



**Конференция Организации
Объединенных Наций
по торговле и развитию**

Distr.: Limited
1 May 2019
Russian
Original: English

Совет по торговле и развитию
Комиссия по торговле и развитию
Межправительственная группа экспертов
по законодательству и политике
в области конкуренции
Восемнадцатая сессия
Женева, 10–12 июля 2019 года
Пункт 3 d) предварительной повестки дня
Обзор статей IX и X Типового закона о конкуренции

**Типовой закон о конкуренции (2019 год) –
пересмотренная статья X***

* Настоящий документ представляет собой пересмотренный вариант документа TD/RBP/CONF.7/L.10.

GE.19-07128 (R) 120619 140619



* 1 9 0 7 1 2 8 *

Просьба отправить на вторичную переработку



I. Содержание статьи X Типового закона о конкуренции

| |
|--|
| <p>Функции и полномочия административного органа</p> <p>1. Функции и полномочия административного органа могут включать (в качестве примера):</p> <p>a) проведение проверок и расследований, в том числе в результате получения жалоб;</p> <p>b) принятие необходимых решений, включая наложение санкций, или представление рекомендаций на этот счет ответственному министру;</p> <p>c) проведение исследований и опубликование докладов, а также информирование общественности;</p> <p>d) подготовка бланков и ведение реестра или реестров уведомлений;</p> <p>e) составление и опубликование правил;</p> <p>f) оказание содействия при подготовке законодательства об ограничительной деловой практике или по смежным вопросам регулирования и политики в области конкуренции, при внесении изменений в такое законодательство или при его пересмотре;</p> <p>g) содействие обмену информацией с другими государствами.</p> <p>2. Конфиденциальность:</p> <p>a) обеспечение разумных мер для защиты конфиденциального характера информации, полученной от предприятий и содержащей охраняемую законом коммерческую тайну;</p> <p>b) обеспечение неразглашения сведений о лицах, которые предоставляют информацию органам, занимающимся вопросами конкуренции, и которым нужна конфиденциальность для защиты от ответных экономических мер;</p> <p>c) защита конфиденциального характера обсуждений на правительственном уровне в отношении текущих или еще не решенных вопросов.</p> |
|--|

II. Комментарии к статье X и различные подходы в действующем законодательстве

A. Введение

1. В большинстве законов о конкуренции содержится перечень функций, которые выполняет антимонопольный орган, и полномочия, которыми он наделен для выполнения своих задач и которые определяют общие рамки его функционирования. Примерный перечень функций антимонопольного органа содержится в главе X Типового закона о конкуренции. Все эти функции связаны с деятельностью, которую может осуществлять орган по защите или правовому обеспечению конкуренции, а также с теми средствами, которые он обычно получает в свое распоряжение для выполнения своих задач. Общими особенностями функций таких органов должна быть опора на принципы надлежащей законной процедуры, справедливости, недискриминации, подотчетности и прозрачности.

a) *Проведение проверок и расследований, в том числе в результате получения жалоб*

2. Антимонопольный орган может действовать по своей инициативе или на основе определенных фактов, свидетельствующих о наличии антиконкурентной практики, например, по жалобе какого-либо лица или предприятия. В пункте E.6 Комплекса посвященных конкуренции принципов и правил Организации Объединенных Наций

предусматривается, что государствам следует ввести или улучшить процедуры получения от предприятий сведений, необходимых для эффективного контроля за ограничительной деловой практикой.

3. Орган должен быть также наделен полномочиями, позволяющими ему запрашивать информацию и предписывать лицам или предприятиям представлять информацию и документы, а также спрашивать и получать свидетельские показания.

4. В случае непредставления такой информации можно предусмотреть, когда это применимо, возможность получения ордера на обыск или судебного приказа о предоставлении информации и/или о допуске в помещения, где, как считается, находится такая информация. Во многих странах, в том числе в Австралии, Аргентине, Венгрии, Германии, Италии, Мексике¹, Норвегии, Пакистане, Перу и Российской Федерации, а также в Европейском союзе (ЕС) антимонопольный орган может обязать предприятие представить информацию и предоставить своим сотрудникам разрешение на доступ в помещения для поиска соответствующей информации без предварительного уведомления (так называемые внезапные проверки).

5. Однако доступ в помещения может быть разрешен при соблюдении определенных условий. Например, в Австрии, Аргентине или Германии для доступа в частное здание требуется судебный ордер. В Турции в тех случаях, когда для проведения проверки на месте в целях получения информации и копий документов, книг и других материалов существуют или могут возникнуть препятствия, приказ о проведении такой проверки может отдать судья суда по уголовным делам. В Польше в случае крайней необходимости, когда имеются обоснованные подозрения в серьезном нарушении закона о конкуренции, особенно если задержка может позволить уничтожить улики, ордер на обыск может быть получен в Суде по вопросам конкуренции и защите прав потребителей на любом этапе расследования. Польское управление по вопросам конкуренции и защите прав потребителей вправе обыскивать помещения, квартиры, транспортные средства и т. п. по запросу Комиссии ЕС, когда Комиссия сталкивается с противодействием какого-либо лица, которому в рамках расследования, проводимого согласно правилам Сообщества, предложено представить документы, информацию и другие материалы; представители Комиссии также могут участвовать в проверке того или иного предприятия, проводимой Управлением по просьбе Комиссии.

6. Во многих странах предусмотрены наказания, в том числе в некоторых случаях штрафы и лишение свободы, за намеренное невыполнение предписаний проводящего расследование органа. Что касается сбора доказательств, то передовая практика защиты конкуренции дает веские доводы в пользу ознакомления ответчиков с максимально возможным количеством фактов, чтобы они имели возможность для полноценной защиты. Постоянный процесс взаимодействия между антимонопольным органом и ответчиком в связи с обвинениями и подкрепляющими их доказательствами позволит ознакомить ответчика не только с фактами, указывающими на его вину или невиновность в рассматриваемом антимонопольном органе деле, но и с описанием фактологической базы дела, а также с экономическим и правовым анализом, лежащим в основе юридической квалификации правонарушения².

7. Ниже рассматриваются различные подходы к проведению расследований.

¹ Мексиканское антимонопольное ведомство получило дополнительные полномочия на проведение внезапных проверок в рамках правовой реформы в 2011 году и нового Федерального закона о конкуренции 2014 года. См. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 2018, Investigative power in practice: Contribution from Mexico (COFECE), session IV (DAF/COMP/GF/WD(2018)28), 28 November, URL: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)28/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)28/en/pdf).

² International Chamber of Commerce, 2010, Recommended framework for international best practices in competition law enforcement procedures, Document No. 225/666, 8 March.

Таблица 1

Различные подходы в действующем законодательстве: режимы расследования

| <i>Страна</i> | <i>Полномочия органа</i> | <i>Санкции за несоблюдение требований</i> |
|------------------|--|---|
| Китай | Согласно статье 39 Антимонопольного закона Антимонопольный орган уполномочен: <ul style="list-style-type: none"> a) входить в помещения хозяйствующих субъектов, по которым проводится расследование, или во все другие имеющие отношение к расследованию места; b) требовать от объектов расследования раскрытия важной информации; c) знакомиться с соответствующими коммерческими и другими документами и снимать с них копии; d) изымать и сохранять важные доказательства; e) запрашивать информацию о банковских счетах хозяйствующих субъектов, по которым проводится расследование. | Согласно статье 52 Антимонопольного закона отказ от предоставления запрошенной информации, предоставление недостоверной информации, уничтожение или изъятие доказательств и воспрепятствование/ противодействие расследованиям в какой-либо иной форме могут наказываться денежными штрафами. |
| Европейский союз | Комиссия имеет право: <ul style="list-style-type: none"> a) потребовать представления информации; b) входить в помещения и осматривать их; c) знакомиться с документами и учетными материалами и снимать с них копии; d) опечатывать помещения или учетную документацию на определенный период времени; e) требовать от любого лица разъяснения фактов или документов. | Несоблюдение требований наказывается штрафом в размере не более 1% от суммарного оборота предприятия-правонарушителя за предыдущий год. |
| Новая Зеландия | Комиссия может запросить документацию (соблюдая правовой иммунитет) и письменную информацию; она может также вызвать соответствующих лиц для дачи показаний и представления документов. Комиссия может также получить (в суде) ордер на обыск и провести его. | Несоблюдение предписаний Комиссии в ходе расследования является правонарушением, которое наказывается денежным штрафом. |
| Турция | Совет по вопросам конкуренции может запросить требующуюся ему информацию у государственных учреждений и организаций, предприятий и торговых ассоциаций. Должностные лица этих структур обязаны предоставить необходимую информацию в течение установленного Советом срока. В соответствии со статьей 15 Закона о защите конкуренции Совет по вопросам конкуренции уполномочен проводить внезапные проверки на местах. Судебная санкция требуется лишь в том случае, если предприятие, по которому проводится расследование, отказалось разрешить внезапную проверку. | Непредоставление запрошенной информации и предоставление недостоверной информации могут наказываться фиксированным денежным штрафом. Противодействие проведению проверки на месте может наказываться фиксированным денежным штрафом, взимаемым за каждый день такого противодействия. |

| <i>Страна</i> | <i>Полномочия органа</i> | <i>Санкции за несоблюдение требований</i> |
|---------------------------|---|---|
| Соединенные Штаты Америки | <p>Власти могут потребовать от лица:</p> <p>а) предоставить документы, информацию и иные материалы, имеющие отношение к расследованию;</p> <p>б) явиться на допрос;</p> <p>с) дать устные показания под присягой.</p> <p>Как правило, такие меры применяются на основании требований о выдаче документов или вызова в суд повесткой в рамках гражданского производства. Министерство юстиции Соединенных Штатов уполномочено также проводить уголовные расследования на основании своих уголовно-следственных полномочий.</p> | <p>Невыполнение гражданско-правового требования о выдаче документов или неявка в суд по повестке является уголовным правонарушением, которое наказывается штрафом и лишением свободы.</p> |

В. Программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество

8. В последнее десятилетие значительное число антимонопольных органов взяли на вооружение так называемые программы смягчения наказания³, которые помогают расследовать наиболее серьезные виды антиконкурентной практики, например картельный сговор. Официально объявленные программы смягчения наказания «частично или полностью освобождают от наказания тех участников картелей, которые признаются антимонопольному органу, имеющему возможность смягчить наказание, в своем участии в картеле и предоставляют ему информацию и доказательства, касающиеся картельного сговора»⁴. Программы смягчения наказания показали себя в качестве действенного инструмента выявления картелей. Для формирующихся режимов защиты конкуренции могут быть полезны программы смягчения наказания, поскольку они помогают уменьшить объем кадровых и финансовых ресурсов, необходимых для обеспечения соблюдения требований антимонопольного законодательства.

9. Ключевыми аспектами режима смягчения наказания в обмен на сотрудничество, как правило, являются: а) четкое определение преимуществ режима; б) четкое указание на то, освобождаются ли работники заявителя от уголовного преследования; с) характер и объем информации, которую должен представить заявитель для смягчения наказания; d) прозрачность и предсказуемость процедур, лежащих в основе режима; е) конкретные свидетельства того, что, в свете практики антимонопольного органа, предприятия считают программу смягчения наказания предсказуемой и полезной.

10. В соответствии с режимом смягчения наказания в обмен на сотрудничество участник картеля должен «явиться с повинной» и выполнить ряд других требований. Как правило, участники картельного сговора должны признать соответствующие факты, представляющие собой правонарушение, прекратить картельную практику и в полной мере сотрудничать со следствием, представляя веские доказательства, позволяющие привлечь к ответственности других участников картеля. Со своей стороны, орган, обеспечивающий применение законодательства о конкуренции, обязуется прозрачно и добросовестно применять предсказуемую систему наказаний, поощряя участников картелей пользоваться возможностями программы смягчения наказаний.

³ Конкретную информацию о программах смягчения наказания в развивающихся странах см. TD/RBP/CONF.7/4.

⁴ International Competition Network, 2014, Drafting and implementing an effective leniency programme, chapter 2, in *Anti-Cartel Enforcement Manual*. См. www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/ (дата обращения: 22 апреля 2019 года).

11. В настоящее время программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество действуют более чем в 60 странах⁵. Однако в большинстве стран со средним и низким уровнями дохода таких программ нет. Исключениями являются Бразилия, Мексика, Российская Федерация, Чили и Южная Африка. Их программы аналогичны и функционируют параллельно программам Соединенных Штатов и Европейского союза, т. е. тех юрисдикций, которые, по всей видимости, получают наибольшее число ходатайств о смягчении наказания.

12. По итогам недавно проведенного сравнительного исследования секретариат ЮНКТАД определил следующие необходимые условия эффективности программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество:

a) антикартельная правоприменительная работа должна вестись достаточно активно, чтобы участники картелей ощущали серьезную опасность того, что, если они не обратятся с просьбой о смягчении наказания, они будут изобличены и понесут наказание;

b) наказания, налагаемые на участников картелей, которые не обратились с ходатайством о смягчении наказания, должны быть суровыми и достаточно предсказуемыми. Первому заявителю должно назначаться гораздо менее суровое наказание, чем последующим заявителям;

c) программа смягчения наказания в обмен на сотрудничество должна быть достаточно прозрачной и предсказуемой, чтобы потенциальные заявители могли предвидеть, как с ними поступят;

d) чтобы программа смягчения наказания была привлекательной для участников международных картелей, она должна обеспечивать достаточную защиту информации, чтобы заявитель не столкнулся с большей угрозой преследования в других странах, чем участники, отказывающиеся от сотрудничества;

e) наконец, в процессе расследования должны в обязательном порядке соблюдаться общие принципы и нормы надлежащей правовой процедуры, что во многих странах является конституционным требованием, в том числе, когда это применимо, нормы правового иммунитета.

b) *Принятие необходимых решений, включая наложение санкций, или представление рекомендаций на этот счет ответственному министру*

13. Антимонопольному органу будет необходимо принимать по итогам проверок и расследований определенные решения, чтобы, например, в зависимости от обстоятельств либо возбудить судебное разбирательство, либо потребовать прекращения определенных видов практики, либо дать разрешение в связи с представленным уведомлением, либо отказать в таком разрешении, либо наложить санкции. В этом отношении средства правовой защиты в делах по вопросам конкуренции могут включать типичный обязательный или превентивный запрет, устанавливаемый судом, или денежный штраф. Комплекс средств правовой защиты в рамках режима защиты конкуренции должен позволять антимонопольным органам гибко учитывать все обстоятельства, возникающие в связанных с конкуренцией делах.

14. Точные полномочия органа на принятие решений будут зависеть от структуры органа и его взаимоотношений с правительством и судами (см. статью IX) и конкретно от того, обладает ли этот орган правом на принятие решений в первой инстанции (как в Европейском союзе) или он должен действовать через суды (как в Соединенных Штатах).

⁵ OECD, 2018, Challenges and coordination of leniency programmes (DAF/COMP/WP3(2018)1), 5 June, см. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf).

c) *Проведение исследований и опубликование докладов, а также информирование общественности*

15. Орган может проводить исследования собственными силами, при проведении исследований пользоваться помощью экспертов или заказывать проведение исследований на стороне. В Бразилии, например, закон предусматривает, что Управление по экономическому праву Министерства юстиции проводит исследования и анализ в интересах совершенствования антитрестовской политики. В некоторых законодательных актах органу прямо предлагается проводить конкретные исследования. Для проведения исследований существует целый ряд причин. Например, орган может заказать проведение исследования:

a) сектора или рынка товаров и услуг, чтобы установить наличие структурных барьеров для конкуренции на рынке;

b) конкретного вида деловой практики или экономической деятельности (например, навязывание принудительного ассортимента товаров и услуг) в целях определения последствий этой деятельности для экономики и конкуренции;

c) того или иного аспекта законодательства в области конкуренции для оценки того, обеспечивает ли это законодательство достижение декларируемых целей политики.

16. В относительно новых режимах защиты конкуренции, таких как режим Карибского сообщества (КАРИКОМ), где в антимонопольном законодательстве Сообщества к государствам-членам обращен призыв «принимать необходимые законодательные меры для обеспечения согласованности и соблюдения правил конкуренции»⁶, и в обстоятельствах, при которых учреждения Сообщества обязаны «разрабатывать и принимать соответствующие меры политики и правила конкуренции в Сообществе, включая особые правила для конкретных секторов»⁷, должны проводиться как правовые, так и экономические исследования в целях оценки масштабов реформы, которая необходима для обеспечения соблюдения государством-членом антимонопольного законодательства Сообщества, и установления правоприменительных приоритетов, которые соответствуют основополагающим целям Договора и задачам Сообщества.

17. И наконец, важная роль органа, особенно в странах, где законодательство о конкуренции было принято недавно, заключается в информировании общественности и деловых кругов о последствиях применения антимонопольного законодательства и границах законного поведения (пропаганда конкуренции). С этой целью органы многих стран публикуют ежегодные доклады, а также информационные записки, брошюры и просветительские материалы.

d) *Подготовка бланков и ведение реестра или реестров уведомлений*

18. Законы большинства стран, в которых предусматриваются процедуры уведомления, содержат положение о той или иной системе регистрации, которая должна быть прозрачной. Европейская комиссия публикует общие сведения обо всех случаях концентрации, о которых она получает уведомление, на своем веб-сайте. В некоторых странах ведется публичный реестр, в котором фиксируется определенная (но не вся) информация, представляемая в уведомлениях. Полезность публичного реестра основано на той посылке, что гласность может оказывать определенное сдерживающее воздействие на предприятия, использующие ограничительную деловую практику, а также дает возможность лицам, страдающим от такой практики, получать о ней информацию. Однако не вся информация, содержащаяся в уведомлениях, может быть зарегистрирована, и одна из причин этого заключается в том, что определенные сведения имеют отношение к «коммерческой тайне», и раскрытие таких сведений может неблагоприятно сказаться на функционировании

⁶ Пересмотренный Чагуарамасский договор об образовании Карибского сообщества, включая единый рынок и единое экономическое пространство КАРИКОМ (2001 год), статья 170 1) b) i).

⁷ Пересмотренный Чагуарамасский договор (2001 года), статья 182.

соответствующего предприятия. Значение чувствительной коммерческой информации, находящейся в распоряжении органов по вопросам конкуренции, трудно переоценить, поскольку нарушение ее конфиденциальности будет во многом препятствовать своевременному реагированию делового сообщества на разумные просьбы о предоставлении информации.

19. Там, где используется система уведомлений или реестр, важно подумать над тем, нужно ли наделить антимонопольный орган полномочиями оценивать дальнейшую необходимость такого режима или, в качестве альтернативы, необходимо ли предусмотреть «положение об истечении срока действия», ограничивающее использование режима уведомлений после наступления определенного события или по истечении определенного срока.

20. Использование стандартных бланков уведомлений о слияниях или ограничительной деловой практике может упростить процесс принятия решений органом, а также обеспечить, чтобы стороны, прежде чем обратиться к органу, собирали всю информацию, необходимую для оценки влияния их планов на конкуренцию.

е) Составление и опубликование правил

21. Антимонопольный орган должен также иметь полномочия принимать ведомственные подзаконные акты для решения стоящих перед ним задач. С учетом сложности процесса принятия решений в некоторых областях, регулируемых законами о конкуренции, например решений, разрешающих слияние и использование ограничительной деловой практики, такие органы обычно издают ведомственные акты, регламентирующие процедуры подачи уведомлений о тех или иных операциях или видах практики, сбора информации, а также оценки и принятия решений.

22. Важно также публиковать толковательные документы, такие как руководящие принципы, справочники по применению, практические пояснения и брошюры, объясняющие правоприменительные правила и четко устанавливающие процедуры и критерии оценки, которые должны использоваться при анализе предполагаемого антиконкурентного поведения и определении правоприменительных мер. Кроме того, учреждению следует установить правила взаимодействия с антимонопольным органом в ходе расследований, четко определив каналы связи, которые будут использоваться учреждением, такие как официальная переписка, сообщения по электронной почте, конференции, предварительные встречи и слушания. Органу следует также четко указать в опубликованном документе сроки, в которые ответчик должен представить материалы, помня о необходимости предоставить ответчику достаточно времени для изучения всех утверждений, избегая установления нереалистичных сроков и предоставляя достаточно времени с учетом сложности вопросов, связанных с конкретным делом.

23. Органы многих стран публикуют также доклады или руководящие принципы с изложением своих подходов к процедурам правоприменения или к методам оценки некоторых форм экономической деятельности с точки зрения антимонопольного законодательства. Например, антимонопольные органы часто издают руководящие принципы оценки слияний. Эти руководящие принципы могут иметь силу закона (если соответствующий орган наделен нормотворческими полномочиями) или попросту описывать подход органа к толкованию и применению антимонопольного законодательства и при этом не иметь обязательной силы закона⁸.

24. Полное раскрытие правил оценки и взаимодействия в опубликованном и широко распространяемом документе позволяет как антимонопольному органу, так и ответчику тщательно ознакомиться с рассматриваемым делом в ходе расследования, имея возможность изменить свои взгляды на экономические и правовые вопросы по мере расследования фактов. Опубликование правил имеет также важное значение,

⁸ См. *Official Journal of the European Union*, 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03).

способствуя действенному руководству работой антимонопольного органа и давая предприятиям некоторую определенность, что сводит к минимуму возможность оспаривания решений по техническим причинам.

- f) *Оказание содействия при подготовке законодательства об ограничительной деловой практике или по смежным вопросам регулирования и политики в области конкуренции, при внесении изменений в такое законодательство или при его пересмотре*

25. Ввиду высокого уровня специализации и уникального опыта органа, отвечающего за применение законодательства о конкуренции, все большее число новых законодательных актов или поправок к ним возлагают на орган дополнительную ответственность за консультирование авторов законопроектов, которые могут влиять на конкуренцию, а также за проведение исследований и представление правительству соответствующих предложений по изменению антимонопольного законодательства. Например, это касается Комиссии по защите конкуренции в Болгарии⁹, португальского Совета по конкуренции, который может давать заключения, рекомендации и руководящие указания по вопросам политики в области конкуренции¹⁰, и Суда по защите конкуренции и Службы защиты конкуренции в Испании¹¹.

- g) *Содействие обмену информацией с другими государствами*

26. Комплекс принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции требует от государств создавать на региональном и субрегиональном уровнях соответствующие механизмы поощрения обмена информацией об ограничительной деловой практике. Было бы целесообразно наделить орган полномочиями поощрять такие обмены, четко определив это в качестве одной из его функций.

27. Обмен информацией служит многочисленным целям, позволяя обмениваться экспертам опытом, способствуя сближению положений антимонопольного законодательства в разных странах и облегчая обмен собранными доказательствами. Последний момент становится все более важным с учетом международного характера многих картелей. Способность обмениваться доказательствами или совместно использовать их помогает эффективно бороться с картелями на основе действующего законодательства.

28. Действительно, передовая практика применения антимонопольного законодательства в данной области позволяет говорить о прослеживающейся в настоящее время тенденции определять условия сотрудничества между странами в двусторонних соглашениях. Поэтому сегодня положения о сотрудничестве в области обмена документами и информацией можно все чаще и чаще встретить в двусторонних торговых соглашениях. Североамериканское соглашение о свободной торговле (1994 года)¹² и Соглашение об экономическом партнерстве между государствами-участниками КАРИФОРУМ¹³ и Европейским сообществом и его государствами-членами¹⁴ содержат достаточно широкие условия сотрудничества в области

⁹ Положение об организации и деятельности Комиссии по защите конкуренции от 15 ноября 1991 года, пункт 3 статьи 4.

¹⁰ Декрет-закон № 371/93 о защите и поощрении конкуренции от 29 октября 1993 года, подпункты b), c) и d) пункта 1 статьи 13.

¹¹ Закон № 16/1989 о защите конкуренции от 17 июля, статья 26. Дополнительную информацию по этому вопросу см. Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria 1992, p. 66.

¹² Пункт 2 статьи 1501 Соглашения гласит: «Каждая сторона признает важное значение сотрудничества и координации действий своих ведомств в интересах содействия обеспечению действительного применения законодательства о конкуренции в зоне свободной торговли. Стороны поддерживают сотрудничество по вопросам политики применения законодательства о конкуренции, включая взаимную правовую помощь, уведомления, консультации и обмен информацией в связи с осуществлением законов и политики в области конкуренции в зоне свободной торговли».

¹³ Карибский форум африканских, карибских и тихоокеанских государств.

¹⁴ См., например, статью 128 Соглашения об экономическом партнерстве, которая допускает обмен информацией и сотрудничество в правоприменительной сфере между участниками Договора.

антимонопольного законодательства, позволяющие охватить сотрудничество в области обмена информацией и документацией.

29. Обмен информацией и консультации предусмотрены также в двусторонних соглашениях между Австралией, Бразилией, Германией, Израилем, Канадой, Мексикой, Соединенными Штатами, Японией и Европейской комиссией¹⁵, а также между Германией и Францией¹⁶. Кроме того, многостороннее соглашение на этот счет подписали Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция¹⁷.

30. Какие бы договоренности ни достигались, как запрашивающему, так и отвечающему антимонопольному органу важно в полном объеме знать внутренние законы своих партнеров, касающиеся конфиденциальности, правовых привилегий и неуважения к суду. Антимонопольным органам важно иметь возможность удостовериться в том, что законы запрашивающей стороны уважают право на защиту и что они в полной мере гарантируют конфиденциальность, которая обычно обеспечивается в правовой системе отвечающей страны.

31. В связи с последним аспектом следует отметить, что ОЭСР, например, закрепила ряд видов передовой практики в области официального обмена информацией. В тех случаях, когда в многосторонних соглашениях оговариваются условия взаимодействия между органами по вопросам конкуренции в сфере обмена информацией на добровольной или обязательной основе, в порядке контроля их соблюдения необходимо следить за тем, чтобы эти органы проводили анализ любых препятствий – будь то в других договорах или в законодательстве – с целью гарантировать действенное сотрудничество, предусмотренное в этих многосторонних соглашениях.

32. Многие государства готовы даже закреплять основные принципы сотрудничества с другими антимонопольными органами в своем законодательстве о конкуренции. Такая практика получает все более широкое распространение и, возможно, вскоре станет обычным явлением в данной области применения антимонопольного законодательства. Некоторые подходы, используемые в антимонопольном законодательстве, описаны в таблице ниже.

Таблица 2

Различные подходы в действующем законодательстве: обмен информацией

| <i>Страны</i> | <i>Подходы</i> |
|---------------|---|
| Алжир | Алжирский режим регулирования закладывает фундамент сотрудничества между Советом по конкуренции и зарубежными антимонопольными органами в интересах обеспечения надлежащего осуществления национальных и зарубежных законов о конкуренции и активизации взаимодействия и обмена информацией между заинтересованными органами при условии уважения национального суверенитета, публичного порядка («ordre public») и профессиональной тайны. Этот режим согласуется с положениями о сотрудничестве, закрепленными в статье 41 и в приложении 5 заключенного с Европейским союзом соглашения об ассоциации ^a . |

¹⁵ International Competition Network, 2018, Членский состав см. www.internationalcompetitionnetwork.org/members (дата обращения: 22 апреля 2019 года).

¹⁶ См. Германо-французскую конференцию по вопросам конкуренции, которая проводится дважды в год и посвящена вопросам антимонопольного законодательства, возникающим, в частности, как в самих этих странах, так и между ними, URL: (на немецком языке) www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-FranzoesischerWettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag_node.html (дата обращения: 22 апреля 2019 года). См. также *Autorité de la compétence and Bundeskartellamt* [французский и немецкий антимонопольные органы], 2016 год, законодательство и данные о конкуренции, см. URL: www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf.

¹⁷ См. www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf.

| Страны | Подходы |
|------------------------------------|---|
| Австралия | <p>В 2007 году парламент Австралии принял закон, разрешающий австралийской Комиссии по конкуренции делиться с зарубежными и национальными государственными органами некоторыми сведениями, полученными в ходе расследований.</p> <p>До этого Комиссия могла раскрывать лишь информацию, сбором которой она обязана была заниматься при выполнении своих функций и обязанностей или в соответствии с требованиями закона.</p> <p>Новые положения позволяют Комиссии раскрывать эту и иную информацию (известную как «охраняемая информация») оговоренным учреждениям, органам и лицам, если председатель Комиссии убежден в том, что эта информация позволит такому органу осуществлять свои полномочия или функции или поможет в их осуществлении.</p> <p>Следует особо подчеркнуть, что статья 155AAA Закона о торговой практике 1974 года¹⁸ разрешает Комиссии предоставлять охраняемую информацию зарубежным государственным органам. Это полномочие поможет Комиссии координировать расследования со своими международными партнерами по правоприменительной работе.</p> <p>Информация считается «охраняемой», если она, в частности:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) предоставлена Комиссии в конфиденциальном порядке и имеет отношение к вопросам, регулируемым основными нормативными положениями; b) получена на основании статьи 155 Закона о торговой практике либо в рамках полномочий Комиссии на проведение обысков и изъятие доказательств и имеет отношение к вопросам, регулируемым основными нормативными положениями; получена Комиссией в рамках различных полномочий на сбор информации в телекоммуникационной отрасли и в соответствии с режимом доступа в телекоммуникационную отрасль и имеет отношение к вопросам, регулируемым разделом XIV или XIX Закона; c) предоставлена Комиссии в конфиденциальном порядке зарубежным государственным органом и имеет отношение к вопросам, регулируемым положениями законодательства иностранного государства (или его части). <p>Новые положения согласуются с принципиальным подходом, изложенным в пункте 7 раздела E Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции, а также с Руководящими принципами защиты потребителей от мошеннической и вводящей в заблуждение трансграничной коммерческой практики, разработанными ОЭСР.</p> <p>Статья 155AAA согласуется с пунктом g) статьи X Типового закона и опирается на него. Следует особо отметить, что эта статья в законодательном порядке наделяет Комиссию полномочиями в надлежащих случаях обмениваться информацией с международными партнерами, в том числе в рамках заключенных Австралией двусторонних соглашений.</p> |
| Австралия, Канада и Новая Зеландия | <p>Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей, Канадское бюро по вопросам конкуренции и Комиссия по торговле Новой Зеландии обмениваются информацией и сотрудничают в области правоприменительной деятельности в соответствии с меморандумом о взаимопонимании.</p> |

¹⁸ С 1 января 2011 года Закон о торговой практике (1974 года) называется Законом о конкуренции и защите прав потребителей (2010 года).

| <i>Страны</i> | <i>Подходы</i> |
|---------------|---|
| Бельгия | В законодательстве Бельгии предусматривается возможность представления необходимых документов и информации соответствующим иностранным антимонопольным органам в рамках соглашений, касающихся оказания взаимной помощи в вопросах конкурентной практики ^b . |
| Германия | Пункт 50 а) Закона Германии о борьбе с ограничением конкуренции допускает обмен конфиденциальной информацией при условии сохранения ее конфиденциального характера. Немецкое антимонопольное ведомство может сотрудничать с другими антимонопольными органами в сборе доказательств нарушения законов о конкуренции, особенно в рамках Европейской сети по вопросам конкуренции, оказывая на основе взаимности помощь в проведении расследований. |

^a Евросредиземноморское соглашение об учреждении ассоциации между Европейскими сообществами и их государствами-членами и Алжирской Народно-Демократической Республикой (22 апреля 2002 года).

^b Закон о защите экономической конкуренции, пункт b) статьи 50.

III. Конфиденциальность

A. Введение

33. В настоящем разделе рассматриваются следующие элементы Типового закона о конкуренции:

a) предоставление разумных гарантий защиты конфиденциальности полученной от предприятий информации, содержащей охраняемую законом коммерческую тайну;

b) защита личности тех, кто предоставляет информацию антимонопольным органам и нуждается в конфиденциальности для того, чтобы не подвергнуться экономическим ответным мерам;

c) защита конфиденциальности текущего и еще не завершеного обсуждения дел в правительстве.

34. Согласно пункту 5 раздела E Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции, в отношении информации, содержащей охраняемую законом коммерческую тайну, должны действовать защитные меры, обычно применяемые в этой области, в частности для соблюдения конфиденциальности этой информации. Конфиденциальная информация, представляемая правоприменительному органу или получаемая им, может также защищаться общими национальными законодательными актами, касающимися секретности. Тем не менее в некоторых странах антимонопольное законодательство содержит особые положения, касающиеся неразглашения сведений, полученных в рамках разбирательства.

35. Что касается защиты конфиденциальной информации, то передовая практика применения антимонопольного законодательства, как представляется, определяется необходимостью защиты основополагающих прав сторон, участвующих в разбирательстве, независимо от того, сотрудничают ли они на добровольной основе или в принудительном порядке. Еще одним ключевым мотивом, определяющим передовую практику в этой области, является то обстоятельство, что предоставление гарантий и защита конфиденциальной информации помогают антимонопольному органу на долговременной основе заручиться сотрудничеством и доверием участников рынка. Антимонопольные органы рассчитывают на то, что все участники рынка будут предоставлять ценную информацию для оказания им содействия в оценке фактов, в отношении которых должны применяться правовые стандарты. Участники рынка, которые обычно являются конкурентами компании, являющейся объектом

расследования, как правило, служат первичным источником сведений, которые помогают оценить само поведение и последствия такого поведения для соответствующего рынка. Источниками информации могут выступать даже те самые компании, которые являются объектом расследования. Например, сведения, на которые опираются антимонопольные органы, обычно можно найти в служебной (электронная почта, протоколы заседаний, служебные записки и т. д.) и деловой документации (договоры купли-продажи товаров). Если антимонопольный орган не обеспечивает защиту информации, представляемой участниками рынка, он может оказаться в положении, когда даже самые жесткие меры принуждения не обеспечат ему доступа к информации, на основе которой он мог бы объективно оценить ситуацию.

36. Поэтому органу важно дать возможность информатору указать документы, которые он считает конфиденциальными, и привести причины, по которым к ним следует применить гриф «конфиденциально». Органу придется четко указать, какие критерии применяются для определения конфиденциальности документов и какие методы этот орган использует для обеспечения конфиденциальности всего документа или отдельных его частей

37. В целом, как представляется, общая позиция органов в этой области права сводится к тому, чтобы рассматривать в качестве конфиденциальных документы, содержащие о предприятии такую информацию, раскрытие которой в состоянии причинить данному предприятию ощутимый конкурентный или коммерческий ущерб. Конфиденциальная информация обычно защищается путем раскрытия только версий документов с необходимыми купюрами, а также путем обеспечения того, чтобы сотрудники органа, участвующие в расследовании, под присягой или в письменном виде обязались не раскрывать конфиденциальные материалы, кроме тех случаев, когда это диктуется законными целями, связанными с расследованием.

38. Гарантии защиты конфиденциальной информации должны выходить за рамки расследования конкретных нарушений антимонопольного законодательства и распространяться также на секторальные расследования.

Таблица 3

Различные подходы в действующем законодательстве: защита конфиденциальной информации

| <i>Страны</i> | <i>Подходы</i> |
|---------------|---|
| Австралия | <p>Вводя уголовное преследование картельной практики в 2009 году, парламент Австралии внес также поправки в Закон о торговой практике 1974 года, чтобы усилить защиту представляемой австралийской Комиссии по конкуренции информации, получившей название «охраняемой картельной информации». Парламент согласился с тем, что осведомители и информаторы будут охотнее представлять Комиссии сведения о картельной практике, если конфиденциальность этих сведений будет защищаться более надежно.</p> <p>Охраняемая картельная информация определяется как предоставленная Комиссии в конфиденциальном порядке информация, которая касается нарушения или потенциального нарушения уголовно-правовых и гражданско-правовых норм, запрещающих картельную практику.</p> <p>В целом Комиссия не обязана раскрывать охраняемую картельную информацию, однако она может сделать это, взвесив определенные общественные интересы, которые излагаются ниже:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) тот факт, что охраняемая картельная информация была представлена Комиссии на условиях конфиденциальности; b) отношения Австралии с другими странами; c) необходимость не допустить срыва национальных и международных усилий в области правоприменения, сбора уголовной информации и уголовных расследований; |

| Страны | Подходы |
|----------|---|
| | <p>d) в случае, когда охраняемая картельная информация была предоставлена информатором:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) необходимость защиты или обеспечения безопасности информатора или связанных с ним лиц; ii) тот факт, что придание огласке документа, содержащего охраняемую картельную информацию, или раскрытие охраняемой картельной информации может в будущем вызвать у информаторов нежелание представлять охраняемую картельную информацию; <p>e) интересы отправления правосудия.</p> <p>В то же время суд или трибунал может потребовать от Комиссии раскрыть ему охраняемую картельную информацию, взвесив изложенные выше общественные интересы.</p> <p>Режим использования охраняемой картельной информации ограничивает также использование такой информации в аксессуарном производстве.</p> <p>Положения об охраняемой картельной информации основаны на положениях статьи 2 части X Типового закона.</p> |
| Китай | <p>Статья 41 Антимонопольного закона КНР обязывает орган по применению антимонопольного законодательства и его сотрудников уважать конфиденциальность коммерческой тайны, к которой они получили доступ в процессе правоприменительной деятельности.</p> <p>В статье 38 говорится, что любое юридическое и физическое лицо может сообщить о подозрительной монопольной практике в орган по применению антимонопольного законодательства, который соблюдает конфиденциальный характер сведений об информаторе.</p> |
| Малайзия | <p>Статья 21 Закона о конкуренции 2010 года обеспечивает защиту конфиденциальной информации^a. Она гласит следующее:</p> <ul style="list-style-type: none"> «a) Любое лицо, разглашающее или использующее любую конфиденциальную информацию о конкретном предприятии или о деловых отношениях физического лица, полученную в соответствии с любым из положений настоящего Закона, совершает правонарушение. b) Ничто в этом подпункте не препятствует раскрытию информации в тех случаях, когда: <ul style="list-style-type: none"> i) информация раскрывается с согласия лица, у которого она была получена; ii) раскрытие информации необходимо для осуществления Комиссией своих функций или полномочий; iii) информация раскрывается в разумных пределах в ходе производства по делу в соответствии с положениями настоящего Закона при условии, что при этом не нарушаются любые указания Комиссии или Апелляционного суда по делам о конкуренции, где это дело рассматривается; iv) информация раскрывается в связи с расследованием, нарушением или преступлением, предусмотренным настоящим Законом; v) информация раскрывается с разрешения Комиссии любому иностранному антимонопольному органу в связи с поступившей от него просьбой об оказании помощи.» |

^a Для целей настоящей статьи под «конфиденциальной информацией» понимается торговая, деловая или производственная информация, которая принадлежит любому лицу, имеет экономическую ценность и, как правило, недоступна или неизвестна другим лицам.

В. Взвешенный подход при внедрении передовой практики

39. Проведенный выше обзор формулировок правоприменительных норм отражает некоторые из общих методов и видов передовой практики в системах применения антимонопольного законодательства в контексте проведения расследований, обмена информацией и сохранения ее конфиденциальности при проведении разбирательств. Многие режимы защиты конкуренции показывают, например, что программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество помогают антимонопольному органу получить больше доказательств, чем традиционные методы их сбора¹⁹. Кроме того, можно отметить, что многими режимами защиты конкуренции предусматривается включение в антимонопольное законодательство положений, облегчающих оказание взаимной правовой помощи в проведении расследований и противодействии нарушениям антимонопольных законов в упрощенном порядке, что способствует ускорению этого процесса²⁰. Помимо этого при проведении расследований антимонопольными органами общей тенденцией можно считать использование принудительных мер в качестве одного из методов расследования, а также как средства наказания за отказ от сотрудничества с проводящими расследование органами или от соблюдения наложенных санкций. Например, как уже отмечалось, в рамках ряда режимов в качестве метода сбора доказательств используются обыски и выемки документации, а также применяются уголовные наказания или высокие штрафы за отказ от сотрудничества в ходе расследования.

40. Использование принудительных мер в качестве инструмента расследования нарушений антимонопольного законодательства может, например, служить примером передовой практики в области разработки систем применения антимонопольного законодательства. Аналогичным образом, обмен информацией между антимонопольными органами получает все большее распространение и также отражает передовую практику применения антимонопольного законодательства²¹. Тем не менее следующие действия могут стать предметом судебного оспаривания: применение уголовных санкций за отказ от сотрудничества с проводящими расследование органами или за нарушение антимонопольного законодательства; наложение необычно крупных штрафов; объединение функций расследующей, обвиняющей и судебной инстанций в рамках административного органа; а также целый ряд других функций, определяемых на основе передовой международной практики. Поэтому передовая практика до ее внедрения должна проверяться на предмет соответствия требованиям законодательства данной страны. Новым органам по вопросам конкуренции необходимо знать, что передовая практика отражает общие подходы, но не всегда гарантирует соблюдение надлежащей правовой процедуры, процессуальных гарантий и конституционных основ каждого закона.

41. Антимонопольный орган, который во многих странах отвечает за применение антимонопольного закона, должен демонстрировать разделение функций проведения расследований и принятия решений, хотя иногда сделать это очень непросто. Кроме того, оправдывать наложение уголовных санкций и крупных штрафов довольно трудно в условиях, когда антимонопольному органу приходится ежегодно отчитываться перед вышестоящим министерством за использование средств налогоплательщиков и просто обосновывать смысл своего существования. Помимо этого, бывает непросто гарантировать основные права ответчика (независимо от того, вытекают ли они из прецедентного права, из конституции или договора) в тех случаях, когда антимонопольный орган выполняет множественные задачи в сфере правоприменения.

¹⁹ Программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество, принятые, например, в Бразилии, Мексике и Южной Африке, привели к повышению действенности правоприменительных мер по сравнению с периодом, предшествовавшим принятию в этих странах подобных программ. См. UNCTAD/RBP/CONF.7/4.

²⁰ КАРИКОМ (пересмотренный Чагуарамасский договор 2001 года и Соглашение об экономическом партнерстве).

²¹ OECD, 2005, Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hardcore cartel investigations, OECD Competition Committee.

42. В этой связи, хотя предоставление определенных полномочий и функций антимонопольному органу может являться широко распространенным правоприменительным методом, это не всегда отражает передовую или оптимальную практику наделения полномочиями антимонопольных органов и, следовательно, не должно восприниматься в строгом смысле как передовая практика правоприменения при отсутствии определенной системы сдержек и противовесов. Например, правоприменительные методы Генерального директората по конкуренции Европейской комиссии и Федеральной комиссии по торговле Соединенных Штатов могут быть непригодны для использования в странах с новыми и развивающимися режимами защиты конкуренции, где законодательство и правовая система существенно отличаются от систем Европейского союза и Соединенных Штатов. И действительно, рассматривая примеры антимонопольных дел в относительно новых режимах защиты конкуренции, подобных ямайскому, и даже правовые прецеденты многолетней давности, относящиеся к периоду становления режимов, подобных австралийскому, можно сделать вывод о том, что следование общей практике или «передовой международной практике» при разработке процессуальных норм или слепое копирование законодательства не гарантирует того, что сами сформулированные таким образом нормы не будут оспариваться в судебном порядке.

43. Анализ ранних этапов становления антимонопольного прецедентного права в ряде стран позволяет проиллюстрировать проблему, возникающую тогда, когда полномочия и функции антимонопольного органа определяются без должного учета их правовой эффективности в соответствующих национальных условиях. Например, вопрос об обмене информацией является актуальным в контексте обеспечения применения антимонопольного законодательства, и во многих правовых системах положения об обмене информацией стали составной частью антимонопольного законодательства. Вместе с тем в контексте обмена информацией уже можно предвидеть возникновение ряда серьезных вопросов. Например, в условиях, когда ведется антимонопольное судебное разбирательство, можно ли убедить антимонопольный орган оказать помощь аналогичному органу другой страны, предоставив тому документы для содействия в проведении параллельного расследования в запрашивающей стране, не опасаясь привлечения к ответственности за неуважение к суду? Аналогичным образом, в контексте региональных или наднациональных режимов антимонопольного законодательства в таких сообществах, как КАРИКОМ или Сообщество развития Юга Африки, может ли антимонопольный орган государства-члена проводить параллельное расследование в том случае, когда дело находится на рассмотрении в суде сообщества, не рискуя привлечением к ответственности за неуважение к суду? Сходный вопрос рассматривался на раннем этапе работы австралийского антимонопольного ведомства в деле *«Брэмблз холдингс лтд.» против Комиссии по торговой практике*²². Это дело касалось полномочий Комиссии в соответствии со статьей 155 Закона о торговой практике 1974 года требовать у любого лица представления информации или документов либо дачи согласия на участие в проводимом Комиссией расследовании. Комиссия начала расследование, разыскивая информацию и документы, связанные с уже ведущимся расследованием, в рамках которого планировалось применить меры наказания и запретительные нормы в связи с предполагаемым нарушением статьи 45 Закона. Разбирательство на основании статьи 45 достигло стадии рассмотрения дела в суде. Суд постановил, что вопросы, в связи с которыми Комиссия намеревалась получить доказательства, на тот момент находились на рассмотрении в суде, и, поскольку принятие решения по вопросам, находящимся на рассмотрении в суде, является функцией самого суда, параллельное расследование Комиссии было квалифицировано как неуважение к суду, так как своими действиями она вмешивалась в нормальный ход отправления правосудия. Вполне вероятно, что в рамках многих новых режимов защиты конкуренции, имеющих соглашения о сотрудничестве, одной из главных целей которого является обмен информацией, может возникнуть аналогичная ситуация в тех случаях, когда потребуется принимать решения о передаче доказательств другой стране в момент проведения разбирательства в их собственном внутреннем суде.

²² [1980] 32 Australian Law Report 328.

44. Европейский суд по правам человека неоднократно отмечал, что в рамках процедур применения антимонопольного законодательства должны уважаться базовые требования статьи 6 Европейской конвенции о правах человека²³. Кроме того, Европейское сообщество (ЕС) столкнулось с проблемой опротестования ее процессуальных норм уже в первые дни осуществления постановления Совета (ЕС) № 1/2003 о порядке осуществления правил конкуренции ЕС и продолжает сталкиваться с подобными исками и по сей день. В настоящее время юристы-практики в разных странах Сообщества по-прежнему выражают свое недовольство по поводу существования многофункционального Генерального директората по конкуренции.

45. Процедуры, предусмотренные в постановлении №1/2003 Совета, в котором определяются также процедуры рассмотрения дел в рамках антимонопольного законодательства, не подвергались каким-либо изменениям на предмет обеспечения процессуальных гарантий, к закреплению которых не раз призывали при рассмотрении антимонопольных дел²⁴. Тем не менее многие страны с новыми и формирующимися режимами защиты конкуренции рассматривают процедуры, предусмотренные в постановлении Совета, в качестве возможных моделей для их собственных процессуальных норм, и, действительно, многие из правил Сообщества рассматриваются как примеры передовой практики применения антимонопольного законодательства. Последствия бесконтрольного копирования передовой практики или бездумного использования в качестве модели норм других режимов могут оказаться пагубными для новых антимонопольных органов. Например, проблема непродуманного делегирования функций привела к превращению ямайского и барбадосского антимонопольных органов в «ущербные» учреждения, ожидавшие внесения поправок в законодательство их стран в целях исправления процессуальных дефектов. В эпохальном решении Апелляционного суда Ямайки²⁵ были выявлены определенные структурные недостатки в конфигурации Ямайской комиссии по добросовестной конкуренции, в том числе то, что в Ямайском законе о добросовестной конкуренции не признаются никакие сотрудники, кроме уполномоченных Комиссии, и не предусматриваются возможности делегирования полномочий, которые позволяли бы Комиссии делегировать функции проведения расследований своим сотрудникам, а также возводится «стена» между теми в Комиссии, кто занимается проведением расследований, и теми, кто отвечает за принятие решений. С аналогичными проблемами сталкивается Барбадосская комиссия по добросовестной конкуренции, поскольку текст законодательства этой страны является зеркальным отражением ямайского законодательства²⁶.

46. Кроме того, история эволюции законодательства и правовых систем многих стран с новыми и формирующимися режимами защиты конкуренции привела к трансплантации таких конституционных доктрин, как доктрина разделения властей, которая является преимущественно доктриной общего права, и придала смысл «наделению полномочиями», свойственными каждой ветви власти, разных и не связанных между собой органов. Эта доктрина настолько прочно укоренилась во многих правовых системах, что она прямо отражена в некоторых конституциях. Разделение самих учреждений и наделение каждого из них правильными полномочиями с точки зрения передовой практики является наилучшим способом гарантировать уважение основных прав граждан в контексте применения

²³ См., например, решение суда первой инстанции по делу T-276/04, *Compagnie Maritime Belge v. Commission of the European Communities*, para. 66; и решение Европейского суда по делу C-338/00 P, *Volkswagen v. Commission of the European Communities* [2003] European Court Report I-9189, para. 97.

²⁴ Хотя текст постановления Совета 1/2003 остается неизменным, благодаря правовой практике Сообщества удалось закрепить ряд процессуальных гарантий и правил, обеспечивающих уважение прав на защиту. Многие положения, сформулированные в ходе правовой практики, находят отражение во внутренних правилах процедуры Сообщества и инструкциях, определяющих порядок расследования нарушений правил конкуренции.

²⁵ *Jamaica Stock Exchange v. Fair Trading Commission*, Supreme Court Civil Appeal No. 92/97.

²⁶ См. Fair Competition Act of Jamaica, part II, URL: <https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Fair%20Competition%20Act.pdf>.

антимонопольного законодательства и обеспечить, чтобы взаимоотношения между учреждениями регулировались таким образом, чтобы исключить возможность принятия произвольных, дискриминационных или предвзятых решений, а также решений, подгоняемых под желаемый результат.

47. Оптимальная конфигурация и полномочия антимонопольного органа выходят за рамки разделения властей и касаются вопросов, требующих соблюдения принципов естественной справедливости. В Австралии, например, в деле *«Дэниэлс корпорейшн» против Австралийской комиссии по вопросам конкуренции и прав потребителей*²⁷ был поднят вопрос о том, можно ли обойти правовые привилегии на основании статьи 155 австралийского Закона о торговой практике в том понимании, что наличие правовых привилегий не должно делать бессмысленным наделение проводящих расследование субъектов полномочиями на принятие принудительных мер. Статья 155 устанавливает обязательство представлять информацию или доказательства в связи с делом, в котором речь может идти о нарушении закона. Правовая привилегия – это одна из тех непрекаемых доктрин общего права (да и гражданского права и гибридных правовых систем), которые тесно связаны с правом на доступ к защитнику, являющимся основополагающей концепцией естественной справедливости и – для многих судей – одним из основных прав человека, которое должно гарантироваться при правоприменительных действиях. В деле *«Дэниэлс»* Высший суд Австралии счел, что полномочия австралийского антимонопольного ведомства на проведение расследований в соответствии со статьей 155 никак не могут отменять правовые профессиональные привилегии. Дела, подобные делу *«Дэниэлс»*, со всей очевидностью свидетельствуют о том, что принципы естественной справедливости и любые другие права, приобретаемые в соответствии с общим правом, не могут отменяться или нарушаться простым толкованием законодательной нормы. Кроме того, когда антимонопольный орган наделяется полномочиями или функциями на основании закона и/или подзаконного акта, эти полномочия, несмотря на их положительно выраженный характер, являются юридически состоятельными и неоспоримыми только в том случае, когда они не противоречат основополагающим доктринам правовой системы.

48. Эти первые дела, например дело Ямайской фондовой биржи, свидетельствуют о том, что несоблюдение конституционных доктрин и основополагающих правовых норм при определении организационной структуры правоприменительного учреждения, а также при распределении полномочий в рамках этой структуры может воспрепятствовать достижению цели этого учреждения даже в том случае, когда оно использует методы проведения расследований, соответствующие передовой международной практике применения антимонопольного законодательства. Заимствование передовой международной практики в этой области, будь то программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество или программы внесудебного урегулирования, или же методов проведения расследований, не принесет пользы антимонопольному органу, если такая передовая практика не будет основываться на нормах, определяющих конфигурацию учреждений, которые призваны поддерживать в государстве закон и порядок.

49. Таким образом, все институты государства – даже такие учреждения нового поколения, как антимонопольные органы, – все же должны придерживаться конституционных норм и правил, регулирующих правовую систему страны и определяющих порядок создания учреждений и порядок наделения их полномочиями. Несоблюдение этого требования может привести к тому, что решения будут приниматься в нарушение основных прав, гарантируемых конституцией, вопреки принципам процессуальных гарантий и с превышением полномочий. Это непременно означает, что оптимальность конфигурации органа по вопросам конкуренции, а также структуры полномочий и функций, исполняемых им, зависит, в частности, от того, согласуются ли полномочия и функции, возлагаемые на антимонопольный орган, с требованиями конституции и с принципами процессуальных гарантий.

²⁷ [2002] High Court of Australia 49, 7 November 2002.

50. Некоторым странам придется подумать над внесением поправок в свое законодательство, чтобы избавить свои режимы защиты конкуренции от их нынешнего ярлыка «ущербности». Отправной точкой в правильном распределении полномочий и функций должно стать для этих учреждений изучение образцов законов о конкуренции аналогичных правовых систем. Например, государства, в основе правовой системы которых лежат принципы общего права, могут обратиться к опыту Австралии, Канады и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, чтобы обеспечить наделение антимонопольного органа надлежащими полномочиями и функциями.

С. Резюме передовой практики определения функций и полномочий антимонопольного органа

51. Правила взаимодействия с антимонопольным органом должны разрабатываться таким образом, чтобы ответчик мог постоянно быть в курсе эволюционирующих концептуальных подходов органа к правонарушениям; при этом следует избегать нереалистичного ограничения сроков.

52. Требование соблюдения конфиденциальности при проведении антимонопольных разбирательств должно защищать основные права лиц при уважении принципов надлежащей правовой процедуры, процессуальных гарантий и защиты коммерческой собственности.

53. При определении условий сотрудничества в сфере обмена документацией и информацией важно обеспечивать, чтобы права на защиту в каждой правовой системе пользовались в максимально возможной степени взаимным признанием и уважением сотрудничающих сторон.

54. Виды полномочий и функций, которыми наделяется антимонопольный орган, должны определяться таким образом, чтобы они были неоспоримыми с юридической точки зрения и, соответственно, уважали основополагающие доктрины правовой системы, регулирующие распределение ответственности в рамках государства.