения необходимых затрат.

3. Определение четких оснований предоставления отказа от конфиденциальности.

В силу своей специфики отказ от конфиденциальности должен предоставляться исключительно в связи с получением мотивированного требования антимонопольного органа, в котором должно быть точно и непротиворечиво указано, в связи с рассмотрением какого дела или сделки экономической концентрации предоставляется отказ от конфиденци-

альности. В то же время во избежание необоснованного применения данного института соответствующее мотивированное требование должно направляться на основании принятого в соответствии с доступными неконфиденциальными сведениями коллективного решения уполномоченных антимонопольных органов о целесообразности проведения совместной работы над делом или же над рассмотрением сделки.

Следует повторно подчеркнуть, что принятие решения о выдаче отказа от конфиденциальности основано исключительно на добровольном усмотрении хозяйствующего субъекта, предоставляющего отказ от конфиденциальности. В связи с этим следует полагать, что понуждение к выдаче отказа от конфиденциальности в любой форме недопустимо, что также отмечается в Рекомендуемых практиках международной конкурентной сети при рассмотрении сделок экономической концентрации⁵.

4. Ограничение срока действия отказа от конфиденциальности.

В зарубежной практике во избежание возможных злоупотреблений либо отказ от конфиденциальности предоставляется на конкретный срок, либо же содержит отсылку к документу или процедуре, в связи которым(ой) он предоставляется (например, «в рамках процедуры рассмотрения сделки экономической концентрации»), на основании чего можно сделать вывод о непосредственном сроке действия данного отказа от конфиденциальности [10].

Если отказ от конфиденциальности предоставляется на период рассмотрения дела или же сделки соответствующим антимонопольным органом, то следует полагать, что принятие решения по делу или же по результатам рассмотрения сделки должно автоматически влечь за собой прекращение действия отказа от конфиденциальности.

Представляется, что такого рода регулирование будет актуально и на территории России. В то же время необходимо отметить, что срок действия отказа от конфиденциальности может быть продлен или сокращен на основании одностороннего решения хозяйствующего субъекта, предоставившего подобный отказ.

Авторы настоящей статьи полагают, что в целях создания в Российской Федерации необходимой базы для наиболее эффективного и непротиворечивого применения института отказа от конфиденциальности следует принимать во внимание проанализированные выше важные практические аспекты при разработке изменений законодательства. Включение данных положений в текст закона позволит четко и полно регла-

⁵ ФАС России согласовала сделку по слиянию Яндекс.Такси и Убер с выдачей предписания // <https://fas.gov.ru/news/23389> (Дата обращения: 02.07.2018).

ментировать порядок применения данного института и обеспечить наиболее слаженное взаимодействие сторон рассматриваемых дел/сделок экономической концентрации и антимонопольных ведомств в задействованных юрисдикциях, а также обеспечить защиту хозяйствующих субъектов от возможных злоупотреблений и утечки коммерчески значимой информации в результате осуществления подобного обмена.

Заключение

В заключение следует подчеркнуть, что в условиях глобализации и цифровизации экономики необходимость введения в антимонопольное законодательство России института отказа от конфиденциальности и детальной регламентации особенностей его применения на практике становится все более оправданной.

В статье представлен анализ зарубежного опыта применения института, практические аспекты его функционирования и некоторые предложения по его регулированию в России, учет которых, по мнению авторов, позволит создать реально действующий на практике институт, отвечающий вызовам современной экономики.

Детальное регулирование данного института с учетом представленных в настоящей статье положений позволит нормативно обеспечить повышение эффективности существующего взаимодействия ФАС России и антимонопольных ведомств иностранных государств при рассмотрении наиболее сложных дел/сделок экономической концентрации и осуществить значительный качественный скачок в деятельности ФАС России, в том числе проявляющийся в принятии согласующихся решений с иными антимонопольными ведомствами при максимально возможном соблюдении интересов хозяйствующих субъектов и защите их законных прав. ■

Литература

- Confidentiality Waivers in Global Cartel Investigations / Stephen Fishbein, Heather Lamberg Kafele & Casel O'Neill. P.8 // <https://www.carteldigest.com/siteFiles/Anti%20Cartel%20Headlines/Confidentiality%20Waivers%20in%20Global%20Cartel%20Investigations1.pdf>. Дата обращения: 13.08.2018.
- Решение и предписание ФАС России от 18 сентября 2015 г. по делу № 1-14-21/00-11-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15/>. Дата обращения: 02.07.2018.
- Exchange of Information and Evidence between Competition Authorities and Entrepreneurs' Rights / Mateusz Blachucki and Sonia Jozwiak. P. 147 // https://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2012_5_6/Exchange_of.pdf. Дата обращения: 13.08.2018.
- ICN Waivers of confidentiality in Merger Investigations / стр. 2, 8 // <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc330.pdf>. Дата обращения: 25.06.2018.
- International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994, 15 USC 6207(a)(3) // Электронный ресурс: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter88&edition=prelim>. Дата обращения: 25.06.2018.
- Model Waiver of Confidentiality. С. 2 // https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/international-waivers-confidentiality-ftc-antitrust-investigations/model_waiver.pdf. Дата обращения: 25.06.2018.
- Доклад «Национальные особенности режимов контроля слияний». С. 4 // <https://fas.gov.ru/upload/other>. Дата обращения: 25.06.2018.
- ICN Guiding Principles For Merger Notification and Review, clause 6, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc591.pdf>. Дата обращения: 25.06.2018.
- ICN Recommended Practices for Merger Notification Procedures, X. D. Comment 2, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>. Дата обращения: 25.06.2018.
- European Commission Model Confidentiality Waiver // <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/npwaivers.pdf>. Дата обращения: 25.06.2018.

Сведения об авторах

Тархова Ксения Валерьевна: консультант Юридической фирмы АЛРУД, член Ассоциации антимонопольных экспертов, член Ассоциации «Некоммерческое Партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ»

Контактная информация:

Адрес: 125040, г. Москва, ул. Скаковая, д. 17, стр. 2, 6-й этаж
Тел.: +7 (495) 234-96-92
E-mail: ktarkhova@alrud.com

Артёменко Александр Олегович: юрист Юридической фирмы АЛРУД

Контактная информация:

Адрес: 125040, г. Москва, ул. Скаковая, д. 17, стр. 2, 6-й этаж
Тел.: +7 (495) 234-96-92
E-mail: aartemenko@alrud.com