

Одобрено протоколом
Президиума ФАС России
от 13.03.2019 № 2



ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

РЕКОМЕНДАЦИИ

Президиума Федеральной антимонопольной службы

**«По применению механизма отказа от конфиденциальности (вейвера)
при рассмотрении сделок экономической концентрации»**

Рекомендации по применению механизма отказа от конфиденциальности (вейвера) при рассмотрении сделок экономической концентрации (далее – «Сделки») имеют своей целью обеспечение единообразного применения данного инструмента при взаимодействии ФАС России (далее – «Антимонопольный орган») с конкурентными ведомствами иных стран, осуществляющими контроль за соблюдением антимонопольного законодательства (далее – «Конкурентные ведомства»), и сторонами Сделки (далее – «Стороны»).

Международная и отечественная практика контроля Сделок подтверждает рост количества трансграничных Сделок, т.е. совершаемых глобальными компаниями (группами лиц), в результате чего такие Сделки оказывают или могут оказать влияние на состояние конкуренции сразу в нескольких юрисдикциях. В связи с этим, для повышения эффективности процесса рассмотрения ходатайств и сокращения издержек на их рассмотрение, необходимо организовать сотрудничество и взаимодействие между Конкурентными ведомствами стран, на состояние конкуренции в которых может повлиять рассматриваемая Сделка. Целью сотрудничества является получение единообразных и(или) не противоречащих друг другу результатов рассмотрения Сделки в различных юрисдикциях.

Национальное законодательство о защите конфиденциальной информации, коммерческой и иной охраняемой законом тайны и законодательство различных государств существенно ограничивает объем данных, которыми Конкурентные ведомства могут обмениваться в процессе проведения консультаций и переговоров при рассмотрении конкретной Сделки.

В случае, когда Сделка рассматривается Конкурентными ведомствами в двух и более юрисдикциях, Стороны могут добровольно отказаться от режима конфиденциальности, если посчитают, что такой отказ от конфиденциальности отвечает их интересам, в частности, будет способствовать объективному рассмотрению Сделки и позволит Антимонопольному органу и Конкурентным ведомствам принять единообразные и(или) не противоречащие друг другу решения, если иное не предусмотрено законодательством соответствующих государств.

Отказ от конфиденциальности позволяет Конкурентным ведомствам осуществлять взаимный обмен информацией и проводить всесторонний и качественный анализ влияния Сделки на состояние конкуренции в соответствующих юрисдикциях. Обмен информацией между Конкурентными

ведомствами способствует получению необходимой им информации и аналитических данных без направления дублирующих запросов, что позволяет Конкурентным ведомствам в оптимальные сроки установить реальное состояние конкуренции на анализируемом рынке и принять единообразные и обоснованные решения, что, в том числе, позволит Сторонам их в полной мере исполнить.

Такой взаимный обмен также возможен и в случаях, когда Антимонопольным органом рассматривается Сделка, которая ранее уже была согласована иными Конкурентными ведомствами.

Принципы использования механизма отказа от конфиденциальности Антимонопольным органом

Использование механизма отказа от конфиденциальности рекомендуется осуществлять для взаимодействия Антимонопольного органа и конкретного Конкурентного ведомства (взаимодействие Антимонопольного органа с несколькими Конкурентными ведомствами осуществляется в рамках отказов от конфиденциальности, выданных в отношении каждого из соответствующих Конкурентных ведомств отдельно) на основании следующих принципов, если иное не предусмотрено законодательством о защите конфиденциальной информации, коммерческой и иной охраняемой законом тайны соответствующего государства:

1. Антимонопольному органу, запрашивающему отказ от конфиденциальности у Сторон, необходимо убедиться, что он и соответствующее Конкурентное ведомство рассматривают одну и ту же Сделку либо если соответствующее Конкурентное ведомство рассмотрело эту же Сделку ранее;

2. Антимонопольный орган, запрашивая отказ от конфиденциальности у Сторон, должен быть заинтересован в проведении

консультаций и(или) переговоров по рассматриваемой Сделке с соответствующим Конкурентным ведомством;

3. Антимонопольному органу, запрашивающему отказ от конфиденциальности у Сторон, необходимо убедиться, что существует материальная и техническая возможность для проведения консультаций и(или) переговоров по рассматриваемой Сделке с соответствующим Конкурентным ведомством (наличие обеспечивающих сохранность и защиту информации от несанкционированного доступа специальных средств связи, отсутствие непреодолимого лингвистического барьера и пр.);

4. Антимонопольному органу, запрашивающему отказ от конфиденциальности у Сторон, необходимо убедиться, что национальное законодательство Конкурентного ведомства-получателя отказа от конфиденциальности предусматривает достаточную степень защиты конфиденциальной информации, а также коммерческой и иной охраняемой законом тайны.

Исходя из представленных принципов могут быть предложены следующие **характер и условия предоставления отказа от конфиденциальности**, если иное не предусмотрено законодательством соответствующих государств.

1. Добровольный характер предоставления отказа от конфиденциальности

Решение о предоставлении отказа от конфиденциальности принимается исключительно по собственному усмотрению Сторон и может быть отозвано ими в любой момент. При этом Антимонопольный орган не может оказывать давление на Стороны в целях получения отказа от конфиденциальности или отмены решение о его отзыве.

Отказ от конфиденциальности предоставляется Сторонами на основании собственного решения о необходимости предоставления отказа от конфиденциальности для целей рассмотрения Сделки или в связи с

получением мотивированного запроса Антимонопольного органа, в котором должно быть точно и непротиворечиво указано, в связи с рассмотрением какой Сделки запрашивается отказ от конфиденциальности.

Отказ в предоставлении отказа от конфиденциальности или его отзыв не могут трактоваться Антимонопольным органом в ущерб Сторонам при дальнейшем рассмотрении Сделки. В том числе, отказ в предоставлении отказа от конфиденциальности или его отзыв не могут являться основанием для отказа в удовлетворении ходатайства в связи с непредоставлением запрошенных сведений.

2. Перечень информации, на которую распространяет действие отказ от конфиденциальности

Антимонопольному органу, рассматривающему Сделку, рекомендуется определить перечень информации, в отношении которой у Сторон запрашивается отказ от конфиденциальности. При этом, перечень информации, на которую распространяет действие отказ от конфиденциальности, определяется Сторонами по их собственному усмотрению.

Стороны могут предоставить как частичный отказ от конфиденциальности, ограничивающий объем и характер информации, которой Антимонопольный орган и Конкурентное ведомство, рассматривающее Сделку, могут обмениваться в ходе взаимных консультаций и(или) переговоров, так и полный отказ от конфиденциальности в отношении любых документов, заявлений и информации, которые Стороны передают Конкурентным ведомствам.

Перечень информации, в отношении которой действует отказ от конфиденциальности, может быть изменен выдавшими отказ от конфиденциальности Сторонами в любой момент до истечения срока действия отказа от конфиденциальности.

3. Срок действия отказа от конфиденциальности

Срок действия отказа от конфиденциальности может быть определен Сторонами непосредственно в тексте отказа от конфиденциальности.

В соответствии с международной правоприменительной практикой отказ от конфиденциальности предоставляется на срок рассмотрения соответствующей Сделки (до принятия окончательного решения по ней как Антимонопольным органом и/или иным Конкурентным ведомством-получателем отказа от конфиденциальности).

Стороны вправе указать иной срок, в рамках которого будет действовать отказ от конфиденциальности, который при этом не может превышать срок рассмотрения Сделки (т.е. до принятия окончательного решения по ней как Антимонопольным органом, так и иным Конкурентным ведомством).

При отсутствии в отказе от конфиденциальности определенного или определимого срока, отказ от конфиденциальности считается предоставленным до принятия окончательного решения по Сделке как Антимонопольным органом, так и Конкурентным ведомством, участвующим в консультациях и (или) переговорах по Сделке.

4. Сохранение режима конфиденциальности за пределами перечня информации, на которую распространяет действие отказ от конфиденциальности

При применении механизма отказа от конфиденциальности Антимонопольному органу рекомендуется учитывать, что Стороны вправе отказаться от конфиденциальности информации только в той мере, в которой такой отказ от конфиденциальности позволит Антимонопольному органу, обладающему информацией, подлежащей передаче, обмениваться ею с другим, прямо указанным в отказе от конфиденциальности, Конкурентным ведомством.

Отказ от конфиденциальности не означает согласия Сторон на раскрытие информации, подлежащей отказу от конфиденциальности, иным Конкурентным ведомствам и(или) третьим лицам.

Антимонопольный орган не вправе разглашать или передавать третьим лицам информацию, полученную в рамках консультаций и(или) переговоров с иным Конкурентным ведомством, на которую был выдан отказ от конфиденциальности, без специального согласия Сторон, за исключением случаев, предусмотренных национальным законодательством о конфиденциальности информации, защите коммерческой и иной охраняемой законом тайны. Запрос о даче согласия на разглашение или передачу информации третьим лицам направляется Сторонам Конкурентным ведомством, предоставившим информацию, на основании соответствующего обращения Антимонопольного органа.

Нарушение режима конфиденциальности информации, полученной в рамках консультаций и(или) переговоров с иным Конкурентным ведомством, на которую был выдан отказ от конфиденциальности, влечет ответственность в соответствии с национальным законодательством о конфиденциальности информации, защите коммерческой и иной охраняемой законом тайны.

Сведения, полученные в нарушение установленного режима конфиденциальности, не могут использоваться при анализе влияния Сделки на состояние конкуренции и принятии решения по рассматриваемой Сделке.

Отказ от конфиденциальности может содержать формулировки, отражающие понимание отказывающейся Стороны о том, что Антимонопольный орган может и будет защищать конфиденциальность информации, которую он получает от Конкурентного ведомства, в соответствии с законодательством о конфиденциальности информации, защите коммерческой и иной охраняемой законом тайны. Отсутствие

указанной формулировки не исключает ответственность Антимонопольного органа за нарушение режима конфиденциальности.

5. Действие отказа от конфиденциальности

При применении механизма отказа от конфиденциальности (вейвера) Антимонопольному органу рекомендуется исходить из следующего.

Отказ от конфиденциальности может применяться не ранее даты его получения как Антимонопольным органом, так и Конкурентным ведомством, если иное прямо не предусмотрено отказом от конфиденциальности.

Применение отказа от конфиденциальности прекращается Антимонопольным органом в следующих случаях:

- 1) Истечение срока действия отказа от конфиденциальности;
- 2) Принятие решения по Сделке как Антимонопольным органом, так и Конкурентным ведомством, участвующим в консультациях и(или) переговорах по Сделке;
- 3) Отзыв отказа от конфиденциальности любой из Сторон;
- 4) Любое иное условие прекращения его применения, прямо предусмотренное отказом от конфиденциальности.

6. Условия и оговорки

Стороны могут по своему усмотрению включить в отказ от конфиденциальности условия и оговорки по обращению с информацией, на которую предоставляется отказ от конфиденциальности. В частности, Стороны могут видеть необходимость в направлении им уведомлений о намерении Антимонопольного органа или Конкурентного ведомства запросить или отправить те или иные документы или сведения.

При принятии Сторонами решения об отзыве отказа от конфиденциальности Антимонопольный орган и Конкурентное ведомство вправе использовать ранее полученные сведения для целей дальнейшего

рассмотрения Сделки, если решением об отзыве отказа от конфиденциальности не предусмотрено иное (в частности, Стороны, действующие добросовестно, могут мотивировано запретить использование данных сведений полностью или в части).

В целях формирования единых подходов также может быть предложен следующий **механизм применения отказа от конфиденциальности**:

1. Отказ от конфиденциальности запрашивается Антимонопольным органом по конкретной Сделке с указанием конкретного Конкурентного ведомства, с которым планируется проведение консультаций и(или) переговоров. В случае если планируется проведение консультаций и(или) переговоров с несколькими Конкурентными ведомствами, то направляются отдельные запросы на предоставление отказа от конфиденциальности отдельно для каждого Конкурентного ведомства.

2. В случае, если планируется проведение консультаций и(или) переговоров с несколькими Конкурентными ведомствами, следует учитывать необходимость направления Сторонам запроса о предоставлении отказа от конфиденциальности всеми Конкурентными ведомствами, участвующими в консультациях и(или) переговорах.

3. Отказ от конфиденциальности запрашивается у каждой Стороны отдельно. Антимонопольный орган может приступить к консультациям и(или) переговорам с другими Конкурентными ведомствами в соответствии с условиями, оговоренными в тексте отказов от конфиденциальности, только в случае получения отказов от конфиденциальности от каждой из Сторон.

4. Стороны вправе предоставить отказ от конфиденциальности без предварительного получения запросов Антимонопольного органа и Конкурентных ведомств. Данный отказ от конфиденциальности будет иметь юридическую силу с даты получения отказа от конфиденциальности как Антимонопольным органом, так и соответствующим Конкурентным ведомством. Проведение консультаций, переговоров или передача сведений в

иной форме в соответствии с полученным до направления соответствующих запросов Антимонопольным органом и Конкурентным ведомством могут осуществляться исключительно при соответствии данного взаимодействия принципам использования механизма отказа от конфиденциальности, обозначенным в настоящих Рекомендациях.

Примерная форма запроса на предоставление отказа от конфиденциальности прилагается к настоящим рекомендациям в качестве **Приложения 1**.

Примерный модельный отказ от конфиденциальности прилагается к настоящим рекомендациям в качестве **Приложения 2**.

Председатель
Президиума ФАС России
Руководитель ФАС России



И.Ю. Артемьев

Приложение 1

*К Разъяснению
Президиума ФАС России
от 13.03.2019*

Кому [название компании]

Об отказе от конфиденциальности
по ходатайству [название]

ФАС России в настоящее время рассматривает ходатайство компании [название] о приобретении прав, позволяющих определить условия осуществления предпринимательской деятельности компаниями [названия], поданное [дата] в соответствии со статьей [номер статьи] Закона о защите конкуренции.

В целях рассмотрения ходатайства ФАС России необходимо провести консультационные мероприятия с [название зарубежного конкурентного ведомства], в которое также было подано ходатайство об осуществлении данной сделки.

В связи с этим просим направить в адрес ФАС России письма с согласием об отказе от конфиденциальности для проведения переговоров с [название зарубежного конкурентного ведомства] по рассмотрению указанного ходатайства.

[подпись]

Приложение 2

К Разъяснению
Президиума ФАС России
от 13.03.2019

**[Наименование антимонопольного
органа- получателя отказа от
конфиденциальности]**

[Адрес антимонопольного органа для
отправки отказа от конфиденциальности]

**[Наименование хозяйствующего
субъекта, выдающего отказ от
конфиденциальности]**

[Адрес для корреспонденции и иные
контактные сведения (ФИО представителей,
телефон, факс для связи, адрес электронной
почты)]

[Реквизиты сделки/расследования, в рамках
которого необходимо предоставление отказа
от конфиденциальности]

[Дата выдачи отказа от конфиденциальности
и срок его действия]

1 ОТКАЗ

- 1.1 От имени [Наименование хозяйствующего субъекта] я подтверждаю, что [Наименование хозяйствующего субъекта] соглашается отказаться от конфиденциальности, распространяющейся на [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] в соответствии с [Реквизиты нормативно-правового акта, регламентирующего обязанность антимонопольного органа не разглашать сведения конфиденциального характера] и иным действующим законодательством (далее - «**отказ о конфиденциальности**»), в той мере, в какой это необходимо для того, чтобы [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] имел (-а) возможность обсудить с [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] любые процессуальные и материальные аспекты, связанные с [рассмотрением сделки/проведением расследования с указанием реквизитов].
- 1.2 Соответствующий отказ был или будет направлен [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности], чтобы данный орган имел возможность обсудить с [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] информацию, полученную от [Наименование хозяйствующего субъекта] в ходе [рассмотрения сделки/проведения расследования], на

которую/которое в случае отсутствия такого отказа распространялись бы правила конфиденциальности, установленные применительно к [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности].

- 1.3 [Наименование хозяйствующего субъекта] согласен с тем, что сотрудники [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] могут обсуждать с [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] заявления, данные и информацию, предоставленную [Наименование хозяйствующего субъекта], а также результаты анализа, проведенного [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности], которые содержат или ссылаются на материалы [Наименование хозяйствующего субъекта], на которые, в случае отсутствия отказа, распространялись бы правила конфиденциальности.

2 ОГОВОРКИ

- 2.1 Настоящим письмом [Наименование хозяйствующего субъекта] не отказывается от предоставляемых ей правилами конфиденциальности прав, в соответствии с которыми [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] не вправе раскрывать, передавать или иным образом предоставлять [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] любые документы, электронные письма и прочие материалы или сообщения, которые были или будут направлены [Наименование хозяйствующего субъекта] в [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности], или иные документы, содержащие такие сведения. Любые такие документы, электронные письма и прочие письменные материалы или сообщения не подпадают под действие настоящего отказа от конфиденциальности.
- 2.2 Невзирая на вышеизложенное, [Наименование хозяйствующего субъекта] отказывается от ограничений конфиденциальности, связанных с документами, если они касаются: [Перечень документов и материалов, раскрытие которых допустимо в рамках настоящего отказа от конфиденциальности]. Вышеупомянутые документы и материалы могут быть переданы [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] в соответствии с условиями данного отказа.
- 2.3 Настоящим письмом [Наименование хозяйствующего субъекта] не отказывается от предоставляемых данному хозяйствующему субъекту прав, предусмотренных в требованиях об обеспечении и защите конфиденциальности данных, в отношении предоставляемой [Наименование хозяйствующего субъекта] защиты от прямого или косвенного раскрытия информации, относящейся к [рассматриваемой сделке/проводимому расследованию], любому третьему лицу, помимо [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности]. Настоящий отказ распространяется только на сведения, полученные [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] в связи с [рассмотрением сделки/проводимым расследованием], и не распространяется на сведения, полученные в ходе рассмотрения любого иного дела в настоящем или в будущем.

3 УСЛОВИЯ

3.1 Использование сведений [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности]

3.1.1 Во избежание сомнений, сведения, переданные на основании настоящего отказа, могут использоваться [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] исключительно для целей [рассмотрения сделки/проведения расследования] и ни для каких иных целей. Раскрытие осуществляется при строгом условии, что для [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] такие сведения по-прежнему являются конфиденциальными и не могут быть переданы любым третьим лицам. При этом [Наименование хозяйствующего субъекта] признает и соглашается, что невыполнение [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] вышеприведенного условия не порождает никакой ответственности для [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности], что не исключает ответственность [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] за нарушение режима конфиденциальности, установленного действующим законодательством страны местонахождения данного антимонопольного органа.

3.2 Использование сведений [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности]

3.2.1 Отказ, указанный в пункте 1 настоящего письма, предоставляется на следующих условиях:

- (A) что [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] обязан (-а) сохранять конфиденциальность сведений, предоставленных [Наименование хозяйствующего субъекта], и сведений, которые впоследствии будут получены от [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности], и обязана обращаться с этими сведениями таким же образом, как если бы они были получены непосредственно от [Наименование хозяйствующего субъекта];
- (B) что [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] обязана рассматривать любые сведения, полученные от [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] в соответствии с настоящим отказом, как конфиденциальную информацию или коммерческую тайну, кроме случаев, когда на таких сведениях будет явным образом указано, что они получены из открытых источников;
- (C) что [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] не вправе предоставлять любые сведения, полученные от [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности], любым третьим лицам, включая (но не ограничиваясь) конкурентов, заказчиков и поставщиков [Наименование хозяйствующего субъекта];

- (D) что любые сведения, полученные от [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности], могут использоваться исключительно в целях [Рассмотрения сделки/Проведения расследования] [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] в соответствии с [Реквизиты нормативно-правового акта, регламентирующего процедуру рассмотрения сделки/проведения расследования], и ни для каких иных целей;
- (E) что сотрудники [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] не будут передавать [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] никакие полученные от [Наименование хозяйствующего субъекта] документы, заявления, данные и иные сведения в письменной, электронной или устной форме, а также собственные внутренние документы [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности], содержащие материалы [Наименование хозяйствующего субъекта] или ссылки на материалы [Наименование хозяйствующего субъекта]; и
- (F) что [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] не будет раскрывать [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности] любые полученные от [Наименование хозяйствующего субъекта] сведения, которые по указанию [Наименование хозяйствующего субъекта] защищены адвокатской тайной, и которые явно помечены как защищаемые такой адвокатской тайной в соответствующей юрисдикции. При этом [Наименование хозяйствующего субъекта] признает и соглашается, что [Наименование хозяйствующего субъекта] обязан поставить [Наименование антимонопольного органа-получателя отказа от конфиденциальности] в известность о наличии таких сведений, защищенных адвокатской тайной.

Вы можете связаться по всем вопросам, связанным с настоящим отказом от конфиденциальности, с указанными лицами:

[ФИО, должность, адрес электронной почты представителей хозяйствующего субъекта]

Копия настоящего письма была направлена в [Наименование антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности].

[ФИО, должность представителей антимонопольного органа, на взаимодействие с которым выдается отказ от конфиденциальности, адрес электронной почты указанных представителей]

Подписано надлежащим образом уполномоченным представителем [Наименование хозяйствующего субъекта]

С уважением,

[Подпись/Расшифровка подписи]