



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

Distr.: Limited
9 May 2011
Russian
Original: English

**Межправительственная группа экспертов
по законодательству и политике в области
конкуренции**

Одиннадцатая сессия

Женева, 19–21 июля 2011 года

Пункт 3 а) предварительной повестки дня

**Консультации и обсуждения, посвященные экспертным
обзорам законодательства и политики в области
конкуренции, рассмотрению Типового закона
и исследованиям, касающимся положений
Комплекса принципов и правил**

**Типовой закон о конкуренции (2010 год) –
Пересмотренная статья X¹**

¹ Настоящий документ является пересмотренным вариантом документа
TD/RBP/CONF.7/L.10.



Типовой закон о конкуренции (2010 год) – пересмотренная статья X

Функции и полномочия административного органа

I. Функции и полномочия административного органа могут включать в себя (в качестве примера):

- a) проведение проверок и расследований, в том числе в результате получения жалоб;
- b) принятие необходимых решений, включая наложение санкций, или представление рекомендаций на этот счет ответственному министру;
- c) проведение исследований и опубликование докладов, а также информирование общественности;
- d) подготовка бланков и ведение реестра или реестров уведомлений;
- e) составление и опубликование правил;
- 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;
- g) содействие обмену информацией с другими государствами.

II. Конфиденциальность:

1. Обеспечение разумных мер для защиты конфиденциального характера информации, полученной от предприятий и содержащей охраняемую законом коммерческую тайну.
2. Обеспечение неразглашения сведений о лицах, которые предоставляют информацию органам по вопросам конкуренции и которым нужна конфиденциальность для защиты от ответных экономических мер.
3. Защита конфиденциального характера обсуждений на правительственном уровне в отношении текущих или еще не решенных вопросов.

Комментарии к статье X и различные подходы в действующем законодательстве

Введение

1. В большинстве законов о конкуренции содержится перечень функций и полномочий, которыми располагает административный орган при выполнении своих задач и которые определяют общие рамки его функционирования. Примерный перечень функций органа приводится в статье X Типового закона о конкуренции. Важно упомянуть, что 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. Примечательно, что общими особенностями функций таких органов должны быть опора на принцип надлежащей законной процедуры, справедливость, недискриминацию, а также подотчетность и прозрачность.

а) Проведение проверок и расследований, в том числе в результате получения жалоб;

2. Орган может действовать по своей собственной инициативе или на основе определенных фактов, свидетельствующих о наличии антиконкурентной практики, например по жалобе какого-либо лица или предприятия. В Комплексе 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 практикой².

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

4. В случае непредставления такой информации можно предусмотреть, когда это применимо, получение 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 Аргентине, Австралии, Германии, Венгрии, Италии, Норвегии, Пакистане, Перу и Российской Федерации, а также в Европейском союзе (ЕС) административный орган может обязать предприятие представить информацию и дать сотруднику этого органа разрешение на доступ в помещения для поиска соответствующей информации без предварительного уведомления (так называемые внезапные проверки). Однако доступ в помещения может быть разрешен при соблюдении определенных условий. Например, в Аргентине, Австрии и Германии для доступа в частное здание требуется судебный ордер. В Турции в тех случаях, когда существуют препятствия или вероятность возникновения препятствий для проведения проверки на месте в целях получения информации и копий документов, книг и других материалов, приказ о проведении такой проверки может отдать судья суда по уголовным делам. В Польше в случае крайней необходимости, когда имеют-

² См. пункт E.6 Комплекса.

ся оправданные подозрения относительно серьезного нарушения закона о конкуренции, особенно если задержка может дать возможность 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 может обыскивать помещения, квартиры, транспортные средства и т.п. по просьбе Комиссии ЕС, когда Комиссия сталкивается с сопротивлением со стороны какого-либо лица, которому в рамках расследования, проводимого согласно правилам Сообщества, предложено представить документы, информацию и другие материалы; представители Комиссии также могут участвовать в инспекционной проверке того или иного предприятия, проводимой Управлением по просьбе Комиссии.

5. Во многих странах предусмотрены наказания, в том числе в некоторых случаях штрафы и тюремное заключение, за намеренное невыполнение предписаний проводящего расследование административного органа.

6. Что касается сбора доказательств, то в соответствии с передовой практикой в области защиты конкуренции должна быть четкая презумпция в пользу раскрытия максимально возможного числа фактов ответчику, с тем чтобы дать ему возможность в полной мере защитить себя. Постоянный процесс взаимодействия между органом по вопросам конкуренции и ответчиком в связи с утверждениями и доказательствами, подкрепляющими такие претензии, позволит обеспечить ознакомление ответчика не только с доказательствами виновности и оправдательными доказательствами, лежащими в основе данного дела органа по вопросам конкуренции, но и с описанием фактической базы дела, а также с экономическим и правовым анализом, составляющим основу теории правонарушения³.

7. Ниже рассматриваются различные подходы к проведению расследований.

Различные подходы в действующем законодательстве – режимы расследования

<i>Страна</i>	<i>Полномочия органа</i>	<i>Санкции за несоблюдение требований</i>
Европейский союз	Комиссия имеет право: • потребовать представления информации; • входить в помещения и проверять их; • знакомиться с документами и учетными материалами и снимать с них копии; • опечатывать помещения или учетную документацию на определенный период времени;	Несоблюдение требований наказывается штрафом в размере не более 1% от суммарного оборота предприятия-правонарушителя за предыдущий год.

³ The International Chamber of Commerce, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition law Enforcement Procedures*, Document No. 225–666, 8 March 2010.

Страна	Полномочия органа	Санкции за несоблюдение требований
Соединенные Штаты	• требовать от любого лица разъяснения фактов или документов. Власти могут потребовать от лица: • представить документы, информацию и иные материалы; • дать устные показания под присягой. Министерство юстиции (МЮ) Соединенных Штатов уполномочено также проводить уголовные расследования на основании своих уголовно-следственных полномочий.	Несоблюдение гражданско-правового следственного требования является уголовным правонарушением, которое наказывается штрафом и лишением свободы.
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.	Отказ от предоставления 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.
Китай	Согласно статье 39 Антимонопольного закона Антимонопольный орган уполномочен: • входить в помещения предприятия, по которому проводится расследование, или во все другие имеющие отношение к расследованию места; • требовать от объекта расследования раскрытия важной информации;	Согласно статье 52 Антимонопольного закона отказ от предоставления запрошенной информации, предоставление недостоверной информации, уничтожение или изъятие доказательств и препятствование/противодействие расследованиям в иной форме может наказываться денежными штрафами.

<i>Страна</i>	<i>Полномочия органа</i>	<i>Санкции за несоблюдение требований</i>
	• знакомиться с соответствующими коммерческими и другими документами и снимать с них копии; • изымать и удерживать важные доказательства; • запрашивать информацию о банковских счетах хозяйствующих субъектов, по которым проводится расследование.	
Новая Зеландия	Комиссия может запросить документацию (соблюдая правовой иммунитет) и письменную информацию, а 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, наказуемым денежным штрафом.

Программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество⁴

8. В последнее десятилетие значительное число органов по вопросам конкуренции взяли на вооружение так называемые программы смягчения наказания, которые помогают расследовать наиболее серьезные виды антиконкурентной практики, например злостную картельную практику. Официально объявленные программы смягчения наказания "частично или полностью освобождают от наказания тех участников картелей, которые признаются органу, занимающемуся [правовым] обеспечением конкуренции, в своем участии в картеле"⁵. Программы смягчения наказания показали себя в качестве эффективного инструмента выявления картелей. Формирующиеся режимы защиты конкуренции могут получить выигрыш от программ смягчения наказания, поскольку они помогают уменьшить объем кадровых и финансовых ресурсов, необходимых для обеспечения соблюдения требований законодательства в области конкуренции.

9. Ключевыми аспектами режима смягчения наказания в обмен на сотрудничество обычно являются: а) четкое определение выгод режима; б) четкое указание на то, освобождаются ли работники заявителя от уголовного преследования; с) характер и объем информации, которую должен представить заявитель

⁴ Конкретную информацию о программах смягчения наказания в развивающихся странах см. записку секретариата ЮНКТАД об эффективности программ смягчения наказания в обмен на сотрудничество в качестве инструмента обеспечения применения законодательства о конкуренции в отношении злостных форм картельной практики в развивающихся странах. TD/RBP/CONF.7/4.

⁵ International Competition Network, 2009, "Drafting and Implementing an Effective Leniency Program", Chapter 2 in *Anti-Cartel Enforcement Manual*.
См. www.internationalcompetitionnetwork.org.

для смягчения наказания; d) прозрачность и предсказуемость процедур, лежащих в основе этого режима; и e) в конечном итоге конкретное свидетельство того, что, по данным органа по вопросам конкуренции, предприятия считают программу смягчения наказания предсказуемой и выгодной.

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 картелей должны признать соответствующие факты, свидетельствующие о правонарушении, прекратить картельную практику и в полной мере сотрудничать в деле представления веских доказательств для содействия в проведении расследования против других участников картеля. Со своей стороны, правоприменительный орган по вопросам конкуренции обязуется прозрачно и добросовестно применять предсказуемую систему наказаний, призванную поощрять участников картелей к использованию программы смягчения наказаний.

11. Около 50 юрисдикционных систем заявили о том, что в них действуют программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество участников картелей⁶. Среди стран со средними и низкими уровнями доходов такие программы применяют Бразилия, Мексика, Российская Федерация и Южная Африка. Недавно к этой группе присоединилась Чили. Их программы аналогичны и функционируют параллельно программам Соединенных Штатов и Европейского союза, т.е. тех юрисдикционных систем, которые, по всей видимости, получают наибольшее число ходатайств о смягчении наказания. Тем не менее большинство стран со средними и низкими уровнями доходов программ смягчения наказания не имеют.

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

13. Антикартельная правоприменительная работа должна вестись достаточно активно для того, чтобы участники картелей ощущали серьезную опасность того, что, если они не обратятся с просьбой о смягчении наказания, они будут изобличены и понесут наказание.

14. 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.

15. Программа смягчения наказания в обмен на сотрудничество должна быть достаточно прозрачной и предсказуемой, чтобы потенциальные заявители могли предвидеть, как с ними поступят.

16. Чтобы быть привлекательной для участников международных картелей, программа смягчения наказания должна обеспечивать достаточную защиту информации, с тем чтобы заявитель не столкнулся с большей угрозой преследования в других странах, чем участники, отказывающиеся от сотрудничества.

17. И наконец, необходимо непременно упомянуть о том, что 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.

⁶ Ibid.

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

18. Административному 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 в себя типичный обязательный или превентивный запрет, установленный судом, или наложение денежных штрафов. Комплекс средств правовой защиты в рамках режима защиты конкуренции должен позволять органам по вопросам конкуренции гибко учитывать все обстоятельства, возникающие в деле по вопросу конкуренции. Разумеется, эти средства должны быть достаточно жесткими по своему характеру, чтобы предотвращать рецидивы и несоблюдение закона и/или обход установленной санкции.

19. 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).

c) Проведение исследований, опубликование докладов, а также информирование общественности;

20. Орган может проводить исследования и при проведении своих исследований может пользоваться помощью экспертов или оплачивать проведение внешних исследований. В Бразилии, например, закон предусматривает, что Управление экономического законодательства 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:

21. сектора или рынка товаров и услуг, для того чтобы установить наличие структурных барьеров для конкуренции на рынке;

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

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

24. В относительно новых режимах защиты конкуренции, таких как режим Карибского сообщества (КАРИКОМ), где в законодательстве Сообщества в области конкуренции к государствам-членам обращен призыв "принимать необходимые законодательные меры для обеспечения согласованности и соблюдения правил конкуренции"⁷, и в обстоятельствах, при которых учреждения Сообщества обязаны "разрабатывать и принимать соответствующие меры политики и

⁷ The Revised Treaty of Chaguaramas, Article 179(1)(b)(ii).

правила конкуренции... включая особые правила для конкретных секторов"⁸, должны проводиться как правовые, так и экономические исследования в целях а) оценки масштабов реформы, которая необходима для обеспечения соблюдения государством-членом законодательства Сообщества в области конкуренции, и б) установления правоприменительных приоритетов, которые соответствуют основополагающим целям Договора и задачам Сообщества.

25. И наконец, важная роль органа, особенно в странах, где конкуренция начала развиваться недавно, заключается в информировании общественности и деловых кругов о последствиях применения законодательства в области конкуренции 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;

26. Законы большинства стран, в которых предусматриваются процедуры уведомления, содержат положение о той или иной системе регистрации, которая должна быть прозрачной. Так, например, обстоит дело в Испании, где ведется реестр по защите конкуренции. Европейская комиссия публикует общие сведения обо всех случаях концентрации, о которых она получает уведомление, на своем сайте. В некоторых странах ведется публичный реестр, в котором фиксируется определенная (но не вся) информация, представляемая в рамках уведомлений. Полезность публичного реестра обусловлена верой в то, что гласность может оказывать определенное сдерживающее воздействие на предприятия, применяющие ограничительную деловую практику, а также дает возможность лицам, пострадавшим от такой практики, получать о ней информацию. Такие лица могут также обращаться с конкретными жалобами и сообщать о любых неточностях в информации, представленной в уведомлениях. Однако не вся информация, содержащаяся в уведомлениях, может быть зарегистрирована, и одна из причин этого заключается в том, что определенные сведения имеют отношение к так называемой "коммерческой тайне", и раскрытие таких сведений может неблагоприятно сказаться на функционировании 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.

27. Там, где используется система уведомлений или реестр, важно рассмотреть вопрос о том, необходимо ли наделить орган по вопросам конкуренции полномочиями на пересмотр потребности в таком режиме или, в качестве альтернативы, необходимо ли закрепить "положение об истечении срока действия", ограничивающее использование режима уведомлений после наступления определенного события или по истечении определенного срока.

28. Использование стандартных бланков уведомлений о слияниях или ограничительной деловой практике может упорядочить 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.

⁸ Revised Treaty of Chaguaramas, Article 182.

e) Составление и опубликование правил;

29. Орган должен также иметь полномочия принимать имплементирующие правила для облегчения 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, органы обычно издают имплементирующие правила, регулирующие процедуры подачи уведомлений о тех или иных операциях или видах практики, сбора информации, а также оценки и принятия решений.

30. 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 определения правоприменительных мер. Учреждению важно также установить правила взаимодействия с органом по вопросам конкуренции в ходе расследований посредством четкого установления средств связи, которые будут использоваться учреждением, например в форме официальной переписки, сообщений по электронной почте, конференций, предварительных встреч и слушаний. Орган по вопросам конкуренции должен также в опубликованном документе четко указать сроки, в которые ответчик должен представлять материалы, приняв меры к тому, чтобы предоставить ответчику достаточно времени для изучения в полном объеме утверждений, избегая при этом установления нереалистичных ограничений сроков и предоставляя также достаточно времени ввиду сложности вопросов, связанных с данным делом.

31. 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 законодательства в области конкуренции. Например, органы по вопросам конкуренции 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 законодательства в области конкуренции и при этом не иметь обязательной силы закона.

32. Полное раскрытие правил оценки и взаимодействия в опубликованном и широко распространяемом документе обеспечивает тщательное ознакомление как органа по вопросам конкуренции, так и ответчика лица с данным делом на протяжении всего расследования, позволяя обеим сторонам менять свой взгляд на экономические и правовые вопросы по мере расследования фактов. Опубликование правил имеет также важное значение для содействия эффективному управлению в рамках органа по вопросам конкуренции и обеспечения некоторой степени определенности для предприятий, что сводит к минимуму возможность оспаривания решений по техническим соображениям.

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;

33. Ввиду высокого уровня специализации и уникального опыта административного органа в области конкуренции в условиях принятия все большего числа новых законодательных актов или поправок к ним на этот орган возлагается дополнительная ответственность за консультирование авторов законопроектов, которые могут оказывать отрицательное воздействие на конкуренцию, а также за проведение исследований и представление правительству соответствующих предложений по изменению законодательства в области конкуренции. Так, например, делается в Болгарии на уровне Комиссии по защите конкуренции⁹, в Португалии, имеющей Совет по конкуренции, который может давать заключения, рекомендации и руководящие указания по вопросам политики в области конкуренции¹⁰, и в Испании на уровне Суда по защите конкуренции¹¹ и Службы защиты конкуренции.

г) Содействие обмену информацией с другими государствами.

34. Комплекс принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции требует от государств создавать на региональном и субрегиональном уровнях соответствующие механизмы для поощрения обмена информацией об ограничительной деловой практике. Было бы целесообразно наделить орган полномочиями на поощрение таких обменов, четко предусмотрев это в качестве одной из его основных функций.

35. Обмен информацией служит многочисленным целям, позволяя обмениваться экспертам опытом, способствуя сближению требований законодательства в области конкуренции в разных странах мира и облегчая обмен собранными доказательствами. Последний момент приобретает все более важное значение с учетом международного характера многих картелей. Способность обмениваться доказательствами или совместно использовать их помогает эффективно бороться с картелями на основе действующего законодательства.

36. Действительно, передовая практика в данной области применения законодательства по вопросам конкуренции свидетельствует о том, что в настоящее время прослеживается тенденция к определению условий сотрудничества между странами в двустороннем соглашении. Поэтому сегодня сотрудничество все чаще и чаще рассматривается в контексте обмена документами/информацией, предусмотренного в двусторонних торговых соглашениях. Североамериканское соглашение о свободной торговле¹² и Соглашение об экономическом партнерст-

⁹ Положение об организации и деятельности Комиссии по защите конкуренции от 15 ноября 1991 года. Статья 4 (3).

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

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 Статья 1501 (2) НАФТА гласит: "Каждая сторона признает важное значение сотрудничества и координации действий своих ведомств в интересах содействия обеспечению эффективного применения законодательства в области конкуренции в зоне свободной торговли. Стороны поддерживают сотрудничество по вопросам политики в области применения законодательства о конкуренции, включая взаимную правовую помощь, уведомления, консультации и обмен информацией, касающейся применения законов и политики в области конкуренции в зоне свободной торговли".

ве (СЭП) в формате КАРИФОРУМ–Европейский союз¹³ содержат достаточно широкие условия сотрудничества в области законодательства по вопросам конкуренции для охвата сотрудничества в области обмена информацией и документацией.

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

38. Какие бы договоренности ни достигались, как запрашивающему, так и отвечающему органу по вопросам о конкуренции, важно в полном объеме знать внутренние законы своих партнеров, касающиеся конфиденциальности, правовых привилегий и оскорбления суда. Органам по вопросам конкуренции важно быть в состоянии проверить, что законами запрашивающей стороны обеспечивается право на защиту и что она способна в полной мере обеспечить конфиденциальность, которая обычно обеспечивается в соответствии с правовой системой отвечающей стороны.

39. В связи с последним аспектом следует отметить, что Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) определила, например, в одном из документов 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 деле обмена информацией на добровольной или обязательной основе, в порядке контроля необходимо обеспечивать, чтобы эти органы взаимодействовали в процессе рассмотрения любых препятствий – будь то в других договорах или национальном законодательстве – с целью гарантировать эффективное сотрудничество, предусмотренное в соответствии с этими многосторонними соглашениями¹⁴.

40. Многие государства пошли даже на то, чтобы закрепить основы сотрудничества с другими органами по вопросам конкуренции в своем законодательстве в области конкуренции. Это представляет собой усиливающуюся тенденцию, возможно свидетельствующую о том, что вскоре она станет обычной практикой в данной области применения законодательства по вопросам конкуренции. Ниже дается обзор некоторых подходов, принятых на вооружение в законах о конкуренции.

¹³ См., например, статью 128 СЭП между государствами КАРИФОРУМ и ЕС, которая допускает обмен информацией и сотрудничество в правоприменительной сфере между сторонами Договора.

¹⁴ OECD Competition Committee, Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations, October 2005.

Различные подходы в действующем законодательстве – обмен информацией

Бельгия	В законодательстве Бельгии предусматривается возможность представления необходимых документов и информации соответствующим иностранным органам по вопросам конкуренции в рамках соглашений, касающихся взаимности в вопросах взаимопомощи в области конкурентной практики ¹⁵ .
Германия	В Германии, согласно седьмой поправке от 12 июля 2005 года к Закону об ограничении конкуренции, были приняты меры для расширения полномочий Федерального бюро по вопросам картелей в вопросах сотрудничества с другими органами по вопросам конкуренции (особенно в рамках Европейской сети по вопросам конкуренции), например по вопросам обмена информацией и оказания взаимной помощи при проведении расследований.
Австралия	В 2007 году парламент Австралии принял закон, разрешающий австралийской Комиссии по вопросам конкуренции и защите прав потребителей (АККЗП) делиться с зарубежными и национальными государственными органами некоторыми сведениями, полученными в ходе расследований. До этого АККЗП могла раскрывать лишь информацию, сбором которой она должна была заниматься в обязательном порядке при выполнении своих функций и обязанностей или в соответствии с требованиями закона. Новые положения позволяют АККЗП раскрывать эту и иную информацию (известную как "охраняемая информация") оговоренным учреждениям, органам и лицам, если председатель АККЗП убежден в том, что эта информация поможет данному органу в осуществлении его полномочий или функций или позволит осуществить их. Следует особо подчеркнуть, что статья 155AAA Закона о торговой практике 1974 года (ЗТП) разрешает АККЗП предоставлять охраняемую информацию "зарубежному государственному органу". Это полномочие поможет АККЗП координировать расследования со своими международными партнерами по правоприменительной работе. Информация считается "охраняемой", если она, в частности: • предоставлена АККЗП в конфиденциальном порядке и имеет отношение к вопросам, регулируемым основными нормативными положениями;

¹⁵ Закон о защите экономической конкуренции. Статья 50 b).

- получена на основании статьи 155 ЗТП либо в рамках полномочий АККЗП на проведение обысков и изъятие доказательств и имеет отношение к вопросам, регулируемым основными нормативными положениями;
- получена АККЗП в рамках различных полномочий на сбор информации в телекоммуникационной индустрии и в соответствии с режимом доступа в телекоммуникационную отрасль и имеет отношение к вопросам, регулируемым разделом ХІВ или ХІС ЗТП; или
- предоставлена АККЗП в конфиденциальном порядке зарубежным государственным органом и имеет отношение к вопросам, регулируемым положениями законодательства иностранного государства (или его части).

Новые положения согласуются с принципиальным подходом, сформулированным в пункте 7 раздела Е Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции, а также с Руководящими принципами защиты потребителей от мошеннической и вводящей в заблуждение коммерческой практики, разработанными ОЭСР.

Статья 155ААА согласуется с пунктом g) статьи X Типового закона и опирается на него. Следует особо отметить, что эта статья в законодательном порядке наделяет АККЗП полномочиями в надлежащих случаях обмениваться информацией с международными партнерами, в том числе в рамках заключенных Австралией двусторонних соглашений.

Алжир

Алжирский режим регулирования закладывает фундамент сотрудничества между Советом по конкуренции и зарубежными органами по вопросам конкуренции в интересах обеспечения надлежащего осуществления национального и зарубежного законодательства о конкуренции и активизации взаимодействия и обмена информацией между заинтересованными органами при условии уважения национального суверенитета, государственной политики ("ordre public") и профессиональной тайны. Этот режим согласуется с положениями о сотрудничестве, закрепленными в статье 41 и в приложении 5 заключенного с ЕС соглашения об ассоциации¹⁶.

¹⁶ Евросредиземноморское соглашение об установлении ассоциации между Европейскими сообществами и их государствами-членами, с одной стороны, и Алжиром – с другой (22 апреля 2002 года).

Новая Зеландия/ Австралия/ Канада	Новозеландская Торговая комиссия, австралийская Комиссии по вопросам конкуренции и защите прав потребителей и канадское Управление Комиссара по конкуренции обмениваются информацией и сотрудничают по вопросам правоприменения в соответствии с меморандумом о договоренности.
---	---

II. Конфиденциальность:

1. *Обеспечение разумных мер для защиты конфиденциального характера информации, полученной от предприятий и содержащей охраняемую законом коммерческую тайну.*

2. *Обеспечение неразглашения сведений о лицах, которые предоставляют информацию органам по вопросам конкуренции и которым нужна конфиденциальность для защиты от ответных экономических мер.*

3. *Защита конфиденциального характера обсуждений на правительственном уровне в отношении текущих или еще нерешенных вопросов.*

41. Согласно пункту 5 раздела Е 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 административному органу или получаемая им, может также защищаться в целом национальными законодательными актами, касающимися секретности. Тем не менее в некоторых странах законодательство о конкуренции содержит особые положения, касающиеся неразглашения сведений, полученных в рамках таких процедур.

42. Что касается защиты конфиденциальной информации, то передовая практика при применении законодательства в области конкуренции, 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 органу по вопросам конкуренции на устойчивой основе заручаться сотрудничеством и доверием участников рынка. Органы по вопросам конкуренции рассчитывают на то, что все участники рынка будут предоставлять ценную информацию для оказания им содействия в оценке фактов, на основе которых следует применять правовые стандарты. Участники рынка, которые обычно являются конкурентами компании, являющейся объектом расследования, как правило, служат первичным источником сведений, которые помогают оценить само поведение и воздействие данного поведения на соответствующий рынок. В качестве источников информации выступают даже те самые компании, которые являются объектом расследования. Например, сведения, на которые опираются органы по вопросам конкуренции, обычно можно найти во внутренней документации (сообщения электронной почты, протоколы заседаний, меморандумы и т.д.) и деловых формах (договоры купли-продажи това-

ров). Если орган по вопросам конкуренции не обеспечивает защиту информации, представляемой участниками рынка, он может оказаться в положении, когда даже самые жесткие меры принуждения не обеспечат ему доступ к информации, на которой он может построить объективную оценку по данному вопросу.

43. Поэтому органу важно дать возможность информатору указать документы, которые он считает конфиденциальными, и привести причины, по которым к ним следует применить гриф "конфиденциально". Разумеется, 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.

44. В целом, как представляется, общая позиция органов в этой сфере 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 посредством раскрытия только должным образом отредактированных версий документов, а также посредством обеспечения того, чтобы сотрудники органа, участвующие в расследовании, приносили присягу/подписывали заявления, обязывающие их не раскрывать конфиденциальные материалы, кроме тех случаев, когда это диктуется законными целями, связанными с расследованием.

45. Важно отметить, что гарантии защиты конфиденциальной информации должны выходить за рамки расследования конкретных нарушений законодательства в области конкуренции и должны распространяться также на секторальные расследования.

Различные подходы в действующем законодательстве – защита конфиденциальной информации

Австралия	Вводя уголовное преследование картельной практики в 2009 году, парламент Австралии внес также поправки в ЗТП для улучшения защиты представляемой АККЗП информации о картелях (так называемая "охраняемая картельная информация"). Парламент согласился с тем, что осведомители/информаторы будут охотнее представлять АККЗП сведения о картельной практике, если конфиденциальность полученных сведений будет защищаться надежнее. Охраняемая картельная информация определяется как, предоставленная АККЗП в конфиденциальном порядке информация, которая касается нарушения или потенциального нарушения уголовно-правовых и гражданско-правовых норм, запрещающих картельную практику¹⁷. В целом АККЗП не обязана раскрывать охраняемую картельную информацию, однако она может сделать это, взвесив некоторые общественные интересы, которые излагаются ниже: а) тот факт, что охраняемая картельная информация была представлена АККЗП на условиях конфиденциальности;
-----------	--

¹⁷ См. статьи 44ZZRF, 44ZZRG, 44ZZRJ и 44ZZRK ЗТП на сайте: <http://www.comlaw.gov.au/>.

- b) отношения Австралии с другими странами;
- c) необходимость не допустить срыва национальных и международных усилий в области правоприменения, сбора уголовной информации и уголовных расследований;
- d) в случае, когда охраняемая картельная информация была предоставлена информатором:
 - i) необходимость защиты или обеспечения безопасности информатора или связанных с ним лиц; и
 - ii) тот факт, что оглашение документа, содержащего охраняемую картельную информацию, или раскрытие охраняемой картельной информации может в будущем вызвать у информаторов нежелание представлять охраняемую картельную информацию; и
- e) интересы отправления правосудия¹⁸.

В то же время суд или трибунал может потребовать от АККЗП раскрыть ему охраняемую картельную информацию, взвесив изложенные выше общественные интересы.

Режим использования охраняемой картельной информации ограничивает также использование такой информации во вторичном производстве.

Положения об охраняемой картельной информации основаны на предписаниях части II статьи X Типового закона.

Китай

Статья 41 Антимонопольного закона КНР обязывает орган по применению Антимонопольного закона и его сотрудников уважать конфиденциальность коммерческой тайны, к которой они получили доступ в процессе правоприменительной деятельности.

В пункте 2 статьи 38 говорится, что любое юридическое и физическое лицо может сообщить в орган по применению Антимонопольного закона о подозрительной монопольной практике. Орган по применению Антимонопольного закона обеспечивает конфиденциальность сведений об информаторе.

Малайзия

Статья 21 Закона о конкуренции 2010 года обеспечивает защиту конфиденциальной информации. В ней говорится, что:

"21 1) Любое лицо, разглашающее или использующее любую конфиденциальную информацию о конкретном предприятии или о деловых отношениях физического лица, полученную на основании любого положения настоящего Закона, совершает правонарушение.

2) Ничто в подпункте 1) не препятствует раскрытию информации в тех случаях, когда:

¹⁸ См. статью 157C(5) ЗТП на сайте: <http://www.comlaw.gov.au/>.

- a) информация раскрывается с согласия лица, у которого она была получена;
 - b) раскрытие информации необходимо для осуществления Комиссией своих функций или полномочий;
 - c) информация была раскрыта в разумных пределах в ходе производства по делу в соответствии с положениями настоящего Закона при условии, что это было сделано не в нарушение предписаний Комиссии или Апелляционного суда по вопросам конкуренции, где это дело рассматривается;
 - d) информация была раскрыта в связи с расследованием, или нарушением, или преступлением, предусмотренным настоящим Законом; или
 - e) информация была раскрыта с разрешения Комиссии любому иностранному органу по вопросам конкуренции в связи с поступившей от него просьбой об оказании помощи.
- 3) Для целей настоящей статьи под "конфиденциальной информацией" понимается торговая, деловая или промышленная информация, которая принадлежит любому лицу, имеет экономическую ценность и, как правило, недоступна или неизвестна другим лицам.
-

Взвешенный подход при внедрении передовой практики

46. Проведенный выше обзор формулировок правоприменительных норм отражает некоторые из общих методов и видов передовой практики в системах применения законодательства в области конкуренции в контексте проведения расследований, обмена информацией и сохранения конфиденциальности при проведении разбирательств. Многие режимы защиты конкуренции продемонстрировали, например, что программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество помогают органу по вопросам конкуренции получить больше доказательств, чем при использовании традиционных методов их сбора¹⁹. Кроме того, можно отметить, что многими режимами защиты конкуренции предусматривается включение в законодательство в области конкуренции положений, облегчающих взаимную правовую помощь в проведении расследований и противодействии нарушениям законов о конкуренции в упрощенном порядке, способствующем ускорению этого процесса²⁰. Помимо этого общей тенденцией в проведении расследования органами по вопросам конкуренции можно считать использование принудительных мер в качестве части метода проведения расследований, а также в качестве средства наказания за отказ от сотрудничества при проведении расследования или от соблюдения введенных санкций. Например, как уже отмечалось, в рамках ряда режимов в качестве метода сбора доказа-

¹⁹ Программы смягчения наказания, принятые в Бразилии, Мексике и Южной Африке, например, привели к принятию более эффективных правоприменительных мер, чем в годы, предшествовавшие принятию в этих странах этих программ. См. *Использование программ смягчения наказания в обмен на сотрудничество в качестве инструмента обеспечения применения законодательства о конкуренции в отношении злостных форм картельной практики в развивающихся странах*. Записка секретариата ЮНКТАД, TD/RBP/CONF.7/4.

²⁰ CARICOM (Revised Treaty and EPA).

тельств используются обыски и выемки документации, а также применяются уголовные наказания или высокие штрафы при отказе от сотрудничества при проведении расследования.

47. Использование принудительных мер в качестве средств проведения расследований в связи с нарушениями законодательства в области конкуренции, например, может отражать передовую практику в деле разработки систем применения законодательства о конкуренции. Аналогичным образом, обмен информацией между органами по вопросам конкуренции становится все более широко распространенным и также отражает передовую практику в деле применения законодательства в области конкуренции²¹. Однако порой применение уголовных санкций, будь то за отказ от сотрудничества при проведении расследований или за нарушение законодательства в области конкуренции, взимание чрезмерно крупных штрафов и смешение функций расследующей, обвиняющей и судебной инстанций в рамках административного органа, а также весь набор других функций, определяемых на основе передовой международной практики, оспариваются в судебном порядке. Поэтому передовая практика до ее внедрения должна взвешенно изучаться под углом зрения внутренних законов той или иной юрисдикционной системы. Новым органам по вопросам конкуренции необходимо проявлять осторожность, поскольку передовая практика отражает общие подходы, но не всегда гарантирует соблюдение должной процедуры, принципа естественной справедливости и конституционных установок каждого внутреннего закона в нормах, рекомендуемых для принятия.

48. В связи с этим орган по вопросам конкуренции, который во многих юрисдикционных системах обычно определяется как административный орган, вряд ли сможет продемонстрировать разделение функций проведения расследований и установления фактов по делу и принятия решений по этим фактам в том случае, если при этом не установлены необходимые гарантии. Кроме того, обосновать введение уголовных санкций и установление крупных штрафов довольно трудно в условиях, когда орган по вопросам конкуренции должен также ежегодно обосновывать государственному министерству использование ресурсов и само свое существование. Помимо этого, бывает трудно гарантировать фундаментальные права ответчика (будь то вытекающие из прецедентного права, из конституции или договора) в тех случаях, когда орган по вопросам конкуренции выполняет множественные задачи в сфере правоприменения.

49. В связи с этим, хотя предоставление определенных полномочий и функций органу по вопросам конкуренции может представлять собой общераспространенные правоприменительные методы, они могут не всегда отражать передовую или оптимальную практику предоставления полномочий органам по вопросам конкуренции и, следовательно, не могут толковаться в строгом смысле как передовая практика среди методов правоприменения при отсутствии определенной системы сдержек и противовесов. Например, правоприменительные методы Генерального директората по вопросам конкуренции и Федеральной комиссии по торговле Соединенных Штатов в их неизменном виде могут не подходить для использования в новых и эволюционирующих режимах защиты конкуренции, в которых законодательство и правовая система в значительной мере отличаются от систем ЕС и Соединенных Штатов. И действительно, рассматривая прецедентное право в сфере конкуренции в относительно новых режимах защиты конкуренции, подобных Ямайке, и даже прецедентное право, складывавшееся много лет назад при формировании режимов, подобных режи-

²¹ OECD Competition Committee, *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, October 2005.

му в Австралии, можно сделать вывод о том, что внедрение общей практики или "передовой международной практики" при разработке процедурных правил или попросту "копирование" законодательства без какой-либо адаптации не гарантирует того, что сами сформулированные нормы не будут оспариваться в судебном порядке.

50. Рассмотрение "ранних дней" прецедентного права в сфере конкуренции в ряде юрисдикционных систем позволяет проиллюстрировать проблему, возникающую при определении полномочий и функций органа по вопросам конкуренции без уделения должного внимания их правовой эффективности в соответствующих национальных условиях. Например, вопрос об обмене информацией является актуальным вопросом в контексте применения правил в области конкуренции, и многие юрисдикционные системы инкорпорировали положения об обмене информацией в свое законодательство в области конкуренции. Вместе с тем в контексте обмена информацией уже можно предвидеть возникновение ряда серьезных вопросов. Например, при проведении судебного разбирательства на основании закона о конкуренции можно ли убедить орган по вопросам конкуренции к оказанию помощи органу по вопросам конкуренции другой страны посредством предоставления документов для оказания содействия в проведении параллельного расследования в запрашивающей стране без риска обвинения в оскорблении суда? Аналогичным образом, в контексте региональных/наднациональных режимов законодательства в области конкуренции в таких сообществах, как КАРИКОМ или Сообщество по вопросам развития Юга Африки (САДК), может ли орган по вопросам конкуренции государства-члена проводить параллельное расследование в том случае, когда дело находится на рассмотрении в суде сообщества, не рискуя при этом быть обвиненным в оскорблении суда? Сходный вопрос рассматривался на раннем этапе работы АККЗП в деле *"Брэмблз Холдингз лтд." против Комиссии по торговой практике и др.*²². Это дело касалось полномочий АККЗП в соответствии с разделом 155 Закона о торговой практике 1974 года (ЗТП) требовать от того или иного лица представления информации или документов либо дачи согласия на проведение расследования АККЗП. Комиссия начала расследование в целях обнаружения информации и документов, связанных с уже проводившимся расследованием, в рамках которого намечалось применить меры наказания и запретительные нормы за предполагаемое нарушение раздела 45 ЗТП. Разбирательство на основании раздела 45 достигло этапа рассмотрения дела в суде. Суд постановил, что вопросы, в связи с которыми АККЗП 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 АККЗП было квалифицировано как оскорбление суда, так как своими действиями АККЗП вмешивалась в обычный ход отправления правосудия. Вполне вероятно, что в рамках многих новых режимов защиты конкуренции, в которых были заключены соглашения о сотрудничестве с ключевой целью обеспечить обмен информацией, может возникнуть аналогичная ситуация в тех случаях, когда необходимо принять решение о передаче доказательств другой стране в момент проведения разбирательства в их собственном внутреннем суде.

51. Даже Европейское сообщество (ЕС) столкнулось с проблемой опротестования ее процессуальных норм в первые дни осуществления постановления Совета (ЕС) 1/2003, имплементирующего правила конкуренции ЕС, и продолжает сталкиваться с проблемой их опротестования. Суды Сообщества, и прежде все-

²² (1980) 32 ALR 328.

го Европейский суд по правам человека, неоднократно отмечали, что в рамках процедур законодательства в области конкуренции должны уважаться базовые требования статьи 6 Европейской конвенции о правах человека²³. В настоящее время юристы-практики в разных странах ЕС все еще выражают свое неудовлетворение по поводу существования многофункционального Генерального директората по вопросам конкуренции.

52. Процедуры в соответствии с постановлением Совета 1/2003, которые определяют также процедуры рассмотрения дел по законодательству в области конкуренции в ЕС, не подвергались каким-либо изменениям на предмет обеспечения процессуальных гарантий, к закреплению которых не раз призывали при рассмотрении дел по вопросам конкуренции в ЕС²⁴, и тем не менее многие новые и формирующиеся режимы защиты конкуренции рассматривают процедуры, предусмотренные в постановлении Совета 1/2003, в качестве возможных моделей для их собственных процессуальных норм, и, более того, многие из правил ЕС представляются в качестве передовых видов практики при применении законодательства в области конкуренции. Последствия копирования передовой практики или бездумного использования правил другого режима в качестве модели могут оказаться пагубными для нового органа по вопросам конкуренции.

53. Например, проблема непродуманного делегирования функций привела к превращению ямайского и барбадосского органов по вопросам конкуренции в "ущербные" учреждения, ожидавшие внесения поправок в их законодательство в целях исправления процессуальных дефектов. В веховом решении Апелляционного суда Ямайки²⁵ были выявлены определенные структурные дефекты в конфигурации Ямайской комиссии по добросовестной конкуренции, включая тот факт, что в Ямайском законе о добросовестной конкуренции не признаются никакие сотрудники, кроме уполномоченных Комиссии, и не предусматриваются возможности для делегирования полномочий, которые позволили бы Комиссии делегировать функции проведения расследования 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 по своим формулировкам законодательство этой страны является зеркальным отражением ямайского законодательства.

54. Кроме того, историческое происхождение законодательства и правовых систем многих новых и формирующихся режимов защиты конкуренции привело к трансплантации таких конституционных доктрин, как доктрина разделения властей, которая является в основном доктриной общего права, и придало смысл значимости "наделения полномочиями" каждой ветви власти в рамках разных и, более того, самостоятельных органов. И действительно, эта доктрина

²³ См., например, решение СПИ по делу T-276/04, *Compagnie Maritime Belge v. Commission*, para. 66; и решение Европейского суда по делу C-338/00 P, *Volkswagen v. Commission* [2003] ECR I-9189, para. 97.

²⁴ Хотя текст постановления Совета 1/2003 остается неизменным, в рамках прецедентного права в Сообществе удалось обеспечить ряд процессуальных гарантий и правил в целях уважения прав на защиту. Многие из норм в прецедентном праве находят отражение во внутренних правилах процедуры ЕС и установочных записках, определяющих порядок проведения расследований в связи с нарушениями правил конкуренции.

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

настолько укоренилась во многих правовых системах, что она прямо отражена в некоторых конституциях. Разделение самих учреждений и правильное наделение надлежащими полномочиями соответствующих учреждений на уровне передовой практики является наилучшим способом обеспечения того, чтобы гарантированные фундаментальные права граждан уважались в рамках применения законодательства в области конкуренции и обеспечения того, чтобы регулирование взаимоотношений между учреждениями исключало принятие произвольных, дискриминационных, пристрастных решений с предопределенным результатом.

55. Необходимо отметить также, что вопрос об оптимальной конфигурации и наделении полномочиями органа по вопросам конкуренции выходит за рамки обеспечения разделения властей и касается также вопросов, требующих соблюдения принципов естественной справедливости. В Австралии, например, в деле *"Дэниэлс корпорейшн" против АККЗП*²⁶ был поднят вопрос о том, могут ли правовые привилегии быть нарушены разделом 155 австралийского Закона о торговой практике, т.е. не подрывает ли предоставление правовых привилегий намерения, лежащего в основе наделения полномочиями на принятие принудительных мер при проведении расследования в соответствии с разделом 155. Этим разделом (155) предусматривается обязательное представление информации/доказательств, касающихся дела, которое может представлять собой нарушение закона. Правовая привилегия – это одна из тех непререкаемых доктрин общего права (да и гражданского права и гибридных правовых систем мира), которые тесно связаны с правом на доступ к защитнику, являющимся фундаментальной концепцией естественной справедливости и – для многих судей – фундаментальным правом человека, которое должно гарантироваться при правоприменительных действиях. В деле *Дэниэлс* Высокий суд Австралии счел, что полномочия АККЗП на проведение расследований в соответствии с разделом 155 никак не могут подрывать 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, никак не могут нарушаться или подрываться подразумеваемым содержанием статутного инструмента. Кроме того, когда орган по вопросам конкуренции наделяется полномочиями или функциями на основании статутного инструмента и/или вспомогательных нормативных актов, эти полномочия, несмотря на их прямое предоставление, являются юридически безупречными и неуязвимыми для оспаривания только в том случае, когда при этом соблюдаются основополагающие доктрины правовой системы.

56. Эти "ранние" дела, подобные делу *Ямайской фондовой биржи*, свидетельствуют о том, что несоблюдение конституционных доктрин и фундаментальных 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, в контексте применения законодательства в области конкуренции. Внедрение передовой международной практики в области применения законодательства по вопросам конкуренции, будь то программы смягчения наказания в обмен на сотрудничество или программы внесудебного урегулирования, или же методов проведения расследований не принесет позитивного эффекта для органа по вопросам конкуренции в тех случаях, когда передовая практика не основывается на нормах, регулирую-

²⁶ [2002] HCA 49 (7 November 2002).

щих конфигурацию учреждений, призванных поддерживать в государстве закон и порядок.

57. Таким образом, все институты государства – даже такие учреждения нового поколения, как органы по вопросам конкуренции, – все же должны придерживаться конституционных норм и правил, регулирующих правовую систему страны и определяющих порядок создания учреждений и порядок их наделения полномочиями. Несоблюдение этого принципа приведет к такому принятию решений, которое будет нарушать фундаментальные права, гарантированные конституцией, подрывать принцип естественной справедливости и может привести к принятию решений *ultra vires*. Это непременно означает, что оптимальность конфигурации органа по вопросам конкуренции, а также структуры полномочий и функций, исполняемых им, зависит от того, являются ли полномочия и функции, возлагаемые на орган по вопросам конкуренции, в частности, конституционно безупречными и соответствующими принципам естественной справедливости.

58. Довольно многим режимам защиты конкуренции теперь придется внести поправки в свое законодательство, с тем чтобы избавиться от их нынешнего ярлыка "ущербности". Отправной точкой для этих учреждений в деле определения правильного распределения полномочий и функций является изучение моделей законов о конкуренции аналогичных правовых систем. Например государства, имеющие систему общего права, могут обратиться к опыту Соединенного Королевства, Канады и Австралии для анализа вопроса о надлежащем наделении полномочиями и функциями органа по вопросам конкуренции.

Резюме передовой практики в деле определения функций и полномочий органа по вопросам конкуренции

1. Правила взаимодействия с органом по вопросам конкуренции должны разрабатываться таким образом, чтобы позволить ответчику быть в курсе эволюционирующих взглядов органа по вопросам конкуренции в рамках теории правонарушения, и при этом следует избегать нереалистичных ограничений сроков.
2. При проведении разбирательств на основании законов о конкуренции должна обеспечиваться конфиденциальность для защиты основных прав лица и должны соблюдаться принципы надлежащей процедуры, естественной справедливости и защиты коммерческой собственности.
3. В случае разработки условий сотрудничества в сфере обмена документацией и информацией важно обеспечить, чтобы права на защиту в каждой юрисдикционной системе в максимально возможной степени взаимно признавались и уважались сотрудничающими сторонами.
4. Типы полномочий и функций, которыми наделяется орган по вопросам конкуренции, должны разрабатываться таким образом, чтобы можно было противостоять их оспариванию в суде, и как таковые они должны уважать фундаментальные доктрины правовой системы, регулирующей распределение ответственности в рамках государства.